

Pensamientos criminológicos de finales del siglo XX: las justificaciones de la represión penal y la criminología actuarial

X. 1. El ocaso del ideal resocializador. La caída del Estado de bienestar. El neoliberalismo y los gobiernos conservadores como responsables de la actual inflación punitiva

Necesario es destacar que no fueron las teorías críticas reseñadas en el capítulo anterior, sino más bien otros muy distintos los factores políticos y económicos que produjeron el abandono de las prácticas penales que se implementaron tras la Segunda Guerra Mundial. Entre ellos también fueron importantes los pensamientos y la concreta producción criminológica, de índole ideológica radicalmente opuesta a los mencionados antes. Pero antes que ellos serían de destacar los factores económicos y sociales que produjeron una crisis en los Estados de bienestar, y los de tipo político e ideológico que impusieron nuevas formas estatales e internacionales en el último cuarto del siglo XX.

Intentaré ir con cierto orden desde las desencantadas versiones de la criminología del bienestar hacia los distintos pensamientos que emergieron tras ella, pasando por las políticas económicas y criminales implementadas entonces.

Lo cierto es que tras varias décadas de investigación criminológica e inversión social en prisiones y también sobre barrios carenciados –sobre todo en los Estados Unidos, pero también en los países europeos que impusieron Estados del bienestar– algunos criminólogos empezaban a realizar balances desalentadores. El delito no sólo no se había erradicado sino que incluso aumentaba. La publicación que es paradigmática de este desencanto es el artículo de Robert MARTINSON en 1974, “¿Qué es lo que funciona? Preguntas y respuestas sobre reforma penitenciaria”. Se basaba en un informe anterior, en el que se analizaban los proyectos de rehabilitación, medida como evitación de reincidencia, publicados en inglés entre 1945 y 1967. Ninguno de esos experimentos había tenido éxito para evitar la reincidencia, lo que avalaba las conclusiones pesimistas del artículo. Allí se indicaba que “nada funciona” para lograr el objetivo de erradicar el delito de la sociedad. Se hacía especial referencia a todas las aplicaciones prácticas de la ideología del tratamiento. MARTINSON fue un pensador progresista formado en Berkeley, vinculado a los reclamos por derechos civiles y encarcelado él mismo en los años sesenta. Por ello intentó rápidamente evitar las peligrosas conclusiones que se sacaron de esa frase entrecorrida, pero murió en 1980 –se arrojó por una ventana de su noveno piso en Nueva York– apenado de haberse hecho famoso con el “nada funciona”.

Ese “nada funciona” podía ser sostenido pues, como demostró GARLAND años después, el éxito de la penalidad del Estado de bienestar no se traducía en la evitación de la reincidencia, o en la resocialización de los penados, o en una reduc-

ción del número de delitos, sino en la aceptación social de una forma distinta a la política de tratar determinados conflictos técnicamente y en forma oculta a la discusión pública. Sin embargo, el creer en finalidades ulteriores podía ser fácilmente contrastado con su fracaso permanente.

Frente a esa sensación de desencanto, y por el apoyo que se encontró en parte de la población tras las reivindicaciones carcelarias y las del movimientismo social de izquierda, muchos criminólogos pasaron en los años setenta a asumir la caída de la época del tratamiento y su reemplazo por una línea penal de "mano dura", que por otro lado se había mantenido casi desde la época de la Inquisición y simplemente actuaba en otro lado o con sordina –y era contra la que había reaccionado esa generación de los sesenta–. El derecho penal parecía ser más útil en este esquema que el ideal de cuño positivista o sociológico, consustanciado con el Estado de bienestar. No faltaron los pensadores o ideólogos que justificarían el abandono de este ideal. Hicieron ello tanto pensadores reaccionarios, como James Q. WILSON o ERNST VAN DEN HAAG, cuanto otros liberales como Norval MORRIS o Andrew VON HIRSCH. Para todos ellos resultaría más conveniente –por razones de justicia pero también por razones de economía– volver a un tratamiento clásico del delito, y abandonar de una vez las políticas inspiradas por el paradigma etiológico tanto en su vertiente positivista, que primaba en las prisiones, como en su vertiente sociológica, que era de uso en las políticas sociales.

Pero la forma en que se implementaría esta reforma penal en la práctica iría mucho más lejos de lo que podían sostener y hasta desear estos autores. Para cuando los esquemas de pensamiento criminológico neoconservadores y neoliberales se estaban formulando, el gobierno de los Estados Unidos, y luego los del resto del mundo, se lanzarían a una nueva campaña de represión, que adoptaría el inapelable título de "guerra a las drogas" y de esta forma crearía un problema que evitaba reflexionar sobre la complejidad social.

Permítame el lector dar algunos números o, como se dice en mi barrio, "hablar en plata". El dinero que presupuestaba sólo la administración federal para esa guerra era de 1.500 millones de dólares en 1981, pasaría a ser de 6.600 millones en 1989 y de 17.000 millones en 1999. Todo ello se traduciría en mayores empleados ocupados de la represión, en arsenal más caro, y también en mayores detenidos, considerados "bajas" del bando rival.

Pasados ya más de treinta años de esta forma de encontrar nuevos peligros, y con ellos nuevas necesidades de soluciones, representadas por burocracias especializadas, ya no cabe duda que ello fue, además de la justificación de nuevas intromisiones imperialistas una vez que el "mito" de la guerra total y permanente frente al comunismo resultaba insostenible –particularmente en América Latina–, la forma de seleccionar a determinados sujetos –negros, pobres, jóvenes– sin necesidad de que cometieran conductas tradicionalmente calificadas como delitos. Esta selección no sería casual, y respondería no sólo a la exclusión practicada por las nuevas modalidades económicas, sino también a las viejas y acendradas prácticas racistas de la sociedad estadounidense.

Como en los igualmente difíciles años 20, la forma de campaña y la ilegalidad declarada a una forma de ser crearían una diferencia muy definida entre los incluidos y los "otros": a los que a su vez se dividiría entre los malos malísimos –traficantes, etc.– y los meramente peligrosos –los consumidores–.

El efecto inmediato de la creación de estos nuevos "criminalizables" sería el del aumento del número, capacidad y empleados de las prisiones, paradigma del

nuevo "vuelco punitivo". Ya en los años setenta algunas voces comenzarían a criticar este vuelco, que inevitablemente conduciría a un aumento del número de encarcelados.

Aunque no está dentro de los objetivos del presente libro, recurriré sólo por segunda vez a los números, tan elocuentes para esta cuestión. En los Estados Unidos, en 1975, la población reclusa era de 380.000 personas, diez años más tarde el número de presos había llegado a 740.000, para superar el millón y medio en 1995 y rozar los dos millones a fines de 1998, lo que supone un índice de encarcelamientos de 650 cada 100.000 habitantes. Con tales guarismos la reconocida por casi todos los observadores política criminal autoritaria de la Rusia actual se asemeja en índice de encerrados a los Estados Unidos, "vanguardia de la democracia".

También allí, el índice de personas en prisión era de 139 cada cien mil habitantes antes de 1979, cuando ya era de 230; de 426 en 1989; llegando a ser de esos 650 cada cien mil en el año 1998, sin que esto guardara relación alguna con los índices de robos, violaciones y asesinatos –que se mantuvieron estables hasta 1998 y a partir de entonces descendieron– sino con la mayor represión efectuada por agencias nuevas como la DEA.

Lo señalado más arriba sobre la "guerra contra las drogas" se advierte en las proporciones raciales de los encarcelados en las prisiones estadounidenses, que no se corresponde con las proporciones raciales de la sociedad en general. El 63 por ciento de los encarcelados pertenece a las minorías negras e hispanas, que no llegan al 25 por ciento de la población total. El incremento de encarcelamientos por tenencia o tráfico de sustancias ilegales afectó especialmente a la comunidad negra, ya que el 62.7% de los encarcelados por delitos de drogas pertenecen a dicha minoría, llegando a sumar entre el 80 y el 90% en siete Estados. De acuerdo a los niveles actuales de encarcelamiento, un varón negro estadounidense recién nacido tiene una posibilidad entre cuatro de estar en prisión en algún momento de su vida. Ello se relaciona con la reacción de los sectores conservadores blancos a las luchas sociales en general, y a las de los negros en particular, que habían logrado ciertos éxitos en el reconocimiento de derechos humanos en la década del 70.

Y es que estos cambios criminológicos, y concretamente penitenciarios, corran en paralelo con los cambios socio-económicos avalados por una ideología neoconservadora –se dice a sí misma, a veces, neoliberal, pero es profundamente conservadora–, encarnada en el ámbito anglosajón por la llegada al poder y por las políticas implementadas por Margaret THATCHER y Ronald REAGAN (1911-2004). Esta ideología conservadora, de matriz nacionalista y religiosa, ya estaba presente en la vida estadounidense desde las persecuciones macartistas y luego en el gobierno de Richard NIXON (1913-1994). Pero se instalaría en los gobiernos a principios de la década de 1980 y permanecería hasta nuestros días, importándose hacia otras áreas mundiales. La fuerza de estos neoconservadores estaba basada en la crisis del Estado de bienestar y en las dificultades de los políticos de estos Estados para resolver los problemas sociales en un contexto de estancamiento económico, problemas aumentados por el corporativismo sindical y la burocracia estatal –lo que también se reflejaba en inflación–. Esa crisis del Estado benefactor fue ampliada luego por los gobiernos conservadores, empeñados en desmantelarlo. Ello se verificó en el recorte del "gasto" en vivienda, educación y demás

complimientos de derechos sociales, volcándose esos dineros a reforzar el peso estatal en cuestiones queridas tradicionalmente por la derecha, como los gastos militares, policiales y penitenciarios –bajo la consigna de “ley y orden” o “seguridad ciudadana”–. Por ello es que señalo la necesaria complementación entre políticas económicas y punitivas.

Ese traspaso de inversión y dedicación estatal se produjo en dos momentos. El primero se haría con fundamentos “economicistas” brindados por supuestos teóricos neoliberales totalmente funcionales al capital financiero. Esas ideas tendrían a dotar de legitimidad científica a las prácticas políticas y económicas de la nueva derecha. Su éxito es tardío, si se recuerda que esos nuevos expertos comienzan a formarse desde 1947 alrededor del filósofo Friedrich VON HAYEK (1899-1992) –ganador del premio Nobel en 1974, recientemente creado para la “economía” y que de allí en más sería, casi siempre, para los liberales–. Este autor tendría gran influencia, primero, en la Sociedad del Monte Pelerin y luego desde la Universidad de Chicago, convertida en centro destacado de operaciones de ese pequeño grupo neoliberal que luego formaría hasta la propia THATCHER. Sus ideas descansaban en la capacidad regeneradora del mercado, y con ellas se pretendió retirar al Estado del ámbito económico y social, mediante la desregulación y privatización de servicios públicos. Ya hablaré de ello y de sus consecuencias en el pensamiento criminológico más adelante. Lo cierto es que tanto en ese ámbito de “ley y orden” cuanto en el de la economía, los pensadores que informaban a los gobiernos neoconservadores se definían como liberales al hacer una interpretación maniquea de las tesis de los ilustrados Adam SMITH o Jeremy BENTHAM. Haciéndoles decir a ellos lo que no dijeron –algo así como que el mercado es bueno y el Estado es malo– pusieron en marcha la reacción contra el Estado keynesiano y contra toda la ampliación del catálogo de los derechos denominados sociales o económicos. El Estado de bienestar, y sus pretensiones liberales e igualitarias, sería atacado en nombre del crecimiento y la eficiencia económica. La intervención estatal en la economía, sobre todo en lo que hace a la distribución equitativa de la riqueza debida a las demandas de los trabajadores y clases marginadas, disminuía, según estas ideas, la “riqueza de las naciones”, la torta general de lo producido. Es también en ello, además de en las correspondientes políticas penales, donde este supuesto liberalismo se mostraba profundamente conservador. Frente a la decadente noción de seguridad en los derechos asociada al trabajo, al ser “trabajador”, se volvía a una noción previa en la cual la seguridad en los derechos volvía a estar asociada con la propiedad, con ser “propietario”. Frente a un problema, que también era señalado por los progresistas por su deterioro y por la izquierda por su desigualdad intrínseca, se volvía a un pasado y se hacía más inequitativo. De esta forma, y al igual que las clases dirigentes del siglo XIX, las demandas de trabajadores sindicados –y de los marginales que percibían subsidios– fueron presentadas a la clase media como irracionales económicamente e injustas para con los intereses de los otros individuos y la sociedad en general. Así pondrían en el ojo de la tormenta la cuestión de los impuestos y destruirían la educación, la sanidad, el transporte, los servicios sociales y públicos en general.

En un segundo momento el Estado intervino, por contra, generando un aumento récord de la deuda pública en todos los países, pero sobre todo en Estados Unidos. Este aumento del gasto estuvo provocado, además de la crisis fiscal del Estado azuzada por las bajas de impuestos, por la paradójica intervención en fa-

vor de las empresas afines a la ideología del gobierno –la demanda estatal de artículos de guerra y seguridad se definió en términos de las necesidades de oferta y no de demanda–. Este “liberalismo” tramposo tendría efectos no sólo en los países que lo iniciaron sino que exportarían la desigualdad y la exclusión social hacia todo el mundo, profundizándose las diferencias por la llamada “globalización” de una economía defendida como “pensamiento único” por los supuestos sabios en materia económica y de los organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Éstos son los “expertos”, los burócratas, los verdaderos conductores de los hilos del poder en el fin del siglo XX y, lamentablemente, a principios del XXI.

Sus recomendaciones políticas y económicas tendrían un correlato cultural y moral especialmente represor de los movimientos iniciados en los años sesenta y setenta. No sólo ello sino que además atacarían a los mismos presupuestos del Estado de bienestar, en el que se habían apoyado incluso los conservadores años antes. La reaparición de los “vagabundos”, de los pobres sin techo o *homeless*, en Europa y Estados Unidos –y el mantenimiento y agudización de esas diferencias en América Latina– formaría parte del gran crecimiento de las desigualdades sociales y económicas. Y, para peor, junto a las reformas positivas del siglo XX también querría acabarse con la laicización y humanización de valores reclamada en los siglos XVIII y XIX. Todo ello necesitaría de mayor inversión en materia punitiva. Como denunciaba Jock YOUNG, era necesario crear “gulags” para mantener sociedades en las que “el ganador se queda con todo”. Esto se profundizaría al comenzar el segundo milenio, con el ascenso al poder de fanáticos religiosos y empresarios inescrupulosos, que convirtieron en íconos a las figuras de REAGAN y THATCHER. “No al gasto estatal” sería la divisa conservadora, mientras se aumentaba el dispendio en un mercado ya no regulado y a merced de los productores de armamento y seguridad. El presidente estadounidense señaló que el Estado no era la solución, como se había predicado desde el *New Deal* en los años 1930 y la *Great Society* en los 1960, sino que era el problema. Y en el mismo sentido dijo la primera ministra inglesa que no había Estado ni sociedad, sino individuos y familias.

X. 2. Devolver el control a las familias. La privatización del control

Tales afirmaciones revelan con precisión esa mezcla imposible de valores liberales y conservadores que serán “marca de fábrica” de los neoconservadores. Al lado del eficientismo de un liberalismo “moderno”, tendría su auge un reaccionario renacimiento de la idea de familia o clan, otra vez asentado en profundas ideas religiosas, cristianas para más detalle. Como ya había señalado en otra parte de este libro, los Estados Unidos siempre habían mantenido una relación curiosa entre Estado y religión, algo de lo que advertía TOCQUEVILLE –y que aquí se ha visto en el origen de la penitenciaría– pero que se mantendría en algunas características del Estado de bienestar que instituya diversas funciones de rituales públicos religiosos. Todo ello se mantendría, a pesar de la deslegitimación de los sesenta y setenta, e incluso se aumentaría en esta década del ochenta como una especie de “vuelta a lo puro”. Esta revitalización de la familia como mejor herramienta de control iría aunada a una creciente reducción de determinados “gastos” de aquel Estado de bienestar en crisis.

Para los años ochenta, el triunfo de la teología neoliberal se tradujo en políticas de privatización sistemática impuestas no especialmente por británicos y estadounidenses sino por gobiernos demasiado débiles para oponerse a lo que mandaban los burócratas del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, tanto si eran adecuadas para sus problemas económicos como si no lo eran.

En este campo señalador de que ya el Estado no se debería de hacer cargo de determinados problemas sociales, es donde tendría éxito la teoría formulada en 1969 por Travis HIRSCHI, en su libro *Causas de la delincuencia*. Este libro era, quizá, tan provocativo hacia la criminología que se hacía hasta ese momento como lo fueron los mismos orígenes de la criminología crítica. El objeto de crítica de HIRSCHI era la política criminal del Estado de bienestar, y las teorías criminológicas que inspiradas en MERTON o en SUTHERLAND las prohibían. Señalaba este autor que dichos esquemas de pensamiento parten de una equivocada interrogación acerca del origen del comportamiento desviado, al que suponen algo anormal, asocial o desviado. Por el contrario, HIRSCHI –en gran medida influido por las ideas de la “contención” de RECKLESS– se planteaba el por qué del comportamiento no desviado, el de los “no delincuentes”. El proceso ideológico subyacente es el mismo que el del positivismo y de la penalidad del bienestar, sólo que ahora en vez de estereotipar a un supuesto “delincuente” –el seleccionado por el poder penal como “preso”– se estereotipa al “no delincuente” –el seleccionado por el poder económico como “exitoso”–. Todo ello, sin salir del paradigma etiológico que busca causas en ese comportamiento estereotipado. En realidad el libro debería haberse llamado “causas de la no delincuencia”.

Allí se esbozaría la denominada “teoría del control” que sostiene que la forma de evitar la delincuencia juvenil radica en crear un entorno afectivo que pueda proporcionar a los jóvenes un ambiente no delincuente. Y ello es tarea principal de las familias de pertenencia. Si los jóvenes están integrados en una familia, una escuela o un club deportivo, cometerían menos delitos que si no lo están. Ello supone que las redes afectivas funcionan a la vez como redes de control. Son estas redes las que evitarían, siempre según HIRSCHI, el delito en base al apego, admiración, afecto o identificación con personas respetuosas de las leyes, en primer lugar. Y en segundo término en base al compromiso con instituciones, amigos, trabajo o familiares que le otorgan afecto al joven –si tiene mucho que perder delinquiendo, se abstendrá de hacerlo–. Luego, en base a la participación en actividades que eviten tener tiempo para otras ilícitas. Y finalmente en base a las creencias compartidas con su grupo de origen, si son respetuosas de la vida, la propiedad, el orden, etcétera.

Todo ello sería especialmente determinante en el caso de la familia pues los vínculos emocionales entre padres e hijos parecen ser los que realmente –a diferencia de sustitutos sociales o estatales– facilitan el proceso de socialización a través del cual se incorporan determinados valores, ideas y expectativas.

En 1990 este autor escribió *Una teoría general de la delincuencia* junto a Michael GOTTFREDSON, con quien había escrito antes *Entender el delito*. En esa “teoría general” volverían a insistir sobre aquella revisión de postulados positivistas al señalar que ciertos individuos tienen –o tenemos– unas tendencias al delito, pero que no todas ellas se traducen en acciones concretas por distintas razones. La primera de todas estas razones es el autocontrol –aunque también son importantes las razones sociales, como no brindar oportunidad al delito–. El autocontrol pue-

de impedir la gratificación inmediata que produciría la acción delictiva a un premio a algo conseguido con esfuerzo, a largo plazo, y da excluido el sufrimiento de otras personas.

Este autocontrol, aunque depende según los autores de la proyección de cada ser humano, es realizado por la socialización efectiva; es la que realiza en primer y más importante lugar la familia o los niños. Lo que pretendían expresamente estos autores era restar **factores políticos o sociales**, a aquellos estudiados por la sociología del **bienestar**. Todo ello no tendría en definitiva, según ellos, nada que ver con las impulsiones de algunas personas y de sus comportamientos marcados por los propios tabúes, entre ellos los sexuales, de los años 50.

Como ya había señalado, el rechazo a un mayor gasto estatal es una característica de esta revolución conservadora. Incluso algunos autores, asesores criminales, llegaron a reprochar al Estado benefactor haber tenido un efecto disolvente sobre la estructura familiar, y que por ello ese gasto no se justificaba por los delitos sino que aumentaba sus posibilidades de existencia. Entre los críticos se encontraba el reaccionario John DI IULIO Jr., para quien el Estado benefactor había destruido la formación de la familia, de la "verdadera familia" a la cual consideraba la base de la sociedad. Según este autor, las políticas asistenciales a las madres solteras habían aumentado el nacimiento de hijos extramatrimoniales, que carecerían del control propio de una "familia decente". Estas son sus palabras: "Gracias a la acción del Estado, nadie les ha impartido a estos individuos las normas de la civilización, ni siquiera las básicas, de respeto a sus padres y a la autoridad, de responsabilidad personal, de trabajo duro y otros valores de clase media". La destrucción del pilar fundamental de la sociedad por parte de este autor extraña la consecuencia de que la próxima generación de delincuentes juveniles será especialmente numerosa y perversa. Y la solución que propuso para estos jóvenes delictivos, mayoritariamente negros, fue el internamiento en "instituciones residenciales", basadas en una iglesia, a cargo de hombres y mujeres negros de la gran población negra urbana que paga impuestos, trabaja duro, y vive con fe y cría buenos niños. Pienso en ellos como un "kibutz negro" que, según este autor, DI IULIO también publicaría en 1991 un libro cuyo título era: *No hay salida: el futuro de las prisiones estadounidenses*.

Otra vez, los conservadores insistían en un pesimismo sobre la solución individual. La única salvación parecía ser la individual –el "sálvese quien pueda"–. La pena era recurrir a todo tipo de recursos, en primer lugar los familiares. De esta forma, la privatización del control ha cumplido un papel importante en *los cambios operados en la política criminal de los últimos años*, y ha dado lugar a la creación de fondos públicos.

La caída del Estado benefactor produjo un aumento importante de las familias en el control social, en la educación y posibilidades de oferta de trabajo en condiciones favorables. Pero también aumentó el rol de las empresas en general. Estas empresas crearon nuevos miedos y nuevas formas de aplacarlos a esas atemorizadas familias.

La seguridad sería un bien que estaría en el mercado. Aun cuando seguiría cargando con el "trabajo sucio", ciertas empresas aplicarían una política de quema de las privatizaciones para ofrecer nuevos servicios a quienes los necesitaban.

de impedir la gratificación inmediata que produciría la acción delictiva pues la difiere a un premio a algo conseguido con esfuerzo, a largo plazo, y de la que queda excluido el sufrimiento de otras personas.

Este autocontrol, aunque depende según los autores de la propia predisposición de cada ser humano, es realizado por la socialización efectiva que, otra vez, es la que realiza en primer y más importante lugar la familia o los cuidadores de niños. Lo que pretendían expresamente estos autores era restar importancia a los factores políticos o sociales, a aquellos estudiados por la sociología del Estado de bienestar. Todo ello no tendría en definitiva, según ellos, nada que ver con las naturalezas impulsivas de algunas personas y de sus comportamientos de riesgo –marcados por los propios tabúes, entre ellos los sexuales, de los autores–.

Como ya había señalado, el rechazo a un mayor gasto estatal estaba en la base de esta revolución conservadora. Incluso algunos autores, asesores políticos o criminólogos, llegaron a reprochar al Estado benefactor haber tenido un efecto disolvente sobre la estructura familiar, y que por ello ese gasto no sólo no evitaba delitos sino que aumentaba sus posibilidades de existencia. Entre ellos se encontraba el reaccionario John DI IULIO Jr., para quien el Estado benefactor frustra la formación de la familia, de la "verdadera familia" a la cual considera el pilar de la sociedad. Según este autor, las políticas asistenciales a las madres solteras fomentan el nacimiento de hijos extramatrimoniales, que carecerán del cuidado necesario propio de una "familia decente". Estas son sus palabras: "Gracias a la disolución de la familia, nadie les ha impartido a estos individuos las normas de una vida civilizada, ni siquiera las básicas, de respeto a sus pares y a las autoridades, de superación personal, de trabajo duro y otros valores de clase media". De esta disolución del pilar fundamental de la sociedad este autor extraña la consecuencia de que la próxima generación de delincuentes juveniles será especialmente violenta, predatoria y perversa. Y la solución que propuso para estos jóvenes delincuentes, mayoritariamente negros, fue el internamiento en "instituciones residenciales, privadas, basadas en una iglesia, a cargo de hombres y mujeres negros integrantes de la gran población negra urbana que paga impuestos, trabaja duro, profesa su culto con fe y cría buenos niños. Pienso en ellos como un 'kibutz negro urbano'", decía este autor. DI IULIO también publicaría en 1991 un libro cuyo título demuestra su ideología: *No hay salida: el futuro de las prisiones estadounidenses*.

Otra vez, los conservadores insistían en un pesimismo sobre la acción colectiva. La única salvación parecía ser la individual –el "sálvese quien pueda"– y para ello bien valía la pena recurrir a todo tipo de recursos, en primer lugar los estatales. De esta forma, la privatización del control ha cumplido un rol destacado en los cambios operados en la política criminal de los últimos años, pero depende también de fondos públicos.

La caída del Estado benefactor produjo un aumento importante del rol de las familias en el control social, en la educación y posibilidades de ofrecer a sus hijos al mercado de trabajo en condiciones favorables. Pero también aumentó en forma muy destacada el rol de las empresas en general. Estas empresas ofrecerían nuevos miedos y nuevas formas de aplacarlos a esas atemorizadas familias.

La seguridad sería un bien que estaría en el mercado. Aun cuando el Estado seguiría cargando con el "trabajo sucio", ciertas empresas aplicarían el mismo esquema de las privatizaciones para ofrecer nuevos servicios a quienes pudieran pagarlo.

Para los pobres ése sería un bien excesivamente caro. Pero para los aún más pobres ya no sería un bien, sino que la necesaria publicidad de la nueva necesidad de contar con alarmas, guardias de seguridad, seguros y elementos de defensa personal, sería la herramienta para nuevas discriminaciones y represiones —algunas dudosamente legales—.

Para hablar de la privatización de la seguridad y del control, se hace también necesario señalar que la privatización de las funciones del Estado de bienestar llegaría también al manejo de las prisiones. De esta forma, el “negocio” sería redondo, y tan importante que comenzaría a hablarse del “complejo industrial penitenciario”.

Durante los últimos veinte años —ahora mismo parece estar en decadencia este “negocio”— algunas compañías se dedicaron a “vender” el producto cárcel a los distintos gobiernos. Tan arraigada estaba la idea de la empresa privada que compañías de cárceles privadas llegarían incluso a cotizar en la Bolsa de valores estadounidense. La de la privatización no sería, empero, una política general sino que se daría sobre todo en los Estados de Texas, Florida y California.

El primer sistema de prisiones privadas se desarrolló en forma experimental a principios de los ochenta y con dos centros en Houston y en Laredo, ambos en Texas. No se sabe si el éxito del programa piloto podía medirse en dinero o en simbolismo. Pero lo cierto es que esos proyectos prohijados por la administración republicana de REAGAN y sus intelectuales orgánicos tuvieron como consecuencia inmediata la creación de una empresa llamada *Corrections Corporation of America*. Ésta sería la que luego cotizaría en la Bolsa, pero antes tuvo dos claros dueños: el capital lo ponía la cadena “Kentucky Fried Chicken” y el “trabajo” unos ex directores de cárceles apoyados por sindicatos ultraderechistas.

Las relaciones de esa empresa con los funcionarios de prisiones y el poder político se estrecharían y confundirían cada vez más, en otro círculo que se retroalimentaba con políticas punitivas, mayores ingresos para la “industria” de las prisiones, crecimiento de sindicatos y salarios, contribuciones con dinero y votos para las campañas, y vuelta a empezar. Las ganancias de las compañías privadas serían, finalmente, a costa del Estado. Aunque además aparecería como variable para mayores ganancias la de los propios internos. Ellos se perjudicarían con el empeoramiento de servicios y comidas a los presos y también con el menor rigor al contratar guardias, muchas veces ex militares que no podían acceder a otros puestos y que practicarían malos tratos. Para mejorar esas depauperadas condiciones los presos, o sus familias, deberían pagar formal o informalmente por servicios “extra” como comidas o comunicaciones.

Pero también los presos serían utilizados directamente como mano de obra barata, o esclava, que es en lo que se convertirían. También algunas empresas multinacionales —como Colgate Palmolive, Microsoft, Starbucks, Victoria’s Secret y TWA— comenzarían a aprovecharse del trabajo esclavo de las prisiones. Pero para ellas y muchas otras sería más rentable continuar aprovechando las contradicciones globalizadoras y explotar mano de obra de países tercermundistas.

La que más se aprovecharía de esa maximización de beneficios mediante el trabajo sería la propia *Corrections Corporation of America*, que mediante la vieja técnica del trabajo ganaba nuevas formas de mantenimiento del orden interno —que volvían, así, a parecerse a las casas de trabajo mencionadas en el primer capítulo de este libro—.

Para los pobres ése sería un bien excesivamente caro. Pero para los aún más pobres ya no sería un bien, sino que la necesaria publicidad de la nueva necesidad de contar con alarmas, guardias de seguridad, seguros y elementos de defensa personal, sería la herramienta para nuevas discriminaciones y represiones —algunas dudosamente legales—.

Para hablar de la privatización de la seguridad y del control, se hace también necesario señalar que la privatización de las funciones del Estado de bienestar llegaría también al manejo de las prisiones. De esta forma, el "negocio" sería redondo, y tan importante que comenzaría a hablarse del "complejo industrial penitenciario".

Durante los últimos veinte años —ahora mismo parece estar en decadencia este "negocio"— algunas compañías se dedicaron a "vender" el producto cárcel a los distintos gobiernos. Tan arraigada estaba la idea de la empresa privada que compañías de cárceles privadas llegarían incluso a cotizar en la Bolsa de valores estadounidense. La de la privatización no sería, empero, una política general sino que se daría sobre todo en los Estados de Texas, Florida y California.

El primer sistema de prisiones privadas se desarrolló en forma experimental a principios de los ochenta y con dos centros en Houston y en Laredo, ambos en Texas. No se sabe si el éxito del programa piloto podía medirse en dinero o en simbolismo. Pero lo cierto es que esos proyectos prohijados por la administración republicana de REAGAN y sus intelectuales orgánicos tuvieron como consecuencia inmediata la creación de una empresa llamada *Corrections Corporation of America*. Ésta sería la que luego cotizaría en la Bolsa, pero antes tuvo dos claros dueños: el capital lo ponía la cadena "Kentucky Fried Chicken" y el "trabajo" unos ex directores de cárceles apoyados por sindicatos ultraderechistas.

Las relaciones de esa empresa con los funcionarios de prisiones y el poder político se estrecharían y confundirían cada vez más, en otro círculo que se retroalimentaba con políticas punitivas, mayores ingresos para la "industria" de las prisiones, crecimiento de sindicatos y salarios, contribuciones con dinero y votos para las campañas, y vuelta a empezar. Las ganancias de las compañías privadas serían, finalmente, a costa del Estado. Aunque además aparecería como variable para mayores ganancias la de los propios internos. Ellos se perjudicarían con el empeoramiento de servicios y comidas a los presos y también con el menor rigor al contratar guardias, muchas veces ex militares que no podían acceder a otros puestos y que practicarían malos tratos. Para mejorar esas depauperadas condiciones los presos, o sus familias, deberían pagar formal o informalmente por servicios "extra" como comidas o comunicaciones.

Pero también los presos serían utilizados directamente como mano de obra barata, o esclava, que es en lo que se convertirían. También algunas empresas multinacionales —como Colgate Palmolive, Microsoft, Starbucks, Victoria's Secret y TWA— comenzarían a aprovecharse del trabajo esclavo de las prisiones. Pero para ellas y muchas otras sería más rentable continuar aprovechando las contradicciones globalizadoras y explotar mano de obra de países tercermundistas.

La que más se aprovecharía de esa maximización de beneficios mediante el trabajo sería la propia *Corrections Corporation of America*, que mediante la vieja técnica del trabajo ganaba nuevas formas de mantenimiento del orden interno —que volvían, así, a parecerse a las casas de trabajo mencionadas en el primer capítulo de este libro—.

Para los pobres ése sería un bien excesivamente caro. Pero para los aún más pobres ya no sería un bien, sino que la necesaria publicidad de la nueva necesidad de contar con alarmas, guardias de seguridad, seguros y elementos de defensa personal, sería la herramienta para nuevas discriminaciones y represiones —algunas dudosamente legales—.

Para hablar de la privatización de la seguridad y del control, se hace también necesario señalar que la privatización de las funciones del Estado de bienestar llegaría también al manejo de las prisiones. De esta forma, el “negocio” sería redondo, y tan importante que comenzaría a hablarse del “complejo industrial penitenciario”.

Durante los últimos veinte años —ahora mismo parece estar en decadencia este “negocio”— algunas compañías se dedicaron a “vender” el producto cárcel a los distintos gobiernos. Tan arraigada estaba la idea de la empresa privada que compañías de cárceles privadas llegarían incluso a cotizar en la Bolsa de valores estadounidense. La de la privatización no sería, empero, una política general sino que se daría sobre todo en los Estados de Texas, Florida y California.

El primer sistema de prisiones privadas se desarrolló en forma experimental a principios de los ochenta y con dos centros en Houston y en Laredo, ambos en Texas. No se sabe si el éxito del programa piloto podía medirse en dinero o en simbolismo. Pero lo cierto es que esos proyectos prohijados por la administración republicana de REAGAN y sus intelectuales orgánicos tuvieron como consecuencia inmediata la creación de una empresa llamada *Corrections Corporation of America*. Ésta sería la que luego cotizaría en la Bolsa, pero antes tuvo dos claros dueños: el capital lo ponía la cadena “Kentucky Fried Chicken” y el “trabajo” unos ex directores de cárceles apoyados por sindicatos ultraderechistas.

Las relaciones de esa empresa con los funcionarios de prisiones y el poder político se estrecharían y confundirían cada vez más, en otro círculo que se retroalimentaba con políticas punitivas, mayores ingresos para la “industria” de las prisiones, crecimiento de sindicatos y salarios, contribuciones con dinero y votos para las campañas, y vuelta a empezar. Las ganancias de las compañías privadas serían, finalmente, a costa del Estado. Aunque además aparecería como variable para mayores ganancias la de los propios internos. Ellos se perjudicarían con el empeoramiento de servicios y comidas a los presos y también con el menor rigor al contratar guardias, muchas veces ex militares que no podían acceder a otros puestos y que practicarían malos tratos. Para mejorar esas depauperadas condiciones los presos, o sus familias, deberían pagar formal o informalmente por servicios “extra” como comidas o comunicaciones.

Pero también los presos serían utilizados directamente como mano de obra barata, o esclava, que es en lo que se convertirían. También algunas empresas multinacionales —como Colgate Palmolive, Microsoft, Starbucks, Victoria’s Secret y TWA— comenzarían a aprovecharse del trabajo esclavo de las prisiones. Pero para ellas y muchas otras sería más rentable continuar aprovechando las contradicciones globalizadoras y explotar mano de obra de países tercermundistas.

La que más se aprovecharía de esa maximización de beneficios mediante el trabajo sería la propia *Corrections Corporation of America*, que mediante la vieja técnica del trabajo ganaba nuevas formas de mantenimiento del orden interno —que volvieran, así, a parecerse a las casas de trabajo mencionadas en el primer capítulo de este libro—.

La segunda compañía de prisiones privadas en importancia, la *Wackenhut Corrections*, era la continuación de la empresa de seguridad privada fundada por el ex agente del FBI, George WACKENHUT (nacido en 1919), en la época de la guerra fría. Ya entonces esa empresa privada se relacionaba con el Estado pues su principal renta vino de vender al FBI unos tres millones de fichas sobre ciudadanos estadounidenses "potencialmente subversivos".

La "privatización" vinculada políticamente al Estado y sus necesidades de orden no es nada nuevo. De hecho, la privatización de las cárceles rendiría unos beneficios mínimos en comparación con la de los servicios de seguridad. Si estas empresas empleaban en Estados Unidos a 290.000 personas en 1969, para el 2000 serían 1.800.000 personas las que trabajaban para las mismas firmas.

Esa cantidad debería razonablemente ser modificada hacia un mayor número si se incluyen todas las nuevas burocracias privadas encargadas de controlar también las situaciones económicas de "riesgo", cada vez con mayores recursos tecnológicos y con menores limitaciones legales a su accionar.

En todo caso, lo que estas nuevas agencias protegían era indudablemente la propiedad. Estos "guardas" responderían a aquel que les pudiera pagar. Aunque otra vez se observaban interesantes trasvases entre lo político y lo público. No sólo entre los miembros de las burocracias encargadas de la "seguridad", que serían básicamente las mismas personas en el trabajo privado y público a la vez o alternadamente, y con instrumentos simbólicos similares -uniformes, armas, etcétera-. Sino también en cuanto a los intereses perseguidos, de maximización de ingresos y de ampliación de legitimidad. Cuanto peor parecía estar la cuestión securitaria, mejor le iba a las empresas que ofrecían servicios de ese tipo y a los políticos demandantes de "mano dura". El "miedo" parecía ser, otra vez, un buen negocio.

En los ciudadanos en general, primero en los Estados Unidos, pero luego en Europa e incluso en América Latina, esa "retirada" hacia lo privado resultó coetánea con una liberación de responsabilidades sobre lo social. Y con esa despreocupación, y negación de la culpa, aparecería la imposición de culpabilidades y de reproches a "otros", lo que a su vez también serviría de caldo de cultivo para esas políticas insaciables de "mano dura" en materia penal y también para la aparición del racismo y la xenofobia.

Pero, aunque todo ello pareciera ser un círculo en el que alguien tuviera el control -pr-ovisiblemente, los generadores de miedos y "vendedores" de sus remedios-, el miedo y la "asocialidad" derivarían en una espiral de violencia que no casualmente provocaría "inexplicables" muertes con armas de fuego en diferentes escuelas y de más lugares públicos. La película de Michael MOORE, *Bowling para Columbine*, intenta mostrar el efecto que produce una gran cantidad de armas de fuego disponibles en una sociedad atemorizada e individualista.

De todas maneras, y como también describe la película, esta privatización no era un hecho novedoso. La política privatista de la seguridad y el control en los Estados Unidos se puede rastrear en la historia. Así como las infraestructuras eran privadas, lo eran las patrullas de vigilantes contratadas por los magnates "mangantes" del siglo XIX. La compañía de pistoleros y detectives privados fundada por el escocés Allan PENKERTON (1819-1884) fue famosa en su lucha contra las clases "peligrosas": los "fuera de la ley"- y contra el movimiento obrero.

También ello se relaciona con la cuestión de las armas como derecho para la defensa de las personas "honradas". En este tema de la tenencia de armas por par-

te de particulares, es donde se evidencia el excluyente pensamiento de la derecha, incluso la criminológica. Sólo mediante una radical separación entre el "ellos" –los malos, los peligrosos– y el "nosotros" –los buenos, los honrados– pueden explicarse algunas de las paradójales propuestas que hacen los pensadores de derecha. Por ejemplo, la propuesta de controlar la tenencia ilícita de armas es compartida por la mayoría de criminólogos de derecha, quienes por otra parte muestran un rotundo rechazo al establecimiento de límites a la tenencia de armas por parte de la gente "obediente a la ley", ya que consideran que éstas son fundamentales para la autodefensa frente al delito.

En tal sentido es ejemplificativa la tenebrosa obra de John LOTT JR., *Más armas, menos crimen* de 1998. En ese libro se pretende demostrar con datos supuestamente empíricos –deudores del análisis económico del derecho– que el hecho de que mucha gente porte armas induce a una reducción de la tasa de delitos, aunque en definitiva reconoce que ello depende del contexto y la cultura del lugar, así como del tipo de delito pues los "pasionales" parecen indefendibles. A ninguno de estos defensores del libre mercado de armas se le ocurre pensar que se puede impedir seriamente su fabricación, y por tanto argumentan que ilegalizar su tenencia tendría efectos tan negativos como la prohibición de ciertas drogas, política que sin embargo sí practican y, como se ha visto, con singular dureza.

No deja de ser una curiosidad la relación de los estadounidenses con las armas. Ya en su originario texto constitucional el reconocimiento del derecho a portarlas como una manifestación de derecho individual frente al monopolio de la violencia por el Estado, algo visto como un sueño "weberiano" y típicamente europeo. A lo que los llevaría esto estaba ya caricaturizado en 1865 por Jules VERNE en *De la Tierra a la Luna* al contar un gracioso proyecto lunático del "Club de Armas de Fuego" de Baltimore, organización filantrópica destinada a mejorar los armamentos y destruir la humanidad.

Cuando el francés VERNE escribía ese libro, en los Estados Unidos todavía había individuos concretos que se enriquecían en el "lejano oeste" en base a la fuerza, normalmente respaldada por armas de fuego. Más de un siglo después el mensaje parece ser idéntico tanto para quienes no tendrían otro medio de subsistir, cuanto para los que se ven a sí mismos como el vaquero bueno, que cuenta consigo mismo para "hacer justicia". También en el final del siglo XX aparecerían varios casos de "vengadores" o de practicantes de "justicia" por mano propia, en muchos casos legitimados por algunos ideólogos, y en ningún caso severamente reprimidos por el Estado y sus agencias.

Para ciertos defensores del proyecto de la modernidad representado por el Estado "monopolizador de la violencia" lo que aquí se cuenta sería la consecuencia lógica del movimiento de retirada de esas agencias y de la aparición del hobbesiano "estado de naturaleza".

Sin embargo, de ninguna manera puede pensarse que el Estado –ni siquiera el estadounidense– se había retirado. De hecho no gastaría menos, como proponían los economistas liberales. El Estado, por el contrario, gastaría mucho más. Dato que se demostraría con el increíble crecimiento de la deuda privada y pública en todos los países y ejemplarmente en los Estados Unidos. Pero ya no gastaría en inversiones sociales, como más o menos había empezado a hacer en el Estado benefactor, sino en aquellas funciones que los teóricos del neoconservadurismo llamarían "tradicionales".

Si los ciudadanos iban a dejar de interpelarse con tales y, en cambio, serían considerados clientes, algo deberían ofrecer las burocracias estatales para justificarse. Y algo visible. A pesar de la manifiesta inutilidad en un mundo globalizado, esa visibilidad sería dada por el elemento "seguridad". Donde, más allá de su eficacia, las medidas pueden ser vistas. Los cambios culturales que acompañaban los desarrollos económicos y sociales de los últimos treinta años posibilitaban que muchos ciudadanos ya no pudieran ni pensar que reforzar el aparato represivo estatal pudiera ser algo que, a la larga o a la corta, pudiera afectarlos a ellos. La mayor presencia policial para detectar "peligrosos", las mayores prisiones con muchos "enemigos" dentro: todo ello estaría destinado para los "otros". Para reprimir a los otros. Cercos, controles fronterizos, áreas cerradas, refugios atómicos, barrios privados o como si lo fueran, todo ello formaría parte del nuevo discurso de la seguridad que daría por traste con la tenue formulación limitadora del Estado absolutista de la época de la Ilustración.

Al interior de los Estados, ese discurso serviría para reforzar la estigmatización de ese "otro" al que se le teme y que, pese a no querer ni ver, los incluidos se encuentran cuando paran en una esquina, al ir en un coche "super-seguro" del barrio "cerrado" al banco o a su trabajo también "protegidos".

Pero el discurso de la seguridad también servía en el exterior de los Estados. Ya en el siglo XXI se verá como ese nuevo "patriotismo", religioso y estatista, será exacerbado por la presencia de un enemigo exterior: el mundo árabe. Y con ciertas facilidades para señalar al enemigo interno, no sólo comprendido por los "cabezas de turco" que habían logrado emigrar, sino también por los derrotistas y deslegitimadores.

El acontecimiento del 11 de septiembre de 2001 pareció servir como paradigma de la imposición de la lógica del "choque de civilizaciones", pregonada por Samuel HUNTINGTON una vez que la caída de los países del "socialismo real" había sumido en el desconcierto a los teóricos de esta civilización del choque de la que aquí se ensayan algunas historias.

Inmediatamente tras aquel atentado a las Torres Gemelas de Nueva York, los Estados Unidos comenzarían una guerra en Afganistán. Y de allí en adelante se desencadenaría una cadena, que hoy parece interminable, de nuevos golpes "terroristas" y nuevas guerras de defensa preventiva-represiva. Todo ello está bien lejos de construir un mundo más "seguro", y en realidad favorece nuevos odios y muchos miedos. Y también a determinados intereses de ciertas burocracias estatales y privadas conocidas hace tiempo en los Estados Unidos como "complejo industrial militar".

Frente al agotamiento de la estrategia de "guerra" contra las drogas, el nuevo escenario pareciera proporcionar ciertas "ventajas" económicas y políticas. Estos son fenómenos paradójales y realmente novedosos, pues las actuales "guerras" no pueden tener fin por su propia definición del conflicto. El concepto de "guerra al terrorismo" no puede acabar pues no se trata de otro espacio al que ocupar u otro grupo al que eliminar sino que se lucha en todo el mundo y contra cualquiera, ya que el "terrorismo" es indefinible y casi todo puede encuadrar dentro de él. O, como recuerda Noam CHOMSKY al recurrir a la definición que de terrorismo adoptan los manuales militares estadounidenses -"uso premeditado de la violencia, la amenaza, la intimidación, la coerción o el miedo por motivos políticos o religiosos"-, sobre todo encuadra en él la acción punitiva realizada históricamente por los Estados.

Actualmente se torna más evidente la naturaleza del Estado-guerra. Con los gastos militares el Estado "subvenciona" a determinadas empresas y sujetos. Pero desde hace tiempo ello funcionaba de esa forma en las "guerras cotidianas". La dureza en la represión penal entra en la misma lógica esquizofrénica de la lucha contra el terrorismo, y con similares consecuencias económicas y políticas. Más cárceles, más policías, más jueces penales y fiscales, deberán hacer frente –siempre imperfectamente– a un enemigo común y fácilmente identificable.

Un enemigo que justifica a unas agencias burocráticas pero, sobre todo, deslegitima a las herramientas de limitación de su accionar. Según aquellos que azuzan los viejos temores frente a las pestes y las brujas –ahora ligeramente modernizados– para hacer algo "eficiente" sobre la seguridad interna y externa, resultarían una incomodidad la democracia y el Estado de derecho liberal, los límites que a duras penas habían sido impuestos en la Ilustración y que se habían acomodado en esa suerte de composición entre sus críticas y la legitimación de los Estados modernos. Una carga, en el mejor de los casos, superflua, y en el peor, un impedimento para que el Estado actúe eficazmente.

De esta forma, el poder mundial introyectaba el fenómeno de la "emergencia". Un fenómeno típico de los años setenta en Europa, y también en América Latina, donde asumió el discurso de la "seguridad nacional". Actualmente se extiende a todo el mundo al haber sido asumido por los Estados Unidos para lo interno y para lo externo. En la llamada "Ley Patriótica" de 2001, aquel hasta entonces bastión de los derechos civiles y políticos –sólo para sus ciudadanos, y concretamente para los hombres y blancos– introdujo medidas "de excepción" que restringen por cuatro años garantías y principios que en sí mismo distinguen lo que es un Estado de derecho de lo que no lo es.

Sobre la política penal "de excepción" o de la "emergencia", los críticos de aquellos países que la sufrieron han elaborado mejores reflexiones que los estadounidenses, y a ellas me referiré más adelante. No obstante, se habría de señalar que esa lógica de la "emergencia" adquirió nuevas dimensiones al adunarse con el discurso eficientista de los Estados Unidos.

En todo caso, a los fines preventivos ello se limitaría a medidas policiales excepcionales, y de dudosa efectividad como se ha demostrado en los recientes sucesos de Madrid, en donde murieron en un atentado terrorista unas doscientas personas y luego se descubrió que en su perpetración cooperaron diversos confidentes policiales.

Ese aumento de las facultades militares y policiales, con el paralelo abandono de la escena pública de muchos individuos –aunque son varios los que resisten a esta lógica, como se ha visto en las manifestaciones anti-guerra– aparejaría mayores ámbitos de arbitrariedad.

La "especialización" de muchos agentes en tales tácticas correría parejo con el aumento de la violencia del sistema penal. La violencia se vería como técnica "natural" de control social de las mayorías carenciadas.

X. 3. Las políticas de "ley y orden" y el realismo penal "duro"

Esa violencia y desprecio por otros seres humanos sería teorizada desde los años setentas por aquellos que pretendían expresamente acabar con lo que denominaban un dominio de expertos especialmente blandos con los delincuentes. Pa-

ra ellos era necesario abandonar las grandes teorizaciones y volver a lo básico, a lo que la gente común entiende como bien y mal. Se ha dado en llamar a este intencionalmente "básico" pensamiento como "criminología de la vida cotidiana". Sus autores se centrarían sobre todo en la prevención del delito, que según ellos tendría que ver con la elección racional, con las rutinas cotidianas, y con las oportunidades situacionales. De esa forma se mezclarían ideas razonables con otras totalmente extravagantes, para dar sustento a una criminología de la intolerancia.

En los principios de los años setenta James Q. WILSON se convirtió en el criminólogo de cabecera para la derecha punitiva estadounidense. Este criminólogo fue el que habría manifestado más claramente su relación con el pensamiento conservador estadounidense. Desde los tempranos años setenta sirvió para indicar a los reaccionarios gobernantes republicanos una veta importante para captar apoyos electorales y, a la vez, ampliar la represión penal de la pobreza y lograr la descalificación intelectual del pensamiento crítico. Su trabajo, por tanto, se vincularía con las funciones represivas de los gobiernos republicanos –delito común y, desde los tempranos setentas, las drogas– y también con las demandas de ciertos grupos de presión como la *Rand Corporation* –de ideología conservadora y vinculada con la industria militar, primero, y la de la seguridad luego–.

En 1975 escribió *Pensando sobre el delito*, una obra que sería el contrapunto de la criminología crítica, a la que se encargaría de criticar: una de sus frases más citadas en sus artículos de periódicos es la de que "no quedan más liberales, pues todos fueron víctimas de atracos". También sería la base de legitimación de los cambios en las políticas criminales que dispararían el número de personas presas en los Estados Unidos a partir de la década del ochenta. Esta perspectiva fue llamada "realismo criminológico" o, con mayor claridad ideológica, "realismo de derecha".

Para WILSON los índices delictivos en Estados Unidos habían subido porque habían bajado las posibilidades de ser detenido, condenado y, sobre todo, de ser severamente castigado. Argumentaba que las consideraciones disuasorias debían ajustar el nivel general de imposición de penas y que los delincuentes peligrosos o reincidentes debían ser sujetos a penalidades más severas, incapacitadoras, y en algunos casos a la misma muerte.

Entre los representantes del realismo de derecha también se contaba a Ernest VAN DEN HAAG, quien en otro libro de 1975, *Castigando a los delincuentes*, identificaba al orden como valor jurídico supremo y por lo tanto no decía creer ni en la utilidad entendida como caridad, ni tampoco en la justicia. Según este autor sería más fácil disuadir que rehabilitar, y afirmaba que tampoco aquello último era posible. En definitiva decía que había tres clases de personas: los malos, los inocentes y los calculadores. Lo único que se podría hacer con los "malos" era separarlos de los otros para que no les hicieran daño. A los inocentes habría que protegerlos. Y para la gran mayoría de sujetos que piensan de acuerdo a la lógica de costo-beneficio debería haber una serie de leyes que los convencieran de la inconveniencia de delinquir. Con las políticas penales del bienestar "no se habría prestado atención a los malos, se habría burlado a los inocentes, y se alentaba a los calculadores".

De esta forma este pensador conservador se unía con otros liberales para propugnar un regreso a las teorías contractualistas, en este caso en su versión de "quien la hace la paga" aunada con el utilitarismo economicista. En este sentido

es que se indicó que también la criminología de derecha realizaba una profunda carga crítica contra la criminología positivista, identificada con el Estado de bienestar. Bajo esa idea retributiva se percibía una vuelta a criterios jurídicos, y en última instancia penales, que debían acabar con las perspectivas sociológicas o médicas que eran vistas como muy indulgentes con los criminales. Un caso que repercutió en la opinión pública estadounidense alrededor de estas cuestiones fue el juzgamiento del joven John HINCKLEY, que intentó matar al presidente REAGAN pero fue considerado insano y por tanto no responsable penalmente –y fue recluido en una prisión psiquiátrica–. Muchos Estados y la propia legislación federal cambiaron a partir de entonces los criterios para declarar inimputable a un individuo, lo que derivó posteriormente en un gran aumento de sentencias, incluso a la muerte, contra personas con deficiencias mentales evidentes. Este caso fue utilizado políticamente como una forma de criticar al sistema judicial por no dar a cada quien lo que se merece. Del mismo modo se criticarían las políticas penales de inspiración sociológica tendientes a la resocialización, puesto que se señalaba que constituían un enorme gasto a sufragar por las personas “honradas” y que en el mejor caso aprovecharían los que no se lo merecían. En esa insistencia en el “merecimiento” habría una recuperación de ideas morales y jurídicas.

Sin embargo se daría aquí una rara mezcla de teorías, puesto que si bien se criticaba al positivismo desde presupuestos liberales, se lo volvería a recuperar para explicar por qué los delincuentes son siempre los mismos, son siempre “otros” –que si no se considerarían “monstruos” o anormales, sí que serían especialmente unos sujetos identificables–. El estudio de Marvin WOLFGANG, Thorsten SELLIN y Robert FIGLIO sobre quienes son delincuentes dentro de una misma generación sería también una de las bases de recuperación de una criminología más represiva en los años setenta. En ese trabajo sus autores investigaron los antecedentes penales o por “mala conducta” de todos los varones nacidos en la ciudad de Filadelfia en 1945: era una muestra de 9.945 sujetos desde el día de su nacimiento hasta que cumplieron dieciocho años en 1963. Para ello utilizaron registros oficiales como los producidos por escuelas y departamentos de policía, para arribar a las conclusiones de que un 34,9 por ciento del total registraba al menos un contacto con la policía, pero que dentro de ese grupo sólo el 6,3 por ciento del total había tenido cinco o más contactos con la policía, por ello caracterizados allí mismo como reincidentes crónicos. Ahora bien, este pequeño grupo era el responsable del 51,9 por ciento de los 10.214 delitos presuntamente cometidos por todos los integrantes de la muestra que tenían prontuario, cifra que se elevaba al 63 por ciento en los delitos más graves. Los hallazgos de este trabajo, en un contexto político muy favorable para su difusión, se constituyeron así en la base sobre la cual se cimentó toda la investigación posterior acerca de los delincuentes habituales. Como se verá más adelante, allí estaba también la base teórica de la nueva práctica inhabilitadora.

Ya para cuando los neoconservadores llegaron al poder con Ronald REAGAN el mencionado James Q. WILSON, entonces asesor del actor-presidente, se haría famoso con la teoría de las “ventanas rotas”, que juntaba ideas sociológicas más amplias con la justificación para detener a los “sospechosos de siempre” antes de que realicen hechos graves. Debidamente difundidas por todos los medios de acceso masivo, esa y otras ideas emparentadas, no tardarían en gozar de amplio apoyo del público.

Recientemente George KELLING y Catherine COLES realizaron la explicación más amplia y conocida de esta teoría en el libro *No más ventanas rotas*, de 1994. Además de su traducción por una fundación conservadora, su popularidad en el ámbito latinoamericano vendría dada por su difusión por medio de comunicaciones sociales con evidentes conexiones con el negocio de la inseguridad. Por ello, la más difundida de las "ventanas rotas" es la versión de KELLING y COLES. Según sus autores, los pequeños desórdenes desatendidos serían el inicio de problemas mucho más serios de convivencia. El control social sobre estas pequeñas cosas sería la mejor forma de prevenir delitos graves, y por ello la gran importancia de la dedicación policial y represiva a lo que en otras latitudes se llamaría "incivilidades". Contra ellas debería actuar una ciudadanía consustanciada con la policía y con esos valores morales conservadores. Además, en el libro también recurrían a la vieja técnica inquisitorial de encontrar culpables entre los deslegitimadores de la teoría: los criminólogos y políticos liberales, con sus reclamos por libertad, tolerancia y derechos humanos, serían, en realidad, los responsables de todo ese desastre. La culpa de lo que pasa en Estados Unidos la tendrían las sentencias del tipo "Miranda contra Arizona" y demás medidas limitadoras de "excesos" policíacos.

El artículo, algo más elaborado, que originalmente había pregonado esas ideas había sido publicado en 1981 por WILSON y KELLING. En *Ventanas rotas: la policía y la sociedad en los barrios*, sostenían con vehemencia la necesidad de perseguir las más pequeñas incivildades callejeras, debido a que éstas son el punto de partida de un mayor deterioro en los barrios. Ello lo ejemplificaban con la metáfora de las "ventanas rotas": si una ventana de un edificio está rota y se deja sin reparar, el resto de las ventanas serán rotas pronto porque una ventana sin reparar es señal de que a nadie le preocupa, y por lo tanto romper más ventanas no tiene costo alguno. Un edificio con todas sus ventanas rotas traduce la idea de que a nadie le importa lo que pasa en las calles, y pronto otros edificios serán dañados. Ello tendrá efectos negativos pues "sólo los jóvenes, los criminales, o los temerarios tienen algún negocio en una avenida sin protección, y por lo tanto más y más ciudadanos abandonarán la calle" -con lo que dejan en claro a quienes no consideran ciudadanos-.

Para evitar ese deterioro y para que los "ciudadanos" ocupen los lugares públicos, dirían los autores que un buen recurso consiste en sacar a la policía fuera de sus patrulleros y hacer que vigilen los barrios a pie, ya que de este modo se eleva el nivel de orden público en esos barrios. Esta idea no era bastante razonable, y en parte era también una reacción al fracasado modelo de "tecno-policía" que llegaba para entonces a su cenit en Los Ángeles -en realidad lo haría para los juegos olímpicos de 1984-. Frente a un cuerpo integrado por superpolicías alejados de la realidad merced a la formación y a los medios técnicos más desarrollados, WILSON propondría una policía más barata, eficiente, visible y cercana.

Pero esa policía más cercana no tendría tanto la finalidad de perseguir delitos sino que más bien le correspondería combatir las conductas desordenadas o antisociales como el vagabundeo, la mendicidad, la prostitución, etc., pues ellas serían la "ventana rota" que luego daría lugar a conductas más graves. "Si el barrio no puede evitar que un mendigo fastidioso moleste a los transeúntes, el ladrón puede razonar que es incluso menos posible llamar a la policía para identificar un asaltante potencial o interferir si el asalto realmente está sucediendo".

Ésta era, según lo dicho, una teoría no necesariamente represiva y en principio descriptiva de la realidad depauperada de los barrios y la caída del "control social". Por tanto, tan razonable como racionalizante. Pero escapaba de los límites de la razón al proponer medidas concretas. Como de aquí se desprendía que por varios motivos en los barrios más deteriorados se produjo un menor control informal –y con ello un aumento de todo tipo de delitos e incivildades– se recomendaría reemplazarlo si era preciso con un control formal. Por tanto, y contrariamente a lo que indicaban las teorías clásicas del derecho penal, debería castigarse más duramente un acto que no sea necesariamente más grave. O incluso criminalizar lo que no sea legalmente delito, la "incivildad". La política criminal preventiva recomendada era la consecuencia de no dejar ni una ventana rota, ni una muestra de descontrol sin castigo. Se propondría controlar esas actividades que favorecerían la delincuencia con tanto rigor, o más, que a la delincuencia misma.

De aquella teoría de las "ventanas rotas" se derivaría la técnica de policía intensiva conocida como "tolerancia cero". Ese nombre proviene de la estrategia policial que se implantó en Nueva York, aunque luego se aplicaría en todas partes del mundo, como un concepto que tanto servía para un roto como para un descosido si de prohibir y poner sanciones se trataba.

En 1994, el conservador Rudolph GIULLIANI fue elegido alcalde de la tradicionalmente liberal ciudad Nueva York gracias a una campaña electoral basada el tema de la criminalidad, de la seguridad, y de la recuperación urbanística de la ciudad. En realidad esa campaña estaba basada en la lógica belicista, pues se declaraba la "guerra" a la delincuencia callejera, a la droga, a las bandas, y a la violencia de los jóvenes en general. A todo ello se le dice desacomplejadamente "basta" con la expresión "tolerancia cero". Dejará de "tolerarse" cualquier violación a las leyes, y en realidad a los códigos morales ultraconservadores que representará una policía relegitimada.

La violencia de los cuerpos policiales y de seguridad, incluso privada, sería un componente de ese discurso simplificador que buscaba la aceptación, al menos pasiva, de importantes sectores de la opinión pública. Les ofrecía resultados. Para ellos, una vez en el poder GIULLIANI contaba con la experiencia de un programa de seguridad en la línea de transporte subterráneo llevado adelante por William BRATTON. En los años anteriores, y mediante la concesión de poderes discrecionales a policías y guardias de seguridad, se habían eliminado bruscamente la presencia de graffitis, de bandas de jóvenes –que asustaban a los "ciudadanos"–, de mendigos, y de pequeños delitos contra la propiedad en esa red de subterráneos famosa por la sensación de "inseguridad". BRATTON es puesto entonces al frente del cuerpo encargado de llevar adelante esa guerra, la policía municipal. Sus palabras al asumir fueron "Combatiremos casa por casa, barrio por barrio, ¡y venceremos!". Sólo al año de haber asumido se mostrarían números que daban cuenta de que la "guerra" se estaba ganando, pues a los que pedían limosnas o lavaban parabrisas se les arrestaba en vez de multarlos, las detenciones se habían triplicado, el número de policías había aumentado un 20 por ciento, y los delitos denunciados habían bajado un 30 por ciento. Asimismo, las demandas por abusos policiales se duplicarían, el número de muertos por balas de la policía aumentaría un 35 por ciento y un 53 por ciento el de los fallecidos mientras estaban bajo la custodia policial. Pero lo que resultaba más importante era que tres de cada

cuatro neoyorquinos consultados –y consultables– se declaraba más “seguro”. Ésos eran los resultados buscados.

Aunque quizá, como señalaron diversas investigaciones críticas, entre ellas la de Jock YOUNG, el orden causal podría ser invertido: no fue la política de tolerancia cero la que erradicó la delincuencia, sino que la baja de la delincuencia permitió desviar recursos policiales para realizar la política de tolerancia cero.

En este caso, el total de violencia social aumentaría por tal política, aunque ahora se trataría de aumentar la violencia ejercida por la policía al “luchar” contra los que realizaban pintadas en edificios públicos, no pagaban los servicios públicos, dormían o consumían diferentes sustancias en lugares públicos, u ofrecían servicios de carácter sexual en la vía pública. Pero ello sería normal en una lógica de “guerra”, en la que las bajas de los otros no cuentan y en la que se busca imponer una seguridad ciudadana, pública, estética, moral definida justamente en contra de esos “otros”.

El accionar de la policía neoyorquina se comentará y discutirá –convenientemente difundido por determinadas empresas y burocracias– en todos los lugares de América Latina y Europa, donde se lo toma como modelo. Los discursos neoconservadores exasperaron el modelo y llegaron a calificar a otros seres humanos como basura en aquella simplista frase de “barrer las calles de pequeños delincuentes”, esbozadas por un ex presidente de gobierno español. De lo que se trataba “sin complejos” era de justificar una nueva criminalización de la marginalidad o pobreza que, a su vez, se gestaba en las decisiones macroeconómicas que eran consustanciales a tal modelo punitivo.

Esa estrategia no sólo se basaba en penas muy severas que impondrían los legislativos en general y los judiciales en casos particulares, sino también en diversas medidas represivas para aquellas conductas que no constituyen delitos pero que merecerían represión policial. Una represión que llegaría a justificarse éticamente con un discurso simplificado que la derecha tiene poco problema en formular, pero que incluso cierta pretendida izquierda culminaría por abrazar –como ejemplo, el primer ministro británico Tony BLAIR dijo “es justo ser intolerante con los vagabundos callejeros”–. Tal discurso simplificado se haría monopólico alrededor de la cuestión de la “seguridad”, que centraría todas las discusiones de fines de siglo XX y principios del XXI, sobre todo, extrañamente, en aquellos países centrales en donde los grados de seguridad alcanzados por sus habitantes serían los más altos de los vividos nunca por otra sociedad en la historia –la expectativa de vida ronda hoy los 80 años–. Sin embargo, esa realidad no es óbice para que se manejen miedos, frente a un futuro siempre fantasmagórico y frente a un presente en que se pasaría a señalar a los “sospechosos de siempre”.

Ellos serían los que centralizarían el siempre utilizado discurso del miedo. Es por ese miedo que se justificaría investigar el comportamiento de los otros, para controlarlo y eliminarlo. Pero las investigaciones derivarían en intervenciones, que no se limitarían a las practicadas sobre el individuo sino que preferirían actuar sobre grupos considerados de “riesgo”. Además de en sus integrantes también se intervendría en factores, ambientes y situaciones.

Recibiría el nombre de control “situacional” el conjunto de una serie de innovaciones urbanísticas para impedir que aquellos que de todas formas harían algo malo, pues son el “otro”, lo puedan hacer. Barreras físicas, impedimentos como cámaras de video-vigilancia, etcétera, conformarían un nuevo arsenal des-

tinado a blindar la seguridad, sobre todo de quienes participan de las industrias que lo producen.

En 1983 se editaría un libro colectivo llamado *Delito y políticas públicas*, en el cual muchos de los autores, como Charles MURRAY, declaraban que esas políticas debían “defender” el ambiente físico de la ciudad frente a los potenciales depredadores. Policía pública, policía privada y ciudadanos cooperarían entre sí para dar lugar a una red que observa, identifica, denuncia y captura a los sujetos considerados “peligrosos”. No sería de extrañar, entonces, que ese pensamiento de unión entre preclaros fanáticos religiosos o morales de cualquier tipo, de capitalistas inescrupulosos y ávidos de aumentar sus rendimientos, de burócratas estatales y mediáticos, y de amplios grupos de población manipulados en el miedo, recurriese a pensamientos en gran medida racistas o basados en el prejuicio.

En 1985, el mencionado James Q. WILSON y el psicólogo Richard HERRNSTEIN (1930-1994) escribieron una obra claramente racista, *Delito y naturaleza humana*, donde hablaban de la predisposición al delito como una opción racional de ciertos individuos tras hacer un repaso muy poco serio a diferentes pensamientos criminológicos. Lo que importa, en este libro, es remarcar que según él la criminalidad debe ser vista desde un punto de vista individual, en contra de todo el acervo criminológico existente que hacía hincapié en las causas sociales. En un primer momento estos profesores de la Universidad de Harvard intentan recuperar la obra del positivista, y criticado con toda razón, Earnest HOOTON. Pero luego, y sin desdeñar los factores psicológicos, sociológicos y de aprendizaje del individuo delincuente, sostienen que la clave explicativa de la criminalidad debe volver a un criterio de “sentido común” que indica que el que delinque lo hace para beneficiarse. Insistían en excluir explicaciones sociales y políticas y en reducir el problema a una cuestión de mentalidad humana. Mentalidad, además, que es reprochable moralmente pues el que delinque sabe lo que hace, calcula el beneficio que obtendrá de su acto y en ese cálculo incluye el de riesgo de ser atrapado y castigado. Hay un problema, por tanto, en que ese riesgo es muy bajo y permite un aumento de quienes calculan racionalmente aprovecharse de otros.

En cierto sentido hay en este libro una recuperación de las teorías ilustradas. No sólo del contractualismo sino sobre todo del utilitarismo, que se tomaba de la versión, algo menos elaborada que la benthamita, de Gary BECKER. Los conceptos sobre los que se basa la teoría “causal” de la criminalidad de estos autores son los de acción racional, el hedonismo de los humanos, el valor económico de los actos y el reforzamiento o recompensa psicológicos. El cálculo del sujeto con mentalidad delincuencial se hace para lograr mayor placer y para evitar el dolor. En ello hay, para los autores, tanto razones biológicas como psicológicas –pues se declaraban conductistas–, pero es sobre todo ello un cálculo de conveniencias. El determinismo iba de la mano de soluciones de “sentido común”, que indicaban que lo mejor sería reprimir severamente, con un menor costo que las políticas sociales de los liberales.

Es por ello que, luego, HERRNSTEIN renunciaría a cualquier investigación etiológica y decidiría que todo el esfuerzo pensante debe centrarse en la forma de reprimir más eficazmente. Los libros de este autor, en solitario o con WILSON, tuvieron un éxito incluso masivo en unos Estados Unidos que se hacían cada vez más represores y abandonaban a los denostados “intelectuales” el campo de las causas.

Pero finalmente HERRNSTEIN debería volver sobre la etiología, como ya había hecho junto a WILSON al señalar la importancia de la predisposición individual y sus raíces biológicas para realizar la elección de delinquir. Este autor profundizaría ello justo antes de morir en 1994, y lo haría mediante la cuestión a las causas hereditarias, con lo que se adscribiría mucho más claramente al racismo en el libro *La curva en forma de campana* –o “campana normal” de GAUSS– escrito juntamente con Charles MURRAY. Aquí aplicarían supuestos razonamientos matemáticos para sostener unas hipótesis inaceptables moral y jurídicamente. Según el libro, la mayoría de la población tiene una inteligencia o habilidad cognitiva normal y similar, pero a los costados de la cúpula de la campana caen los minoritarios grupos brillantes –a los que dedican la primera parte del libro– y los especialmente estúpidos –a los que dedican la segunda parte–. En todo momento intentan demostrar que la herencia está relacionada con los niveles de inteligencia, medidos según el coeficiente intelectual, y que ello se asocia con los problemas sociales –que no serán ya “sociales”– y, por supuesto, con la criminalidad. El coeficiente intelectual de los presos, a quienes los autores denominan delincuentes, sería inferior al de los que viven en libertad, considerados no delincuentes. Se recuperan, así, las teorías del siglo XIX y se hace una expresa denuncia de los pensamientos sociológicos posteriores. El racismo, imputación que el libro rechaza por ser su investigación “científica”, se hace más evidente en la tercera parte del libro explicativa de la menor inteligencia de negros y latinos como una cualidad física más. Las propuestas que realiza la parte final del trabajo se encaminan a combatir todo intento de “acción afirmativa” y de distribución económica y de oportunidades, para dejar de gastar inútilmente en los más tontos –para los que llegan a recomendar algunas técnicas eugenésicas– y sacar más provecho de los blancos, ricos y, según HERRNSTEIN y MURRAY, inteligentes.

Ello no es de extrañar pues HERRNSTEIN ya se había destacado en 1973 con su libro *Cociente intelectual en la meritocracia*, como un defensor del más puro racismo y un duro opositor a las políticas de integración de la década anterior –continuando la tarea de apoyo intelectual a la ultraderecha que hiciera en los años sesenta el ya citado GARRET, pero ahora con más éxito–.

Parece mentira la forma en que se recuperan pensamientos que parecían abandonados, sobre todo si se considera que ese abandono provenía de su total demostración de los errores de bulto que contenían. Sin embargo, como RADZINOWICZ se encargaba de recordar, en *En búsqueda de la criminología*, muchas veces pensamientos científicos que parecen abandonados resurgen de la mano de necesidades políticas o ideológicas –y lo ejemplifica ni más ni menos que con el pensamiento de LOMBROSO, muerto en Alemania para 1930 pero resucitado por las necesidades del gobierno nazi–.

X. 4. El “análisis económico del derecho” y otra vez la prevención

En cuanto a la pena, en efecto, muchas viejas ideas serían desempolvadas del baúl de los recuerdos. Lo curioso es que serían presentadas muchas veces como novedades, cuando como mucho lo que cambiaba era la disciplina a la que debía pertenecer el experto defensor de lo que el Estado y el mercado habían hecho desde sus inicios: castigar y excluir. Todo ello sería, en realidad, un recurso para poder mantener los castigos, y concretamente la prisión, ante las críticas recibidas por el ideal resocializador.

Las críticas a la idea de resocialización también se traducirían en el plano teórico, en el que se actualizaban algunas discusiones filosóficas sobre la justificación de la pena, pero con la evidente utilidad de justificarla, y así oponer un marco coherente a los fuertes embates deslegitimadores de los años sesenta.

Con ello no quiero negar que también filósofos serios y profundamente democráticos manifestaran, en términos bastante similares a los usados por los ilustrados del siglo XVIII, cierta preocupación por la nunca resuelta cuestión del castigo y con ella de la propia dominación política. Entre estas preocupaciones, vale destacar el libro publicado por el ya mencionado Herbert HART en 1968, *Castigo y responsabilidad*. En ese libro se lograban actualizar las viejas discusiones entre BENTHAM y KANT, algo que también harían en la Argentina Eduardo Rabossi y Carlos NINO (1943-1993) desde la filosofía del derecho igualmente analítica. Es necesario destacar que estos filósofos del derecho, así como el neocontractualista John RAWLS (1921-2002), y quizá Jürgen HABERMAS, buscaban en tales autores los fundamentos para sociedades más justas e igualitarias, en una tentativa progresista como la aquí ya referida de Luigi FERRAJOLI.

Ello no sería sólo válido como intento legitimador, pues ciertamente en el pensamiento de BENTHAM y en el de KANT reposan las bases de lo que también puede ser un principio de crítica de los sistemas punitivos realmente implementados. Pero lo cierto es que tanto BENTHAM cuanto KANT serían utilizados –al igual que, en forma paradigmática, SMITH– también por los ideólogos neoconservadores que asesorarían a REAGAN y a THATCHER, entre otros gobernantes de derecha, para sostener sociedades desiguales e injustas.

En lo que hace a las ideas económicas de BENTHAM –sobre la actualización de las ideas de KANT me ocuparé en un próximo acápite– serían remozadas ya en el período de auge del Estado de bienestar, bajo las enseñanzas del austríaco Friedrich VON HAYEK y del asesor especial de NIXON y luego ganador del Nobel, Milton FRIEDMAN, quienes se encargarían de sostener políticas de ajuste de tipo monetaristas y que acusaban de todos los problemas a la generación de inflación. Con este arsenal neoliberal, que se hacía fuerte en su crítica al Estado benefactor en momentos en que parecía crujir económicamente, esta corriente propondría analizar la conducta delictiva y el castigo penal como lo haría la economía neoliberal con cualquier otra conducta del mundo de los negocios.

El antecedente de la teoría del delito como elección racional es el pensamiento economicista representado en el también premio Nobel Gary BECKER. Este autor era también uno de aquellos economistas que intentaron justificar la doctrina económica que devendría dominante como si hubiera estado en la obra de algunos pensadores ilustrados e, inclusive, como si fuera la “natural” disposición de los seres humanos. Es así que se define como individuo racional a un supuesto sujeto aislado y egoísta y como “elección racional” a aquella que le dará satisfacción individual y en el corto plazo –con lo que se transforma tácitamente a toda acción solidaria o altruista en “irracional”–.

BECKER, empero, extendería ese razonamiento a las conductas no necesariamente mercantiles, y de ese modo tuvo una relación concreta con la criminología pues en 1968 publicó un artículo llamado “Crimen y castigo: un enfoque económico”. Éste sería uno de los ejemplos más claros de aplicación a la cuestión punitiva de los preceptos de la activa desde entonces escuela de “análisis económico del derecho” que también surgía de la Universidad de Chicago.

La "utilidad esperada" sería el teorema básico de la teoría económica neoliberal. Según él, un aumento en el coste de una actividad determinada en relación con otras alternativas –en un contexto de preferencias idénticas– provoca un cambio hacia alternativas más baratas. En esta línea, con intentos de buscar similitud con algunos de los planteos del penalismo clásico, se presentaban los trabajos empíricos y teóricos sobre la motivación para cometer delitos –"las personas se convierten en delincuentes no por ser diferentes sino porque sus costos y beneficios son diferentes"– y sobre la función disuasoria de la pena –generación de desincentivos, el uso de multas y la cuantificación "óptima" de la pena concreta–.

Tales ideas reflexionan sobre el individuo concreto, el que realizaría tal acto criminal en busca de tal provecho y dejaría de hacerlo si el beneficio disminuye o el costo aumenta. Y para ese individuo calculador sería para quien está destinada la teoría de la prevención general negativa, o intimidación de la pena concreta, pues la función de intimidación debe necesariamente consistir en incrementar los costes para el futuro delincuente. El análisis económico del derecho reflexionaría del mismo modo sobre el propio sistema de justicia, que también debe hacer el cálculo económico para imponer penas concretas que logren mejores resultados a menores costos.

BECKER se inclinaba por las grandes ventajas de la pena de multa, en la que podría llegar a no haber costo ninguno y sí todo beneficio para el cuerpo social. Aunque a sabiendas de que la misma puede no ser cubierta por todos, no trepidaba en manifestar que otro tipo de medidas podrían subsistir con aquella pena tan conveniente para aquellos que sí tienen dinero.

Las penas propuestas tendrían que ver con la conveniencia para la sociedad y con la capacidad de hacer disuadir al tentado de cometer un acto delictivo, de acuerdo al modelo de hombre racional y al social "costo-beneficio". Pero también de acuerdo a la posición socioeconómica del castigado. Cuando el condenado tenga poco que perder por su situación de pobreza, la cárcel aparece como pena ideal –por no decir nada de la pena de muerte que no quedará excluida del análisis de algunos otros sostenedores del "análisis económico del derecho"–.

Sobre estas ideas surgieron en los años setenta una cantidad enorme de trabajos, que mezclaban descripciones del sistema existente, y de su gasto, con fórmulas prescriptivas para un sistema mejor desde el cálculo "costo-beneficio". Es por ello que a la vez justificaban ciertas prácticas punitivas o el diseño general del sistema penal en orden a las lógicas económicas –así, por ejemplo, la mayor penalidad de los delitos violentos por sobre los económicos–, pero también criticaban la irracionalidad de las políticas y normas vigentes de criterios positivistas, contra las que propondrían guías para imponer castigos y reformas legislativas necesarias para una satisfacción jurídico-económica conciente.

Para estos estudios, realizados con las nuevas tecnologías aplicadas a las ciencias económicas, la existencia del sistema penal tendría un cierto y limitado efecto disuasivo. Ello, como ya he dicho, es en realidad indemostrable. Pero está asentado sobre un modelo antropológico que se hizo muy popular en aquellos años justamente por resultar el menos problemático y difícil de sostener. Ello no quita un ápice de verdad al absurdo de creer que la conducta humana, toda conducta humana de cada uno de los diferentes humanos, se guiaría siempre por la elección "racional" entre "costo" de castigo y "beneficio" del delito, definidos los tres conceptos entrecomillados por las valoraciones de los funcionarios estatales

y criminólogos universitarios. Las referencias de este modelo economicista a los valores de tiempo y dinero, propios de los sectores más aventajados de las sociedades estatal-capitalistas demuestran cuánto tiene de imperialismo cultural.

No es por ello casual que el pensador "reaganiano" James Q. WILSON también recurriese al supuesto efecto preventivo general del castigo en un contexto de costo-beneficio, en su denodado y heterodoxo intento de aumentar la represión penal de 1975, *Pensando sobre el delito*. Como se ha visto, cuando no le alcanzaba con una teoría para justificar siempre el aumento del poder punitivo WILSON recurría a otra, y de esa forma también se apoyaría en la prevención general negativa. Pero ya creo haberme detenido demasiado en este autor. Entre los pensadores sobre la cuestión criminal que expondrían este enfoque del costo-beneficio se destacaron George STEIGLER, autor de *La implementación óptima de las leyes* en 1970; Steven SHAVELL, coautor de *La compensación óptima entre la probabilidad y magnitud de las multas* de 1979 y autor de *La ley penal y el uso óptimo de sanciones no pecuniarias para lograr la disuasión* de 1985; y Robert COOTER, autor de *Precios y sanciones* de 1984. Este mismo autor escribiría en 1988, junto a Thomas ULEN, una *Economía y Derecho* en la que, tras insistir en que no sólo la economía puede dar consejos al derecho sino que más importante aún son las certezas y consolidaciones de estatus que las leyes dan a los mercados, los autores hacen un horripilante cálculo sobre la disuasión de la pena de muerte y los costos que implica el homicidio legalizado.

Merecen destacarse también como defensores de la disuasión penal otros nombres de aquella escuela de análisis económico del derecho, como Richard POSNER y Frank EASTERBROOK, quienes desde su posición de juristas ocuparon altos cargos en la magistratura de su país. El primero se destacaría como uno de los juristas-economistas más importantes desde su *Análisis económico del derecho* de 1973. Saltaría entonces desde la economicista Escuela de Chicago al cargo de juez de la Corte Suprema que ostenta desde 1981. Luego analizaría concretamente los temas criminológicos en el artículo "Una teoría económica sobre las leyes penales" de 1982, y estudiaría muchos otros fenómenos además de los criminales, sobre todo desde la perspectiva de los estudios culturales. El segundo -juez de una importante Cámara de Apelaciones-, en *El proceso penal como un sistema de mercado* de 1983, llegaría a hacer un elogio de los sistemas de negociación entre el Estado y el acusado, al asimilarlos al sistema de mercado en la sociedad capitalista. Pero a este sistema de acuerdo -llamado "juicio abreviado" o "conformidad" y *plea bargaining* en inglés- me referiré más adelante.

De esta forma, para el modelo de experto formado, ahora, en las ciencias económicas, la justificación del castigo sería de preferencia utilitaria, ya que además de calcularse en relación a los costos que irroga y los costos que previene -los causados por el delito-, ésta debe tener como medida y fin el evitar que otros también delincan. Eso será objeto de un llamado análisis económico social. Ese análisis repercutirá en el análisis económico individual, pues quien vea como una opción racional cometer un delito debe calcular, dentro de los costos de realizarlo, lo que le puede irrogar como castigo. El castigo tiene que ser el suficiente como para disuadir al sujeto racional que calcula el costo y el beneficio de realizar una acción prohibida, y también debe ser racionalmente económico para el Estado que lo impone.

El castigo ideal debe estar en función de la clase de pena como de la cantidad. También evidentemente por la certeza de que se aplicará pena en el caso de

... el delito, aunque esto puede compensarse por una pena muy severa, que no se aplique con seguridad puede cumplir el papel de desincentivar por la gravedad de lo que está en juego. Para todos estos autores, la disuasión se obtiene de la misma manera tanto si se aumenta la certeza de condena, como si se incrementa la magnitud punitiva.

Con engorrosos cálculos de costos y beneficios, algunos autores justificaban los máximos punitivos argumentando que la modificación legislativa con mucho menos gasto que el que implicaría un reforzamiento en las agencias de justicia para permitir la persecución penal. Ello es evidentemente cierto, pero también lo que demuestra la debilidad de este análisis que no toma en cuenta la complejidad de elementos políticos y culturales que pone en juego la cuestión criminal. En el tema de la legitimación se actualizan sociológicamente las lúcidas críticas que KANT o HEGEL realizaban a quienes creían que la conducta humana podía adiestrarse como si fuera la de un perro. Y digo sociológicamente pues también esos presupuestos de finalidad, como toda justificación que se pretenda utilitaria, no encuentran ningún aval en los datos empíricos. No hay ninguna prueba de que la penalidad sea realmente preventiva de nada.

El gran problema de la teoría justificadora del castigo por la prevención general negativa o disuasión está dado por lo arraigado de sus presupuestos ideológicos —que llega a afectar a pensadores tan lúcidos como NINO o FERRAJOLI—, y por la indemostrable de su efectivo funcionamiento o, al contrario, de su manifiesta ineficacia. Frente a la aplicación de determinados castigos, siempre se podrá argumentar que la disuasión sí funciona, y si ello no es más visible es porque es necesario incluso aumentar más los castigos. Esto último es lo que sucedería en el último cuarto del siglo XX.

Es así que hacia fines de los años sesenta y durante los setenta aparecerían importantes trabajos que volverían a ver con simpatía a la teoría de la prevención general negativa o disuasión. Sobre todo de parte de los intelectuales liberales y críticos hacia los abusos de la práctica resocializadora y a los que la irrupción de los economistas y su idea de la "elección racional" les parecía más acorde con los presupuestos liberales y de autonomía de la persona. Pero incluso desde postulados totalmente diferentes al del análisis económico del derecho se recurriría a la vieja teoría de la prevención general negativa.

El penalista noruego John ANDENAES (1912-2003) fue uno de los más importantes sostenedores de la disuasión mediante la pena en los años setenta. Para ANDENAES el hombre racional tendría miedo a las consecuencias desagradables y por ello la amenaza del castigo debería funcionar para desmotivar la comisión de actos delictivos. Sin embargo, sus aportes intentaban siempre demostrar empíricamente ese supuesto efecto desmotivador, algo que estaban lejos de hacer otros defensores de la prevención general negativa, y por ello ANDENAES sería luego un crítico al vuelco punitivo operado con esta u otra justificación.

Los juristas liberales de la Universidad de California, Franklin ZIMRING y Gordon HAWKINS (1920-2004), comenzaron sus publicaciones con el trascendente artículo "Disuasión y grupos marginales" de 1968, y luego *Disuasión: la amenaza legal y el control del delito* en 1971, *La escala del encarcelamiento* en 1991 e *Incapacitación: reclusión y restricción* en 1995. El australiano HAWKINS había escrito con el también mencionado Norval MORRIS una famosa *Guía del político honesto para controlar el delito* en 1970. Ellos, al igual que otros liberales como

TONRY o VON HIRSCH, también denunciarían luego la política de exceso punitivo que se ha implementado en los Estados Unidos, así como propiciarían una razonable propuesta de reducir o eliminar las letales armas de fuego de la vida diaria. Sin embargo, en el momento de percibir la crisis de la idea de penalidad a principios de los setenta no llegarían a deslegitimar al Estado punitivo y por el contrario lo dotarían de una nueva/vieja legitimación.

Nils CHRISTIE advertía ya en 1981, en *Los límites del dolor*, sobre los peligros de recuperar estas nuevas/ viejas explicaciones justificantes de las penas. Pero en vez de seguir su propuesta de ir al nudo del problema, los expertos –en especial los penalistas– parecieron encontrar en el viejo debate sobre los fines de la pena una vía para justificar lo que seguían haciendo siempre más o menos de la misma forma.

La prevención aparecía frente a lo irrealizable del ideal resocializador, que así se veía criticado por todos los flancos ideológicos posibles. El problema estaría en que, como ya he dicho, tampoco podía demostrarse que el ideal disuasor funcionase. A pesar de la mayor dificultad en encontrar con tanta claridad como con respecto a la resocialización la famosa prueba empírica de su fracaso de hoy y para siempre, las numerosas investigaciones realizadas para medir los efectos preventivos generales negativos también mostraban que éstos eran inexistentes o en todo caso muy secundarios.

X. 5. Los partidarios del derecho penal simbólico

Por ello, la prevención general no sólo fue retomada en su versión negativa, o de la disuasión, sino también en su versión positiva. Las versiones más refinadas del pensamiento penal encontrarían en esta justificación del castigo la clave de bóveda del nuevo edificio que vendría a reemplazar al con tanto celo construido al abrigo del Estado de bienestar. El castigo sería reputado ahora como un mensaje. Como un mensaje que indique que lo hecho está mal, y no sólo que por hacerlo trae aparejada una experiencia desagradable. Ello tendría como fundamento a las teorías de la comunicación que hablaban de las respuestas expresivas, íntimamente vinculadas al desarrollo más amplio que tuvieron nunca las teorías funcionalistas.

El derecho penal simbólico, que reconoce sus orígenes en esa tradición sociológica funcionalista, tendría en esta última cuarta parte del siglo XX un auge significativo, sobre todo en Europa, donde también se descubrían nuevas víctimas, secularmente olvidadas por el derecho penal.

Pero también tendría sus promotores en el área anglosajona, pues con el dominio conservador y el retorno a la penalidad de inicios de la modernidad, se recuperaría el valor del "signo" tradicionalmente atribuido al castigo. También ello se vincula con el papel preponderante que tiene la "censura", la expresión pública de desaprobación sobre la conducta incorrecta, como parte de la teoría del "merecimiento" o "modelo de justicia" que, por tanto, no es sólo un modelo de tipo retributivo, aunque aquí lo expondré en tal epígrafe.

Se daría en aquellas salidas tanto del derecho penal continental europeo cuanto del modelo represivo estadounidense una curiosa unión entre teorías retributivas y teorías de prevención general positiva, cuyo mejor exponente es el alemán Gunther JAKOBS o el también alemán –y que asimismo estaría afectado por

la niñez bajo el régimen nazi, la guerra y la posguerra— pero ciudadano británico Ralf DAHRENDORF. Conviene no separar el análisis de uno y otro a pesar de que en el pensador del derecho que se supone es JAKOBS siempre persiste el elemento del “deber ser” del que puede, en ciertos aspectos, desprenderse el sociólogo DAHRENDORF al describir lo que “es” —pero que es o ha sido “malo” de acuerdo a su subjetiva visión valorativa—. Además, el mayor conocimiento de la sociología hace que el segundo reconozca una complejidad que se le escapa al primero, ejemplo de los cultores de un derecho penal que ya no dominan, como antaño, las claves explicativas más generales sobre la sociedad y el Estado. Ello quizá se debe a la excesiva y a la vez deficiente especialización que las lógicas burocráticas han impuesto, nuevamente, en los saberes universitarios.

El ejemplo de JAKOBS servirá para analizar las teorías de la “prevención-integración” aunque no es él el único penalista que recogería esa herramienta de recambio con respecto al ideal resocializador. Para casi todos los penalistas reconocidos —incluso los más críticos, como HASSEMER— la pena se conformaría como mecanismo simbólico que fortalece la conciencia jurídica, y contiene, mediante actuaciones psicológicas profundas, la reacción social que supuestamente podría ser más grave merced a la indignación generada por el hecho delictivo. La prevención general positiva, según Claus ROXIN, tiene tres funciones interrelacionadas: efecto social pedagógico de respeto a las normas, consolidación de la confianza en el derecho que producen los tribunales, y pacificación de la conciencia jurídica de la comunidad al comprobarse la superación del conflicto. En tales ideas reposa, como se ha visto, cierta perspectiva funcionalista acorde al Estado de bienestar y los principios expuestos en las constituciones sociales.

Sería más compleja la teoría sistémica posterior, aquella que deba justificar la pena sin el necesario recurso justificador de esa forma-Estado que ya había entrado en decadencia. Pero que sin embargo insistiría en la necesidad de alguna forma-Estado que represente a “la” autoridad, impuesta siempre desde arriba. Ello es lo que se advierte también en *Ley y orden* del DAHRENDORF defensor de las “instituciones” y crítico de sus obras juveniles. Tales instituciones se reforzarían y recuperarían credibilidad con una aplicación estricta de las leyes penales, según DAHRENDORF. Además de éste y otros sociólogos el penalista más conocido que intentaría tal tarea de relegitimación de un sistema previamente deslegitimado sería, como he dicho, Gunther JAKOBS. Y es por ello tal vez tan criticado por aquellos que no se le alejan tanto, aunque sí lo suficiente para ver el peligro que entraña la aplicación de sus ideas en las políticas de Perú y Colombia o en los reclamos autoritarios en otros sitios. Es importante destacar que el esfuerzo de DAHRENDORF se realiza precisamente para evitar “tentaciones” totalitarias y que el mismo JAKOBS sin duda repugnaría muchas de las consecuencias que se toman de sus teorías.

Al menos en el discurso jurídico penal de contenido criminológico de JAKOBS —pues la mayor parte de su obra no se detiene en estas cuestiones—, en aquel discurso que dice reflejar los planteos sociológicos del funcionalista alemán Niklas LUHMANN, se considera al delito simplemente como una ruptura con la fidelidad debida al derecho: se lesionaría de esta forma no a un tercero o a varios terceros sino a un bien jurídico, definido como una abstracción que simboliza la confianza de, y en, las instituciones públicas. La pena sería necesaria y se justificaría porque logra restablecer esa confianza en el derecho. JAKOBS comienza a describir so-

ciológicamente lo que hace el derecho –un primer paso necesario para la crítica transformadora– pero, a lo largo de los años, parece enamorarse de esa explicación y sostener que ese “ser” es también el “debe ser”.

Así surge una teoría de la pena que se pretende nueva aunque es, otra vez, una rara mezcla de ideas hegelianas y de defensa social, rodeada de un nuevo discurso difícilmente comprensible. Tal teoría es la de la “prevención-integración”, que derivaría en una doble función de la pena: la “latente” de consolidación de la sociedad, y la “manifiesta” de marginalizar al hecho delictivo y a su autor.

La presencia de las ideas de HEGEL es muy clara en la obra de JAKOBS. Ello se observa en su querida confusión de los planos arriba separados –originalmente separados por HUME– que viene de aquel adagio que señala que todo lo real es racional y viceversa. Pero más ampliamente es visible esa presencia tanto en su definición limitada de persona o ser humano como en las posibles consecuencias autoritarias de la definición de un “otro” como “enemigo” o “no persona”. Ambas cuestiones se relacionan.

El propio JAKOBS dice que “persona es aquel a quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del Derecho” o que “persona real es aquel cuyo comportamiento resulta adecuado a la norma”, o –peor aún pues es lo que HEGEL escondía– “en las referencias a la situación frente al mundo económico, persona es quien produce, quien produjo o quien producirá”. De esa forma resulta fácil que los tradicionales segregados por lo punitivo encuadren dentro del concepto de “enemigo” que en la teoría se hace con la mente puesta en otro tipo de perpetrador de actos ilegítimos.

En esa última construcción, que años antes también habían hecho derivar de la filosofía alemana los regímenes nazis y fascistas, JAKOBS sería algo más cuidadoso y no indicaría que todos los infractores son “enemigos” sino que sólo deben ser tratados de esa forma aquellos que pueden “perder la personalidad por la propia culpa”. No intentaría generar un nuevo derecho acorde con la existencia de enemigos, sino que indicaría que quien “desata” el sistema de derechos y garantías ya no puede exigir su vigencia. En sus propias palabras: “la existencia de un Derecho penal de enemigos no es signo, por tanto de la fortaleza del Estado de libertades, sino un signo de que en esa medida simplemente no existe” para el enemigo tal Estado de derecho. Para aquél regiría una medida de excepción o de emergencia.

Se ha reseñado en el capítulo anterior la profunda crítica que el garantismo penal de BARATTA o FERRAJOLI ha hecho a esta explicación de la “emergencia”, que sobre todo se utiliza para justificar la represión de hechos como los que tiene en mente JAKOBS: atentados políticos, tráfico de drogas, y otras formas que cuentan con organizaciones. Uno de los más brillantes de estos penalistas críticos italianos, Sergio MOCCIA, no ha dudado en ir más allá y hablar de una cultura de “perenne emergencia” que siempre ha justificado la represión en una supuesta excepción que luego va a caracterizar a todo su funcionamiento.

Supongo que al hablar de esta forma JAKOBS hace referencia a los “enemigos” “políticos”, algo creo incluso más grave, pues deja a éstos la posibilidad de organizarse fuera del derecho, por un lado, y por el otro ni siquiera reconocería la categoría de “seres racionales” a aquellos que HEGEL también despreciaba con idéntico razonamiento. A ellos la pena no los interpela.

En cambio, JAKOBS llega a un resultado diferente del perseguido expresamente por HEGEL, cual es el de entender a la pena como la confirmación de la configu-

ración de la sociedad. La pena tiene la misión de dirigirse a las "personas" o "ciudadanos", y de confirmarles su confianza en la norma como esquema de orientación de su rol de personalidad. Así se acerca JAKOBS a aquella teoría de la prevención positiva de origen durkheiminiano, aunque la sociología le sirve a JAKOBS para alertar sobre los supuestos desvíos etizantes y psicologizantes de tal teoría. La pena no puede hacer más que los más complejos mecanismos comunicativos de la sociedad, según él, que sin embargo caerá en desvíos quizá más graves.

En todo caso, son graves pues no se usa el arsenal pensante para criticar lo que pasa sino para legitimarlo. Ello no sólo se podría reprochar por "omisión" sino también por "acción", pues las decisiones políticas no "pasan" sino que son dirigidas por las diversas y complejas acciones humanas.

Lo que configuran también estas justificaciones sistémicas –claro que no únicamente ellas sino que en forma conjunta con los otros pensamientos y actitudes– es aquel universo represivo que ha caracterizado a la modernidad. Ello está encerrado en la misma idea de la pena, y cualquier justificación de ella correrá esa suerte de complicidad.

Las políticas penales que implementan los diversos gobiernos actuales tienen una función simbólica declarada de imponer los valores morales tradicionales. Para ello se utiliza la herramienta tradicional de reprimir y construir, a la vez, subjetividades. Pero es posible percibir que lo punitivo no es sólo un "medio", pues en sí mismo tiene las condiciones de reproducción de una organización social jerarquizada y basada en la exclusión. Es en ese punto, y en atención a los resultados históricos de las sociedades modernas, que no cabe el análisis "interno" y se debe criticar políticamente a esa fundamentación del castigo, que según algunos autores tiene la ventaja de no poder ser falseable. Sin embargo, como insiste Jock YOUNG, también puede comprobarse sociológicamente la falsación de esta teoría. Según sugiere el gran representante del realismo de izquierda, la creciente criminalización de la vida cotidiana antes provoca transgresión que conformidad.

La tarea que los conservadores –y los socialistas de "tercera vía"– pretenderían lograr con campañas simbólicas de "ley y orden" no es factible que se realice en momentos de cambio de valores. La descripción durkheiminiana no tenga lugar en momentos "anómicos" de la sociedad. No se podrán imponer esos valores si sólo pertenecen a una pequeña parte de la población, por más poderosa que sea. Al menos no con el solo recurso de lo punitivo.

Ello recuerda que el gran dilema de las sociedades actuales gira en torno al valor de la "comunidad", o sentimiento de tal cosa que podría ser imaginado, postulado o fijado. En vez de debatir el nuevo sentido de comunidad e identidad –basados en el individualismo, la diversidad y la deconstrucción de los valores aceptados–, los poderes estatales intentan volver la historia sobre esos valores "tradicionales" a través de un aumento de la violencia punitiva. Se consigue más violencia, pero no más sentido. Violencia que no sólo será la de la imposición no lograda de esos valores "poderosos" sino también la ejercida por los que se definan a sí mismo o identifiquen con valores, en parte, diferentes pero también basados en la exclusión del que no participe de esa nueva identidad.

La identidad hecha a fuerza de variadas acciones familiares, mercantiles y estatales necesariamente ha cambiado y la fuerza del pluralismo y de la ambigüedad hace más actual que nunca el planteo del fundador del funcionalismo que

creía que en las sociedades futuras la solidaridad mecánica y el derecho represivo ya no jugarían ningún papel funcional a la estabilidad del sistema, que en cambio debería ocupar la solidaridad orgánica y el derecho de la diferencia.

Por otro lado, cuando ese orden de valores "tradicionales" sí podía imponerse no se lograba sólo con el recurso de lo punitivo. Las acciones que tenía el Estado para lograr esa identitaria comunidad eran variadas, pero hoy se han restringido más que nunca al papel meramente simbólico que tenía en su inicio. Ya no puede lograr la unidad con actividades económicas, sociales y culturales, que ha delegado en el mercado que parece no poder volver a una lógica monopolizadora. Al Estado sólo le queda el uso de la violencia, la guerra y los castigos. Y con ellos no habrá sentido posible de ser aceptado. Pero adelante algunas ideas sólo con el fin de indicar que también este intento de justificación de la pena se verá, más temprano que tarde, como imposible.

X. 6. El modelo de justicia y otra vez la retribución

Queda la justificación del castigo que ya no intenta producir ningún efecto hacia el futuro, sino que sólo mira al pasado. Los primeros teorizadores que volverían sobre las viejas justificaciones kantianas o hegelianas no tenían parecidos con la imagen del vengador sanguinario que sólo quiere producir mal al que causó el mal, aunque todo perezca.

En este sentido, no se debe pasar por alto que la reflexión filosófica y jurídica sobre la "justicia" sobre la que se asientan algunas de las ideas que pasaré a exponer no refleja un ingenuo regreso a las ideas kantianas, sino que se apoya en la elaborada construcción teórica que en los Estados Unidos realizaban durante la década del setenta Ronald DWORKIN o John RAWLS. Los criterios neocontractualistas no se aplicaban ni exclusiva ni prioritariamente en la materia punitiva. Sus ideas de justicia individual estaban además íntimamente ligadas a las de la organización de esos individuos, en tanto centro de respeto e invulnerabilidad, con justicia social. El individualismo respetuoso de la diferencia debía estar íntimamente ligado con una igualdad en el disfrute de derechos.

Pero evidentemente, nada de ello llegaría hasta algunos sostenedores de una "justicia" y un "merecimiento" con trampas. Y mucho menos en las aplicaciones político criminales concretas, que no podrían escaparse a la lógica violenta de lo punitivo. Comenzaría, por el contrario, a verificarse en estas ideas algo más que un retorno al ideal kantiano. Ese algo sería esencial para el llamado "populismo punitivo" pues bajo la invocación de "justicia" se perseguiría satisfacer una supuesta demanda social de mayor dureza para quienes se lo "merecen". El retribucionismo se alejaría del poner límites a la penalidad para acercarse a las demandas "de sentido común", que coincidirían con las únicas "ofertas" que estaban dispuestas a hacer las instituciones penales de los Estados. Y les brindaba una nueva justificación para continuar haciendo lo de siempre y que ya no se podía hacer más, de acuerdo a lo que observaban los propios neo-contractualistas.

La decepción producida por las promesas incumplidas del ideal resocializador hizo poner en crisis a todo el sistema de penas basado en la utilidad. En tal sistema, las pretensiones positivistas más progresistas de transformar al individuo lograban redondear lo que sería útil y conveniente para todos, incluso para el penado. Pero ello sería una característica sólo del modelo teórico. En la práctica

del castigo ese pretendido humanismo supondría arbitrariedades ejercidas por los "expertos" en la conducta y en su reforma –y sobre todo por los que sufrían los efectos de prisionización encerrándose como guardianes–.

Debe recordarse que en los Estados Unidos este sistema "individualizador" había estado presente más que en ningún otro sitio en lo que hace a la aplicación y ejecución de castigos en la prisión, puesto que las medidas con mayor influencia sociológica se intentaron en el exterior, ya como medidas alternativas o como prevención del delito. Hasta los años setenta en la mayoría de los Estados seguía rigiendo la indeterminación de las penas. Con las críticas esbozadas a estas consecuencias del tratamiento terapéutico, parecería también la más nueva-vieja justificación de la pena. Especialmente en el universo anglosajón se volverían los ojos hacia un nuevo retribucionismo, al pensar que la "pena fija" sería la solución a todas estas desigualdades en el castigo o *sentencing*. Se entendía que la retribución podía remediar tanto la inseguridad jurídica que comportaba el aplicar castigos distintos por hechos similares, como la dependencia que generaba la determinación posterior en relación a las autoridades y sus abusos –el fenómeno ya mencionado como motivo de los importantes motines carcelarios en ese país–.

El retribucionismo volvía no sólo sobre la idea ilustrada, contractual y de justicia, sino también sobre la bíblica idea del "ojo por ojo, diente por diente". La proporcionalidad entre castigo y daño y entre castigo y culpabilidad sería apoyada, entonces, también por los conservadores con argumentos religiosos, y no sólo por los liberales con argumentos jurídicos.

Junto al merecimiento moral de aquellos que simplemente querían "más sangre" se alzarían a principios de los años setenta los cuáqueros estadounidenses del *American Friends Service*, que en un informe de 1971 veían con preocupación las consecuencias del sistema disciplinario por ellos mismos fundado un siglo antes –por lo que prestarían atención incluso al abolicionismo–.

El merecimiento jurídico era sostenido por criterios de justicia más terrenales y laicos. Uno de los principales autores de este llamado "modelo de justicia" fue Andrew VON HIRSCH. Pues la obra que marcaría un punto de referencia para el grupo de juristas liberales encuadrados en el "modelo de justicia" será la colectiva, pero por él dirigida, *Haciendo justicia*, de 1976. Se había presentado como el informe del *Comitee for the Study of Incarceration* encargado de analizar las injusticias cometidas bajo el amparo del ideal resocializador. A diferencia de la mayoría de los demás trabajos críticos, que continuaron hablando en un marco utilitarista y de reforma, este trabajo enfatizaba el hacer menos daño en lugar de hacer el "bien". *Haciendo justicia* defiende explícitamente la filosofía retribucionista del castigo: lo justo frente a lo bueno. Remarca así la superioridad moral de los castigos proporcionales del pasado –a los que se denomina "justo merecimiento"– frente a los peligros inmorales y autoritarios de las medidas penales basadas en las predicciones de criminalidad futura, o en la evolución del carácter individual y del modo de vida.

Para VON HIRSCH, el estudio de la justificación del castigo penal debe distinguir dos niveles. Por un lado, el relacionado con la justificación general de su existencia en la sociedad –aquí el tema puede quedar en manos de la "defensa social" o cualquier otra teoría de prevención del delito–. Y por el otro, el que permite analizar la justificación y la determinación de la pena a imponer en el caso concreto. En este último caso juega un rol primordial el "merecimiento", que es el que sin

aludir a la sociedad como organismo sino al propio individuo y sus "méritos" puede resolver cuánto castigo debe sufrir el que ha cometido cierto delito. La justicia en este último caso debe imponer la misma pena para dos delitos iguales, cometidos en circunstancias similares -para ello resulta necesario establecer un sistema de penas fijas o determinadas-.

Éste sería el primer trabajo, tras muchos años de abandono de las ideas kantianas, que defendía el castigo como un fin en sí mismo. Y aunque su objetivo declarado era luchar contra las injusticias que cometía en el pasado la idea de rehabilitación, y que podía cometer en el futuro la de inhabilitación, tendría la consecuencia -probablemente no querida- de aumentar el número de encarcelados. No es casual que sus consecuencias más directas y evidentes sean las guías para aplicar castigos de tal modo que el juez tenga menos imparcialidad.

Tras el recibo de la crítica de la "justicia", y amparándose en la equidad y la evitación de la discrecionalidad, el Estado de California comenzó en 1976, Minnesota perfeccionó en 1978 y la legislación federal de Estados Unidos en 1984 aceptó, con la mayoría de los demás Estados, la redacción de unas "guías penales" de determinación aritmética de la penalidad a imponer en el caso concreto. A través de unas operaciones sobre una tabla matemática, que de manera vertical recorren las características del delito y horizontal las del acusado, se indicará en la casilla correspondiente los meses a prisión a imponer y cómo debe encuadrarse el caso, si se aceptó o impuso la culpabilidad. El resultado le indicará al juzgador la pena a imponer, que ya no podrá modificarse en la ejecución de dicha pena.

No sólo se buscaba evitar la arbitrariedad de la ejecución -para lo que se dejaban sin efecto las juntas de libertad condicional- sino también evitar la de los jueces -para lo que, por otras leyes, se impondrían que las sanciones estipuladas por las guías fuesen obligatorias-. El nuevo sistema de determinación de las penas requirió que la legislatura federal estadounidense -y las estatales- elaboraran los "manuales para decidir sobre el dolor", según definición de Nils CHRISTIE de las "guías", algunos de los cuales -para 2001 había ya 25 guías diferentes en tantos Estados- prohibieron expresamente considerar factores como la edad, la educación o formación profesional, las condiciones psíquicas o emocionales, el estado físico -que incluye toxicomanías, abuso de alcohol, etcétera-, los antecedentes laborales, los lazos o responsabilidades familiares, y demás condiciones de "vulnerabilidad". Para lograr esta "justicia purificada", como irónicamente la denomina CHRISTIE, se ignorará el entorno de la mayoría de la población carcelaria. Esa pretendida imparcialidad parecería seguir las críticas formuladas contra la "acción positiva" pues tratará de igual forma a quienes no son iguales, perjudicando además a los "menos iguales".

Esa "imparcialidad" produciría mayores indefensiones que aumentarían con el uso que se hace de tales guías como amenaza para que el acusado "pacte" con el fiscal el reconocimiento de culpabilidad.

Tales "acuerdos" significan, en verdad, que el acusado se "allana" frente a la amenaza de sufrir una sanción más gravosa si ejerce sus derechos y es declarado culpable en un juicio penal. Para lograr esa "rendición" es necesario un sistema de penas muy severas, que de esta forma actúan de acuerdo a la lógica de "costo-beneficio" no tanto para la intimidación cuanto para economizar la tarea represiva de las burocracias estatales.

Las pretensiones garantistas lograrían sólo que la arbitrariedad pasase del cuerpo de expertos al juez, y de éste a los fiscales, que son quienes llevan el peso

represivo en los Estados Unidos mediante tales acuerdos desiguales y secretos. No faltaron las voces de denuncia a este sistema, las de aquellos que veían con esta innovación un acercamiento del sistema procesal estadounidense a las prácticas inquisitivas. Curiosamente, la imposición de medidas similares en el continente europeo y en América Latina se ha denunciado como una "importación" del modelo anglosajón. Ambos sistemas procesales se acercarían en el final del siglo XX, con el aporte, ciertamente, de "lo peor de cada casa". Se suprimiría el juicio, pero no se dejaría de lado la pena. Por el contrario, cada vez se dictarían más penas, en menos tiempo, y de mayor severidad, a la vez que se generaría mayor burocratización de los órganos de persecución estatal, y una ampliación de las conductas atrapadas por la ley penal.

En parte –y sólo en parte pues no podría haberlo hecho sin el concurso de los otros pensamientos aquí mencionados– todo ello es consecuencia del "justo merecimiento", que, además de figurar en el título de una obra de 1979 del defensor de los derechos de las personas presas, Richard SINGER –*Justo merecimiento: castigos basados en la igualdad y el merecimiento*–, sería justamente el título de un famoso libro de VON HIRSCH en 1986. En él se enfrascaría en un dificultoso intento de "medir" esa relación entre daño y penalidad, incluyendo el grado de culpa. La relación con las "guías", y su dificultad de realización –y el peligro de que se disparen en cuanto a la severidad de las penas–, le hacía fijar una magnitud cardinal de los castigos que sirviera para "anclar" la posterior magnitud ordinal o de relación entre los diferentes castigos concretos. Aunque él no lo quería, esa definición de lo "merecido" quedaba a discreción de un legislador que podía caer fácilmente en el populismo punitivo al que no ofrecía reales limitaciones, puesto que la limitación del "espacio carcelario" que propugnaba nunca fue tenida en cuenta, y se "solucionaría" con la ampliación del negocio de construir cárceles.

Más adelante, en 1993, VON HIRSCH intentaría defender la teoría del "justo merecimiento" y señalar que no es ella la responsable del aumento del rigor punitivo y del número de encarcelados en Estados Unidos. Insistiría, para ello, en que la idea de justicia en la imposición de castigos debe estar desligada de la idea de prevención del crimen. También en la necesidad de considerar a la benignidad como parte de esa justicia y en la de tratar a los infractores como personas. Estos postulados, como toda su teoría, pretenden ser una actualización de los principios de las teorías liberales de la Ilustración. Diría, por tanto, que la idea de proporcionalidad es mejor límite que la de utilidad de la pena, y luego procedería a indagar sobre el *quantum* de la pena a imponer. Es entonces cuando se centra el libro en la idea de "censura": si la pena logra señalar al hecho que la motiva como algo "malo" se convierte en justa. Según este autor, la "censura" permite tratar al condenado como si fuera un hombre y también mensurar los grados de reproche de acuerdo al dolor infringido al censurar. De esta forma, su justificación de la pena deja de ser meramente retributiva y pasa a ser "dual" ya que esa graduación del dolor también permitiría prevenir otros delitos pues se transforma en un "desincentivo prudencial" para terceros, al difundirse el mensaje de censura de acuerdo a lo justamente merecido. Aquí es donde se verifica la unión de la retribución con la transmisión de sentido, que ya había descrito en las nuevas teorías hegelianas.

Como la graduación del dolor le resultaba fundamental a VON HIRSCH, dedicaría buena parte del trabajo a mensurar geométricamente la proporcionalidad

entre delitos y penas –no sólo la prisión– y a insistir en la necesidad de castigar igual a hechos iguales. Pretendía que ello sea también un límite para el Estado, por justicia y porque las penas excesivas no transmiten el mensaje de censura merecida, por lo que propondría “anclar la escala de penas” desde las que existen actualmente hacia abajo. Así demostraría que su teoría no tiene nada que ver con el aumento del rigor punitivo, del que reprocha a las políticas de “ley y orden” que han mezclado al castigo con la prevención del delito. En 1999 VON HIRSCH criticaría con datos empíricos a las teorías de la prevención general negativa; en su *Disuasión criminal y severidad penal* señalaría la nula relación estadística entre severidad y disuasión. Si bien el autor concluyó *Censurar y castigar* propiciando penas de prisión máximas de cinco años y restricciones para las penas alternativas que excedan el “contenido penal aceptable”, es necesario indicar que dejaba el camino expedito a la represión como incapacitación y también como espectáculo, ya que justifica finalmente la pena tanto por ser justa –“se lo merecía”– cuanto por transmitir mensajes sobre lo bueno y lo malo a través de la censura –“para que los demás aprendan”–.

De esta forma reconoce el propio paladín del modelo de justicia que, como señaló MATHIESEN, “la justicia no está completamente sola”, puesto que en forma descarnada no puede sostenerse por sí misma. La retribución siempre acaba por mezclarse con alguna otra ultraintención, perseguida por el Estado al aplicar las penas. Ello es observable en las formulaciones del derecho penal simbólico o las que pretenden justificar el sistema de la penalidad por la forma en que actúa dentro del sistema socio-estatal, con grandes cuotas de lucidez intelectual, pero sin un gramo de legitimidad ética ni de intento de mejorar las condiciones de vida mediante el cambio social en pro de la igualdad, la libertad y la solidaridad.

No sería del todo errado decir que la mayoría de aquellos que lógicamente debieran enfrentarse a la demanda punitiva de los sectores más conservadores y reaccionarios realizan, por el contrario, diversas justificaciones, o miran hacia otro lado con actitud pretendidamente “neutral” –siempre que no les afecte a ellos sino a “otros”–. Si el modelo resocializador no funcionaba y se encontraba deslegitimado, los “liberales” recurrirían a la mezcla de fines preventivo-generales y retributivos, adunados además con criterios eficientistas propios de la economía igualmente liberal.

También puede colocarse dentro de este paradigma liberal al ya citado Norval MORRIS, autor en 1974 de una profunda crítica al modelo “médico” de las prisiones. En efecto, la prisión no cumplía con los fines utilitarios que declamaba pero además era fuente de profundas injusticias para este criminólogo, quizás el más destacado de la segunda mitad del siglo XX. La crítica que dirigiría MORRIS al positivismo que persistía en la idea de tratamiento, de todas formas, se vería como una crítica también a las posibilidades de escapar al justo merecimiento. Al igual que determinadas críticas liberales permitieron un aumento de la punitividad sobre los considerados enfermos mentales, estas críticas más generales posibilitaron a la larga la aplicación de políticas más represivas.

Y también su discípulo Michael TONRY, autor junto a MORRIS de *Entre la prisión y la probation* –un estudio sobre las “penas intermedias” que darían desde entonces bastante que hablar–, se mostraría preocupado en lograr una “justicia” que no dejase de tener en cuenta algunas situaciones especialmente lacerantes en el medio estadounidense, como las de las minorías étnicas, especialmente los ne-

gros. Pero en una sociedad injusta, es difícil que haya justicia. Los trabajos de TONRY son excelentes en la descripción de la forma en que actúa el sistema, aunque no arriba luego a las lógicas consecuencias críticas que ameritarían.

También Michael TONRY escribió en 1995 un influyente libro llamado *Olvido maligno* y en cuyo título hacía alusión a una frase bastante usada por algunos críticos, como MATZA, que a principios de los años setenta veían en la política de recortes presupuestarios aplicada a la cuestión criminal y de asistencia social una suerte de "olvido benigno". Para TONRY, dicha retirada del Estado benefactor es responsable del aumento del componente de exclusión racista que se verificaría en los últimos años en Estados Unidos. Es necesario destacar que para la fecha de este libro también los criminólogos críticos habían realizado hacía tiempo una crítica a la "no intervención" propugnada por la teoría del etiquetamiento y que quizá sirviese de soporte a las políticas neoliberales de los ochenta (aunque es probable que se hubieran practicado sin tener en cuenta estas ideas liberadoras). En 1996 escribió TONRY un libro que revela lo preocupante que se ha convertido para la criminología la cuestión de la medición de las penas, proceso englobado dentro del *sentencing* o proceso de determinación de las penas –objeto de una investigación más amplia sobre los diferentes países occidentales en 2001–.

También se ocuparían de ello quienes pueden identificarse dentro de esta corriente liberal de la tradición británica, y que no se volcó hacia la perspectiva crítica tal vez por tener que mantener el legado de criminólogos como RADZINOWICZ. El más reconocido de todos ellos es Roger HOOD, autor junto a Richard F. SPARKS (ya fallecido), en 1970, de un buen manual llamado *Problemas clave en criminología*.

Roger HOOD realizaría luego una inmensa obra que continuaba la de su mentor RADZINOWICZ, especialmente empírica en relación al proceso de determinación de la pena. Señalaría, además, el problema que provoca una escisión dentro de la criminología entre teóricos críticos bien formados, e investigadores prácticos dependientes del gobierno. De esa forma no puede haber ni investigación seria, ni teoría rigurosa. Él diría que teoría y práctica no se pueden separar, finalmente, pues ninguna puede convencer sin la otra, y el sino de la criminología –particularmente la inglesa tras la Segunda Guerra Mundial– es el de implementarse y transformarse en políticas prácticas, o en abogar por la desarticulación de otras políticas prácticas.

En lo que hace a las políticas concretas puede decirse que estos criminólogos actúan con criterios de reducción de la violencia, como por ejemplo en la denuncia de la renovada utilización de la pena de muerte. HOOD se encarga de estudiar, de rechazar y de discutir con los fanáticos que con nuevos argumentos de disuasión, de simbolismo o de merecimiento –¡o todos juntos!– intentan justificarla. Pero en lo que hace a las políticas generales poco les queda por hacer a eso criminólogos más que caer en la trampa punitiva, que en realidad no necesita ni de elaboradas justificaciones ni de convicciones profundas para funcionar.

X. 7. El actuarialismo. La gestión y evitación de "riesgos" en la sociedad excluyente "global"

Con el abandono de los intentos por legitimar la pena, y con la resignación en la búsqueda de causas que no brindarían una utilidad inmediata, se verificaría la aparición de una "ideología desideologizada" en gran parte de los funcionarios

del sistema penal que no pretende ir más allá de sus objetivos sistémicos. En los años setenta y ochenta se llamó "criminología administrativa" a las prácticas cotidianas de funcionarios de prisiones, policías y jueces que se limitaban a cumplir con lo que se pretendía de ellos, y evitaban los desórdenes muy llamativos sin pretender con ello realizar un cambio sobre la sociedad en general.

Paralelamente a ello, la reflexión penológica que puede ser denominada "pensamientos" asumiría esa misma tendencia tecnocrática dirigida a legitimar la propia acción de las burocracias punitivas, sin tener que arriesgar la confrontación con resultados. Se legitimaría ese accionar ya no por algún ideal sino por lo que el sistema penal efectivamente "es" y "hace". Las penas, de ese modo, "funcionan", hacen lo que hacen dentro de ese sistema y es eso mismo lo que les da razón de ser. Incluso se llegaría a pensar que la maquinaria punitiva "funcionaría" mejor si se desprende de ese riesgo de deslegitimación que se corre al perseguir una finalidad incumplible o falible. Ello supondría una suerte de racionalidad *a posteriori*. Tal tipo de racionalidad es tan burda, que lógicamente no se expresa en disertaciones o producciones académicas –aunque sí en forma de panfleto político o artículo periodístico, más fácilmente reproducible, por otro lado–. Los argumentos que se expondrán más abajo de la incapacitación selectiva son parte de ella, así como también los referidos al simbolismo de las penas en abstracto. Los primeros son usados por las burocracias que aplican castigos y los últimos por las que los crean.

Aun cuando desde tiempo antes se hablaba de *criminología administrativa*, los primeros que teorizaron, críticamente, sobre el *actuarialismo* fueron Malcolm FEELEY y Jonathan SIMON en sendos artículos de los años 1992 y 1994. Ellos suponen la emergencia de una "nueva penología" que habría surgido en los Estados Unidos hacia el final de los años setenta, y cuya lógica actuarial habría modificado los presupuestos básicos del sistema penal que habrían sido usados durante el siglo XX.

Según estos autores, la justicia penal actuarial es nebulosa pero significativa. La justicia actuarial modifica el cómo se concibe y se habla sobre política criminal, pero no porque es una ideología o pensamiento en el sentido de un conjunto de creencias e ideas que impulsan la acción. Por el contrario, impone prácticas pero no las reduce a una tecnología específica o a un conjunto de comportamientos guiados por idéntica racionalidad. La justicia penal actuarial es poderosa y significativa, para FEELEY y SIMON, precisamente porque carece de un pensamiento bien articulado y porque no se identifica con una tecnología específica. De esta forma resulta difícilmente combatible, y es esa indefinición la que contribuye a su poder.

En concreto la "nueva penología", la aplicación de los castigos de esa justicia penal actuarial, no estaría preocupada por la culpabilidad, por el delito, por la sensibilidad moral que se ha puesto en juego en el delito o en el juicio, ni por el diagnóstico, intervención o el tratamiento al individuo "delincuente". Habría algo radicalmente nuevo en este pensamiento que no quiere identificarse como pensamiento. Aunque pareciera que esa novedad no está constituida por la emergencia de algo distinto sino por la suma desencantada de todo lo realizado anteriormente por el poder punitivo.

El objetivo de la justicia penal actuarial sería el tradicional "manejo" –la palabra usada en el mundo de los negocios es *management*– de grupos poblacionales clasificados e identificados previamente como peligrosos y riesgosos, así como

el mantenimiento del funcionamiento del sistema y sus privilegios con un mínimo costo. La revolución tecnológica de fin de siglo XX influye en que la clasificación e identificación de aquellos nuevos/viejos grupos peligrosos se realizará a través de unas técnicas estadísticas de clasificación y agrupación más desarrolladas que las de los Estados absolutistas del siglo XV o los liberales del XIX.

Pero es que, además, la crisis de los anteriores pensamientos criminológicos y el cambio de la cualificación de los expertos más preciados –ya no sacerdotes, filósofos, juristas, médicos o sociólogos– producirían un cambio en el lenguaje de las prácticas punitivas. En el nuevo enfoque las finalidades principales asignadas al sistema no serán ya castigar ni resocializar individuos sino identificar, clasificar, ordenar y manejar grupos peligrosos de modo eficiente.

Las estrategias de control radican, en suma, en la gestión de determinados grupos, de determinadas categorías de sujetos hacia los cuales se dirige la vigilancia, la "incapacitación" y la intimidación. El individuo, el sujeto desviado como "caso", sólo tiene relevancia en cuanto sea posible clasificarlo en una categoría, sobre la base de una valoración probabilística y estadística del riesgo. A las estructuras de control les quedan funciones de vigilancia masiva, de gestión del ambiente físico y de intervención, o "manejo", sólo sobre los comportamientos que se produzcan en determinados contextos de interacción "de riesgo".

El hecho de que se hable de "manejo" significa que la penología de principios del siglo XXI no pretende castigar, ética o jurídicamente, ni reeducar o rehabilitar, ni tan sólo eliminar la delincuencia en el futuro, sino simplemente hacerla tratable o tolerable. El sistema penal adquiere una función *managerial* ya que se convierte en el mecanismo de gestión de aquellos grupos de riesgo, a través de instrumentos que van desde el confinamiento en cárceles de mera custodia, hasta sistemas de monitoreo electrónico, nuevas formas de vigilancia, impedimentos físicos, etcétera. Con ello se pretende reducir los daños y alejar la idea del peligro, sin comprometerse en ninguna propuesta de futuro mejor y sin delitos ni castigos.

He dicho que es excesivo tildar a esta mentalidad burocrática de "ideología", ni siquiera de pensamiento criminológico. Pero lo cierto es que se corresponde con la forma de actuar de quienes aplican prácticamente unas políticas en las que ni ellos creen, pero que les viene bien estar ejerciendo. Hasta que se les presente un soporte teórico que justifique lo que están haciendo, no les parece mal continuar como si "acá no pasa nada" y manteniendo el *statu quo* –por ello no dudo en señalar que en el fondo hay una ideología conservadora–.

A diferencia de los años sesenta en que no sólo sociólogos como PARSONS sino también Raymond ARON (1905-1983), Daniel BELL o Seymour LIPSET –y muchos de los penalistas y criminólogos ya citados– describían o sostenían un "fin de ideologías" ideológicamente consustanciado con el Estado de bienestar; el actual administrativismo desideologizado introyecta los valores conservadores de gobiernos que defienden las injustas distribuciones de bienes junto a una intolerante represión de las libertades. Se oculta esa ideología en una reclamada asepsia de gestión, que en el ámbito hispanohablante bien representan los intelectuales orgánicos del franquismo y la aznaridad.

Las mencionadas lógicas monetaristas y mercantilistas se recuestan así en las también mencionadas bélicas y punitivas, para volver a imponer la ideología más antigua del Estado y el mercado, cual es la del "miedo".

En los últimos años, gobernados por los "miedos" a infinidad de cuestiones –reales o no–, la idea de "seguridad" sería la que brindaría en parte ese soporte ideológico y emocional. Frente a la carencia de ideologías transformadoras y de posibilidades de políticas efectivas, las burocracias políticas vuelven la vista hacia la vieja herramienta punitiva, a la que ofrecen a una comunidad asustada como clara demostración de que "están haciendo algo". Ello ha sido identificado como una política penal "populista" –aunque a mi entender es claramente elitista, como no puede serlo de otra forma cualquier lógica punitiva o bélica– puesto que esas burocracias sugieren que actúan como respuesta a los pedidos de una supuesta "audiencia".

Si no funciona el recurso a la mayoría enfrentada ficticiamente contra los "otros", los minoritarios casos difíciles y diferentes; se recurrirá a una falsa identificación con las víctimas. Digo que es falsa pues responde al viejo esquema punitivo, que ya nada puede hacer para reparar el mal causado y sólo ofrece crear nuevos males en los cuales se ofrece la posibilidad de ser verdugo al anterior victimizado.

También es falsa, por idénticos motivos, la identificación con la comunidad, a la que incluso se la hace colaborar con los cuerpos policiales y judiciales a través de proyectos como el de "Vigilancia vecinal" o "Espacio defendible", en los que se aúnan criterios privatizadores con una nueva legitimación del accionar estatal, para llamar a la "participación" en un modelo represivo ya previamente definido.

Esta falsa participación de la comunidad sólo sirvió para que la lógica punitiva se extendiera en algunos sectores sociales, los más atemorizados. La falta de participación real, las trabas a la esfera de comunicación libre a través del espacio y tiempo libres, hace que aquellos sectores incluidos como consumidores "comprenden" lo único que se les ofrece para paliar las incertezas que el propio sistema produce.

Así llega este "populismo punitivo" al endurecimiento de las penas –la regla de los "tres golpes y estás fuera" para los multirreincidentes, a la que me referiré más adelante–. E incluso a una impensable pocos años atrás regresión en la marcha hacia la abolición de la pena de muerte en el mundo occidental.

Frente a otros pensamientos que constituyen un límite para la expansión de lo punitivo, aparecen las demandas de seguridad como para pasarlos por alto. Así sucede en forma evidente con ciertos fenómenos actuales como el de las drogas o el terrorismo. Pero no es necesario que el miedo sea tan identificado. La idea de riesgo, y de vivir en sociedades de riesgos, ha llevado a plantear la necesidad de un nuevo derecho penal que no resulte "ciegamente permisivo" como el proveniente de la Ilustración.

En una sociedad de riesgos deberían existir, se argumenta, herramientas para predecir a éstos y, sobre todo, para repartirlos. Luego vendrá la discusión sobre repartirlos de qué modo: los demócratas volverán sobre el igualitarismo, los defensores del libre mercado de acuerdo a quien pueda pagarlos, los moralistas hablarán de merecimientos, etc. Lo cierto es que no podría hacerse ni el reparto ni mucho menos la predicción con un derecho que limita la actuación de la pena a la efectiva alteración de bienes jurídicos. Es por ello que varios pensamientos criminológicos contemporáneos, con una propuesta que recuerda a la positivista de la "peligrosidad", afirman que debe penalizarse la puesta en peligro de tales bienes, por muy abstracta y anticipada que sea.

Las consecuencias político-criminales de esa actualización de la positivista "peligrosidad" en el actuarialista "riesgo" ya habían sido anunciadas tempranamente por Robert CASTEL, quien indicaba la emergencia de nuevos expertos menos vulnerables al error, y la consecuente ampliación de la red punitiva.

Si las causas no importan, y sólo la prevención de efectos es necesaria, se puede convertir en no problemático el universo de la población criminal, y también el de la población penada. Con ello dejaría de criticarse la efectiva actuación del poder punitivo y sus agencias. Para mayores hechos definidos como delitos, será necesario crear nuevos agentes judiciales que puedan procesarlos. Para cárceles cada vez más numerosas y más pobladas, será necesario crear mayores dotaciones de agentes penitenciarios y mejor remunerados. En las enormes y problemáticas ciudades, tal lógica se traducirá en más inversión en policía y no en otras instituciones referidas al cambio.

Esta última inversión será fundamental, pues no habrá nada más económico que blindar las nuevas formas de segregación dentro de la misma ciudad. No harán falta los costosos y visibles –a pesar de su invisibilidad– campos de concentración, pues allí ya existe el gueto. En el lugar móvil por naturaleza es necesario fijar determinadas áreas para señalar la separación de la ciudad de la "gente respetable" –en la que se mueve la economía y la vida social y cultural– de aquellas que están "fuera", que son "otros". Las estrategias manageriales cercarán los barrios de los primeros y pondrán obstáculos a su "invasión", a la vez que vigilarán minuciosamente a los segundos.

Para ellos, además, también existe la cárcel. Y la cárcel será más cárcel que nunca. No habrá en ella ya una utopía reeducativa. La cárcel sobrevive hoy como un lugar que reduce riesgos, como una cárcel de vigilancia para que nadie salga de su sitio. El modelo, exasperado en el Estado de California pero también desarrollado en otros sitios como penalidad dentro de la prisión, es el de la "cárcel de máxima seguridad". Esta pena de cárcel ya no es más una máquina, no tiene que hacer nada, no crea, no transforma. La esencialidad de la cárcel del siglo XXI es la exclusión. No tendrá más incidencia aquel modelo de ciudad apestada que permitía conocer para regular y modificar. No importan esos controles. Se trata de volver al modelo del leproso, con un nuevo arsenal técnico impensado en los albores de la modernidad.

De esta manera, la "cárcel de máxima seguridad" afirma sin pudor la función efectiva que siempre ha tenido la prisión. La de excluir. Desde la década de los ochenta la "inhabilitación" se convertiría en un concepto fundante de nuevos viejos pensamientos criminológicos y reemplazaría a la "rehabilitación" como principal sostenedora de la pena de prisión.

De acuerdo a la nueva lógica actuarial, mientras los que están en riesgo de delinquir se encuentran encarcelados se restringe físicamente su posibilidad de concretar esa acción, y ello constituye justificación suficiente para su consideración. Lo cierto es que en sus antecedentes históricos la inhabilitación fue considerada una función secundaria o una propuesta localizada para una especial clase de "delincuentes" –los habituales o especialmente peligrosos–. Sin embargo, a partir de las últimas tres décadas la inhabilitación comienza a ser seriamente considerada como fin principal de la moderna pena de prisión.

Ello llevaría a realizar esforzados trabajos para determinar con precisión quién debería ser inhabilitado. Aquellos que todavía tienen algún prurito que les

impide encerrar a grandísimos porcentajes de la población juvenil, intentan ensayar con acierto la predicción del comportamiento futuro para elegir cuidadosamente a los que se incapacitará y no penar innecesariamente a los "falsos positivos". Claro que en general muchos de estos investigadores se preocupan en realidad por los "falsos negativos", esto es, por aquellos que dejados en libertad sí cometerían hechos delictivos.

Está claro que estas ideas no responden a ninguna teoría que pueda calificarse de jurídica. Puesto que practicar una medida no en base a lo que se ha hecho sino con base en el futuro es incluso más contradictorio con las garantías y derechos humanos que la ideología del positivismo criminológico. Aquella forma de pensamiento decía querer basarse en datos de la realidad, su actualización no duda en hablar de predicciones o especulaciones. Los positivistas lo sabían y recurrían por tanto a la terminología de la medicina para justificar "medidas". A los contables no les interesa entrar en nominalismos y, además, no quieren enfrentarse a los juristas —que, por su lado, en vez de enfrentarlos ofrecen justificaciones *ex post* a lo que consideran "hechos consumados" para convertirse en representantes de lo simbólico.

Así aparecería la mayor expresión actual de la cultura punitiva tecnocrática y administrativa: la teoría de la "incapacitación selectiva". Esta teoría, con el cálculo probabilístico y la distribución estadística, propone que la extensión de la sentencia no dependa de la naturaleza de la ofensa o de la evaluación del carácter pasado y presente del "delincuente", sino de especiales perfiles de riesgo —con lo que no es de extrañar que se utilicen técnicas idénticas a las usadas por compañías aseguradoras y sus maximizaciones de la eficacia—.

Las políticas inspiradas en tales cálculos y teorías son llevadas adelante por políticos y asesores que se han formado en importantes Universidades y en grupos privados de investigación para racionalizar su propio, y desmedido, poder.

Tales autores y creadores de leyes no han llegado tan lejos como para sostener que sólo es necesario el perfil de riesgo para encerrar para siempre. Aunque de todas formas sí tienden a reducir la gravedad del hecho que, con su veredicto de culpabilidad, permita la incapacitación. A cambio de ello, aseguran que ella protegerá efectivamente a la población al inocular a los sujetos de riesgo alto o "delincuentes crónicos", por un lado, e intimidar a los de riesgo medio que queden en las calles para que no cometan nuevos delitos. Y ello, además, "ahorrando dinero", pues se disminuiría el número de veces que los delincuentes reincidentes deben ser procesados por el sistema. Finalmente, se logrará transmitir valores de "ley y orden" de acuerdo a los cuales el Estado es el más fuerte "haciendo justicia", pues la dureza es merecida por aquellos que repetidamente causan daños y pérdidas a otros.

En 1982 Peter GREENWOOD y Allan ABRAHAMSE publicaron una investigación pagada por la empresa, también especializada en prisiones, *Rand Corporation*. El libro se llamaría *Incapacitación selectiva*. En este trabajo argumentaban que mediante estrategias selectivas de neutralización es posible obtener reducciones verdaderamente significativas en el número de delitos y sin necesidad de aumentar el número de personas encarceladas —aunque encarcelando "correctamente"—. A partir del análisis de datos obtenidos acerca de delincuentes condenados en prisiones de California, Texas y Michigan por hechos de robo y robo con allanamiento —esto les sería reprochado especialmente por VON HIRSCH, pues seguían el mé-

todo querido por los positivistas de analizar a los presos como si fuesen los delincuentes-, GREENWOOD y ABRAHAMSE establecieron que había siete variables que parecían estar asociadas a altas frecuencias en la comisión de esos delitos. Ellas eran las de condena previa por un delito del mismo tipo, más de la mitad de los últimos dos años en la cárcel, condena antes de los dieciséis años, presencia en una prisión juvenil estatal, consumo de drogas duras en los dos últimos años, consumo de drogas duras juvenil, y desempleo durante más de la mitad de los últimos dos años. Con ellas crearían una escala sumatoria que posibilitaba detectar a los "delincuentes" que "debía" incapacitarse: a los individuos que tienen más de cuatro de esas variables. Esos sujetos, y sólo ellos, deberían recibir las penas que los "sacaran de juego" durante la mayor cantidad de tiempo posible. Los otros podrían beneficiarse con penas no privativas de libertad o de duración más breve. Como ejemplo, calculaban qué pasaría si a los primeros se les duplica la sentencia y a los segundos se les reduce a la mitad. GREENWOOD y ABRAHAMSE afirmaban que ello permitiría reducir el índice de robo en un quince por ciento, y al mismo tiempo disminuir el número de personas encarceladas por ese delito en alrededor de un cinco por ciento, y de esta forma se podría solucionar la crisis de sobrepoblación de las prisiones sin sacrificar el control del delito.

Además, GREENWOOD insistiría en la gran ventaja de la incapacitación selectiva pues habría una proporción muy baja de "falsos positivos" -un 4 por ciento, además de eliminarse los inconvenientes de la incapacitación colectiva, como la masificación de prisiones. Joan PETERSILIA también formó parte del proyecto de la *Rand Corporation*, y también publicó estudios en tal sentido desde su *Carrera criminal y delincuentes habituales* de 1978. No obstante la unanimidad de quienes trabajaron para esa compañía, el matemático y luego jefe de estadísticas judiciales de Estados Unidos Jan CHAIKEN junto a Marcia CHAIKEN -quienes también trabajaban para la *Rand Corporation*- señalaban en el artículo "Tipos delincuenciales y políticas públicas" de 1984 que el problema del "falso positivo" continuaba siendo muy importante dentro de ese proyecto, y que debería prestarse atención a lo que se proponía y a qué pasaría si los jueces lo aceptaban. En términos de encierro de personas, un margen de error de un 30 por ciento, que es el que calculaban, dejaría de ser un problema de clasificar si la investigación era más o menos precisa para pasar a ser otro político. Los modelos de identificación cometerían "demasiados" errores para un sistema mínimamente democrático y que se base por tanto en valores humanos.

Es verdad que el problema político, y en última instancia moral, no se circunscribe a esos falsos positivos y si son muchos o pocos. Un solo caso sería insoportable para tal sistema democrático. Y quisiera agregar que aun en un caso de precisión total sería un "problema" el condenar a individuos por actos que no han cometido, y que siempre pueden no cometer. En los seres humanos siempre existe esa posibilidad, sobre todo si esos seres humanos están avisados de esa situación de vulnerabilidad no sólo al sistema penal sino a la propia violencia.

Sin embargo, los autores más claramente partidarios de esta política señalaban que la incapacitación selectiva no es una teoría abstracta de filosofía del castigo sino una "política administrativa". Tendría, por tanto, varias ventajas como que es pragmática, efectiva a nivel costos, fácil de ser implementada y pasible de obtener un amplio apoyo por parte del público.

Se piensa en esto último no sólo a efectos de ganar elecciones sino también para comprometerlo en una efectiva incapacitación del condenado. La "marca",

el "estigma" impuesto legalmente con la pena se tiende a hacer más visible para que, en realidad, no existan dudas de esa imposición. Volverían los trajes identificatorios dentro de las prisiones, que incluso señalarían a los otros presos el tipo de delito o el tipo de delincuente que lo porta. Incluso en algunos Estados volvería el uso de "cadenas" y de vestimenta o etiquetas identificatorias de aquellos que cumplen medidas alternativas a la prisión o de beneficio a la comunidad.

Ni siquiera habrá, por tanto, un "afuera" para el incapacitado. Otras de las severas leyes penales aprobadas en estos últimos años de justicia actuarial y populismo punitivo en los Estados Unidos fueron las llamadas "leyes Megan". Su nombre viene del de una niña que fuera violada y asesinada por un hombre ya previamente castigado por un hecho de ese estilo y que vivía, tras salir de prisión, enfrente a la casa de la nueva víctima. El Estado donde ocurrió el suceso sancionó inmediatamente una ley que obligaba a publicar los antecedentes por delitos "sexuales" para que todos los vecinos supieran de ellos y tomaran sus precauciones. Rápidamente todos los demás Estados imitarían a esa norma y a nivel federal el presidente Bill CLINTON —que en su administración entre las de los BUSH padre e hijo continuaría la misma aceleración punitiva de aquellos— la sancionaría diciendo que "América advierte al que se atreva a abusar de nuestros niños que lo perseguirá dondequiera que vaya, Estado por Estado, ciudad por ciudad".

La inocuización definitiva, tanto física como por la publicidad de los datos personales —que incluyen fotos, huellas dactilares, ADN, etc.— se dictaría especialmente en aquellos que pasarían a ser denominados "predadores sexuales", con una resonancia que hubiera agradado al positivista DRAGO, autor de *Los hombres de presa*. Esta nueva penalidad, o complemento de la física, no se limitaría a practicarse para el futuro sino que todos aquellos nombres de condenados por "delitos sexuales" serían publicitados, incluso los de aquellos acusados por hechos que desde los años setenta no constituyen delito —como las relaciones homosexuales consentidas, etcétera—.

Algunos Estados no se sentirían conformes, y propondrían la imposición de portar una etiqueta identificativa al ex convicto o la de tener una marca en la casa en la que vive o en el coche que conduce. Esa última publicidad inocuizadora se impondría como pena en los casos de "conducción temeraria". Algunas de estas medidas que dicen inspirarse en una vuelta a la vergüenza comunitaria —pero que no se asemejan a la teoría de la vergüenza reintegradora de BRAITHWAITE sino que remiten a la antigua pena infamante y a la *capitis diminutio*— llegarían a Europa con la "cabeza de puente" de Inglaterra y Gales e incluso de España, donde existe desde 2001 una ley autonómica —de Castilla La Mancha— que propone la difusión de los datos de los "maltratadores de mujeres".

A poco que se amplíen los casos publicitables, y se aumenten los delitos, y se flexibilicen las condiciones para ser considerado de riesgo, el estigma alcanzará a más personas. Y, de hecho, alcanza a millones de personas, aquellas que están definidas como clases sumergidas o marginadas y que, además, no tienen la pigmentación de piel "adecuada". Los prejuicios son aumentados con las actuaciones legales, policiales, judiciales y penitenciarias hechas sobre una determinada franja de la población. Si uno de cada cuatro jóvenes negros está "destinado" a ser condenado, no es de extrañar que la población con el color "conveniente" considere al "otro" como un factor de riesgo. Se entra así en un círculo vicioso del que no

son precisamente víctimas aquellos pensamientos que justifican "científicamente" la superioridad de unos y la inferioridad de "otros".

La causa-consecuencia –pues de un círculo se trata– será la aplicación de la llamada "incapacitación colectiva" que es incluso más económica y demagógicamente represiva que la selectiva. Con las facilidades que dan leyes antigarantistas y de excepción, como las de drogas, las condenas que inhabilitan o incapacitan serán, en este caso, dirigidas a amplios grupos de personas. Y sin gastar en la predicción de quienes de entre ellos se encuentran dentro del perfil de riesgo. El ya mencionado James WILSON comenzaría a defender esta nueva propuesta de segregación y construcción de "otros", en tanto no personas, en su ya citado *Pensando sobre el delito* de 1975.

La incapacitación colectiva es la idea que, en verdad, está detrás de las leyes que a partir de 1993 se extenderían por toda la geografía estadounidense y serían conocidas como "tres golpes y estás fuera". Esa frase tomada del béisbol quiere decir que seguirá la pena de por vida a la comisión de tres hechos delictivos aunque no sean particularmente graves. La contabilización de los tres "golpes" es diversa en cada legislación local: puede considerar sólo como tales a los delitos graves y violentos o, en algún caso, infracciones no violentas, hurtos, robos en viviendas deshabitadas, etc. Incluso en algunos Estados puede ser incluso suficiente con un segundo golpe. Tal regla pasará a integrar esa normativa que debe ser impuesta obligatoriamente por el juez de sentencia, no dejándole por tanto margen de discreción para evaluar cada caso en particular. En todo caso, la consecuencia será la de la condena a perpetuidad sin posibilidad alguna de obtener la libertad condicionada, o el encarcelamiento de 25, 30 o 40 años, tras los cuales se puede salir –si se está con vida– a cumplir la pena en semi-libertad.

Sería esa la forma más fácil y económica de gestionar a los portadores de un perfil de riesgo. Y significaría, realmente, como denuncia CHRISTIE, la actualización de las políticas criminales llevadas adelante por los totalitarismos, también frente al "problema" de la reincidencia.

Dicha actualización aparejaría asimismo la incorporación de los desarrollos técnicos con los cuales esos totalitarismos de diverso cuño no podían siquiera imaginarse.

Ello permitiría ampliar el repertorio de penalidades que no sólo se hacen más severamente punitivas, como ejemplifica el caso de diversas prisiones dentro de la prisión, sino también más variadas en lo "menos" punitivo. Bajo el nombre de "sanciones intermedias" cabrán medidas tan distintas como el monitoreo electrónico y la supervisión intensiva para los condenados a pena en suspenso o en libertad condicional, el arresto domiciliario, y los campos de entrenamiento de estilo militar. Todas ellas serían consideradas alternativas de internación distintas de las prisiones comunes y por tanto menos severas. Sin embargo se diferenciarían de las sanciones que propiciaba el Estado de bienestar, pues en todas las nuevas alternativas la reinserción social es un objetivo secundario, y en el mejor de los casos tiene primacía la finalidad de control de grupos de individuos considerados peligrosos.

Estas "sanciones intermedias" se vendrían a sumar a las sanciones severas alentadas por la moralizante campaña de "duro con el delito", y conjuntamente se gestionarían con parámetros administrativos o burocráticos para ser aplicadas a las poblaciones de riesgo.

La "nueva" criminología de fines del siglo XX volvería a prestar atención a los sujetos peligrosos o, mejor, portadores de un perfil de alto riesgo. Éstos serían los mismos que antes atendían con criterios morales o religiosos los formadores de Estados burgueses y luego con criterios médico-legales los positivistas, pero ahora tales sujetos serían analizados y definidos por expertos en contabilidad. Estos nuevos tecnócratas tornarían aún más deshumanizada su tarea de exclusión que la que llevaban adelante los viejos tecnócratas –sociólogos, médicos, juristas o religiosos–. La justificación de los nuevos tecnócratas es también más invulnerable que la de los viejos, pues aquellos casos que demostraban el fracaso de los objetivos de los más antiguos, serán ahora interpretados como el mejor ejemplo del acierto en la selección punitiva. La reincidencia ya no será el indicador del fracaso del "tratamiento" sino la demostración de una exitosa inocuización. Éxito siempre medido en clave de eficiencia, para lo que vale mezclar argumentos de las viejas teorías con tal que sirvan para su utilidad incapacitadora y su economía de recursos. La razón burocrática buscará ahorrar recursos, aunque también generará nuevas demandas y creará nuevas industrias para excluir o inocuizar a tales sujetos riesgosos.

Lo curioso del caso es que, como demuestran varias investigaciones críticas, también puede demostrarse que estas explicaciones *a posteriori* fallan. La mejor demostración de este fracaso está dada por el nulo efecto reductor o contenedor de acciones ilícitas que ha tenido el impresionante aumento de población penada o "incapacitada". Como insisten en remarcar quienes basan su modelo etiológico en la "oportunidad" y en la "situación" –al menos quienes extienden razonablemente esos conceptos hacia el terreno político, social y económico más amplio–, la cantidad de ilegalismos está determinada por la oferta de ocasiones que la sociedad ofrece antes que por los individuos que están dispuestos a aceptarlas.

Las sociedades actuales se basan sobre el mercado ilegal, y también sobre la industria de la represión. Ambos generadores y reproductores de riqueza requieren y fomentan la existencia de acciones consideradas delictivas, y siempre habrá individuos dispuestos a ocupar ese lugar "necesario" para la economía capitalista actual. Estos individuos serán sucesivamente calificados como portadores de riesgo.

A ellos estarán destinadas las verdaderas herramientas de impedimento de delito en un lugar concreto y especialmente protegido, y también las meramente simbólicas –para los demás– e incapacitadoras –para el futuro del individuo– que, como también señalaba PAVARENI, tienen muchos puntos en común con la penalidad del Antiguo Régimen y su "economía del exceso".

Pero si para estos individuos serán diseñadas estas nuevas técnicas de control, diferente al de la resocialización, es porque tampoco para los otros, para la mayoría, se utilizan ya las viejas estrategias incluyentes de la "socialización".

La "socialización" en las sociedades "del bienestar" incluía una importante referencia a los límites que deberían alcanzar las expectativas, también generadas por el sistema y en este caso sin límites. El esfuerzo de MERTON es memorable en ese sentido de encontrar un equilibrio entre el deseo y la realidad –en términos de FREUD–. Actualmente parece existir otro diagrama, en el que el deseo no debe tener límites para lograr la estabilidad del consumo sin fin. El problema está en que este nuevo diagrama genera inestabilidad, para todos, y exclusión, para algunos.

Ya es un lugar común hablar de "globalización". Lo que no tengo tan claro es lo que se quiere señalar con ello. Tomaré aquí una definición limitada, según la cual ella es el punto final de ese proceso de expansión hacia el resto del mundo de la forma-Estado y la forma-mercado. Ya no hay "afuera" posible, el proceso histórico que comenzamos a narrar en el año 1215 ya ha llegado, o casi, a todo el mundo. No hay ahora un primer, un segundo y un tercer mundo, sino que el mundo es el mundo, y todo él está bajo las rigurosas reglas, trampeadas, del mercado. Este mundo es el mundo de la incertidumbre, de la inseguridad, de la vulnerabilidad, como lo demostró el hecho de que tampoco hay un "adentro" libre de amenazas: basta recordar el acontecimiento 11 de septiembre.

El sociólogo alemán Ulrich BECK es uno de los creadores –con Anthony GIDDENS– del concepto "sociedad del riesgo". BECK consideraría que la sociedad actual deberá enfrentarse a dos tipos de riesgos, que paradójicamente ha construido con su propia identidad y búsqueda de rentabilidad. Por un lado, la sociedad que la ha expoliado tendrá que luchar con una naturaleza contrapuesta y que amenaza con catástrofes ecológicas y, por otro lado, la sociedad ha de enfrentarse al desmoronamiento del sistema intrasocial propio de la sociedad industrial. Este último hecho comprobable en el proceso económico llamado "globalización", aunque también el anterior, es el que genera miedo e inseguridad al individuo. La precarización de la vida individual tiene que ver también con una asunción individual de los riesgos y contradicciones sociales. Según BECK, se trata de una búsqueda imposible de "soluciones biográficas a contradicciones sistémicas". El trabajador deja de estar en relación con quien lo contrata, el sindicato o el Estado, y se vuelve "empresario de sí mismo", haciéndose así cada vez más vulnerable a las más fuertes presiones de sus competidores –que serán todos los demás–. El trabajo precario caracterizará a todos los que, ahora, constituyen un nuevo modelo de proletariado, aunque el análisis de BECK va más allá de esta reflexión para ahondarse en la individuación que rompe con los lazos afectivos tradicionales y con los valores colectivos en general. La salvación individual sólo genera mayores incertidumbres y angustias.

Lo curioso del caso es que esa búsqueda imposible no parece, no es, irracional para el individuo concreto ni tampoco para el sistema todo, que logra así una estabilidad basada en la precariedad muy funcional para el capitalismo del consumo exponencialmente creciente. El consumo de seguridad, además, se verá satisfecho con lograr evitar peligros que en realidad son creados sólo para poder desactivarse –el ejemplo que me viene a la memoria es el de los virus y antivirus de las computadoras–.

En la "sociedad del riesgo" también existen lo que BECK denomina "grandes peligros" o "inseguridades fabricadas", concepto más amplio que el de riesgo, que hace referencia no sólo a los riesgos respecto a desarrollos técnicos, sino también a las crisis económicas, a las erosiones del Estado de bienestar, de la legitimidad del sistema político y del Estado de derecho, que en definitiva se asientan en criterios políticos cercanos al "contrato social".

Según BECK, "En la modernidad avanzada, la producción social de riqueza va acompañada sistemáticamente por la producción social de riesgos. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica. Este cambio de la lógica del

reparto de la riqueza en la sociedad de la carencia a la lógica del reparto de los riesgos en la modernidad desarrollada está vinculado históricamente a –al menos– dos condiciones. En primer lugar, este cambio se consume, como sabemos hoy, allí donde y en la medida en que mediante el nivel alcanzado por las fuerzas productivas humanas y tecnológicas y por las seguridades y regulaciones del Estado social se puede reducir objetivamente y excluir socialmente la miseria material auténtica. En segundo lugar, este cambio categorial depende al mismo tiempo de que al hilo del crecimiento exponencial de las fuerzas productivas en el proceso de modernización se liberen los riesgos y los potenciales de auto-amenaza en una medida desconocida hasta el momento”.

Las sociedades del riesgo se enfrentan al dilema de saber “cómo se pueden evitar, minimizar, dramatizar, canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso avanzado de modernización y limitarlos y repartirlos allí donde hayan visto la luz del mundo en la figura de ‘efectos secundarios latentes’ de tal modo que ni obstaculicen el proceso de modernización ni sobrepasen los límites de lo soportable (ecológica, médica, psicológica, socialmente)”. La sociología reflexiva de BECK se ofrece como ayuda a esa respuesta a los problemas sistémicos, pero que afectan finalmente a todos y a cada uno. Esa respuesta que aminore los riesgos y defina un nuevo modelo social será, en definitiva, políticamente libertaria e igualitarista, aunque no radical: BECK y GIDDENS también coinciden en la llamada “tercera vía”.

Sin embargo, en la actual “sociedad del riesgo” esos riesgos e inseguridades no se reparten de forma igualitaria ni atraviesan las estructuras de clase, como parece sugerir BECK. No involucran a todos por igual y de allí se desprende la “racionalidad” del comportamiento insolidario.

La historia del reparto de los riesgos muestra que éstos siguen, al igual que las riquezas, el esquema de clases pero al revés: las riquezas se acumulan en un sitio y los riesgos en el sector contrario. Por tanto, los riesgos parecen fortalecer y no suprimir la sociedad de clases. Para el pensamiento justificador del control penal queda la tarea de racionalizar la represión e incapacitación de algunos miembros de las clases más subalternas, a aquellos que se han caído del veloz “control social” posmoderno en el cual los individuos luchan por –y ya no se resisten a– estar integrados.

Determinados sujetos pueden pensar con razón que ya no están en condiciones de encontrar esa “solución biográfica” de la que hablaba BECK, y buscarán víctimas sobre quienes resarcirse de su situación desaventajada. Lo que he dicho vale para aquellos que cometerán acciones tipificadas como delito como, sobre todo, para los que sumidos en el resentimiento busquen el “consuelo” de sacrificar a nuevos chivos expiatorios –inmigrantes, más pobres que ellos, diferentes– en el altar del sistema penal. Para los miembros individuales de estas clases excluidas estarán reservadas las medidas represivas que buscan transmitir una falsa sensación de seguridad.

Ello sea dicho sin negar la real existencia de un aumento de esas acciones tradicionalmente tipificadas como delito, algo que es visible en los países latinoamericanos en que cada vez más amplios grupos sociales son obligados a formar parte de la amplia y oscura economía “informal” o “paralela”, en la cual apenas se puede vivir gracias a una combinación de trabajos ocasionales, hurtos, contrabandos y mercados “negros”. En Estados Unidos, y hasta en Europa, también se

constituiría una "subclase" cada vez más segregada y obligada a vivir del delito, del que también se aprovechan amplios sectores incluidos. El gueto de la población negra de los Estados Unidos es el ejemplo más visible de lo que digo.

Otra vez la cuestión social –y política, de género, ecológica, etc., todas ellas indisolubles– es fundamental para el pensamiento criminológico. Y no sólo para la definición de control social, de delincuentes, de clases peligrosas, y de delitos y de penas, sino para una nueva justificación y ampliación del poder represivo que va de la mano con una campaña de miedo sobre un real aumento de la violencia interindividual.

Se estaría, así, ante dos fenómenos que es posible separar a los fines expositivos pero que se producen a la vez y afectan igualmente al sistema social. No es casual que se los haya confundido en las más elaboradas expresiones de pensamientos criminológicos y penales, y quizá no sea oportuno separarlos del todo.

La "sociedad del riesgo" se funda en aquellos "nuevos" riesgos vinculados con desarrollos tecnológicos, pero también en la reutilización de los "viejos" riesgos con nuevas tentativas legitimadoras. Los dos tipos de riesgos tienen que ver con la actual "expansión" del derecho penal.

La ampliación del poder punitivo se produce por la tipificación de nuevas conductas, y también por la retracción de las garantías y límites en lo que hace a la represión de aquellas conductas "clásicas" y que venían de la protección de la propiedad como núcleo de los derechos, e incluso contra el vagabundeo y demás formas típicas de las "clases peligrosas". El penalista español Jesús María SILVA es uno de aquellos que reflexiona sobre esta ampliación sin distinguir con suficiente claridad esa expansión en el papel –la que persigue a la delincuencia no convencional– y esa ampliación de la población reclusa –la que se facilita sin aquella otra expansión sino con la merma de garantías y con un mayor control excluyente–.

En todo caso, este autor, como en forma más crítica los penalistas de la ciudad de Fráncfort, asume aquel marco beckiano de la sociedad de riesgo a sus análisis penales. En realidad, casi todos los cultores del derecho penal moderno en Alemania, y de allí muchos de sus seguidores, se basan en la creencia de la aparición de nuevos riesgos para forzar al Estado a intervenir en actividades novedosas –productos del desarrollo tecnológico en energía, biología, economía, etc.– con figuras caracterizadas como de "peligro abstracto". Ella es, de hecho, la causa de la ampliación de lo que aquí he llamado derecho penal de papel. El efecto simbólico de tinte conservador de estas reformas no es menor, y en gran medida buscan impedir desarrollos técnicos bajo la amenaza del miedo a lo desconocido. También en estas figuras se vislumbran violaciones a las garantías heredadas de la Ilustración en los sistemas penales, lo que generó dudas sobre este moderno derecho penal en varios autores. Los más destacados de quienes se oponen a esta expansión con argumentos tanto filosófico-jurídicos como sociológico-jurídicos, que a la vez sirven para legitimar otra forma de hacer derecho penal, son los penalistas de la ciudad de Fráncfort como el mencionado Winfried HASSEMER, Paul WOLF, Wolfgang NAUCKE, Felix HERZOG o Cornelius PRITZWITZ.

PRITZWITZ, con mayor claridad, se opone a esa ampliación de lo punitivo y restricción de las garantías. Aunque también parte de un análisis sociológico que demuestra que debería plantearse algo distinto al derecho penal para solucionar y reducir riesgos sociales. Lo que está claro para este autor es que el poder punitivo no es una buena herramienta para "curar" esos problemas sociales. Aunque de-

fiende un derecho penal protector de los derechos humanos, advierte PRITTWITZ que la tendencia a derivar todos los problemas que afectan esos derechos, como el riesgo de destrucción ecológica, tiende a que se produzca el efecto contraproducente de menor protección y de que los reales problemas continúen sin solución.

Por el contrario a las advertencias de este autor, se visibilizan otros pensamientos que no debe dudarse en calificar de autoritarios. El peligro autoritario del ya mencionado "derecho penal de enemigos" es una de las varias formas que adopta el derecho penal del riesgo aunque con hincapié en el elemento represivo que se dirigirá, en definitiva, a las "viejas" formas delictivas y a sus "habituales" clientes. Aquellos que también serán considerados "no personas" y recibirán por ello la fuerza de la represión penal con mayor severidad, no serán justamente los poderosos y miembros de organismos políticos y económicos sino más bien todo lo contrario.

En realidad, esta utilización del arsenal punitivo con mayor severidad no se dará con las medidas propiamente excepcionales, ni mucho menos con la llamada "modernización", sino con la flexibilización de las garantías propulsada por las campañas de "ley y orden" enmascaradas en la búsqueda de "seguridad ciudadana".

Los distintos discursos mencionados más arriba se unen en este reclamo de "seguridad ciudadana" para blindar los sentimientos de los que se ven como incluidos en estas complejas sociedades –en aquellos que creen haber encontrado o pueden lograr la solución biográfica a los problemas sociales–. Eso servirá para ver al "delincuente", sobre todo al llamado "tradicional" o de clases subalternas, como un ser despreciable, como una "no persona" o un "otro". Los expertos que ofrecen a la prisión inocuidadora y aflictiva como única solución "culpan" por ese sesgo excluyente a las demandas supuestamente vindicativas de víctimas y pueblos.

A aquellos sujetos que no tienen temor al poder sancionatorio estatal, pues piensan que de ningún modo se cebará sobre ellos, el derecho penal "moderno" les ofrece viejas recetas, muy poco renovadas, como aquellas que he descrito intencionalmente como un "otra vez" justificar la vieja idea de penalidad.

Ante una situación de inestabilidad económica y de inseguridad social generalizada y constante, el mantenimiento del orden para los "unos" pretende conseguirse por medio del endurecimiento de las políticas punitivas destinadas a los "otros".

Mientras no faltan intelectuales que justifican algunos aspectos del orden social actual con un poderoso discurso o pensamiento que crea cada día términos o neologismos, lo que fue ridiculizado por BOURDIEU como "nueva vulgata planetaria", el mismo "orden" se consolida en la práctica –y como si nadie fuera responsable de ello– con una práctica exclusión de amplios grupos de individuos.

Las distintas medidas "seguritarias", que van desde penas más severas y masivas hasta la generalización de medidas de control visual en las calles y de identificación con datos privados de todos los ciudadanos, conforman piedras en el camino hacia una sociedad excluyente. Efectivamente las nuevas sociedades traen ecos de viejas exclusiones, aumentadas por problemáticas específicas y novedosas. Como dice Jock YOUNG, los novedosos cambios en el mercado dan lugar a un incremento en los niveles de delito y desórdenes y, también, a una problematización del orden en sí mismo. Las normas son quebradas más fácilmente pero tam-

*delito cuestionado más rigurosamente en su legitimidad. La sociedad se agrieta y se diferencia. Los individuos, con crisis en cuanto a la propia identidad, no trepidan en desconfiar de los demás a causa de la inseguridad ontológica y la inseguridad material. La combinación de un aumento objetivo de delitos con un incremento en el debate sobre las reglas en sí mismas da por resultado no sólo un cambio cualitativo en la sociedad, sino también un cambio en el sistema de control, en particular el nacimiento de un sistema de justicia actuarial, que ya se ha descrito. Así, la exclusión en el mercado daría origen a exclusiones y divisiones en la sociedad, que a su vez dan nacimiento a cambios cuantitativos y cualitativos en la exclusión impuesta por el Estado a través de la penalidad. Y, en un *corsi e recorsi*, las respuestas del Estado tienen repercusiones al reforzar y exacerbar la exclusión de la sociedad civil y el mercado. Exclusión que es bastante más compleja que simplemente un regreso a las prácticas del Antiguo Régimen, pues el sistema capitalista actual necesita de consumidores, y por ello no hace sino explotar las necesidades creadas sobre determinados artículos simbólicos, que desean tanto los supuestamente incluidos como los supuestamente excluidos. Todos incluidos en el idéntico universo del deseo. Pero algunos excluidos en las posibilidades materiales de acceder a él. Los estudios etnográficos desarrollados por diferentes autores en los guetos de las grandes ciudades estadounidenses sirven para verificar este doble proceso de inclusión cultural y exclusión material, proceso propio del capitalismo en su actual fase, productor a su vez de violencia –en forma de delitos y de represión a los mismos–.*

Loïc WACQUANT propuso que el escenario actual presenta una asimilación entre prisión y gueto. Y ello ilustra a la perfección el carácter excluyente y selectivo del sistema penal dentro del Estado neoliberal. El gueto cada vez se parecería más a la cárcel, pues está separado físicamente de la ciudad y sus fronteras o "muros" poseen altos grados de presencia policial y extremos niveles de vigilancia. Por otro lado, la clientela penitenciaria sería, a grandes rasgos, la población que habita en estos barrios marginales.

Presos, pobres, y demás componentes del círculo "vicioso" ayudan a crear una clase de "no personas". En esa construcción se reaviva el sentimiento racista, como es visible en Estados Unidos y en América Latina en el que el complejo "preso/pobre" está compuesto además por el estigma del color de la piel, algo que también llega a Europa de la mano de aquellos que escapan a los mayores índices de pobreza necesarios para sostener la propia opulencia. No es casual que los campos de refugiados y centros de internamiento se parezcan tanto a las cárceles y éstas, en definitiva, a los campos de concentración.

Es posible que las dos décadas del experimento carcelario contado en este capítulo estén tocando a su fin, del mismo modo en que lo hace el pensamiento neoliberal y conservador en el manejo de la cosa pública. Interesante sería poder saber si, además, también está en sus finales todo el modelo de dominación disciplinaria basado en el espacio, del que el genocidio practicado por los nazis no fue sino su cara más visible, y además el modelo económico y político que lo ha creado.

La actual respuesta que dan conjuntamente las sociedades de consumistas y los nuevos expertos que crean y manejan necesidades de consumo parece estar fundamentada en la precariedad, en la incertidumbre y en los riesgos. Tales riesgos llegan finalmente a afectar a las propias estructuras económica y política. Pe-

ro en particular a las estructuras burocratizadas que les daban legitimación y se la aplicaban a sí mismas. Pareciera que ese sospechoso que tenía en mente al iniciar este libro se me ha muerto con la mencionada precarización de la vida. Ni las empresas comerciales ni las estatales parecen asegurar a los individuos un "rol", un trabajo o actitud, que pueda mantenerse para siempre. Las estructuras parecen ser menos longevas que los mismos individuos, los que a su vez aumentan sus temores y sus respuestas racionales dentro de la irracionalidad.