

sino que es un efecto de la correlación de datos abstractos o factores que hacen más o menos probable la materialización de comportamientos indeseables" (Castel cit. en Zysman 2000: 110).

#### 4. 1. Nueva Derecha y *Law and Economics*

La criminología llamada actuarial y *managerial* ha ido configurándose y expandiéndose desde los años ochenta, aunque ha sido en la década de los noventa cuando sus técnicas han comenzado a ser mucho más visibles tanto en el ámbito anglosajón como en el europeo continental. *Actuarialismo* y *managerialismo*, pese a no significar exactamente lo mismo, responden a una misma lógica tecnocrática y han sido asimilados como manifestaciones de una misma racionalidad que impregna las técnicas de control del delito en la actualidad (van Swaaningen 2000: 104, Zysman 2000: 96-97).

La criminología actuarial supone un cambio de paradigma ya que abandona el discurso correccionalista propio del *welfare* y rechaza los esquemas teóricos modernos del control del delito. Durante el siglo XX el interés de la criminología había residido en suministrar explicaciones teórico-empíricas que dieran respuesta a cuáles eran las causas del delito. De las diferentes hipótesis que se generaban, se desprendían diversas técnicas o procedimientos que tenían como finalidad eliminar, atajar o reducir las causas que provocaban la delincuencia. Subyacía la confianza en que la previa eliminación de las causas podría comportar la desaparición de su efecto-consecuencia, esto es, el delito.

La mayoría de las teorías sociológicas sobre las causas de la desviación presuponían la transformabilidad del individuo si se le aplican las modalidades de intervención oportunas. El objetivo de esta intervención sobre el individuo era, pues, el de corregir, tratar y modificar el comportamiento del delincuente para evitar que delinquiera en el futuro. Era el auge de las teorías de la rehabilitación o la reinserción. La penalidad se torna útil con el modelo definido como "correccional" que conlleva una fuerte inversión de los Estados en estrategias de reinserción social y de prevención de la criminalidad (De Giorgi 2004).

El surgimiento del paradigma actuarial transforma este modelo, que supone el rechazo de la focalización sobre los individuos y la causación transformando la tecnología del poder misma. Ya no va a ser el proyecto disciplinario,<sup>111</sup> entendido en el sentido foucaultiano como la modalidad de

Ulen 1998: 14). El método es, obviamente, matemático y estadístico y se aplicará muy especialmente a la implementación de políticas públicas -fase de

<sup>111</sup> Durante el periodo del *Welfare State* en los países occidentales y la hegemonía del modelo correccional suele considerarse que la disciplinariedad *foucaultiana* sufrió transformaciones que la extendieron de las instituciones compactas -cárcel, hospital, escuela, cuartel, etc.- a otros ámbitos sociales o instituciones de tratamiento en los que se tornaba algo más difusa pero no menos poderosa (De Giorgi 2004). Hay otros autores, sin embargo, que consideran que durante el periodo del *welfare* ya se ejercía otra modalidad

## Las tendencias de la política criminal y penitenciaria para el siglo XXI

### 1. El constitucionalismo social de la postguerra

Recuerda Ferrajoli (2001), a propósito de abordar el problema de los fundamentos del derecho a castigar, que fue en el terreno del Derecho penal donde, en los siglos XVII y XVIII, la filosofía del iusnaturalismo racionalista libró sus batallas contra el despotismo represivo e inquisitivo del Antiguo Régimen y fue definiendo los valores de la civilización jurídica moderna y las líneas maestras del Estado de Derecho: el respeto a la persona humana, los valores de la vida y de la libertad personal, el nexo entre legalidad y libertad, la tolerancia y la libertad de conciencia y de expresión y la primera función del Estado protector de unos derechos. Posteriormente, diversos factores contribuyeron a intentar desmoronar aquel edificio de la Modernidad. El autor italiano menciona, entre los más relevantes, el repliegue reaccionario del pensamiento liberal de fin del siglo XIX; una burda epistemología positivista basada exclusivamente en la aproximación acrítica al sólo "derecho que es"; una suerte de paradójica "naturalización" del Derecho penal como fenómeno externo e independiente de la obra de los juristas, susceptible de conocimiento o a lo sumo de explicación, pero no de justificación o de deslegitimización; y por ello, la reducción de su legitimación externa o política a la interna o jurídica o la confusión de su justicia con su mera existencia.

En el terreno político-criminal, el siglo XIX, en su segunda mitad, presentó un panorama novedoso en distintos escenarios. Desde la *Scuola Positiva* italiana (Garofalo 1912) a la *Escuela de Marburgo* alemana (Von Liszt 1882), o desde el correccionalismo español (Cuello Calón 1958) a la *New Penology* de Estados Unidos (Rothman 1980), y tras las experiencias del reformatorio de Elmira, una nueva racionalidad punitiva se iba imponiendo, como traducción penal del paradigma etiológico de la criminalidad. Los congresos penitenciarios –tanto los primeros europeos y estadounidenses, como los posteriores de carácter internacional– constituyeron el escenario más emblemático de representación del nuevo saber "científico, criminológico y penológico". En efecto, las cuestiones allí debatidas no sólo revelaron la nueva fe en la corrección de las patologías individuales a través del sistema penal, sino que aquellos debates (y aquellas creencias) fundaron el nuevo saber científico. Sus debates sobre arquitectura penitenciaria, régimen y primeras formas de tratamiento de la criminalidad, o los problemas derivados del alcoholismo, la pornografía y la prostitución (como "nuevas" causas del comportamiento desviado), el tratamiento de los enfermos mentales y la

organización de los manicomios, los problemas derivados de la juventud y la creación de los primeros reformatorios, o las discusiones sobre la justificación de penas y de medidas de seguridad (tanto en el ámbito adulto cuanto en el de menores, que por entonces se estaba edificando), llevaron incluso a la defensa político-criminal de las condenas (más o menos) indeterminadas, en unos ámbitos geográficos más que en otros.<sup>75</sup> El modelo correccionalista vivía su momento de esplendor que se extendería hasta el surgimiento en Europa de los totalitarismos nazi y fascista,<sup>76</sup> los cuales edificarían los sistemas penales de signo más autoritario del siglo XX (Jiménez de Asúa 1965).<sup>77</sup>

Los desastres bélicos de la Segunda Guerra Mundial, el Holocausto y la tarea de reconstrucción europea iniciada a partir de 1945 marcarían –al menos para Europa continental– el inicio de una nueva forma-Estado con un modelo constitucional heredero de la *Resistenza* (en el particular caso italiano) de quienes habían sufrido en sus entrañas los efectos del Derecho penal autoritario mencionado. En efecto, la Constitución italiana inauguraba el movimiento del llamado “constitucionalismo social”, que acogería una tradición propia del *Welfare State* en una reinterpretación adaptada a la cultura jurídica continental europea, todo lo cual tuvo decisivas implicancias en las formas de legitimar la intervención jurídico penal. Esto requiere una explicación.

Para hablar de los orígenes de la cultura del *Welfare State*, habría que remontarse a la importancia que desde la segunda mitad del siglo XIX fue adquiriendo la llamada “cuestión social” (nacimiento del movimiento obrero, primeras luchas colectivas, nacimiento del sindicalismo, etc.). En la Inglaterra del año 1900 empieza a aparecer una primera e importante legislación social/fabril. También en la Alemania de fin del XIX se crean los primeros programas de seguros obligatorios contra la enfermedad e invalidez. En este rápido bosquejo, puede señalarse que a esa tendencia por atender la “cuestión social”, le seguirían las legislaciones de Dinamarca y Suiza de los primeros años del siglo XX. Nacía así una primera forma de *Welfare State* que, para desarrollar ese “asistencialismo”, debía acudir a un recurso principal: la recaudación fiscal de impuestos. En tal sentido, puede afirmarse

<sup>75</sup> En Estados Unidos la adopción de diversos modelos de indeterminación de la pena –desde finales del siglo XIX hasta hace pocos años– revela, con mucha más fuerza que en el mundo jurídico continental europeo, la profunda fe en el modelo rehabilitador.

<sup>76</sup> Inmediatamente seguidos por los modelos autoritarios de la Francia ocupada y las dictaduras imperantes por décadas en Portugal y en España.

<sup>77</sup> Como ha señalado Jiménez De Asúa (1965), mientras aquel movimiento reformista continuaba con su *evolución* en Estados Unidos bajo un signo político liberal, Europa, en las primeras décadas del siglo XX, conoció una *involución* política y por ende, político-criminal. El autoritarismo comenzaba a despuntar.

que la asistencia social moderna y la recaudación impositiva nacen en una relación contemporánea. Empieza a concebirse la idea de que el Estado debe asumir la responsabilidad de mantener unos mínimos vitales para el conjunto de la población mediante una concentración de "recursos" y una dispersión de los "riesgos". La "seguridad social", en sentido amplio, trata de cubrir al conjunto de la población del país, redistribuyendo parte de los excedentes mediante una fiscalidad directa y progresiva.

Ahora bien, las primeras teorizaciones sobre el sostén financiero del modelo *Welfare State*, vendrían de la mano del concepto de "Estado Fiscal" gracias a dos autores decisivos. En efecto, como lo ha revelado Gough (1979), Goldscheid (1917), y Schumpeter (1918), destacarán la importancia de los estudios de sociología fiscal al reconocer que la historia fiscal de un pueblo es parte esencial de su historia general (la idea del "Presupuesto como esqueleto del Estado"). Schumpeter afirmaría que el espíritu de un pueblo, su nivel cultural, su estructura social, los hechos que pueden determinar su política, todo esto y más, está escrito con claridad en su historia fiscal y sin retórica de ningún tipo (Gozzi 1990: 1106). Como consecuencia de estos enfoques surgió la expresión "Estado fiscal" (nexo indudable entre Estado e impuestos). Con estas contribuciones, las primeras formas del *Welfare State* presentarían ciertas características: el Estado empieza a ser más intervencionista en la regulación del mercado laboral; las huelgas, los sindicatos y la primera legislación social empiezan a ser entendidos como parte de la "cuestión social" que el Estado debe regular y "proteger"; la regulación del trabajo, los horarios, el descanso, las vacaciones, los derechos sociales incipientes, etc., marcaron así una primera forma de "asistencialismo".

Sus manifestaciones en la cultura política y económica de Estados Unidos e Inglaterra de fines del siglo XIX y primeras décadas del XX se orientaron en esa dirección. En cambio, el asistencialismo europeo continental (nacido con Bismarck en Alemania a fin del XIX) sufrió, como ya se mencionó, una abrupta ruptura con el surgimiento de los totalitarismos europeos (URSS, Alemania, Italia, España, Portugal, la Francia de Petain, etc.) que desembocarían en el Holocausto y en la Segunda Guerra Mundial, además de la proliferación dictatorial. Como es sabido, al término de la citada gran conflagración, Europa quedó devastada. Debía comenzar entonces, la tarea de su reconstrucción, la cual se basó en dos grandes presupuestos: la cooperación internacional (que debía servir para reconstruir el Continente y mejorar la calidad de vida de sus habitantes) y el inicio de un Derecho internacional de los derechos humanos (como tarea inseparable de la reconstrucción, que evitase para siempre la repetición de los desmanes).<sup>78</sup> La recuperación

<sup>78</sup> Como afirma Morenilla Rodríguez (1988), la internacionalización de la protección de los derechos humanos es un hecho histórico reciente que suele situarse generalmente en las postrimerías de la Segunda Guerra Mundial, como efecto de las masivas violaciones

"modernizada" del Estado de bienestar sería retomada y éste se entendería como "el conjunto de servicios sociales provistos por el Estado, en dinero o en especie, así como la regulación de actividades privadas de individuos o empresas" (Gough 1979: 22).

En el terreno político-criminal, y en relación con el constitucionalismo social de post-guerra (que consagra la fórmula del Estado social y democrático de Derecho), Ferrajoli defiende la tesis de que en la segunda mitad del siglo XX, ha tenido lugar un auténtico cambio de paradigma en el derecho positivo de las democracias avanzadas, el cual impone una revolución epistemológica en las ciencias penales y, en general, en la ciencia jurídica en su conjunto. Tal cambio de paradigma, en la estructura del derecho positivo se ha producido, en Europa, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, gracias a las *garantías de rigidez de las Constituciones* introducidas con la previsión de procedimientos especiales para su revisión, además del control de legitimidad de las leyes por parte de tribunales constitucionales (2001: 22-23).<sup>79</sup> Y no es casual que todo ello haya tenido lugar tras la derrota del fascismo y del nazismo. Como indica el autor italiano, en el clima cultural y político que acompañó el nacimiento del constitucionalismo actual –la Carta de la ONU de 1945, la DUDH de 1948, la Constitución italiana de 1948 y la alemana de 1949–, se tomó conciencia que el consenso de las masas, en el cual también se habían fundado las dictaduras fascistas, no bastaba para garantizar la calidad de un sistema político y, en consecuencia, se volvió a descubrir el significado y el valor de la Constitución como límite y vínculo de cualquier poder, incluso mayoritario. En consecuencia, se construía de ese modo una estructura del ordenamiento jurídico mucho más

de derechos y libertades fundamentales realizadas por el nazismo antes y durante la guerra. Resultó entonces manifiesta la estrecha relación entre el Estado democrático de Derecho y el respeto por los derechos del individuo, entre el reconocimiento y protección de esos derechos y la estabilidad interna de un país, así también que la protección de los derechos humanos no era exclusivamente un problema interno –como desde el siglo XIX se venía creyendo–, sino que afectaba directamente a las relaciones internacionales y, a la postre, a la paz mundial. En este contexto, las potencias aliadas se reunieron en la Conferencia de San Francisco en 1945 –cuando se vislumbraba el final de la Segunda Guerra Mundial– y elaboraron la Carta de las Naciones Unidas (que se firmó el 26 de junio de 1945) estableciéndose la Organización de las Naciones Unidas para asegurar la paz internacional. En desarrollo de esta finalidad, el 10 de diciembre de 1948, fue proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos para que, tal y como dijo el presidente de la Asamblea General de las Naciones Unidas ese mismo día, "millones de hombres, mujeres y niños de todo el mundo, a muchos kilómetros de París y de New York, puedan recurrir a este documento en busca de ayuda, guía e inspiración" (Amnistía Internacional 1988).

<sup>79</sup> Si bien las garantías de rigidez habían sido conocidas antes, en diversos ejemplos, no fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando la idea de un sólido techo constitucional –siempre por encima de la legalidad ordinaria– penetró en la cultura jurídica y en el sentido común.

compleja y con una doble artificialidad: 1) no sólo por el carácter positivo de las normas producidas (que es el rasgo específico del positivismo jurídico); 2) sino también por su sujeción al Derecho (que es precisamente el rasgo típico del Estado constitucional de Derecho). Y, en este último, la producción jurídica misma se halla disciplinada por normas de derecho positivo no sólo en lo que hace a su procedimiento de formación, sino también a sus contenidos.

A este sistema de legalidad, Ferrajoli lo denomina *modelo o sistema garantista*: "... gracias a él, el Derecho contemporáneo no sólo programa sus formas de producción (a través de procedimientos sobre formación de las leyes) sino que, además, programa sus contenidos sustanciales" (2001: 25), vinculándolos normativamente con los principios, valores y derechos inscritos en sus Constituciones mediante técnicas de garantía que la cultura jurídica tiene el deber de elaborar.<sup>80</sup> Ferrajoli considera que aún no se es plenamente consciente del alcance revolucionario del aludido cambio de paradigma, que es "sin duda, la mayor conquista jurídica del siglo: una suerte de segunda revolución que cambia, junto con la estructura del Derecho, el papel de la ciencia jurídica, el de la Jurisdicción, la naturaleza de la política y la propia calidad de la democracia.<sup>81</sup> Como consecuencia de ello, en el Estado constitucional de Derecho, el legislador ya no es omnipotente: las leyes no sólo serán válidas por su procedimiento de creación, sino por ser coherentes con los principios constitucionales. Y también dejaría de ser omnipotente la Política: también ella y la legislación ("que es su producto"), quedarán subordinadas al Derecho. El cambio es total: "... ya no será el Derecho el que pueda ser concebido como instrumento de la política, sino que la po-

<sup>80</sup> Ferrajoli recuerda así las clásicas preguntas relativas a la legitimación del Derecho penal: "¿cuándo y cómo prohibir, juzgar y castigar?" Tales interrogantes que se vinculan con el problema de la legitimación de ese "terrible derecho" (en alusión al *ius puniendi*), se resuelven ahora por los principios garantistas de las Constituciones: lesividad y materialidad de los delitos; garantías del juicio; carga acusatoria de la prueba; derechos de la defensa. Todos los cuales han dejado de ser principios teóricos para convertirse en normas jurídicas vinculantes para el legislador (*auténtica política criminal del garantismo penal*).

<sup>81</sup> La primera revolución, en el campo de la construcción de la Modernidad, fue la idea de la construcción de la *mera* legalidad. Consecuencia de ello, fue la omnipotencia del legislador. Así, en oposición a las viejas consideraciones iusnaturalistas, se logró la identificación de la validez de las leyes con su positividad; es decir, con su producción según las formas previstas en el ordenamiento con la consiguiente garantía de la certeza del Derecho y de la sujeción a la ley del Poder Judicial. La ciencia jurídica se hacía dogmática, o vinculada a los dogmas de la ley. La segunda revolución, tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, tuvo lugar con las instituciones rígidas que completaban el paradigma del Estado de Derecho, o sea la sujeción a la ley de todos los poderes públicos, incluso de la mayoría, que se subordina también él al Derecho, más precisamente a la Constitución. Y no sólo en cuanto a las formas sino en relación con los *contenidos* (*estricta legalidad*).

lítica ha de ser asumida como instrumento para la actuación del Derecho" (2001: 27).

En un marco semejante, el sistema penal -garantista- y las penas seguirán siendo justificados en aras del cumplimiento de viejas (y nuevas) utilidades. En efecto, frente a la aspiración resocializadora y rehabilitadora de viejo cuño, Ferrajoli le adjudicará a la pena la función de ser útil para evitar que el infractor penal reciba un castigo informal (espontáneo, salvaje) y, en todo caso, superior al daño que le ocasione la pena legal. En esa función de minimización de daños -que revela, en el ámbito punitivo, la aspiración garantista de velar por los derechos fundamentales-, reside la nueva fuente de legitimación. Junto a ello, la necesidad de superar las opciones custodiales y de limitar temporalmente a las existentes, completa el cuadro señalado. Mas, todo ello, como es bien sabido, requeriría de apoyos, inversiones y gasto del Estado social. Como se verá a continuación, ese cimiento sería justamente el que empezaría a flaquear.

## **2. La crisis fiscal del Estado, la caída del mito de la rehabilitación y el *business* penitenciario en Estados Unidos.**

### **La Criminología de la *tolerancia selectiva***

James O'Connor señalaba en Estados Unidos -en los inicios de la década de los años mil novecientos setenta- que "cada clase y grupo económico y social quiere que el Gobierno gaste mayores sumas de dinero en un número creciente de cosas. Pero ninguno quiere pagar nuevos impuestos o mayores índices sobre los viejos impuestos. En realidad, casi todo el mundo quiere impuestos más bajos y muchos grupos han llevado a cabo, con éxito, campañas en pro de una reducción de los mismos. Las demandas de la sociedad sobre los presupuestos locales y estatales parecen ilimitadas, pero la voluntad y la capacidad de los ciudadanos de pagar los gastos que éstas conllevan resultan estrechamente limitadas. Y a nivel federal, los gastos se han incrementado con más rapidez que la producción total" (1981: 20). Lo cual corroboraba el diagnóstico del entonces director del Sistema de la Reserva Federal, cuando anunciaba que Estados Unidos se encontraba en una encrucijada respecto a sus planes fiscales. "Muchos de nuestros conciudadanos están alarmados por la creciente proporción en que los impuestos federales, estatales y locales reducen sus ingresos. La tendencia a gastar más de lo que se está dispuesto a financiar a través de los impuestos está llegando a arraigar y a convertirse en profundamente amenazadora. Por el momento no se vislumbra un fin próximo del déficit federal. Numerosos programas federales conllevan un enorme aumento del gasto y actualmente hay propuestas para ser discutidas en el Congreso, cuyo efecto sería incrementar enormemente el gasto en los próximos años".

O'Connor definió bien la situación: "... hemos denominado 'crisis fiscal del Estado' a esta tendencia del gasto gubernativo a aumentar más rápidamente que los ingresos. No es que haya una ley inflexible por la que el gas-

to tenga que crecer siempre con mayor rapidez que los ingresos, pero es un hecho que las necesidades crecientes a las que sólo el Estado puede hacer frente producen mayores demandas sobre el presupuesto estatal" (1981: 26). Eso sí, se reconoció que diversos factores, en forma individual o combinada, pueden contrarrestar la crisis. Por ejemplo: se pueden desatender las necesidades de las personas que dependen de los servicios públicos;<sup>82</sup> puede ocurrir que las grandes compañías que descan préstamos y subvenciones gubernamentales no los obtengan;<sup>83</sup> el Gobierno puede llegar a congelar los salarios y los sueldos en un intento por paliar la crisis fiscal; o también, se puede obligar a los ciudadanos a pagar impuestos más elevados. Como se ve, el *Welfare State* empieza a quebrarse y la quiebra es de carácter económico-presupuestaria. ¿Qué consecuencias acarrearía ello para el sistema penal estadounidense?

## 2. 1. La caída del mito de la rehabilitación

La "crisis fiscal" del Estado descrita provocó la necesidad de replantear el "complejo penal" que se había desarrollado bajo el amparo del modelo *Welfare State*. En efecto, el ideal rehabilitador sólo podía funcionar si poseía el soporte de numerosas agencias de justicia (oficinas de clasificación, comisiones de *parole*, psicólogos, psiquiatras, educadores, criminólogos, trabajadores sociales en las *community sanctions*), todo lo cual, además, se debía sumar a los abultados costos del sistema penitenciario. Como se vio, la expansión económica tocaba a su fin, venían tiempos de recortes presupuestarios y la economía estadounidense ya no podía seguir destinando tantísimos recursos para el manejo de ciertos problemas sociales. Debían empezar a reducirse las agencias y los operadores del amplísimo sistema penal de corte rehabilitador.

Por otra parte, en un marco semejante, el descrédito de la sentencia indeterminada –de tradición centenaria en Estados Unidos– había ya alcanzado sus niveles más altos. El Informe *Doing Justice*, de 1976, señaló al respecto que donde la sentencia es indeterminada, los males se componen por la agonía de la incertidumbre. Los internos están encerrados por años, con el suspenso insoportable de lo más importante de sus vidas –el tiempo de su liberación–. En forma no sorprendente, muchos prisioneros contemplan la sentencia indeterminada, quizás, como el peor rasgo de la existencia en prisión. Comenzaba la desconfianza en las predicciones médicas, psiquiátricas o psicológicas o la terapéutica en general porque 'nada funciona' (*nothing works*). Y, como indica Zysman (2001), las críticas comenzaron a provenir

<sup>82</sup> Como ocurrió en Nueva York con la reducción de la asistencia social durante la recesión de 1970-71.

<sup>83</sup> Como sucedió en el Congreso estadounidense con la propuesta de subvencionar el desarrollo del avión supersónico civil.

desde dos frentes diversos: uno de carácter *conservador* y otro de signo *liberal-radical*. El primero ligó el aumento del índice delictivo de la última década con el fracaso preventivo de la reforma individual, su benevolencia injustificada y la elevada discrecionalidad judicial para lograrlo, señalando que se ha olvidado a las víctimas y se ha puesto demasiado el acento en los infractores.<sup>84</sup> El segundo frente de críticas, desveló el deplorable efecto que las cárceles provocan en los internos, subrayó su carácter selectivo-racista, criticó la ideología del tratamiento como encubridora de manipulación, discriminación, violencia, vulneración de derechos fundamentales y que ante todo ha servido como puro instrumento de control de las autoridades penitenciarias para mantener a una población reclusa dócil, disciplinada y laboriosa. En suma: se señaló que el horizonte rehabilitador no ha cumplido con las funciones declaradas de rehabilitar, sino con las materiales de servir de instrumento de gobierno disciplinario de la institución carcelaria.<sup>85</sup>

En el orden penitenciario, todo ello contribuyó a poner en cuestión los fundamentos mismos de una intervención rehabilitadora como encubrido-

<sup>84</sup> Ejemplos de ello son el discurso en 1975 de quien sería presidente Ronald Reagan, prometiendo acabar con esa situación y un año más tarde, del presidente Gerald Ford en la misma dirección. Para prevenir disfunciones tan serias, se debía poner coto a la "discreción judicial" y, en consecuencia, se debía volver a la noción de pena determinada. Así se recuperaría la noción preventivo general de la pena (la *deterrence* o disuasión) y se lograría que los infractores potenciales entendieran que *crime not pays* (el delito no paga (Zysman 2001).

<sup>85</sup> En efecto, desde estas posiciones se comienza a plantear una gran desconfianza en los poderes punitivos del Estado. La situación de vulnerabilidad de los presos se pondrá especialmente de relieve. Un ejemplo de ello es el trabajo, en 1968, de Karl Menninger, *The Crime of Punishment*, donde sospecha que todos los delitos cometidos por los delincuentes encarcelados no igualan en daño total, a todos los delitos cometidos contra ellos (Von Hirsch 1986). Comenzaba la mirada sobre la suspensión en la construcción de nuevas cárceles (moratorias edilicias) y algunas voces radicales comparaban a la prisión con la esclavitud y empezaban a proponer su abolición. Aquella idea del "crimen de castigar" pasa a redefinirse como el "crimen del tratamiento" y comienza a proponerse la idea que más vale la pena "hacer justicia" (*doing justice*) que "hacer el bien" (*doing good*).

Es preciso señalar, para entender en su plenitud esta época de profundos cambios, que a todo ello le acompañó, en los años de las décadas de 1960 y 1970, los movimientos por los derechos civiles. Todavía existía la segregación racial, el racismo institucional y la consideración legal de los negros como ciudadanos de segunda categoría. Emergían líderes como Martin Luther King y otros, quienes tomaron la bandera de la igualdad de los derechos con importantísimas campañas de desobediencia civil, *boicots* económicos y muy diversas luchas jurídicas en pos de aquella igualdad. Y muchos de ellos sufrieron personalmente persecuciones, procesos, encarcelamientos, despidos laborales, y hasta el asesinato; en fin, todo el aparato represivo del Estado al que desafiaron abiertamente para lograr la equiparación de sus derechos. Tal vez, sin pretenderlo explícitamente, acabaron por iluminar las disparidades del sistema de justicia, cuestionaron la legitimidad misma del Estado para castigar y revelaron los efectos del racismo, el sexismo y la desigualdad sociales. En fin, crearon una fuerte contra-cultura frente a un sistema establecido, que contribuyó a hacerlo tambalear o a que se resquebrajara (Zysman 2001).

ra de una realidad muy distinta, al tiempo que se cuestionó duramente la supuesta "cientificidad" de los diagnósticos y pronósticos sobre futuros comportamientos.<sup>86</sup> Los sangrientos sucesos de Attica de 9 de septiembre de 1971, en los que morirían más personas durante la toma policial de la cárcel que en toda la historia carcelaria estadounidense, que junto a su difusión televisiva, contribuyeron también a la demolición del edificio de la rehabilitación.

## 2. 2. La construcción del *business* penitenciario

La desaparición de la sentencia indeterminada y del mito de la rehabilitación en Estados Unidos en la década de 1970, dio paso a diversos modelos de *sentencing* que, salvo algunos intentos del *justice model*,<sup>87</sup> iban a estar dominados por racionalidades de corte económico/tecnocrático. Las nociones de *costes-beneficios*, *cálculo*, *análisis estadístico*, unidas al intento por *anclar las escalas penales* de manera fija y determinada, explican el surgimiento de un tipo de *sentencing* estadounidense que acabará, mayoritariamente, empleando dos instrumentos de la nueva cultura penal: las *mandatory penalties*<sup>88</sup> (de las que, luego, se conocería la versión de las leyes de los *three strikes and you're out*<sup>89</sup>) y las *guidelines sentences*.<sup>90</sup> El *retorno a Beccaria*, a

<sup>86</sup> Autores como Donald Clemmer (1958) y Erving Goffman (1970) hacía ya tiempo que habían comenzado a desvelar crudamente los efectos de la privación de libertad y en especial, de las terapias a las que eran sometidos los internados. Acuñaron así –sobre todo el primero– el concepto de *prisionización*, que desmontó definitivamente la supuesta pretensión de cientificidad del tratamiento penitenciario.

<sup>87</sup> El cual, pese a sus ideas sobre "merecimiento punitivo", "determinación penal" y "crítica a la discrecionalidad judicial", abogó por una importante reducción temporal de los periodos de encarcelamiento (Von Hirsch 1986).

<sup>88</sup> Tipo de legislación –obligatoria– para los jueces de sentencia, por la cual se establece que un condenado habrá de pasar "un mínimo" de algunos años privado de libertad. También han sido conocidas con la denominación de *mandatory minimums*.

<sup>89</sup> Con estas leyes se pretende encarcelar de por vida a quienes hayan incurrido en cierta reincidencia delictiva. La contabilización de los tres *strikes* (en algunos Estados puede ser incluso suficiente con un segundo *strike*) es diversa, pudiendo incluir delitos graves y violentos, como en algún caso infracciones no violentas como robos en viviendas deshabitadas. En todo caso, su ideal punitivo es claro a través de sus dos modelos: condena a perpetuidad sin posibilidad alguna de obtener *parole*; o encarcelamientos de 25, 30 o 40 años, tras los cuales se puede salir (si se está con vida) con *parole*.

<sup>90</sup> Se trata de "guías penales" de determinación aritmética de la penalidad a imponer en el caso concreto. A través de unas operaciones que de manera vertical y horizontal se verifican sobre una tabla que indica en sus casillas los meses a prisión a imponer, el juez va "subiendo" o "bajando" –de manera obligatoria– por las casillas hasta que encuadre el caso según dos variables: el historial delictivo del infractor y la gravedad del delito. El resultado le indicará la pena a imponer.

través de la teorización de un sujeto que racionalmente decide su comportamiento (*rational choice*), prepara el terreno para la remozada racionalidad *ilustrada/postmodernista* (De Giorgi 2000: 30 y ss.).

Como hace años indicara Christie, lo más sorprendente es que el nuevo *sentencing* requirió que la legislatura federal estadounidense (y las estatales) crearan las primeras *Sentencing Comissions* para la elaboración de los "manuales para decidir sobre el dolor" (1993: 137),<sup>91</sup> los cuales prohibieron expresamente que los tribunales considerasen las cualidades personales de los infractores. En efecto, a partir de estas nuevas orientaciones político-criminales, ya no pueden ser considerados: la edad, la educación o formación profesional, las condiciones psíquicas o emocionales, el estado físico (incluyendo toxicomanías, abuso de alcohol, etc.), los antecedentes laborales, los lazos o responsabilidades familiares. Para lograr esta "justicia purificada (...) las legislaciones hacen que sea ilegal que se tomen en cuenta los factores que precisamente se hallan presentes en el entorno de la mayoría de la población carcelaria: pobreza y privaciones, participación nula en la buena vida, en fin: todos esos atributos claves de la 'clase peligrosa' que no produce nada" (Christie 1993: 140). Sobre estas nuevas racionalidades es que, entonces ahora, puede tratarse la cuestión del surgimiento del llamado *business* penitenciario.

En efecto, ésta es la denominación de la traducción italiana de la famosa obra de Nils Christie *Crime Control as Industry. Towards Gulags Western Style?*, publicada originalmente en 1993. Como narra este autor, "en comparación con la mayoría de las industrias, la industria del control del delito se encuentra en una situación más que privilegiada. No hay escasez de materia prima: la oferta de delito parece ser infinita. También son infinitas la demanda de servicio y la voluntad de pagar por lo que se considera seguridad (...). Se estima que esta industria cumple con tareas de limpieza, al extraer del sistema social elementos no deseados" (1993: 21). Tomando como referencia la obra de Zygmunt Bauman, *Modernidad y Holocausto* (1989), el autor noruego explica cómo fue emergiendo el negocio de la gestión punitiva de la pobreza en Estados Unidos. En efecto, el paulatino convencimiento de que valía la pena "invertir dinero para tener esclavos", demostró que ello sólo sería rentable si, de verdad, se apostaba por la construcción de un "gran encierro" que posibilitara la aparición de un nuevo "sector" empresarial. De este modo, Estados Unidos recuperó dos de sus grandes tradiciones: la *privatización* y la *esclavitud* de viejo cuño, ahora remozadas para ser adaptadas a la nueva empresa (1993: 124 y siguientes).

Por supuesto, es preciso recordar aun que Christie escribía estas reflexiones hace diez años, cuando la población encarcelada en Estados Unidos

<sup>91</sup> En 1984, el Congreso aprobó la Ley de Reforma del Sistema de Determinación de la Pena.

era, aproximadamente, la mitad de la actual. La superación -actual- de la cifra de dos millones de personas privadas de libertad, debe ser la demostración cabal que "la industria ha prosperado". Veamos los resultados de esta prosperidad.

Wacquant es tal vez uno de los autores que en los últimos años ha descrito con notable claridad las transformaciones del sistema penal estadounidense. Como él señala, la política de expansión del sector penal no es patrimonio exclusivo de los republicanos: "... durante los últimos cinco años, mientras Bill Clinton proclamaba su orgullo por haber puesto fin a la era del *Big Government*, la comisión de reforma del estado federal se esforzaba por podar programas y empleos públicos, se construían 213 cárceles nuevas, cifra que excluye los establecimientos privados que proliferaron con la apertura del lucrativo mercado del encarcelamiento. Al mismo tiempo la cantidad de empleados, sólo en las prisiones federales y estatales, pasaba de 264.000 a 347.000, entre ellos 221.000 vigilantes. En total, el 'mundo penitenciario' contaba con más de 600.000 empleados en 1993, lo que hace de él el *tercer empleador del país*, apenas por debajo de *General Motors*, primera empresa mundial por el volumen de sus negocios y la cadena de supermercados internacionales *Wal-Mart*. De hecho, y de acuerdo con la Oficina de Censos, la formación y contratación de vigilantes es, entre todas las actividades gubernamentales, la que creció con mayor rapidez durante el decenio pasado" (2000: 86-87).<sup>92</sup>

Tal vez todo ello explique por qué desde que *Corrections Corporation of America*, *Correctional Services Corporation*, *Securicor* y *Wackenut* comenzaron a cotizar en la Bolsa, la industria carcelaria es uno de los niños mimados de *Wall Street*. En uno de los últimos "grandes salones de la prisión" (exposición anualmente convocada por la *American Correctional Association*), fueron exhibidos los siguientes "productos" en Orlando: esposas con protección para las muñecas y armas de asalto, cerrojos y rejas irrompibles, muebles para celdas con literas ignífugas, retretes de una sola pieza, elementos cosméticos y alimentarios, sillas de inmovilización, uniformes de extracción (para sacar de las celdas a los presos más resistentes), cinturones electrificados de descarga mortal, programas de desintoxicación para toxicómanos,

<sup>92</sup> Claro que, en un periodo de escasez fiscal debida a la fuerte baja de los impuestos pagados por las empresas y clases altas, el aumento de los presupuestos y el personal de las cárceles sólo fue posible gracias al recorte de aplicaciones destinadas a la ayuda social, la salud y la educación. "Así, en tanto que los créditos penitenciarios del país aumentaban un 95% en dólares constantes entre 1979 y 1989, el presupuesto de los hospitales se estancaba, el de los colegios secundarios disminuía un 2% y el de la asistencia social un 41%. Para sus pobres, Estados Unidos eligió construir centros de detención y penales en vez de dispensarios, guarderías y escuelas. Un ejemplo: a lo largo de una década (1988-1998), el Estado de Nueva York incrementó sus gastos carcelarios en un 76% y recortó los fondos de la enseñanza universitaria en un 29%" (2000: 87-88).

sistemas de vigilancia electrónica y de telefonía de última generación, tecnologías de detección o identificación, programas informáticos para el tratamiento de datos administrativos, sistemas de purificación de aire antituberculosis, celdas desmontables (que se puede instalar en un día en un área de estacionamiento para absorber una masiva llegada de detenidos), cárceles llave en mano y hasta un camión quirófano para operaciones de urgencia en el patio del penal (Wacquant 2000: 91).<sup>93</sup>

No parecen existir muchas dudas en torno a que, en efecto, la industria penal ha prosperado. Ahora bien, para entender esta prosperidad hay que volver al plano de las nuevas racionalidades que permitieron estos despliegues punitivos y que, en el epígrafe anterior, habían sido ya apuntadas.

### 2. 3. La política de tolerancia cero (o "criminología de la tolerancia selectiva")

Como se ha estado viendo, hace tiempo ya que Estados Unidos consagró el "Estado Penal" y liquidó toda forma de asistencialismo. Christie llamaba seriamente la atención sobre ello en 1993;<sup>94</sup> Young lo denunciaba en 1996,<sup>95</sup> y Wacquant lo ha descrito años más tarde<sup>96</sup> con una escalofriante precisión, tal y como acaba de señalarse. En efecto, hace algo más de dos décadas, aquel país presentó el diseño de lo que daría en llamarse la "política de la tolerancia cero". En 1982, la confluencia de determinados acontecimientos, propició el inicio de un tipo de orientación policial que empleó la conocida estrategia de las *broken windows*, por la cual se estableció que hasta las más mínimas infracciones o incluso meras sospechas, debían ser drásticamente perseguidas –y detenidas– para evitar que "el delito vaya a más" (Wilson y Kelling 2001).

<sup>93</sup> Por supuesto, este crecimiento empresarial, no se refiere sólo al "sector penitenciario". En el "sector seguridad", por ejemplo, una empresa de Tampa (Florida) acaba de estrenar (de instalar) un sofisticado sistema de videovigilancia en toda la ciudad para el combate contra la delincuencia. Como ha podido explicar uno de los técnicos de la empresa fabricante (*Visionics Corporation*, de Nueva Jersey), se trata de un sistema de cámaras de reconocimiento de rasgos faciales que envían continuamente imágenes a las computadoras, donde sus computadoras las contrastan con las que tienen almacenadas en el banco de datos de delincuentes (sistema *Facetr*). De poco parecen estar sirviendo las protestas de organizaciones defensoras de los derechos civiles, en especial de la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU, según sus siglas en inglés), las cuales se quejan de la vulneración del derecho a la intimidad y privacidad y de la paulatina "implementación de un Estado policial" (cfr. *El País*, 17 de julio de 2001).

<sup>94</sup> Cuando publicó su obra titulada *Crime Control as Industry. Towards Gulags Western Style?*

<sup>95</sup> En su trabajo titulado *The Criminology of Intolerance: Zero-Tolerance Policing and the American Prison Experiment*.

<sup>96</sup> Cfr. *Las cárceles de la miseria*, 2000.

¶ Cuando en 1993 Rudolph Giuliani asumió como alcalde de Nueva York enarboló la bandera de la *Zero Tolerance*, entendida como la in-tolerancia (es decir, "falta de tolerancia") frente a la ebriedad, los *graffitis*, los pequeños hurtos, la prostitución, el vandalismo, la mendicidad, etc. Comenzaba la "guerra contra la pobreza", que pretendía proteger a las clases más acomodadas y temerosas de la "in-seguridad" ciudadana reinante (y previamente explotada mediáticamente). El crecimiento del sistema penal, que había comenzado en la década anterior, experimentó un notable ascenso. Además de lo ya mencionado en torno a la cárcel, algo similar ocurrió con los cuerpos de policía (ordinaria, especial y de elite), a través de una organización "ganancial" en las comisarías, o con el aumento de las estructuras judiciales (y del Ministerio Fiscal).

El recorte del Estado social, la paulatina liquidación de la cultura del *Welfare State*, la consagración de políticas criminales altamente represivas, la paulatina construcción de la *criminología de la intolerancia* (Young ob. cit.), la preparación de todo ello en los *think tanks* estadounidenses (para su posterior exportación a Europa a través de Gran Bretaña, como se verá después), constituyen algunos ejemplos de la penalidad fabricada y exportada por y desde aquellos ámbitos. La gestión de la "nueva pobreza" ya no es, pues, asistencial. El *management* (la gestión) ahora adquiere rasgos policiales, penales y carcelarios; el sistema penal, cada vez más alejado de sus bases fundacionales, debe gestionar dosis cada vez más altas de conflictividad social. Como indican Burton-Rose, Pens y Wright (y ya había señalado Christie cinco años antes), la industria carcelaria estadounidense ha edificado uno de los mayores *gulags* del presente que, por la vía de reproducir la miseria que dice gestionar, asegura su propia supervivencia.<sup>97</sup>

### 3. El panorama en Europa. La irrupción de la emergencia/excepcionalidad penal

En el ámbito europeo, el desembarco de las estrategias penales estadounidenses se encontraría con otra línea político-criminal particularmente preocupante. En efecto, desde la década de los años setenta, Europa había comenzado a experimentar su particular crisis del Estado social que, en el terreno penal, se corporeizó en la articulación de la llamada "cultura de la emergencia y de la excepcionalidad penal". Esta mención requiere cierta explicación.

Como ya se expresó antes, es sabido que tras la Segunda Guerra Mundial, Europa inauguró el movimiento del llamado *constitucionalismo social*. Emblemáticas en tal sentido fueron las Constituciones alemana e italiana.

<sup>97</sup> Afirmaciones que pueden hallarse tanto en su obra colectiva *The Ceiling of America. An Inside Look at the U.S. Prison Industry* (1998), como en los boletines *Prison. Legal News*, que varios de ellos editan desde el interior de algunas cárceles estadounidenses.

Poco tiempo después, la mayoría de los países europeos emprendían sus procesos de reformas penitenciarias bajo aquel firmamento constitucional indicado. La resocialización –la prevención especial positiva– se erigía en finalidad suprema de las “nuevas” penas privativas de libertad. Mas, contemporáneamente a ello, el fenómeno de la violencia política y el terrorismo también irrumpían en Europa y, para atajarlo, los Estados recurrieron a legislaciones, y a ciertas prácticas antiterroristas que fueron después conocidas con el nombre de la “cultura de la emergencia y/o excepcionalidad penal”. No hay espacio aquí para desarrollar en plenitud semejante política criminal.<sup>98</sup> Tan sólo cabe señalar al respecto, para cuanto aquí interesa, que está suficientemente acreditado que la citada “cultura” terminó por subvertir los fundamentos mismos de un Derecho penal anclado y fundado en otras bases liberales.

Desde el punto de vista carcelario, como se verá de inmediato, la mencionada política inauguró la época de los regímenes y de las cárceles de máxima seguridad, las prácticas del aislamiento penitenciario, la dispersión de colectivos de reclusos, los más modernos sistemas de control y vigilancia telemática, etc. En fin, se subvirtieron así también las bases de aquella reforma penitenciaria que bajo el signo del constitucionalismo social incardinó las penas en clave preventivo especial positiva: ahora se pasó abiertamente a la llamada prevención especial negativa; la neutralización y la inocuización –por no emplear peores denominaciones– pasaron a dar contenido a la nueva penalidad de los últimos años del milenio. Esta penalidad segregativa ha provocado, por citar sólo algunos acontecimientos, no pocos escándalos por el carácter (cada vez más) “corporal” que ha ido asumiendo a medida que la difusión del SIDA se propagó en el interior de las cárceles europeas<sup>99</sup>. Ahora se verá exactamente en qué consistió esta línea político-penal/penitenciaria.

<sup>98</sup> Al respecto, pueden consultarse los trabajos de Bergalli (1988), Olarieta (1996), Rivera Beiras (1998), Serrano Piedecasas (1988) y Silveira Gorski (1998).

<sup>99</sup> Se alude con ello a la reciente revelación de algunos datos sobre la situación penitenciaria de España, Italia o Francia. En el primer caso, el pasado año se conocía que en la última década –entre 1990 y 1999– habían muerto en las cárceles de Cataluña (única Comunidad Autónoma que en España tiene transferidas las competencias de ejecución de la legislación penitenciaria), más de mil presos, es decir, uno cada tres días y medio (cfr. *El País*, 25 de junio de 2000). En el segundo ejemplo, Italia estudiaba a mediados del año 2000 la posibilidad de producir una amplia excarcelación ante el colapso de sus cárceles que presentan un déficit de miles de plazas (cfr. *El Manifiesto*, 28 de junio de 2000). En el tercer caso, Francia tuvo que crear una Comisión Parlamentaria permanente “Sobre la Situación de las Prisiones Francesas”, compuesta por treinta diputados, quienes visitaron 187 cárceles. Ello debió hacerse después de las revelaciones del médico de la cárcel de *La Santé*, absolutamente espeluznantes sobre la situación sanitaria en su interior (cfr. *Le Monde*, 26 de junio de 2000).

### 3. 1. El reformismo penitenciario europeo, la emergencia de la violencia política y la reacción de los Estados

No puede entenderse la aspiración o modelo garantista sin la consideración del "universo concentracionario" y del Holocausto. Como señaló Adorno (parafraseando a Kant), Auschwitz edificó un nuevo imperativo categórico y, sólo a través de semejante imperatividad, la historia europea recuperó las bases de una Modernidad que había abandonado en su enajenación autoritaria. El "garantismo", como traducción penal del "constitucionalismo social" de la post-Segunda Guerra Mundial, tradujo jurídicamente un grito que atravesó la humanidad en 1945: el de un "nunca más". Recobrada la paz, recuperadas las bases de la Modernidad ilustrada, el "modelo" garantista se convirtió en la aspiración de los Estados sociales y democráticos de Derecho que iniciaron así sus operaciones reformistas bajo el firmamento de un derecho internacional de los derechos humanos. Semejante cambio de paradigma supuso que las garantías penales (y las procesales) adquirieran la doble faz que permite contemplarlas como derechos de los ciudadanos, de un lado, y/o como límite al poder punitivo del Estado, por otro lado. El firmamento de los derechos humanos se erigía, así, como sustrato de la intervención punitiva.

Dentro del indicado contexto del constitucionalismo social y del garantismo penal, fue en la década de los años de 1970 cuando la gran mayoría de los países de la entonces Europa occidental, verificaron sus procesos de reforma penitenciaria, los cuales se desarrollaron sobre ciertos principios: plasmación de la llamada "prevención especial positiva" (como doctrina de justificación de la pena privativa de libertad, basada en la aspiración correccionalista de resocializar a los autores de delitos); prohibición de la penalidad capital y de los trabajos forzados; principio de legalidad en el cumplimiento de las penas (la denominada "garantía ejecutiva"); control jurisdiccional de la ejecución penal/penitenciaria (mediante la creación de los jueces de Vigilancia Penitenciaria y de Ejecución Penal); y posibilidad de permitir a los reclusos el disfrute de los llamados "beneficios penitenciarios" si reunían ciertos requisitos, fundamentalmente de buen comportamiento. En síntesis, como lo ha señalado Bergalli (1986), se recogía así toda la ideología correccionalista<sup>100</sup> que elevaba la resocialización al fundamental pilar de las opciones reformistas que se están describiendo genéricamente.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> Con esta expresión se alude al movimiento iniciado a finales del pasado siglo a través de la Escuela Positiva italiana (con Lombroso, Ferri, Garofalo), o de la Escuela de Marburgo alemana (con Franz von Liszt) y del correccionalismo español (con Pedro Dorado Montero).

<sup>101</sup> Italia sancionó su Ley Penitenciaria en 1975, Alemania en 1976, y España en 1979.

Como ha expresado Pavarini, se iría construyendo, de este modo, un verdadero "sistema de pena flexible en fase ejecutiva", donde la pena sólo está judicialmente determinada en su límite máximo. Se fue dejando paulatinamente en manos de los equipos de tratamiento y observación de las cárceles la posibilidad de graduar, de modular la intensidad del sufrimiento legal. En efecto, estos equipos técnicos, a través de la actividad administrativa de conceder o denegar toda una serie de "premios", podían ya medir un supuesto umbral de resocialización en el condenado que le hiciera ser merecedor (o no) de salidas anticipadas, permisos, etc. Una verdadera "tecnología punitiva", un auténtico "laberinto punitivo-premial" había sido edificado para alcanzar el gobierno disciplinario de la institución carcelaria. Nada servía mejor a tales fines que unos sistemas penitenciarios orientados en clave preventivo especial positiva (Pavarini 1997, Rivera Beiras 1997).

Mas, pese a todo ello, pronto los cimientos mismos de esas operaciones reformistas se verían subvertidos por nuevos acontecimientos. En efecto, casi contemporáneamente a la época que se está describiendo, irrumpió en diversos países europeos el fenómeno de la violencia política (cierto es que en algunos de ellos, incluso, semejante irrupción ya se había verificado anteriormente). Irlanda, la República Federal de Alemania, Francia, Italia o España, por citar a los más emblemáticos en este sentido, conocieron el problema del terrorismo e, inmediatamente, reaccionarían contra el mismo. En el convencimiento que para combatirlo eran insuficientes los instrumentos ordinarios de que disponían los Estados, se decidió echar mano de nuevas herramientas que se consideraron extraordinarias. Se iba inaugurando así la denominada legislación, o más precisamente, la "cultura" de la emergencia.<sup>102</sup> Y ello se verificaría, rápidamente en distintos frentes:

- en el ámbito legislativo sustantivo: a través del surgimiento de las llamadas leyes antiterroristas, que aumentaron las penas para estos delitos, previeron cierres de editoriales y de periódicos, etcétera;

- en la legislación procesal: permitiendo la incomunicación de los detenidos a quienes se les aplicaría esta nueva normativa durante numerosos días en las dependencias policiales, o restringiendo garantías procesales (recursos contra denegaciones de pruebas, etc.), o legalizando la aludida figura de los "arrepentidos";

- en las competencias y prácticas policiales: dotando de mayores márgenes de maniobra a los cuerpos y fuerzas de seguridad de los Estados o creando cuerpos de elite en aras de fortalecer el fetiche de la eficacia policial;

(cfr. *El País*, 25 de junio de 2000). En el segundo ejemplo, Italia estudiaba a mediados del año 2000 la posibilidad de producir una amplia excarcelación ante el colapso de sus cár-

<sup>102</sup> Al respecto indica Bergalli (1988) que la "emergencia" definió en Europa la penetración de una auténtica cultura "específica" producida como resultado del desarrollo de una conflictividad social inédita y de una tensión extrema entre los polos del sistema capitalista de producción. Agrega este autor que la difusión de una "cultura" semejante fue socavando los principios garantistas sobre los que se asentó el Estado de Derecho y definió, con gran crudeza, una de las últimas crisis del Estado social.

– en la creación de *jurisdicciones y tribunales especiales*: para el enjuiciamiento de los delitos terroristas fuera de las áreas geográficas donde aquellos eran cometidos (y vulnerándose así el constitucional principio del “juez natural”).

Naturalmente, también esta irrupción de la “emergencia” produjo sus especiales consecuencias en el ámbito penitenciario, pero esta cuestión será especialmente abordada en el próximo epígrafe. Interesa ahora señalar, rápidamente, que todo el nuevo entramado normativo “de emergencia” surgía en Europa hace unas tres décadas con una doble presentación y justificación: de un lado, se afirmaba que nacía para combatir un fenómeno especial (el terrorismo); de otro lado, se señalaba que estaría vigente sólo el tiempo estrictamente necesario para aquel combate. Pues bien, hoy puede afirmarse que, prácticamente desaparecido ya el fenómeno para cuyo combate se edificó la legislación “de emergencia”, ésta no ha sido desmantelada y ha terminado por invadir muchas otras esferas de la vida y de la legislación penal ordinarias. La “aureola o el fetiche de la eficacia” (policial, judicial, penitenciaria) se fue convirtiendo en un nuevo discurso legitimador, ahora, de la “expansión de la emergencia” hacia nuevos ámbitos. La supuesta eficacia de la prevención general, alimentaba también la dirección señalada. Como indica al respecto Olarieta (1996), la misma ha permitido mantener normas y prácticas “de excepción” sin necesidad de tener que acudir, formalmente, a la declaración del “Estado de excepción”.

Para concluir este epígrafe, se dirá que, pese a las dificultades de toda definición, la “emergencia” ha sido conceptuada como un “conjunto de medidas que se caracterizaron por: a) fundamentarse en la urgencia y la excepción; b) crear tensión social y activar el sentido autoritario de la sensibilidad social; c) la puesta en práctica de medidas restrictivas e incluso represivas, que quiebran derechos y garantías fundamentales; y, d) alterar sin suprimir principios básicos del orden constitucional” (Silveira Gorski 1998: 90).

Resulta elemental señalar, frente a todo ello, que cuanto más se recurre al sistema penal –y a la excepcionalidad penal– más se resiente, más afectados resultan el sistema democrático y el principio de igualdad ante la ley, al irse sancionando paulatinamente un sistema punitivo dual.

### 3. 2. La emergencia y la excepcionalidad en el ámbito penitenciario

La irrupción de la “legislación y la cultura de la emergencia”, como se anticipó, produjo naturalmente sus particulares consecuencias en el ámbito penitenciario. Conviene ahora, entonces, tratar específicamente esta cuestión. Son muchos y diversos los aspectos del universo carcelario que fueron paulatinamente trastocados por la irrupción de la “emergencia”. Algunos ya se mencionaron al inicio de esta *Quinta Parte*, al describir el contexto en el que comenzó la andadura democrática en España. Se puede, ahora, citar y añadir algunas consecuencias de la irrupción a la que se alude:

- En el diseño *edilicio y arquitectónico penitenciario*: la década de los años de 1970 inauguró la edificación de las llamadas "cárceles de máxima seguridad". Estas unidades, diseñadas con los más modernos recursos tecnológicos y telemáticos, levantaron numerosos pabellones de aislamiento celular que demuestran cómo se renunciaba al ideal resocializador desde los mismos planos de construcción arquitectónica de la cárcel (Baratta 1986, y en especial *Controinformazione* 1979). La posterior tendencia a la construcción de "macrocárceles" -para albergar a reclusos, se puede decir, "comunes"- evidencia la ya aludida "difusión de la emergencia" hacia otros ámbitos diversos del combate antiterrorista para el cual había nacido.

- En la articulación de específicos *regímenes penitenciarios*: paulatinamente también se fue verificando una generalizada tendencia a restringir el disfrute de los llamados "beneficios penitenciarios" (redenciones de penas por trabajo, permisos de salida, libertades condicionales, entre otros), primero, a reclusos condenados por delitos de terrorismo; después, a otros por cuestiones relativas a la delincuencia organizada; más tarde, por tráfico de drogas, por delitos contra la libertad sexual. Asimismo, se procuró dar continuidad, ahora en fase de ejecución penal, a la posible "colaboración de los arrepentidos", quienes podrán volver al régimen general -normal y no excepcional- de cumplimiento dependiendo que se sustraigan o no a la disciplina de su grupo y colaboren o no con la justicia (cfr. las actuales disposiciones del Código Penal español y del actual Reglamento Penitenciario español).

- En la *política de traslados de presos*: en la misma dirección que se está describiendo, se inauguró la llamada "política de dispersión" carcelaria. La misma supone el constante traslado a las cárceles más alejadas del entorno sociofamiliar del penado, para vencer su resistencia, sustraerle de una sujeta coacción de otros reclusos y demás justificaciones. Demás está decir que ello no sólo supone la criminalización de los familiares de los presos dispersados (quienes tienen que recorrer a veces enormes distancias para ver al recluso), sino que se opone también a cualquier ideal resocializador. En el caso de España, por ejemplo, pese a las importantes resistencias opuestas contra esta política por numerosos colectivos sociales e instituciones públicas, la misma continúa plenamente vigente en la actualidad.<sup>103</sup>

- En la configuración de *sofisticados sistemas de aislamiento carcelario*: es notoriamente sabido que el aislamiento carcelario busca la paulatina destrucción psíquica (y en ocasiones física) de determinados condenados. Ha sido ésta una arma de permanente utilización contra destacados líderes de gru-

<sup>103</sup> En efecto, semejante política penitenciaria ha sido repetidamente resistida desde sectores afines a la defensa de los derechos de los presos dispersados (Gestoras pro Amnistía 1993), hasta por las propias instituciones representativas de la soberanía del País Vasco (ver resoluciones del Parlamento Vasco sobre "reunificación" de los presos dispersados). Véase, respecto de los traslados de presos(as) y, en particular, de lo relativo a la llamada "política de dispersión", el estudio realizado por Aranda Ocaña (1999).

pos que ejercieron la violencia política en la República Federal de Alemania, Irlanda, Italia o España.<sup>104</sup> Ahora bien, más allá del empleo de semejante instrumento contra representantes de la disidencia política armada, en los últimos años se han ido creando determinados "ficheros" que consisten en bases de datos informáticos donde son incluidos los presos más resistentes a las estrategias antes mencionadas. En el caso español, por ejemplo, desde hace más de una década, se creó (a través de simples órdenes-circulares ministeriales, es decir, no a través de normas jurídicas emanadas del Congreso), el llamado Fichero de Internos de Especial Seguimiento. En éste fueron incluidos los reclusos más rebeldes a quienes se les endurecen sus condiciones de vida: aislamiento de veintitrés horas diarias (con una hora de patio), intervención permanente de sus comunicaciones escritas, imposibilidad de poseer en el interior de las celdas de aislamiento sus enseres personales, cacheos personales y requisas de la celda cada tres horas, etc. Son numerosos los testimonios de los "presos FIES" que van acreditando la impunidad con la cual se verifican los malos tratos y torturas en tales condiciones de vida segregada. Por otro lado, comienzan a ser ya numerosos los casos de suicidios (intentados y consumados) que se producen en semejantes condiciones.<sup>105</sup> Es éste, otro ejemplo de aquella "expansión de la emergencia", ya comentada.

Podrían citarse más ejemplos sobre la introducción de la "emergencia" en el ámbito penitenciario europeo. Pero, se entiende que la relación que se ha presentado es suficientemente elocuente para evidenciar la tendencia que aquí se analiza: primero, la *irrupción* de la "emergencia", posteriormente, la *instalación y expansión* de la misma.

Para acabar estas notas cabría reflexionar, a modo de síntesis, en torno a tres cuestiones centrales. En primer lugar, puede llamarse la atención sobre un dato cuanto menos, paradójico: pese a tanta excepcionalidad penal y penitenciaria para combatir la violencia política (policías especiales, jueces de excepción, leyes antiterroristas y procedimientos especiales, cárceles de máxima seguridad, etc.), no se acepta la existencia de "presos políticos", dis-

<sup>104</sup> Respecto a las formas de exterminio -carcelario- de importantes líderes de grupos que en Europa practicaron la violencia política, pueden consultarse, entre muchos otros materiales, los trabajos del *Comitato di Lotta contro la Repressione* (1974) y de *Controinformazione* (1979), para el caso de Italia; o el trabajo de las Gestoras pro Amnistía (1993), para el caso de España.

<sup>105</sup> Para conocer, de primera mano, los relatos de los vejámenes sufridos en la ejecución de penas privativas de libertad en España, bajo el "régimen FIES", véase el monográfico editado por la Coordinadora de Solidaridad con las Personas Presas, *Panóptico* (1996). Allí podrán encontrarse los testimonios de los presos afectados, quienes describen el régimen FIES, las torturas sufridas, las pésimas condiciones de habitabilidad de las celdas de aislamiento donde actualmente viven, la censura e intervención sistemática de la correspondencia, etc. Abundando en ello, cabe señalar que se acaba de publicar en España el último informe de la Asociación pro Derechos Humanos, el cual insiste en las pésimas condiciones de vida que acarrea el mencionado "régimen" de cumplimiento.

tintos de los "comunes", es decir, de quienes delinquen sin intencionalidad política. Cabe recordar cuanto se dijo al respecto en el inicio de este análisis sobre la *cultura de la emergencia y excepcionalidad penal*: "en un sistema democrático no existen delitos (ni presos) políticos pues la disidencia está legalizada". Primera cuestión, pues, que daría para una reflexión tendente a poner en cuestión tales afirmaciones que, por repetidas, se han naturalizado tanto y deberían entonces ser revisadas.

En segundo lugar, y ahora sólo se menciona pues ya fue analizado anteriormente, cabe recordar asimismo cómo la "irrupción y difusión de la emergencia" ha logrado subvertir los principios básicos de un sistema penal de raigambre liberal y ha terminado por "premiar" actitudes de delación y colaboración interesadas, aunque ello suponga desvirtuar los principios garantistas sobre los cuales se edificó el propio sistema penal.

Finalmente, y en el específico ámbito penitenciario, cabe señalar también que ha sido precisamente "la emergencia" la que subvirtió también los principios humanistas y resocializadores de la reforma europea de los años de la década de 1970. En efecto, como se ha podido ver, en esos años el sistema penitenciario fue reformado en clave de "prevención especial positiva": la resocialización de los condenados era la meta a alcanzar. Sin embargo, veinte o casi treinta años después, la "emergencia" volvió del revés la cara del sistema carcelario orientándolo en clave de "prevención especial negativa", buscando no ya la resocialización del condenado, sino su drástica neutralización, incapacitación, inocuización y paulatina destrucción. En síntesis, la "emergencia" trastocó aquella reforma penitenciaria democrática devolviendo así a la cárcel —en este convulsionado principio del milenio— su auténtica cara aterradora y amedrentadora que aquella reforma había pretendido maquillar.<sup>106</sup>

Tres cuestiones que han sido planteadas para iniciar una reflexión. Si la "emergencia" surgió para combatir a los "focos subversivos" de la sociedad, pero la misma es la que terminó por "subvertir" los fundamentos mismos del sistema penal democrático, entonces, ¿no es tiempo ya de pensar que los conflictos sociales necesitan un abordaje, una imaginación, distinta de la que puede ofrecer un sistema penal tan profundamente deslegitimado?

<sup>106</sup> Y piénsese que, en el presente trabajo, se ha omitido deliberadamente toda referencia a otros instrumentos empleados por diversos gobiernos de Estados europeos en el combate contra las iniciales expresiones de violencia política. En efecto, no se analizó aquí el fenómeno de las llamadas "guerras sucias", o el "terrorismo de Estado", fenómenos que, impulsados en no pocas ocasiones desde las cúpulas de Ministerios del Interior, emplearon fondos económicos "reservados" para la contratación y el mantenimiento de mercenarios que, a sueldo de las autoridades, cometieron secuestros, torturas y asesinatos contra activistas de grupos clandestinos. No se abordó esta cuestión en el presente trabajo, pues el objeto del mismo era otro: analizar el fenómeno —legal— de la llamada "legislación y cultura de la emergencia".

Y aún cabría agregar que esta penalidad segregativa ha provocado, por citar sólo algunos acontecimientos, no pocos escándalos por el carácter (cada vez más) "corporal" que ha ido asumiendo a medida que la difusión del SIDA se propagó en el interior de las cárceles europeas. Se alude con ello a las revelaciones de algunos datos sobre la situación penitenciaria de España, Italia o Francia.<sup>107</sup> Los infectados son millares, los muertos se van acumulando y aumentan las estadísticas; las operaciones reformistas de los años setenta se revelan en todo su fracaso y la cárcel reaparece con toda la crudeza que aquellas operaciones habrían pretendido maquillar.

#### 4. La desembocadura en la "sociedad del riesgo". Su marco teórico europeo (por Gemma Nicolás)

La modernidad desarrollada parece que tiene adscrito un destino de peligro del que no hay forma de escapar. La sociedad industrial clásica, con sus nociones de Estado nacional soberano, de confianza en el progreso, de clases, de conocimiento científico y de bienestar, se transforma en una nueva figura: la "sociedad del riesgo". Esta nueva sociedad se organiza alrededor del concepto de riesgo y gestiona sus conflictos en términos discursivos y tecnológicos igualmente de riesgo.

La "sociedad del riesgo", tal y como fue definida por Ulrich Beck en 1986, representa la agonía de una civilización que se ha puesto en peligro a sí misma. Sus mismos progresos desencadenan la producción de nuevos riesgos que se revisten de una importancia inédita y particular. La sociedad actual se enfrenta a amenazas de catástrofes ecológicas, al desmoronamiento del sistema intrasocial propio de la sociedad industrial que genera miedo e inseguridad al individuo (Beck 1998: 2000) y a otros "grandes peligros" o "inseguridades fabricadas" como consecuencia de las crisis económicas y de las erosiones del Estado de bienestar —allí donde llegó a existir—, de la legitimidad del sistema político y del Estado de derecho (Beck 2000: 138). La sociedad vivirá obsesionada por la seguridad (Lea 2004).

Beck considera que la lógica de la sociedad industrial occidental, que consistía en la producción y distribución de la riqueza, se substituye en la "modernidad reflexiva"<sup>108</sup> o postmodernidad, por la lógica de la producción y la distribución del riesgo (1998: 25-92). En la primera, el conflicto entre quien poseía y quien no poseía riqueza generaba situaciones de clase. En la

<sup>107</sup> Al respecto, véase cuanto se trató en el *Excursus* de esta *Quinta Parte*, a propósito de señalar los elevados índices de mortalidad carcelaria y del universo de síndromes y patologías penitenciarias del presente.

<sup>108</sup> Beck no considera que haya surgido una etapa distinta a la Modernidad, pese a que se producen alteraciones sustanciales en los parámetros modernos. Así, opina que la sociedad del riesgo en la que vivimos es la misma sociedad moderna que se ha modernizado ("modernidad reflexiva") (2000: 140).

segunda, genera situaciones de peligro. Este cambio de lógica se fundamenta en la expansión de cierto bienestar que ha hecho que en los países occidentales pierda urgencia la lucha por el abastecimiento de las necesidades básicas. El Estado de bienestar, opina, ha acabado con la miseria material auténtica (ibíd.: 26). En cambio, han aparecido riesgos que amenazan con la destrucción de las bases naturales de la vida en una medida desconocida hasta el momento.

□ Nada de todo esto significa, sin embargo, que en la "modernidad reflexiva" hayan desaparecido las desigualdades sociales, ni que los riesgos incidan por igual a todos los miembros de la población. Muy al contrario hay zonas de solapamiento entre la sociedad industrial estamentalizada en clases y la "sociedad del riesgo" (ibíd.: 40-41).

De igual forma, surgen desigualdades internacionales entre diferentes zonas geográficas del globo terráqueo. Los países del tercer mundo sufren en mayor grado los peligros y catástrofes ecológicas (ibíd.: 47-50). El propio sistema económico globalizado les hace víctimas de la cara más oscura del progreso tecnológico e industrial.

Las capas de la población más pudientes podrán "comprarse" la tan ansiada seguridad que les proteja de estos riesgos, como por ejemplo cambiarse de lugar de residencia, o de configuración de la vivienda, o adquirir otros alimentos de mejor calidad.

Es en este punto en el que se alzan la mayoría de las críticas<sup>109</sup> a la teoría de la sociedad del riesgo. Se considera que los teóricos del riesgo otorgan una insuficiente atención a las bases estructurales y de clase y a la diferente capacidad que tienen los individuos y las comunidades a la hora de enfrentar el riesgo. Se considera, por el contrario, que la distribución del riesgo sí tiene una lógica de distribución como aquella de las clases sociales y que el riesgo constituye un elemento de conflicto más (Rigakos y Hadden 2001: 73, Robertson 1999).

Estas teorías consideran que los riesgos que acechan a la postmodernidad son en su mayoría invisibles y sus consecuencias incalculables o impredecibles. Ante esta situación, el poder de definición del riesgo se convierte en una posición sociopolítica clave. En la discusión pública, ornamentada con una pluralidad de interpretaciones sobre el alcance, la urgencia y la existencia de los riesgos, acontece una fractura entre la racionalidad social y la científica en el trato con los potenciales de peligro (Beck 2000: 35). Será de

<sup>109</sup> Otra de las críticas de las que han sido objeto las teorías del riesgo es aquella que señala que el riesgo no es exclusivo de la época postmoderna. El riesgo y su gestión constituyen un proyecto político desde el nacimiento mismo del capitalismo y de la modernidad –el riesgo es una racionalización política del capital–. Desde esta postura, la única variación acontece en el refinamiento de la tecnología para su gestión, pero no en su naturaleza (ver Rigakos y Hadden 2001, Rigakos 2001).

suma relevancia el acceso a los medios de comunicación para definir el riesgo en un sentido o en otro (ibíd.: 38).

Paralelamente al reparto y la definición de los riesgos globales, la "modernidad reflexiva" está transformando las estructuras sociales de la sociedad industrial –clases sociales, formas familiares, roles de género, matrimonio, profesión, etc.– generando riesgos e incertidumbres personales. El proceso de individualización y destradicionalización crea un individuo carente de nexos que le inspiren seguridad o certidumbre.

Pese a la subsistencia de las diferencias, en los países occidentales las clases sociales ven desmantelarse los entornos sociales marcados estamentalmente y las formas de vida propias de su cultura. Las clases sociales pierden su conciencia de pertenencia a un grupo unido de individuos. Este hecho puede tener dos posibles causas. Por un lado, la aparición de un nuevo paradigma productivo ha roto las comunicaciones personales y los vínculos comunes que se creaban entre los trabajadores y que favorecían la consolidación de una conciencia de clase colectiva. Estos cambios han provocado una pérdida de la identidad colectiva de los obreros, induciendo al "trabajador a verse como un individuo aislado y sin vínculos" (Silveira 1998: 140).

Por otro lado, se ha de hacer referencia al llamado "efecto ascensor" (Beck 1998: 102-104), cuyas columnas son el incremento de las rentas del trabajo, la reducción de la jornada laboral y el aumento de la esperanza de vida. Este término viene a explicar el fenómeno relativo a la mejora del poder adquisitivo y de las condiciones de vida de la población durante la época del Estado de bienestar. Este fenómeno en ningún momento redujo las situaciones de desigualdad material sino que explica cómo las clases sociales han subido todas un piso hacia arriba manteniendo las diferencias económicas entre ellas.

Actualmente, sin embargo, se está dando también un "efecto ascensor" hacia abajo. Una nueva pobreza, creada por el desempleo masivo y por esas zonas grises que se mueven entre la precariedad laboral y el trabajo ilegal, se instala en las sociedades occidentales.

Los riesgos del mundo laboral (precariedad, despido, paro, traslado del puesto de trabajo...) que los individuos han de enfrentar son transformados y desmontados políticamente como fracaso personal (ibíd.: 117, Lea 2004). Será el individuo el único responsable de su situación, ya no la sociedad. Problemas de esta magnitud son, pues, aceptados sin trascendencia política. Son eliminados mediante la individualización.

Paralelamente, los individuos se liberan de las asignaciones "estamentales de rol". Sobre todo es la mujer, con la incorporación al mundo educativo y al laboral, la que rompe con las formas tradicionales de vida que le imponían un papel de subordinación y reclusión en la domesticidad de la casa, a pesar de que continúen las contradicciones en los proyectos de vida –compaginar la autonomía económica y profesional con la maternidad y la vida en pareja. Este hecho, además de otros factores, provoca la puesta en

cuestión de las bases de la familia nuclear, es decir, el matrimonio, la sexualidad y la paternidad.

En todas las dimensiones de la biografía personal aparecen posibilidades y obligaciones de elección. El futuro es más abierto, existen mayores oportunidades y, también, innumerables incógnitas que elevan la incertidumbre de las vidas y generan, por lo tanto, riesgo (Giddens 1999: 42). El proceso de individualización aboca al individuo a una nueva dependencia, la dependencia del mercado en todos los aspectos de la vida —mercado de trabajo y mercado de bienes de consumo— (Beck 1998: 168, Bauman 1999: 110). Esto va acompañado de una "muerte de lo social" como consecuencia del exacerbado individualismo que debilita la sociedad en su conjunto como lugar de solución de conflictos. En el ámbito político, se produce una pérdida del interés por la cohesión social general, que provoca un debilitamiento de la esfera pública, minando, así, el propio sistema democrático (Lea 2004). El concepto de "riesgo" va aparejado de términos como probabilidad, futuro, incerteza. Su gestión, ya que los riesgos no son erradicables, ha de ir acompañada de algún tipo de garantía o aseguramiento que minimice sus efectos o, simplemente, los distribuya. La gestión del riesgo pasaría en primer lugar, por una fase de definición o concepción, que llevaría a la realización de un cálculo probabilístico. Bajo la base de este cálculo se podría elaborar algún plan de aseguramiento que permitiese su redistribución. Se trata de una previsión basada, pues, en un cálculo actuarial<sup>110</sup> (Giddens 1999: 42-43).

La gestión del riesgo pretende ser amoral o neutra, pero esta postura es en sí ideológica. El *actuarialismo* o gestión actuarial del riesgo está fuertemente vinculado con los ataques neoliberales contra el Estado de bienestar keynesiano (O'Malley 2001: 98). El *actuarialismo* emergerá, así, como una herramienta de gobierno propio de la lógica mercantilista y neoliberal de la postmodernidad.

En las postrimerías del siglo XX, han proliferado en numerosas áreas de estudio los análisis actuariales sobre riesgos que se nutren del marco teórico arriba descrito. También la criminología ha hecho uso de este discurso para explicar la relación entre delito, postmodernidad y nuevas formas penales, así como la centralidad del riesgo en las formas emergentes de control penal (Kemshall 2003).

En la "sociedad del riesgo" la criminalidad es considerada y gestionada como un riesgo no erradicable, pero éste "no es el resultado de un peligro concreto del que es portador un individuo o incluso un grupo determinado,

<sup>110</sup> "Actuarial" es un adjetivo que significa "relativo al actuuario de seguros o a sus funciones", es decir, relativo a cálculos matemáticos y a conocimientos estadísticos, jurídicos y financieros concernientes a los seguros y a su régimen, propios de las entidades aseguradoras (*Diccionario de la Lengua Española*).

poder que garantiza la docilidad y la utilidad de los individuos mediante técnicas que permiten el control minucioso y la intervención en las operaciones del cuerpo y el alma (Foucault 1986), el eje en torno al que van a girar las prácticas de control de la actualidad. El propio Foucault ya anunció la emergencia de técnicas –de *gubernamentalidad*– que se separarían del modelo disciplinario y se dirigirían a colectividades consideradas como conjunto de agregados configurando una estrategia distinta a aquella diseñada por él (De Giorgi 2004). El poder actuarial avanza por todos los campos sociales y reemplaza “la ciudad punitiva” por la “sociedad del riesgo” (O’Malley 2004).

A partir de los años setenta, crece la desilusión sobre la gran máxima de “progreso, reforma y humanitarismo” típica de la modernidad y va desapareciendo el optimismo respecto a la resocialización, tanto en el plano teórico como en el político-criminal. Se considera que la rehabilitación y otros métodos de control individual no son efectivos para la prevención de la delincuencia. Ello es debido, por un lado, a las incisivas críticas que se han alzado contra ella respecto a su ineficacia para reducir la criminalidad que se basaban en las elevadas tasas de reincidencia que hacían públicas muchos estudios del momento. Por otro lado, el ideal rehabilitador también fue rechazado porque la sociedad para la cual fue ideada había desaparecido (Matthews 2003). En el modelo postfordista de sociedad, en la que un empleo seguro es un espejismo y donde los mecanismos socializadores establecidos se encuentran en un notable declive, no es posible seguir hablando de rehabilitación. Se abandona el modelo “correcional” y surge el “actuarial”.

El sistema de justicia criminal moderno entra, por tanto, en crisis, lo cual se interpreta como un problema o asunto de eficacia. Ante esta crisis, podrían apuntarse dos opciones. La primera consistiría en el replanteamiento de las causas de la crisis, para intentar solucionar los problemas por una vía social mediante la reimplantación de las redes que han sido eliminadas por el desmantelamiento del Estado de bienestar. La segunda opción consistiría en la aceptación de la inevitabilidad de la sociedad del riesgo, dominada por la racionalidad económica e intentar gestionar la criminalidad con técnicas de *manage* actuarial (Van Swaaningen 2000: 95).

Para entender por qué triunfó la segunda opción, provocando sustanciales cambios político-criminales incluso un viraje de paradigma, es necesario hacer referencia al contexto cultural y político de fines de los años setenta y ochenta. El *actuarialismo* no es únicamente la tecnología de gestión institucional que permite el control de los riesgos de un individuo o incluso un grupo determinado,

---

de poder, distinta de la disciplina, basada en controles regulatorios que estaban focalizadas en la gestión de poblaciones, no de individuos, a través de la regulación en términos de distribuciones estadísticas. Ejemplos de ello serían la seguridad social, el subsidio de desempleo o el seguro público de salud. Esa modalidad comportaría tácticas y categorías basadas en el riesgo, pero con la finalidad de realizar una gestión socializada. Sería una especie de actuarialismo socializado (O’Malley 2004).

ción de la delincuencia en el marco de la "sociedad del riesgo" sino que es una nueva racionalidad penal fruto del auge del neo-conservadurismo o de la nueva derecha en los países occidentales –sobre todo en los anglosajones–.

La llamada "nueva derecha" considera que el *Welfare State* fomenta la dependencia de los individuos respecto del Estado, que supone un elevado costo económico para las arcas estatales –crisis fiscal del Estado– y que limita y obstaculiza la productividad del sector privado. Abogan por la privatización y el aumento de la mercantilización. En este contexto, la administración pública –de tipo weberiana– adoptará técnicas *manageriales* del sector privado, con la finalidad de una mayor eficiencia y desburocratización (Estévez 2001). Es el *New Public Management*, más influido por las disciplinas económicas o contables que por aquellas de las ciencias sociales (Faulkner 2000: 82, Young 2003: 112).

En el ámbito criminológico, se abandona la idea de que la delincuencia existe como causa de determinadas privaciones o problemáticas sociales. No se muestra interés en las causas del delito, ni en las condiciones en que éste se comete, ni en la responsabilidad que la sociedad puede tener en ello (De Giorgi 2004, Faulkner 2000: 82, Kemschall 2003). Se adopta un escepticismo respecto a la utilidad de las prácticas penales que se traduce en la expresión *nothing works* (Martinson 1974). En un sentido distinto, la eliminación de las causas –sociales– del delito restaura la responsabilidad del delincuente sobre sus actos y eso produce también efectos sobre el castigo (O'Malley 2004).

En la expansión de las concepciones neoliberales y de sus repercusiones en la política criminal se ha de destacar el rol desarrollado por los *think tanks* de Estados Unidos y de Inglaterra. Estos institutos o centros de estudios elaboran ideas, teorías y políticas neoliberales de las que se nutren los gobiernos y sus programas políticos. Suelen destacarse el *Manhattan Institute*, *Heritage Foundation*, *American Enterprise Institute* y *Cato Institute* en Estados Unidos y el *Centre for Policy Studies*, *Institute of Economic Affairs* y *Adam Smith Institute* en el Reino Unido (Wacquant 2000: 25 y 40).

En este contexto tiene vital importancia el movimiento de corte ultraneoliberal *Law and Economics* –análisis económico del derecho–, liderado por la Escuela de Chicago, que desde finales de los años sesenta se ha ido expandiendo desde los Estados Unidos hasta la Europa continental (Zysman 2003). Este movimiento pretende realizar una explicación económica del derecho configurando una teoría del comportamiento que pronostica cómo responderán los individuos ante los cambios en las leyes (Cooter y Ulen 1998: 14). El método es, obviamente, matemático y estadístico y se aplicará muy especialmente a la implementación de políticas públicas –fase de aplicación del derecho (Becker 1974: xiii, Roemer 2002: 495).

En el ámbito de la política criminal, este movimiento considera que "los conceptos económicos básicos, como racionalidad, maximización, costos y beneficios esperados, arreglos institucionales, intereses especiales, derechos de propiedad, equilibrio y eficiencia son también fundamentales para enten-

der, explicar, predecir y combatir de manera efectiva la actividad criminal" (Roemer 2002: 495).

La teoría económica del delito y del castigo tiene como principal objetivo la disuasión en la comisión de delitos, mediante la modificación del "precio" del delito para todos los delincuentes, potenciales o reales (Ehrlich 1981: 311, Cooter y Ulen 1998: 550). Se trata de encontrar las políticas óptimas que minimicen la pérdida social del delito de forma eficiente (Becker 1974: xiv, Cooter y Ulen 1998: 566), es decir, aquellas políticas criminales que maximicen la disuasión para un gasto dado –público, pero también privado–,<sup>112</sup> ya que los recursos siempre son limitados.

La premisa de la que parte este discurso economicista es que el delito es una elección racional. El delincuente es una "persona racional amorala" (Cooter y Ulen 1998: 552-556, Ehrlich 1982: 126-129, Roemer 2002: 136-152), que escoge el delito tras un previo análisis en el que el beneficio esperado –ganancias– sea percibido mayor que los costos del delito –castigo, resistencia de la víctima, etc. Se trata del *homo economicus* que habita el mundo de los seguros –ámbito tan estrechamente ligado a la gestión de los riesgos y a las prácticas actuariales–. En este análisis, se excluye cualquier valoración al respecto que no sea la pura racionalidad económica del delincuente (De Giorgi 2004). La elección de los instrumentos óptimos de castigo para aumentar los costos del delito y conseguir, así, la disuasión serán la única cuestión de discusión académica entre los defensores del movimiento *Law and Economics*. Los autores se debaten entre la multa y la cárcel, utilizadas alternativamente para conseguir ese efecto disuasivo.

Generalmente, entre los instrumentos de castigo considerados óptimos, se destaca muy especialmente la incapacitación selectiva, que busca restringir la comisión de delitos, por un tiempo más o menos prolongado, a través de la imposición de impedimentos físicos, esto es, mediante el internamiento en la prisión (Zysman 2004). También, algunos autores han llegado, incluso, a justificar la pena de muerte, como el instrumento más eficiente en el control del delito (barato y disuasivo).<sup>113</sup>

En este contexto, la pena no cumple ninguna función de utilidad de las declaradas hasta el momento. No tiene más finalidad que la de gestionar o *manage*, no erradicar, eficazmente, a bajo costo, una delincuencia que se supone pre-existente y normal. La política criminal tan sólo es una técnica

<sup>112</sup> Es importante resaltar la función que se le otorga a la seguridad privada y a la intervención de los ciudadanos en la protección contra el delito y en la disuasión. Desde una perspectiva económica, aumentan el costo del delito (ver Becker 1974: 35-36, Cooter y Ulen 1998: 574-576).

<sup>113</sup> Ver en este sentido, el análisis sobre el efecto disuasivo de la pena capital en Cooter y Ulen (1998: 601-608).

para evaluar y manejar la criminalidad casi de la misma forma con que se gestiona el tráfico vial (Garland cit. en Lea 2004).

#### 4. 2. El control economicista del delito como gestión de un riesgo.

##### La Criminología actuarial o administrativa

La política criminal actuarial se nutre, pues, de las dos fuentes explicadas; en primer lugar, de la concepción de riesgo y su manejo centrales en la sociedad postmoderna y, en segundo lugar, del auge del neo-conservadurismo economicista.

De entre las primeras teorizaciones sobre *actuarialismo* cabe destacar las de Malcom Feeley y Jonathan Simon a principios de los noventa que bautizaron estas novedosas tendencias de la política criminal con el término "nueva penología".<sup>114</sup> La "nueva penología" surgiría en los Estados Unidos hacia el final de los años setenta y se extendería posteriormente por todo el mundo occidental. Su lógica actuarial modifica los presupuestos básicos del sistema penal sobre los que se había desarrollado la penología durante el siglo XX (Feeley y Simon 1995: 99). La nueva penología es descrita de la siguiente forma por sus teorizadores:

"La justicia actuarial es nebulosa, pero significativa. La justicia actuarial envuelve el cómo concebimos y hablamos sobre política criminal, pero no es una ideología en el sentido estrecho de un conjunto de creencias e ideas que restringen la acción. Envuelve prácticas, pero no es reductible a una tecnología específica o conjunto de comportamientos. En verdad, es poderosa y significativa precisamente porque carece de una ideología bien articulada y de una identificación con una tecnología específica. Su amorfía contribuye a su poder" (cit. en Zysman 2004).

La "vieja penología" tenía como unidad de análisis al individuo, siendo relevante para el sistema penal el principio de culpabilidad. De esto se derivaban unas teorías de la pena orientadas hacia la persona. A esta vieja penología se contraponen la nueva penología, que busca regular los niveles de desviación sin intervenir ni responder a individuos desviados o a malformaciones sociales (Feeley y Simon 1995: 36). Feeley y Simon opinan que

"la 'nueva penología' se encuentra marcadamente menos preocupada por la responsabilidad, la falta, la sensibilidad moral, el diagnóstico o la intervención y el tratamiento al individuo ofensor" (ibíd.: 36).

<sup>114</sup> Con este concepto de *new penology* o "nueva penología" también se conoció el sistema de *sentencing* surgido tras el Congreso Penitenciario de Cincinnati de fin del siglo XIX y que estuvo vigente hasta la segunda mitad del siglo XX en los Estados Unidos. Feeley y Simon recurren al mismo término para referirse a la política criminal actuarial.

A la nueva penología le corresponden nuevos discursos, nuevos objetivos y nuevas técnicas. Su lenguaje es actuarial de cálculos probabilísticos y distribuciones estadísticas aplicables a la población, que proporcionarán una forma de visualizar la población en categorías y subpoblaciones según criterios de riesgo. El discurso es similar al de la responsabilidad extracontractual; sin principio de culpabilidad y en base al principio de utilidad social (ibíd.: 37-39).

El objetivo de la justicia actuarial es el manejo de grupos poblacionales clasificados e identificados previamente como permanente o puntualmente peligrosos y riesgosos. La identificación y manejo de estos grupos se realiza por medio de técnicas de vigilancia y control, a través de estadísticas de clasificación y agrupación en base a su potencial desestabilizador. El objetivo es perfilar medidas que neutralicen el riesgo (Lea 2004) confiando en la capacidad predictiva de los métodos estadísticos (Logan 2000: 595). En estos procesos de identificación, clasificación y manejo, la informática y las nuevas tecnologías constituyen un indispensable instrumento para el almacenaje y procesamiento de datos (perfiles, antecedentes delictivos, educación, lugares de residencia, etc.) y para una más eficaz vigilancia y control.

En Estados Unidos y en el Reino Unido, por ejemplo, se utilizan métodos actuariales para gestionar la reincidencia de los delincuentes sexuales que ya han cumplido condena (Hood 2002, Logan 2000). El riesgo que pretenden gestionar, tomando a los delincuentes sexuales como grupo (Logan 2000: 605), es aquél consistente en las elevadas tasas de reincidencia que parecen constatarse en este colectivo.<sup>115</sup>

<sup>115</sup> El procedimiento consiste en la previa valoración y clasificación del delincuente sexual y la cuantificación del riesgo que genera, para aplicar consecuentemente unas medidas temporales o perpetuas que traten de evitarlo. La valoración se realiza a través de unas tablas estadísticas dadas –*guidelines*– que contienen diferentes puntuaciones para las circunstancias que se considera que inciden en el nivel de riesgo de reincidencia –edad, nacionalidad, singularidades en la comisión del delito, características de la víctima, número de delitos cometidos, distancia temporal entre ellos, comportamiento durante la condena, etcétera–. Tras un cálculo matemático y según la puntuación adquirida, la persona queda incluida en una categoría de riesgo que oscila, *grosso modo*, entre muy alto y muy bajo.

Según esta clasificación, las medidas que pueden tomarse son, por ejemplo, la inclusión de la persona en el registro de delincuentes sexuales, al que se le da una debida publicidad –internet, tablones, etc.– y que provoca restricciones a determinados derechos –libertad de residencia, elección libre de la ocupación, cambio de nombre, etcétera–; o, también, la notificación a la comunidad –por medio de panfletos, cartas, medios de comunicación, etc.– de que esa persona ha sido identificada, valorada y clasificada como portadora a la comunidad de un riesgo de delincuencia sexual.

Los procedimientos varían según el estado y el municipio. En el caso de Estados Unidos existen diferentes modelos que se solapan, ya que tanto el Estado federal como los diferentes estados y municipios sancionan legislación al respecto. Los organismos que resuelven sobre la clasificación y las medidas a adoptar son también variados y pueden ir

Estos métodos quizá resulten desconocidos en la Europa continental, pero, existen, sin duda, iniciativas concretas que comparten la misma lógica actuarial. Por ejemplo, el partido del gobierno del Estado español propuso hace unos dos años la publicación de una lista que contuviera los nombres de aquellas personas que hubieran sido condenados por maltrato a sus compañeras sentimentales. La finalidad era poner en aviso a las víctimas para evitar el riesgo de que maltratasen de nuevo.

La justicia actuarial no piensa en términos de culpabilidad sino de riesgo. Por este motivo, se persigue más la pertenencia de un individuo a un determinado grupo social, previamente clasificado como riesgoso, que conductas o hechos concretos constitutivos de delito (Rutherford 2000: 61). Ello provoca un enturbiamiento o debilitamiento de la identidad del delincuente, que ya no va a ser sólo aquel que realiza una conducta tipificada por las leyes como delito. Delincuencia es una categoría más amplia que incluye elementos de riesgo haciendo borroso su contenido. "La criminalización es simplemente una táctica para tratar con los grupos que constituyen riesgos u obstrucciones" (Lea 2004).

Esto se refleja en el aumento de la "delincuencia administrativa" (ibíd.) que tiene como finalidad desalentar la comisión de delitos o conductas riesgosas mediante el establecimiento de sanciones en el ámbito del derecho administrativo. Desde mediados de la década de los noventa se ha tendido hacia la utilización de medidas administrativas para el control de comportamientos "antisociales" (Rutherford 2000: 43). El derecho administrativo asume técnicas propias del derecho penal, configurando una nueva faceta de la "cultura de la emergencia" (Ferrajoli 1997), entendida como el hecho de evitar el uso del derecho penal para rehuir la aplicación de las garantías que se derivan del Estado de derecho. El derecho administrativo se torna, así, un medio más eficaz y más eficiente que el derecho penal para lograr el manejo de poblaciones riesgosas. La consecuencia es la existencia de *cuasi*-delinquentes o *cuasi*-delitos como resultado híbrido de infracciones y sanciones administrativas y/o penales (Green y Rutherford 2000: 9 y 58).

Este último aspecto de la criminología actuarial se pone claramente de manifiesto en la regulación española y europea de inmigración. Su filosofía político-legislativa considera la población inmigrante como un grupo social desviado al que hay que prevenir sus comportamientos y limitar sus flujos. Los inmigrantes son representados como portadores de un riesgo en sí mismos, pero no como individuos determinados, sino como pertenecientes a un colectivo de sujetos en riesgo: los inmigrantes. Se podría afirmar que el inmigrante, por el mero hecho de serlo, se convierte en delincuente, cometa o no algún delito (De Giorgi 2004). De su gestión se encargará, mayoritaria-

desde el tribunal o juez, las juntas de libertad condicional -*parole board*-, la oficina del fiscal, hasta, incluso, una junta formada por miembros de la administración (Hood 2002, Logan 2000).

mente, el ámbito jurídico administrativo que adopta formas y técnicas represivas más propias del derecho penal por su flagrante restricción de derechos y libertades fundamentales –privación de libertad, expulsión, etcétera.

Existen otros ejemplos de técnicas de manejo grupal que configuran lo que antes hemos denominado “delincuencia administrativa”. El objetivo es eliminar o neutralizar los momentos o lugares en los que existe el riesgo de la comisión de una transgresión del orden público. Se trata de medidas que pretenden el manejo actuarial de los grupos riesgosos alterando la probabilidad de cometer un futuro delito y cuya instauración se decide, generalmente, por medio de una ordenanza municipal. Se podrían citar como técnicas actuariales administrativas el toque de queda,<sup>116</sup> la normativa española “anti-botellón”<sup>117</sup> o la instalación de cámaras de videovigilancia<sup>118</sup> en calles públicas. El grupo riesgoso que en los dos primeros casos se pretende gestionar tratando de neutralizar los riesgos que produce son los jóvenes. En el tercer caso, también deberíamos incluir de nuevo, además de los jóvenes, el colectivo inmigrante y otros grupos pobres o excluidos.

No sólo el hecho de ser inmigrante, joven o pobre, sino cualquier indicador que se encuentre en los grupos considerados portadores de riesgo va a considerarse un fundamento del delito e inmediatamente productor de peligro. Así, la raza, la clase social, el género, la nacionalidad, etc. constituyen predictivos de comportamiento riesgoso (O'Malley 2004). En ningún momento, sin embargo, los defensores de la criminología actuarial se plantean la posibilidad de discriminación que ello pueda generar.

<sup>116</sup> El municipio canario de Agüimes fue el primero que estableció un toque de queda para jóvenes en el Estado español. Lo hizo en mayo de 2002 por medio de una ordenanza municipal en la que prohibía a los menos de 16 años permanecer solos en la calle después de las 23 h. La finalidad de la medida era, tal y como manifestó su alcalde, “evitar la utilización perversa de la libertad, que lleva a la drogadicción y a la violencia”. También en Francia, varios municipios, como Orleans, Cannes, Niza o Antibes, han establecido toques de queda para jóvenes. En Estados Unidos también existe esta medida que tiene diferentes modalidades. Además de aquellos toques de queda que afectan a los jóvenes como colectivo genérico, también existen otros que se aplican selectivamente a reincidentes, incapacitados, etcétera.

<sup>117</sup> Las leyes “anti-botellón” son normas que intentan prevenir el consumo indebido de bebidas alcohólicas prohibiendo que los jóvenes beban alcohol en lugares públicos –parques, plazas, etcétera–. Estas normas provienen tanto del gobierno central y del autonómico como del local. La finalidad es evitar los riesgos que genera la ingestión de alcohol por los jóvenes durante las noches de fiesta. Se han sancionado estas normas en ciudades como Madrid y en Comunidades Autónomas como Valencia, Andalucía y Extremadura. A nivel estatal, este mismo año (2003) se sancionó la “Ley de prevención del consumo indebido de bebidas alcohólicas”.

<sup>118</sup> En varias ciudades del Estado español se han instalado cámaras de videovigilancia en calles públicas muy transitadas y con un alto índice de delincuencia callejera. En verano de 2001 en Barcelona se instalaron dos cámaras, en la calle Escudellers y en la plaza George Orwell. Recientemente se han instalado otras dos en la calle Moncada y en la calle Princesa. Otras ciudades como Málaga y Santa Cruz de Tenerife siguen esta iniciativa.

A estas alturas del relato, no resulta sorprendente la constatación de que la construcción de las categorías de riesgo y su *manage* tienen correspondencia con las desigualdades sociales y con determinados pronunciamientos morales sobre poblaciones peligrosas (Chan y Rigakos 2002: 747). La categoría de riesgo se superpone a la clase social, siendo las poblaciones de riesgo los habitantes de los territorios de la exclusión.

Los pobres son concebidos como la nueva "clase peligrosa" (Gordon cit. en Lea 2004) generadora de riesgos. Los problemas sociales aparecen como cuestiones delictivas, al mismo tiempo que el delito se funde en problemas más amplios de riesgo y de seguridad (Lea 2004). En este contexto, el derecho y el sistema penal adoptan "las formas de violencia estatal legitimada para descargarla sobre las manifestaciones de la nueva pobreza y la exclusión" (Bergalli 2001: 124). El capitalismo necesita manejar de alguna forma a los pobres, ya sea a través de la represión, la contención o la exclusión (Parenti cit. en Matthews 2002: 92).

El hecho de que se hable de manejo -o *manage*- significa que la nueva penología no pretende reeducar o rehabilitar al delincuente, ni tan sólo eliminar la delincuencia, sino simplemente hacerla tratable o tolerable minimizando el daño que pueda causar en la sociedad. El *managerialismo* es una expresión clara de la "sociedad del control", que no se preocupa de mejorar, sino tan sólo de gestionar (Scheerer 2000: 249), donde la criminología se ha transformado en un tema del discurso generalizado de análisis de la implementación de políticas públicas y la gestión de situaciones más o menos problemáticas.

La justicia actuarial tenderá, como se desprende de los ejemplos que han sido citados, a la reducción de las circunstancias ambientales que favorezcan los comportamientos desviados, tratando de establecer límites, casi siempre físicos, a los grupos que son objeto de vigilancia y control. Uno de los métodos de la justicia actuarial va a ser, por tanto, la alteración directa del ambiente de las potenciales víctimas para evitar la comisión del delito. Es lo que algunos autores denominan "prevención situacional" (De Giorgi 2004, O'Malley 2004). En un mismo sentido, algunos autores han apuntado que la política criminal tiende al abandono de la prevención primaria, aquella no dirigida a individuos directamente sino a la sociedad en su conjunto, y al auge de la secundaria, dirigida a delincuentes potenciales -grupos riesgosos-, y de la terciaria, dirigida a aquéllos que ya han sido condenados -pero aún se consideran generadores de riesgo- (Rutherford 2000: 58). La idea que subyace es que en la medida en que las oportunidades para cometer delitos se reduzcan, lo mismo ocurrirá con el número de delincuentes.<sup>119</sup>

<sup>119</sup> Estos son algunos de los puntos que señaló el *National Crime Prevention Institute* en 1986 para delinear "la perspectiva contemporánea" en criminología (cit. en O'Malley 2004).

El *actuarialismo* pretende el funcionamiento del sistema con un mínimo costo (Feeley y Simon 1995: 48, De Giorgi 2004: 95-96) y elabora estrategias que permitan un control rentable del riesgo. El vocabulario y la práctica de la justicia criminal están impregnados del discurso del *business management* propio de las empresas (Van Swaaningen 2000: 91). Es aquí donde se manifiesta con más fuerza la influencia de la teoría económica del delito y del castigo defendida por el movimiento *Law and Economics*.

La justicia actuarial, igual que todos los sistemas de control del delito, requiere credibilidad y legitimidad ante la ciudadanía o comunidad para permitir un funcionamiento estable y un control de la delincuencia efectivo (Lea 2004). La estrategia actuarial pretende su legitimación ante la población mediante la difusión de un discurso, repleto de contenido simbólico, de peligrosidad social, de grupos y zonas de riesgo, etc. Es lo que se ha llamado populismo punitivo (Bergalli 2001: 124, De Giorgi 2004: 91).

La ciudadanía, al igual que las instituciones públicas, también respondería con una actitud actuarial ante el delito como riesgo, actitud de precaución, de cálculo y de reflexión (Young 2003: 118). En la sociedad occidental de la actualidad, al margen de las tasas delictivas, la población es más consciente de la existencia y de las características de la delincuencia, debido a la información que difunden los medios de comunicación. A esto, ha de añadirse el menor conocimiento que los individuos tienen entre sí, cosa que genera precaución y recelo hacia los extraños (Young 2003: 115-118). La consecuencia de ello es el sentimiento de que la delincuencia es un riesgo generalizado, normal y cotidiano (Lea 2004).

Como la percepción del riesgo nunca es objetiva, sino que es un concepto social y culturalmente construido (Chan y Rigakos 2002: 756), el papel de los medios de comunicación para crear una opinión pública temerosa de la delincuencia es de vital importancia en el desarrollo de un sistema de justicia penal basado en principios actuariales o *manageriales* (Fionda 2000: 112-114). Los medios parecen tener interés en presentar el delito como si de una "amenaza social" se tratara. La manipulación que se lleva a cabo a través de los *mass media* respecto a los riesgos de ser víctima de un delito explicaría cómo la ciudadanía, incluso las clases más humildes, reclama muchas veces más represión y más sistema penal.

En este contexto, se considera que la misma ciudadanía, entendida como un conjunto de individuos responsables y libres –al igual que los delincuentes–, debe ser la depositaria de la responsabilidad de su protección frente al delito. La idea que la prevención y protección es responsabilidad de los individuos impregna actualmente el pensamiento sobre la prevención del delito en todos los niveles (Lea 2004; O'Malley 2004).

La comunidad adopta, así, un rol activo en el manejo del riesgo delictivo, produciéndose una descentralización del modelo moderno de control del delito. Esta descentralización no supone un hecho aislado en el mundo post-moderno, sino que es parte de un proceso de liberación de responsabilidad.

des estatales más amplio como consecuencia del dismantelamiento del Estado de Bienestar (Lea 2004).

Estas "comunidades activas" (ibíd.) intervienen en el control del delito mediante la contratación de agencias de seguridad privada, de mecanismos de seguridad –alarmas, cerraduras, vallas, vigilancia, etc.– o de prácticas domésticas de seguridad –*neighbourhood watch*–,<sup>120</sup> poniendo el acento en los patrullajes y en la exclusión de los extraños.

Las víctimas, además de ser responsables de la prevención del delito, también habrán de asumir los costos de los medios empleados para su protección, sean estos públicos o privados. Es el usuario el que paga. Este sistema perjudica a los más pobres que no podrán costearse su seguridad (O'Malley 2004).

La privatización en el control del delito no es en absoluto contradictoria con el aumento de la punitividad estatal. Ambos comparten las mismas nociones de responsabilidad individual y elección racional. Por el contrario, las fuerzas policiales no disminuyen sus poderes y recursos con la intervención de las comunidades en los temas de seguridad, sino que se complementan y refuerzan (ibíd.). Lo que sí que altera esta descentralización es la relación entre policía y ciudadano. La "comunidad activa" se convierte en un cliente de los cuerpos de seguridad del Estado, apropiándose de sus recursos y añadiéndole los de la seguridad privada (Lea 2004).

La privatización del control del delito y su gestión como riesgo afectan a la estructuración de los espacios urbanos. La ciudad se fragmenta generando una "crisis urbana" (ibíd.) que desemboca en la configuración de unas relaciones sociales de inseguridad y riesgo. Mediante el *manage* de los grupos riesgosos a través de formas de control espaciales –segregación–, se pretende la prevención del delito a través del diseño ambiental. Es lo que ha sido llamado "espacismo" (Matthews 2003: 321).

Las clases pudientes se refugian en condominios cercados, separados e inaccesibles para las poblaciones subalternas –*underclasses*–, que quedan recluidas en los guetos. A las clases más adineradas se unen las clases trabajadoras estables, que también intentan cercarse y protegerse. Estas dos comunidades tienen tan sólo una cosa en común; les une el temor al delito y la voluntad de mantener el riesgo fuera de sus casas. En sus recintos vallados es especialmente relevante el papel de la seguridad privada y de las nuevas tecnologías que permiten una constante vigilancia garantizando la seguridad de sus propiedades y de su vida e integridad. La población se protege unos de los otros configurando en los núcleos urbanos verdaderas "ciudades

<sup>120</sup> Se entiende por este concepto las brigadas vecinales de vigilancia de un determinado barrio con la finalidad de poner en conocimiento de la policía cualquier riesgo delictivo que descubran.

fortaleza" (Davis cit. en *ibid.*: 322), donde las personas no van a ser consideradas ciudadanos, sino extraños o intrusos.

Todo lo arriba expuesto nos traslada de un modelo de justicia criminal socioliberal, propio del *welfare*, a un modelo autoritario en el que se promueven definiciones imprecisas de delitos, en el que la presunción de inocencia muchas veces se diluye, en el que se promueve una justicia criminal que es ejercida no sólo por los tribunales sino por las agencias administrativas y policiales –cada vez con más autonomía– y en el que se realiza un manejo generalizado de los pobres (Lea 2004, Rutherford 2000: 59).

### **5. La tolerancia cero, la emergencia/excepcionalidad penal y la gestión penal de los riesgos: ¿convergen en el nuevo escenario europeo?**

El entrecruzamiento de las tres citadas tendencias político-criminales (*tolerancia cero*, *emergencia/excepcionalidad penal* y *gestión penal de los riesgos*) comienzan a dibujar un preocupante panorama que desarma el carácter garantista de un sistema penal propio de Estados sociales y democráticos de Derecho. Y ello ya se está evidenciando últimamente con la forma en la cual son "blindadas" (arquitectónica y militarmente) las ciudades y reprimidas (policialmente) las manifestaciones llamadas "antiglobalización" en algunas ciudades europea.<sup>121</sup>

Este complejo y preocupante entrecruzamiento de ambas orientaciones político-criminales que, aun cuando proceden de ámbitos culturales distintos (y que respondieron en sus orígenes a situaciones diversas), han acabado, al menos en Europa, por encontrarse: ¿qué puede arrojar la presencia, primero, de la *cultura de la emergencia y/o excepcionalidad penal*, más adelante, la irrupción de la *política penal de tolerancia cero* y, finalmente, el despliegue de la llamada *criminología actuarial o administrativa*? ¿puede resistir Europa (con su tradición liberal) un desafío tan peligroso como el señalado? ¿qué papel puede esperarse de la penalidad, del sistema penal en su conjunto, en un marco semejante? Se verá aun en qué medida se está concretando la convergencia político penal regresiva a la que se está aludiendo.

#### **5. 1. España: ejemplo europeo de recepción político-criminal de la intolerancia penal**

Se intenta analizar en este epígrafe, y más allá de muchas referencias puntuales que a España ya se han venido realizando en las páginas anterior-

<sup>121</sup> Basta citar, a mero título de ejemplo, la brutal represión desatada por las fuerzas de seguridad en la ciudad de Génova fruto de la cual fue asesinado el joven Carlo Giuliani y detenidas y torturadas centenares de personas que protestaban contra la Cumbre allí celebrada en el pasado verano de 2001.

res, si aquellas medidas citadas y otras que se irán mencionando ahora –vinculadas con las políticas criminal y social del Estado español– son auténticamente “españolas” o, por el contrario, no traducen la recepción de las dos orientaciones que se han analizado anteriormente: las propias de la *criminología de la intolerancia anglosajona* y de la *cultura de la emergencia y excepcionalidad continental europea*.

Hace algún tiempo, Manuel Revuelta publicaba en *Le Monde Diplomatique* un extenso artículo titulado *España: deriva hacia una derechización imparable* (nº 25, julio 2001: 8-10). En él indicaba, a propósito de los últimos años de gobierno en España que, al contrario de lo que podría pensarse, “el jefe del Gobierno [posee] un sólido proyecto de conquista del poder, basado en un nacional liberalismo que se ha ido asentando desde finales de los años ochenta en torno a un equipo de jóvenes ambiciosos integrantes de la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales (FAES), la más importante de las seis fundaciones del PP, junto con la de Cánovas del Castillo, organizada en torno a Fraga Iribarne en los últimos años del franquismo” (2001: 8).

Agregaba este autor más adelante, para los fines específicos de este trabajo, que “los hombres de FAES han copiado a los *think tanks* británicos y estadounidenses, imprescindibles en el triunfo de Margaret Thatcher en 1979 y de Ronald Reagan en 1980, con una ideología progresivamente modernizada, que puede explicar las al parecer excelentes relaciones de Aznar con Tony Blair” (ibídem). Asimismo, añadía Revuelta que esta mezcla de ideologías liberal, cristiana y del austríaco Von Hayek, se ha erigido en pilar de un “pensamiento liberal, desregulador y privatizador”. Eso sí, todo ello hace justicia y se explica por la existencia (previa) de un alto grado de postulación moral que la sociedad española ha venido arrastrando desde los años ochenta, con la cultura del “todo vale, del pelotazo, de los muchos casos de corrupción, de los GAL y del desmoronamiento de los valores de la izquierda, mientras se ha ido acentuando un clima de inseguridad social y el impacto terrorista de ETA”.

Todo ello, añadía el citado autor, ha generado una “obsesión securitaria” que la sociedad ha ido paulatinamente internalizando en detrimento de garantías y de libertades: “... las estadísticas oficiales parecen confirmar algunos rasgos de esa deriva securitaria asumida por una ciudadanía en la que se mezclan desinformación y disgregación social, amén de una exigua ilustración: la mayoría piensa que el país va bien, el 81% de los españoles, según encuestas oficiales, cree que el problema más grave de España es el terrorismo, el 49% que somos racistas” (ibídem).<sup>122</sup>

<sup>122</sup> Como indica Revuelta, el Gobierno ha podido comprobar la eficacia de años de mensaje y masaje panglosianos y amnésicos. Los medios de comunicación han repetido incansablemente –la mayoría de la gente parece estar convencida– que se ha vivido una transición ejemplar de la dictadura franquista a la democracia, aunque, como ha señala-

Desde luego, todo ello viene abonado por la estrategia de un terrorismo que parece adherirse a la idea de "cuanto peor, mejor". Indica al respecto Revuelta que "es obvio que el objetivo estratégico final de lograr una independencia vasca continúa siendo una posibilidad remota y tal vez inviable, aun suponiendo que el gobierno español permitiese la celebración de un referéndum aplicando el derecho de autodeterminación". Todo ello, tratado con el reduccionismo mediático que desde Madrid se utiliza, ignorando y silenciando la complejidad de una izquierda vasca contraria a la violencia, "refuerza la tosquedad política de la actual ofensiva terrorista" y provoca identificaciones fáciles de orientaciones contestatarias sospechosas de conivencias con quienes practican la violencia política.

Las denuncias sobre "criminalización de movimientos sociales" (particularmente en *Euskadi* y Cataluña, señalando movimientos radicales, independentistas, *okupas*, anarquistas, etc; como consecuencia de la desarticulación de "comandos" de ETA, en una muestra más de la "caza de brujas" iniciada) o los posicionamientos de los *españolistas* frente a las *provincias traidoras* (para acallar los reclamos de las nacionalidades históricas y los incumplimientos de los Estatutos de Autonomía), conforman un cuadro que se perfila, en palabras de Revuelta como el de una "derechización imparable".

En tal sentido, este analista concluía con el señalamiento de lo que él denominaba como "negros presagios". Es interesante señalarlos, primero, para ver, después, cuáles se han cumplido a los cuatro años de vertidas aquellas reflexiones. De modo muy esquemático, se sintetizan aquí los siguientes:

- El control de los medios de comunicación que no sean especialmente dóciles con el Gobierno.<sup>123</sup>

- Los intentos por fiscalizar cada vez más los aparatos de la administración de justicia.<sup>124</sup>

do Viçenc Navarro (catedrático de Ciencias Políticas de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona) "no ha sido modélica, sino que se había realizado en condiciones muy favorables a las derechas, las cuales habían hegemonizado aquel proceso. Muchos de los que hoy se felicitan por el procesamiento del general Pinochet en Chile, llevan años celebrando que aquí no se hayan perseguido judicialmente los crímenes del franquismo" (ibídem).

<sup>123</sup> En España existe la libertad de expresión incluida en el articulado de su Constitución. "Conviene sin embargo recordar las discusiones sobre la televisión pública y las televisiones privadas en los años ochenta, cuyos resultados concretos fueron pasar del anterior monopolio a un sistema oligopólico, controlado por la Administración y al dominio de tres poderosos grupos mediáticos privados. Todo ello en un contexto en el que tiende a confundirse libertad de prensa y libertad de empresa, mientras se asiste a una sorda lucha por el control político de la información entre los sectores económicos próximos a cada uno de los dos bandos del sistema bipartidista imperante" (ibídem).

<sup>124</sup> "Podría hablarse, con formulación publicitaria, de un proceso que ha evolucionado desde una politización de la justicia a una judicialización de la política. En relación con el tema vasco, una serie de procesos abiertos, desde el cierre del diario *Egin* al de la revista *Ardi Beltza*, la detención de la dirección completa de *Herri Batasuna*, o del grupo

- La ocupación por la derecha del campo político y social español que es, cada vez más, multifacética.

- La sacralización mediática de la monarquía y el entorno dinástico a la alternancia partidaria ("reconstruyendo, 'modernizando', el modelo de la primera restauración borbónica").

- El impulso, cada vez mayor, que se ha ido dando a la enseñanza privada en detrimento de la pública.

- "La patética historia de los sindicatos (dependientes económicamente y, además de burocratizados, reblandecidos por esa dependencia gubernamental) que forma parte de una agotadora lista de concesiones, expresión también del deterioro y descomposición de la propia clase obrera" (ibídem).

- La definitiva "construcción del problema de la inmigración" que, por su resonancia, se ha convertido en una bomba "con la espoleta de efecto retardado". Señalaba el articulista que "la llegada de inmigrantes no comunitarios ofrece un panorama cada vez más sombrío. Con uno de los índices de inmigración más bajos de la Unión Europea, España se ha convertido en noticia internacional. Hace un año se produjeron los motines xenófobos, la *caza del moro*, en El Ejido (Almería), sin que nada haya cambiado allí, salvo para peor. Más de 600 denuncias presentadas en los juzgados han sido desechadas por falta de pruebas", pese a la existencia incluso de mucho material filmado sobre los disturbios racistas. Mientras, el PP, con un alcalde que no oculta su xenofobia, aumentó los votos en las últimas elecciones (...) Acaba de ser aprobada una nueva ley de Extranjería 'empobrecida' como el uranio, un año después de la anterior, de cuya brutalidad y dureza era consciente su propio promotor, el ex ministro de Interior Jaime Mayor Oreja, que llegó a afirmar, el mismo día de su entrada en vigor, que no se caería en la trampa de hacerla cumplir" (ibídem).<sup>125</sup>

Concluye el trabajo aquí analizado con la advertencia que todo lo mencionado, además, parece estar orientado hacia "la conquista del espacio eu-

---

legal Xaki, el encarcelamiento del periodista Pepe Rei, con acusaciones genéricas, inadecuadas a los principios básicos y a la individualización propia del Derecho Penal, están mostrando una utilización política de lo judicial de una más que dudosa constitucionalidad" (ibídem).

<sup>125</sup> Ya se han presentado numerosas impugnaciones en torno a la posible inconstitucionalidad de esta ley que suprime derechos civiles y sociales reconocidos en las normas constitucionales e internacionales (como los de asociación y reunión). Asimismo, desde organismos tales como los colegios de abogados (de Barcelona, por ejemplo), se denunció la falacia que pretendió justificar esta ley señalando que la misma se ajustaba a la normativa europea, ya de por sí suficientemente reaccionaria o, mejor, propia de una "Europa Fortaleza". Por otra parte, las reacciones de los afectados no se hicieron esperar: encierros en iglesias, huelgas de hambre, manifestaciones callejeras, denuncias colectivas, etc., conforman un cuadro que ilustra sobre la total falta de legitimidad "material" con la que nace esta normativa entre los propios destinatarios de la misma.

ropeo". En efecto, el asalto español a la Internacional Democristiana parece haberse concretado en la reunión de Berlín del Partido Popular Europeo el 11 de enero de 2001.<sup>126</sup> Ello ha supuesto un éxito significativo para el entonces jefe del gobierno español, quien asumió en septiembre de aquel año su presidencia, aliado con Silvio Berlusconi, y anunció "un nuevo eje, italo-español que aparque la inspiración cristiana en nombre de una genérica posición conservadora que recoja todo lo que no sea socialista".

En fin, la "comprensión" y el "apoyo" mostrado por el gobierno español al presidente del gobierno italiano, Silvio Berlusconi, tras los sucesos de Génova (donde se produjo el asesinato del joven manifestante Carlo Giuliani perpetrado por un policía, la brutal represión policial de los manifestantes antiglobalización, los malos tratos y las torturas de los *carabinieri* difundidos en el mundo entero, etc.), constituyen gestos que hablan por sí mismos y evidencian la homogeneización europea que se está comentando.

En el siguiente apartado, se volverá sobre algunas de las medidas que el gobierno español está adoptando, sobre todo tras los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, lo cual completará más acabadamente el análisis que aquí se ha hecho.

## **6. ¿Qué horizontes penales se dibujan? Las medidas emprendidas por la nueva geopolítica punitiva**

Hace no mucho tiempo, Raúl Zaffaroni, a propósito del futuro de la cárcel, indicaba en una conferencia que sólo un país como Estados Unidos puede aguantar un constante presupuesto negativo en los sectores de la administración de justicia. Ello sucedería, señalaba el profesor y juez argentino, por la existencia de los cinco millones de personas sujetas a medidas penales (privativas o restrictivas de la libertad), lo cual necesita otros millones de operadores sociales y penales que trabajan en aquella administración; ello permite, agregaba, equilibrar las tasas de desempleo en aquel país. Mas, concluía, los demás Estados no pueden aguantar –desde un punto de vista económico-presupuestario– una situación semejante. Todo ello llevaba a Zaffaroni a anunciar la "pronta desaparición de las cárceles". En efecto, el citado autor intentaba demostrar que en la era de la globalización, la cárcel desaparecerá –"en una década"– por sus elevadísimos costos económicos. ¿Qué tipo de control punitivo ocuparía su lugar? Zaffaroni indicó que la cárcel será suplantada por *chips* y medios similares, de tal modo que si el preso *monitoreado* no se comporta adecuadamente, se le podrá enviar una descarga dolorosa o paralizante. Agregaba, asimismo, que si ello ya se hace con pe-

<sup>126</sup> Y ello tras haber conseguido, nada menos, unos cuantos meses antes, la expulsión del Partido Nacionalista Vasco, que había sido uno de los fundadores de la antigua Internacional Democristiana.

ros, pasar de la Facultad de Veterinaria a la de Derecho sólo requiere atravesar un *campus*. En síntesis: las cárceles desaparecerían, no por motivos éticos ni jurídicos, sino por razones estrictamente presupuestarias.<sup>127</sup>

¿Es posible vislumbrar un escenario como el descrito por el profesor Zaffaroni? Existen algunos elementos que permiten, cuanto menos, dudar de un futuro semejante. En primer lugar, el avance de la privatización generalizada de los servicios de la administración de justicia, está llegando cada vez más al ámbito penitenciario. Y, desde luego, hace ya bastantes años que ello se inició en Estados Unidos, posteriormente en Inglaterra y más adelante en otros Estados, tanto europeos como latinoamericanos. Conviene en este punto, recordar nuevamente, con Christie primero y con Wacquant después, a las empresas de tecnología carcelaria que cotizan en las Bolsas estadounidenses con estupendos dividendos económicos, argumento que pone en entredicho que el futuro de la cárcel sea el de la producción constante de déficits presupuestarios. Pero sobre esta cuestión –vinculada con las políticas de seguridad gestionadas a partir de empresas, servicios y espacios privados– se volverá al final de este apartado. Todavía quedan otros argumentos que considerar en este ejercicio de pensar en posibles escenarios futuros.

Se ha visto, a lo largo de este trabajo, que los discursos presentados en torno al problema de la penalidad han tenido, como rasgo común, el de participar de los pilares fundacionales de la Modernidad. Pero, como es sabido, desde hace años, la suma de muchos acontecimientos provocan el debate relativo al inicio de una posible, también en el universo de lo jurídico, *post-modernidad*. En el lenguaje de Beck, el prefijo *post* asume los rasgos de un vocablo “comodín”: se emplea para designar lo innombrable, el incierto presente y un indescifrable futuro que no puede ser pronosticado con las herramientas tradicionales que han dejado de servir para tal fin. En consecuencia, el futuro de la penalidad participa de la misma incertidumbre general aludida. Mas, puede intentarse muy cautelosamente un abordaje “de lo que vendrá”, considerando algunos elementos estructurales del presente.

Wacquant (2000) es tal vez el autor del presente que con más precisión ha podido describir la tarea de importación de la *política de tolerancia cero* que se elabora en Estados Unidos, desfila por Gran Bretaña y acaba reproduciéndose en los países del continente europeo. Indica este autor que se trata de un proceso imparable para la gestión penal (policial y carcelaria) de la miseria, de la “nueva pobreza”. Su obra finaliza con el planteamiento de una disyuntiva: ¿podrá Europa resistir a la “tentación penal”?

A propósito de ello, aunque desde una óptica diversa, Bergalli efectúa un

<sup>127</sup> Estos argumentos fueron vertidos en la conferencia pronunciada en la ciudad de Lima (Perú) el pasado mes de octubre de 2000, en el marco del Primer Congreso Internacional sobre Derecho Penal, Control Social y Política Criminal, organizado por la Conferencia Episcopal de Acción Social de aquel país.

tipo de análisis que puede ser útil a la tarea propuesta y a los interrogantes presentados. Tras advertir sobre la pérdida de vigencia de la Modernidad en el ámbito de lo jurídico, afirma que "el sistema penal debe organizarse en torno al miedo y al terror. De tal modo, el Estado neoliberal no debe reeducar, resocializar, corregir o prevenir como lo tenía asumido el Estado social. Antes bien, ha de configurar su sistema penal basándolo sobre una nueva verdad, sobre unos nuevos fines. Éstos son los estrictamente orientados a la punición; es decir, que únicamente debe punir, pero no sólo punir ejemplarmente cada violación del nuevo orden, sino que incluso ha de llegar hasta el punto de crear alarma social para convertirse en fuente de consenso en torno a las instituciones, previniendo así cualquier eventual disenso político" (2001: 124). En tal sentido, agrega, la antigua subjetividad a la que se aplicó el Derecho *moderno* (sujeto masculino, adulto, creyente, blanco y propietario), está siendo suplantada por una nueva subjetividad propia del Derecho *postmoderno*: los sujetos de la nueva pobreza y de la exclusión social. "Estos sujetos no tienen nombre y apellido, sino que son considerados como categorías (...) de *riesgo* (...). Un ejemplo visible de esto lo constituyen los flujos migratorios (...). Son entonces los inmigrantes quienes configuran parte de la nueva subjetividad colectiva de los sistemas penales postmodernos" (ibídem).<sup>128</sup>

Ciertos signos pueden indicar que existe una aproximación a estos pronósticos.

— *El gobierno laborista inglés* (y se lo cita por lo emblemático de su posición geoestratégica en Europa, puente de importación y difusión de otras producciones) acaba de anunciar el despliegue de una legislación antiterrorista, ya aprobada, que efectúa una gran ampliación del concepto de "terrorista", ahora extendido peligrosamente a quienes puedan militar en grupos y organizaciones de derechos humanos que planteen estrategias de lucha y resistencia radicales, incluso en el extranjero.<sup>129</sup> El ministro británico de Interior, Jack Straw, justificó la medida por las presiones del contexto internacional a las que accede a dar una respuesta satisfactoria con esta nueva legislación penal. La misma, viene a suplantarse a la legislación antiterrorista de los años de mil novecientos setenta.

Tras el ataque del 11 de septiembre de 2001 a Estados Unidos, el gobierno británico anunció el "recorte de libertades en su nueva ley contra el terrorismo", lo cual obligará a dejar en suspenso parte del Convenio Europeo de

<sup>128</sup> Desde luego, para confirmar estas palabras, no hace falta más que mirar lo que está sucediendo en 2005, en España, con la entrada en vigor de la nueva Ley de Extranjería, con las protestas (manifestaciones, huelgas de hambre, encierros en iglesias) de colectivos de inmigrantes, con el desembarco de *pateras* con decenas de personas (a veces muertas) que intentan alcanzar las costas de esta frontera sur europea, con la actitud de la clase política al respecto, etcétera.

<sup>129</sup> Cfr. *El País*, 20 de febrero de 2001.

Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (cfr. *El País*, 17 de octubre de 2001). En efecto, dos son las medidas que se anuncian: la primera, se vincula con serias restricciones a la libertad de expresión (en el ámbito de la crítica que pueda verse en terrenos religiosos y raciales). La segunda, se relaciona directamente con la propuesta del Gobierno para poder detener por tiempo indefinido a cualquier nacional de países terceros, sospechoso de estar relacionado con actividades terroristas, mientras no pueda ser deportado o, alternativamente, poder deportarlo de manera provisional a un tercer país si su seguridad puede garantizarse.<sup>130</sup>

Esta última medida ya ha iniciado una tormenta política. Diversos sectores recuerdan –en lo que constituye una prueba fehaciente de la “*expansión de la emergencia*”– que esta nueva ley es innecesaria y cierta prensa recuerda los excesos cometidos para combatir el terrorismo del IRA con la Ley Antiterrorista de 1974 y cómo la Ley de Orden Público de 1937, aprobada inicialmente para combatir a los “camisas negras” del fascismo, se aplicó luego para perseguir a los homosexuales.

En Francia se ha ido produciendo un doble debate que parece inaugurar políticas criminales restrictivas en diversos ámbitos. De un lado, el intento de decretar una especie de “estado de alarma juvenil”, anuncia la posible prohibición de salidas nocturnas para menores de diecisiete años (como ya pasara, por cierto, en Estados Unidos con menores de diez, y en Inglaterra con quienes no superen los trece años). Por otro lado, la reciente publicación del Informe sobre el espionaje efectuado por los Servicios de Información de la Policía a movimientos sociales de signo contestatario, e incluso a intelectuales críticos, con el argumento que hay que atajar un nuevo tipo de “subversión” (cfr. *La Vanguardia*, 10 de junio de 2001), parece indicar que nuevas “emergencias” son las que orientan las actuales prácticas policíaco-penales.<sup>131</sup>

<sup>130</sup> El ministro del Interior, David Blunkett, admitió que para poder aplicar esa norma debería dejarse en suspenso el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece que nadie puede ser detenido sin estar acusado ante un tribunal. Pero, también es verdad, que el art. 15 del mismo convenio, faculta a los Estados miembros a derogar alguna de sus disposiciones en tiempos de guerra o en caso de emergencias que amenacen la vida de la Nación.

<sup>131</sup> *La Vanguardia* informaba lo siguiente el 10 de junio de 2001: “Un total de 254 organizaciones de signo diverso y hasta 155 personalidades públicas aparecen censadas en las 118 páginas del informe *Extrema Izquierda 2000* realizado por los *Reinseignements Généraux (RS)* siendo ministro del Interior Jean-Pierre Chevènement”. Éste niega haber solicitado el polémico estudio. El renacimiento de la extrema izquierda política y sindical francesa y el fuerte activismo de los grupos antimundialización conceden peso intencional al informe. En él conviven grupos tan heterogéneos como ETA, Attac, SOSRacismo y figuras públicas tan variadas como el obispo Gaillot, el historiador Pierre Vidal-Naquet, el cineasta Bernard Tavernier, el sociólogo Pierrer Bourdieu, el líder campesino José Bové, el eurodiputado verde Daniel Cohn-Bendit y el diputado socialista Julien Dray (cfr. p. 15).

Después de los ataques a Estados Unidos, el presidente francés, Jacques Chirac, tras mostrar al presidente estadounidense todo su apoyo, anunció la creación de la "internacional antiterrorista", coalición que empezó a ser creada para combatir la "nueva emergencia" (cfr. *El País*, 19 de septiembre de 2001).

Un poco más adelante, y de la mano del "súper ministro" Nicolas Sarkozy, este país inauguraba una política penal de mano dura en todo el sentido de la palabra. Ante la constatación que la población encarcelada crecía en Francia a pasos acelerados, comenzó a autorizarse la construcción y explotación penitenciaria a través de empresas privadas. Como señalaba *El País* (7 de mayo de 2003), "la novedad no es menor en un país tan estatalizado. El número de presos aumenta brutalmente desde el despido del gobierno de izquierda: la población penitenciaria ascendía a 59.155 personas en Francia el 1 de abril, un 15% más que en agosto pasado (...). Este panorama no es bueno para un gobierno cuyo ministro del Interior, Nicolas Sarkozy, ha creado la imagen de que la delincuencia baja vertiginosamente a medida que sube el número de encerrados y que ha promovido leyes penales que auguran bastantes más presos en el futuro". El remedio vino de inmediato: el mencionado ministro anunció la construcción de dieciocho cárceles nuevas en cuatro años, cedidas a la iniciativa privada, pues, con ello, "se responderá la demanda de ley y orden del votante medio".

De poco sirvieron las protestas de juristas progresistas quienes afirmaban que "confiar la prisión al sector privado es hacer dinero con los presos".<sup>132</sup> Inmediatamente, el gobierno de Chirac puso como ejemplo el sistema penal estadounidense donde "el endurecimiento de la política penal y de la intervención del sector privado se ha traducido en un gran aumento de la población encarcelada, que se estima en 700 presos por cada 100.000 habitantes (la tasa francesa está lejos: 100 encerrados por cada 100.000)". Tal vez ello contribuya a entender el último lema de la campaña electoral de Chirac al enarbolar la bandera de la "impunidad cero" con la delincuencia, que tanto recuerdan otras consignas estadounidenses.

Pero los planes de ley y orden de las autoridades citadas no acaban, ni mucho menos, con las medidas estrictamente penitenciarias que se han descrito. El 11 de febrero de 2004, el Parlamento francés aprobó (sólo con los votos de la derecha) una nueva ley que permite "colocar cámaras e instrumentos de escucha en los domicilios o vehículos particulares durante cuatro meses, sin conocimiento del afectado y excluye la asistencia del abogado al detenido durante las primeras 48 horas en manos de la policía. El periodo de detención policial se alarga hasta cuatro días (comprendidos los menores

<sup>132</sup> Como señaló, por ejemplo, Dominique Barella, presidente de la Unión Sindical de Magistrados.

de 16 años de edad); se exime de responsabilidad a los policías por la provocación de delitos, si es en beneficio de la investigación; se autorizan los registros domiciliarios a cualquier hora –hasta ahora prohibidos de madrugada– y se incluirá en el fichero de delincuentes sexuales a los absueltos de estos delitos y a los simples procesados, con la posibilidad de que tales datos sean conservados 10 o 30 años, según los casos” (cfr. *El País*, 12 de febrero de 2004).

Frente a este despliegue, numerosos juristas han contestado con dureza. El 12 de febrero de 2004 se convocó una huelga muy significativa de los abogados franceses (que obligó a suspender miles de actuaciones procesales), seguida por sectores de la judicatura. Desde estos sectores se insiste en calificar la nueva iniciativa de “liberticida” e “indigna de una democracia” y estiman que esta ley ofrece a la policía y a los fiscales “poderes propios de un estado de excepción”. En un claro recuerdo de la “cultura y legislación de emergencia” (y de su expansión), señalan que, teóricamente, la norma se dirige contra la gran delincuencia, pero la lista de delitos a los que se refiere es tan amplia que los profesionales contrarios a la misma la entienden aplicable incluso a los robos de motocicletas (lo cual es expresamente negado por el ministro Perben).

El punto que especialmente subleva a quienes se oponen a la nueva normativa es la “importación del procedimiento estadounidense” de declararse culpable (ibídem). En efecto, el fiscal francés adquiere, con las nuevas disposiciones, la facultad de negociar con el sospechoso una pena reducida o la semilibertad, si éste se declara culpable. En este marco se introduce un modelo judicial absolutamente ajeno a la tradición francesa y claramente copiado del marco estadounidense: el juez sólo es informado al término de la negociación antes señalada. Finalmente, la nueva normativa también prevé la exención de pena al que delate a los autores o cómplices de delitos (en claro recuerdo, ahora, de la regulación de la figura de los “arrepentidos” antes comentada a propósito de la legislación de emergencia o excepción).

Finalmente, en el contexto de las nuevas medidas, también se regula la infiltración de policías extranjeros en redes delictivas que actúen en Francia, y la actuación de equipos conjuntos de policías franceses y extranjeros.

– *En Italia*, en ocasión de celebrarse en la ciudad de Génova la “cumbre” del llamado G-8,<sup>133</sup> por motivos de seguridad y para eludir las protestas, manifestaciones y “contracumbres” de los movimientos “antiglobalización”, las autoridades decretaron el cierre y blindaje de importantes puntos de la ciudad y los accesos a ella. El Ministerio del Interior anunció el cierre del aeropuerto durante los días en que se celebrara la “cumbre”. Asimismo, la llama-

<sup>133</sup> Nombre con el que se conoce al grupo de los siete países más ricos del mundo, al cual se añade en esta ocasión la invitación a Rusia para participar en la “cumbre”.

da "zona roja" de la ciudad (que engloba el centro histórico en torno al Palacio Ducal donde se celebraría la "cumbre") fue materialmente blindada con bloques de cemento que se completaron, a su vez, con alambradas de más de cuatro metros de altura. Se anunciaron, también, cierres de comercios y cortes policiales de tráfico para completar el *estado de "emergencia"* y el control del territorio espacial y de los flujos migratorios decretado por las autoridades<sup>134</sup> (cfr: *El País*, 17 de julio de 2001).

Como es de dominio público, pese a la elaboración de semejante "dispositivo de control espacial", las protestas se realizaron igualmente (a las que acudieron centenares de miles de personas de muchos países europeos), pero se saldaron con una inusitada actitud represiva de las fuerzas de seguridad italianas. La entrada en campamentos donde se alojaban los manifestantes para practicar detenciones indiscriminadas, las torturas a las que fueron sometidos en las comisarías de policía y el asesinato perpetrado por los *carabinieri* del joven manifestante Carlo Giuliani, constituyen tan sólo una muestra de la reacción policial. Pese a iniciales quejas de algún gobierno de la Unión Europea, no tardó en manifestarse la "comprensión" de muchos de sus socios.

También, en general, el sistema penal italiano ha experimentado un fuerte crecimiento en los últimos años con medidas de ley y orden que siguen los patrones que se están analizando aquí. En el ámbito penitenciario, por ejemplo, el aumento de la población encarcelada no cesa. Como señaló Anastasia, "la realidad de las prisiones, refleja en gran parte los cambios de la sociedad mostrando cada vez más altos grados de encarcelamiento vinculados a los drogas ilegales y al fenómeno migratorio" (*Liberazione*, 12 de abril de 2003).

Por otro lado, Italia ha sido nuevamente denunciada por no cumplir con las recomendaciones del Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa, tal y como señaló Tana De Zulueta (diputada europea). Por su

<sup>134</sup> Es interesante comparar estas medidas de control espacial y demográfico, con las narraciones de Foucault cuando describía las decisiones para decretar el "cierro de las ciudades" por la "declaración de la peste" a finales del siglo XVIII, en lo que suponía la articulación de verdaderos "dispositivos disciplinarios". Señala, por ejemplo, que una vez declarada la peste, la primera decisión que se adoptaba era precisamente la de "cerrar la ciudad" (división espacial); cada calle pasaba a ser controlada por "el Síndico"; comenzaba la inspección de las casas y de las personas; se adoptaban medidas de "profilaxis social". El "dispositivo disciplinario" quedaba entonces conformado: "en un espacio cerrado, recortado, vigilado en todos sus puntos, en el que los individuos están insertos en un lugar fijo, en el que los menores movimientos se encuentran controlados, los acontecimientos registrados (...), en el que el poder se ejerce por entero, en el que cada individuo está siempre localizado y examinado" (ob. cit.). Conviene recordar que a este tipo de conformaciones aludía Foucault cuando hablaba de la paulatina construcción del *panoptismo social*.

parte, Patrizio Gonnella, señalaba en abril de 2003 la existencia de más de 56.55 presos en los 205 institutos penitenciarios italianos, lo cual revelaba un déficit de más de 15.000 plazas carcelarias y anunciaba un colapso importante de las estructuras penitenciarias.

Por todo ello, y a través de la iniciativa de la Asociación *Antigone*, ha comenzado a desarrollarse el proyecto para la construcción del Observatorio Europeo del Sistema Penal y Penitenciario<sup>135</sup> y, asimismo, se ha promovido la creación de la figura del *Defensor Cívico Penitenciario*.

En España, también los acontecimientos últimos, por citar sólo los más recientes, parecen incardinarse en las direcciones apuntadas. El primero, se vincula con las reformas del Código Penal (el "Código de la Democracia", estrenado hace ocho años), con el fin de "erradicar físicamente de las calles a los más graves infractores" (tal y como anunció quien era entonces ministro del Interior, Mariano Rajoy, cfr. *La Vanguardia*, 5 de julio de 2001), a través de drásticos agravamientos de penas en casos de multi-reincidencia, imitando el debate estadounidense de la ley de los *three strikes and you're out*, pese a los reclamos de inconstitucionalidad en que semejantes medidas puedan incurrir. Inmediatamente se verán algunos detalles de cuanto se acaba de mencionar.

Pero, antes, se ha de hacer mención al segundo acontecimiento, el cual se vincula con la represión de las manifestaciones antiglobalización en la ciudad de Barcelona, por poner tan sólo un ejemplo, pese a existir serias sospechas de provocaciones policiales, agentes infiltrados y disfrazados que habrían comenzado destrozos al final de una manifestación de miles de personas. La pretensión gubernamental de comparar semejantes acciones colectivas con la llamada *kale borroka* (lucha callejera) propia de *Euskadi* (vinculada con la situación terrorista), constituye otro (burdo, pero serio) intento por criminalizar a los movimientos sociales que, aun pacíficamente, se oponen cada vez más en las grandes ciudades a los dictados de los grupos económicos y financieros de la actualidad.

Después de los sucesos del 11 de septiembre de 2001, muchísimas han sido las medidas que se anunciaron desde el gobierno español. En una simple muestra panorámica, pueden sintetizarse las siguientes (retomando, entonces, cuanto se había mencionado antes a propósito de la política penal en España con anterioridad al 11 de septiembre de 2001):

a) Una semana después de los ataques a Estados Unidos, España anunció que "impulsará leyes antiterroristas en su presidencia de la Unión Europea" (cfr. *El País*, 18 de septiembre de 2001). Ello ha sido anunciado con la

<sup>135</sup> Con la participación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la *Universitat de Barcelona*, la *Middlesex University* de Londres, la Universidad Pública de Lisboa y la de Tracia, de Grecia (sus primeras contribuciones pueden verse en [www.prisonobservatory.org](http://www.prisonobservatory.org)).

plena aceptación del principal partido de la oposición (el Partido Socialista Obrero Español), con lo que se alcanzaría un importante consenso en esta materia.

b) Un día más tarde, el entonces ministro de Asuntos Exteriores del gobierno español, Josep Piqué, tras indicar las posibles conexiones del "fundamentalismo islámico extremista" en España, indicó que era esencial estrechar la vigilancia de las fronteras en la lucha contra el terrorismo. En directa relación con ello, el presidente del gobierno catalán, Jordi Pujol, expresó textualmente "que el refuerzo de la lucha contra la inmigración ilegal es también un refuerzo de la lucha antiterrorista" (cfr. *El País*, 19 de septiembre de 2001).

c) A la semana siguiente, el gobierno español anunció que "el futuro Centro Nacional de Inteligencia (CNI) podrá intervenir comunicaciones y entrar en domicilios sin permiso judicial previo, siempre que se trate de casos urgentes e investigaciones sobre terrorismo. Se trataría de un procedimiento *excepcional* que ya aparece recogido en el borrador del anteproyecto de ley que el entonces presidente del gobierno, José María Aznar, aprobó y que el Ejecutivo intentaría consensuar con los grupos parlamentarios en los próximos días. Para solicitar permisos para determinadas operaciones, el CNI contará con un juez exclusivo, que será un magistrado del Supremo nombrado por el Consejo General del Poder Judicial" (*El País*, 4 de octubre de 2001).<sup>136</sup>

d) Un poco más adelante, el gobierno de Aznar desplegó su *Plan de Lucha contra la Delincuencia* que, "tanto había crecido" según el Partido Popular y también según la oposición del Partido Socialista. Dentro del enorme catálogo de medidas anunciadas a partir de aquel momento (imposibles de analizar aquí con detenimiento), cabe al menos consignar la siguiente enumeración extraída tan sólo de importantes titulares periodísticos:

"Interior pide 'tolerancia cero' con el multirreincidente. El director de la Policía achaca a la inmigración irregular la subida de la delincuencia en un 10,52%" (*El País*, 11 de febrero de 2002).

"Aznar anuncia que aumentará de 30 a 40 años la pena máxima de cárcel para los terroristas. El presidente asegura que las condenas por delitos graves se cumplirán en su integridad" (*El País*, 30 de diciembre de 2002).

Después de los sucesos del 11 de septiembre de 2001, el gobierno español con un número de 2001) anunció la "Lucha contra la delincuencia"

<sup>136</sup> Proyecto que hasta ahora ha recibido críticas de algunas asociaciones de jueces. Así, la Asociación de Jueces para la Democracia, señaló que "la lucha contra cualquier tipo de delito debe hacerse en el marco de la Constitución y del sistema de libertades y no sería coherente llevarse por delante principios básicos del Estado de Derecho para defender la democracia". Por su parte, la Asociación Francisco de Vitoria calificó de preocupante que se pueda producir una "quiebra de los derechos fundamentales". Finalmente, la Asociación Profesional de la Magistratura, indicó que los derechos fundamentales vienen definidos en la Constitución y merecen el respeto que el ordenamiento jurídico debe dispensarles, "aunque puedan quedar en suspenso en circunstancias excepcionales" (cfr. *El País*, 5 de octubre de 2001).

— "El Gobierno decide elevar a 40 años las penas para los terroristas. La reinserción de etarras sólo será posible si colaboran en la lucha contra el terrorismo" (*El País*, 4 de enero de 2003).

— "Se anuncia la reforma de la ley de Enjuiciamiento Criminal para facilitar la aplicación de la prisión preventiva" (*El Periódico*, 7 de enero de 2003).

— "El ministro del Interior anuncia la construcción de siete cárceles ante la posible avalancha de presos preventivos" (*El País*, 10 de enero de 2003).

— "El Partido Socialista justifica el apoyo al endurecimiento de penas por responsabilidad y no por debilidad" (*El País*, 11 de enero de 2003).

— "El Ministerio de Justicia pretende aplicar la prisión preventiva a delitos anteriores a la reforma legal" (*El País*, 13 de enero de 2003).

— "Aznar expulsará a los 'sin-papeles' delincuentes. Ofensiva del Gobierno contra la inseguridad ciudadana. Las nuevas medidas permitirán echar a inmigrantes autores de delitos menores" (*El Periódico*, 13 de enero de 2003).

— "Cuatro faltas se castigarán como delito. Aznar anuncia una reforma del Código Penal para endurecer las condenas" (*El País*, 14 de enero de 2003).

— "Aznar añade más policías y nuevas cárceles a su ofensiva de ley y orden. El PP dedicará a los policías municipales a seguridad y otros funcionarios regularán el tráfico" (*El País*, 18 de enero de 2003).

— "El Gobierno castigará con cárcel la convocatoria de referéndum políticos sin autorización" (*El País*, 24 de noviembre de 2003).

Frente a una ofensiva semejante que, como se ve, en gran parte ha sido consensuada por el Partido Socialista (entonces en la oposición y actualmente en el Gobierno, tras las elecciones del 14 de marzo de 2004), ya se alzaban numerosas voces que denunciaban la erosión de las libertades fundamentales y el desmantelamiento de todo el esqueleto normativo que, en materia penal, procesal, penitenciaria y judicial, constituía el producto del consenso de la "transición política a la democracia". En síntesis, desde estos sectores se afirmaba la total desarticulación del garantismo penal propio de un Estado social y democrático de Derecho.

En tal sentido se pronunciaba, por ejemplo, Muñoz Conde cuando advertía que las reformas señaladas nos aproximaban a un "nuevo Derecho penal del enemigo" (*El País*, 15 de enero de 2003), propio de épocas del nacional-socialismo y ni siquiera visto "en las épocas más duras y oscuras de la dictadura franquista". Desde Cataluña, diversos colectivos de juristas progresistas señalaban por su parte que las anunciadas reformas suponían una forma encubierta de introducir la pena perpetua y advertían sobre la sustitución del Estado social por el Estado penal. Unos meses después, y en un sentido similar, más de cien catedráticos, jueces y fiscales denunciaban que, tras la reintroducción del "delito político" en el Código Penal, se escondía la auténtica vocación totalitaria del gobierno de Aznar (*El País*, 29 de noviembre de 2003).

Mientras tanto, ya se había producido el cierre judicial del segundo periódico –*Egunkaria*– del Estado español (en *Euskadi*),<sup>137</sup> medida que para el gobierno vasco suponía una auténtica “medida de excepción”, tanto en el fondo del problema como en sus formas (aludiendo así a las denuncias por torturas impuestas por sus directivos, quienes fueron detenidos por la policía).

Por cuanto hace a Cataluña (Comunidad Autónoma que, además, es la única con competencias penitenciarias de ejecución plenamente asumidas), desde donde este ensayo se ha preparado, el crecimiento carcelario ha sido también imparable. Como principales aspectos que afectan a la situación penitenciaria, desde una perspectiva de respeto a los derechos humanos, tal vez quepa mencionar las revelaciones de presuntas torturas y malos tratos a que han sido sometidos numerosos presos tras unos altercados ocurridos en la cárcel de *Quatre Camins*, en los que resultó gravemente herido el subdirector de la misma (cfr. *El País*, 17 de y 18 de junio de 2004).

Evidentemente, el “problema de la seguridad” ha sido construido de modo meramente populista. El recurso a la “amenaza terrorista”, a la llamada “inseguridad ciudadana”, a los “peligros de la inmigración” y otros clichés semejantes, representan la versión más aguda del *populismo punitivo* que se emplea –y no sólo por los partidos políticos de la derecha ideológica– con fines estrictamente electoralistas y de consolidación de consensos que sólo buscan la perpetuación en el poder. Pero, para alcanzar el punto más alto en semejante empleo, deviene necesaria la consideración del último apartado que se expone a continuación.

En efecto, y para cerrar ya esta mera enunciación de medidas restrictivas, cabría mencionar –por todo lo que se ha dicho tantas veces en páginas anteriores– las iniciativas adoptadas por el gobierno de Estados Unidos, después de los sucesos del 11 de septiembre de 2001, y sus últimas repercusiones. En el marco de la cultura bélica y de la militarización de las relaciones políticas internacionales, han sido adoptadas las siguientes medidas:

- a) adopción de una legislación antiterrorista en un tiempo récord que proporciona amplísimas medidas a la policía y los cuerpos de orden público en general;
- b) presentación de una iniciativa destinada a que se implementen, en distintas partes del mundo, tribunales militares estadounidenses que puedan juzgar a quienes sean considerados terroristas;
- c) solicitud de inmunidad (¿o impunidad?) respecto de la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional para los militares estadounidenses que sean detenidos en cualquier parte del mundo y acusados de crímenes de guerra, de lesa humanidad y/o semejantes;

<sup>137</sup> El primer cierre, también en *Euskadi*, había sido el del diario *Egin* unos años antes.

- d) supresión del secreto en las comunicaciones entre detenidos y sus abogados;
- e) posibilidad de detención indefinida sin cargos;
- f) prohibición a las partes de un proceso para que puedan tener acceso a los documentos de la acusación;
- g) derogación de la necesidad de que una actividad probatoria demuestre claramente la culpabilidad de un acusado de terrorismo (basta con la "convicción razonable del tribunal");
- h) desaparición del recurso de apelación en este tipo de procesos;
- i) debate y aprobación relativa a la necesidad de recurrir a ciertas formas de tortura –"atenuada"– a los detenidos cuando con ella puedan evitarse males mayores (cfr. *El País*, 18 y 26 de noviembre de 2001);
- j) controles y requisas a pasajeros y turistas que accedan por vía aérea al territorio estadounidense.

Sin duda, la lista podría ser más extensa, pero ya es lo suficientemente elocuente como para ilustrar en torno al camino iniciado. Como claramente puede observarse, todos los fundamentos de un Derecho penal garantista empiezan a ser rápidamente desmantelados.

Dos ejemplos, dos imágenes finales pueden ser útiles para acabar de señalar el rumbo iniciado: Guantánamo y Abu Ghraib. Los centros de privación de libertad donde Estados Unidos puede practicar el terror tras haber invadido Afganistán, primero, e Irak después.

La "cárcel" de Guantánamo se convirtió en los últimos años en el lugar emblemático de lo que alguna vez fue definido como la "zona del no Derecho" (Pietro Costa 1974). Esto es, un lugar en el cual el Estado (en este caso, el estadounidense), puede poner a prueba un poder absoluto, sin límites, sin las "trabas" del Estado de Derecho (como expresamente señaló el presidente George Bush). El auténtico *limbo jurídico* en el que se situaron a centenares de presos, invirtió todas las reglas de un proceso penal ordinario o sentado sobre bases liberales. En efecto, en una actuación procesal insólita, los presos reclamaron "ser acusados de algo", pues, en tal caso, se les debían designar abogados defensores y aplicárseles todas las garantías del proceso penal.

Mientras tanto, en junio de 2003 se conocía el Informe del inspector general de Justicia de Estados Unidos, en el cual se deja constancia que "el Departamento de Justicia violó los derechos civiles de cientos de inmigrantes (762, en concreto) tras el 11-S", como pudo señalar Anthony Romero, director de la Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU, según sus siglas en inglés). En el mencionado Informe se indica que los inmigrantes detenidos estuvieron privados de libertad, como media, unos 80 días, durante los cuales no pudieron comunicar su situación a sus abogados, ni a sus familias, fueron esposados y encadenados por los pies y la cintura, sufrieron aislamientos de 23 h al día de encierro celular. Finalmente, la totalidad de los detenidos fue puesta en libertad sin cargos, al no haberse acreditado participa-

ción alguna en actividades terroristas. Pese a todo ello, el Informe señala que no cabe el procesamiento de ningún agente pues "las pruebas, tales como la filmación de interrogatorio, fueron destruidas". Asimismo, el Informe concluye indicando que "nuestras acciones se ajustaron a la ley y fueron necesarias para proteger al pueblo estadounidense (...). No hemos de pedir perdón a nadie por utilizar todos los recursos legales para proteger al público americano frente a posibles y nuevos ataques terroristas" (cfr. *El País*, 4 de junio de 2003).

El otro ejemplo, representado por la situación de la Cárcel de Abu Ghraib, en Irak, ha saltado a los medios de comunicación tras las revelaciones de las torturas, con fotos incluídas, a que han estado siendo sometidos durante muchos meses los prisioneros iraquíes tras la ocupación militar del país. De nada han servido semejantes revelaciones, al menos en cuanto hace a las responsabilidades políticas en los altos mandos estadounidenses. Ya se ha dicho antes que la nueva legislación antiterrorista aprobada en Estados Unidos contempló el sometimiento a "formas atenuadas de tortura" a prisioneros recalcitrantes y cuyas voluntades fuesen difíciles de doblegar; ¿De qué extrañarse entonces? Se trata, simplemente, de la aplicación de la ley (aplicación extraterritorial, eso sí, pero esto ya no es más que un "detalle" procesal, cuando se ha bombardeado una nación entera y asesinado a no se sabe cuántos miles de civiles –aunque se calculan ya en varias decenas de miles–). Por otra parte, ya se ha puesto de manifiesto que las torturas cometidas en las cárceles de Irak habían sido "ensayadas" previamente en Guantánamo, donde el Pentágono había aprobado un año antes el empleo de las "20 técnicas" para presionar e intimidar a los presos.