

THOMAS MATHIESEN

JUICIO A LA PRISION



IN
1 (82)

Prólogo de **Eugenio Raúl Zaffaroni**

Revisión técnica y presentación Mario Coriolano

EDIAR

JUICIO A LA PRISIÓN

UNA EVALUACIÓN CRÍTICA

THOMAS MATHIESEN

JUICIO A LA PRISIÓN

UNA EVALUACIÓN CRÍTICA

REVISIÓN TÉCNICA
MARIO CORIOLANO

TRADUCCIÓN
AMANDA ZAMUNER



Buenos Aires - Argentina

345 Mathiesen, Thomas

MAT Juicio a la prisión. – 1ª. ed. – Buenos Aires: Ediar, 2003.

300 p.; 22x15 cm.

Traducción de: Mario Coriolano y Amanda Zamuner

ISBN 950-574-158-8

I. Título – 1. Derecho Penal

ISBN: 950-574-158-8

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que exige la ley 11.723

Copyright by Ediar Sociedad Anónima Editora,
Comercial, Industrial y Financiera, Tucumán 927

6to. Piso, Buenos aires.

2003

PRESENTACIÓN

Corría el año 1999 y, en los comienzos de la implementación de una nueva justicia penal en la provincia de Buenos Aires –que buscaba alejarse del modelo inquisitivo para adoptar algunas formas acusatorias–, aparecieron señales de contrarreforma. Estas señales se corporizaban en el anunciado aumento del uso de la prisión para disminuir la criminalidad; o sea, desembarcaba la llamada “mano dura”, la “tolerancia cero”, el “salvajismo penal” (permítaseme esta expresión) en nuestra provincia.

Entonces, a fin de enriquecer y profundizar el debate público, desde el ministerio público de la defensa de esta provincia y gracias al apoyo de algunos legisladores provinciales, se organizaron unas jornadas tituladas precisamente “*La prisión y la disminución de la criminalidad. Perspectiva abolicionista*”, que se llevaron a cabo los días 28 y 29 de octubre de 1999 en la ciudad de La Plata, y en las que disertaron Thomas Mathiesen, Louk Hulsman y Eugenio Raúl Zaffaroni.

Las enseñanzas del profesor Mathiesen dejaron en claro la falsedad de aumentar el número de personas detenidas para disminuir la delincuencia.

Sin embargo, en la provincia de Buenos Aires (con una población que ronda los 14.000.000 de habitantes.) la mentada contrarreforma condujo a aumentar el número de detenidos. Así, con una capacidad total de alojamiento para 16.442 personas, se pasó de 15.338 detenidos (mayo 2000) a 24.271 detenidos (abril 2002) con similar capacidad legal de alojamiento; en el 90 % de los casos, presos sin condena.

Y así el horror de la superpoblación, la tortura, y otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes... y la delincuencia sin disminuir.

Las enseñanzas que nos dejara Thomas Mathiesen fueron acompañadas de otros aportes: sus artículos para la revista *Garantías*, el encargo de la traducción al español de una de sus obras fundamentales (*Prison on Trial*) y la visión de que era necesario y posible articular un nuevo espacio público alternativo que se resistiera a las políticas criminales autoritarias y defienda, de esa manera, la consolidación de los estados de derecho democráticos en Latinoamérica. En esa articulación planteaba que bien podían los ministerios públicos de la defensa ser uno de los actores convocantes.

*

El nombre del profesor noruego Thomas Mathiesen es familiar a quienes cultivan la criminología. Nacido en Oslo el 5 de octubre de 1933, ha desarrollado una intensa y destacada actividad universitaria. Es sociólogo, Magíster en Sociología y Doctor en Filosofía y Sociología.

Se ha desempeñado como docente e investigador en las universidades de Oslo, California (en sus sedes de Santa Bárbara y Berkeley) Tromsø, Varsovia, Bremen. Y ha dictado conferencias en las principales universidades de Europa y América. Ha sido delegado noruego en el 8vo. Congreso de la ONU para la prevención del delito y para el tratamiento de los delincuentes. Es miembro de las principales asociaciones de sociología del derecho y consultor de numerosas y prestigiosas publicaciones especializadas. Se destaca, además, su participación como miembro fundador y primer presidente de la KROM (la asociación noruega para la reforma penal).

Dentro de su vasta y rica obra puedo citar dos que han conducido a que se lo considere uno de los fundadores del abolicionismo penal en el mundo: *The Politics of Abolition* (1974) —no traducida al español aún— y *Prison on Trial* (1990) que ingresa ahora al mundo hispanoparlante; amén de numerosos libros y ensayos en lengua noruega que han sido traducidos a varios idiomas (alemán, italiano, danés, sueco e inglés).

La inmensa distinción que significó para mí el encargo de la edición en español de este libro –ya un clásico de la criminología mundial– me llevan a agradecer muy especialmente al Profesor Mathiesen por ello, pues se nos ha permitido así participar activamente en la ampliación de la difusión del producto de muchos años de investigación al servicio de la protección de las libertades públicas y las garantías individuales.

Quiero también expresar mi gratitud al Profesor Mathiesen por la notable predisposición para colaborar ampliamente con el trabajo de traducción que efectuara de manera impecable Amanda Zamuner.

*

El Tercer Foro Social mundial que acaba de finalizar estos días en Porto Alegre, se realizó bajo el lema: *Un mundo mejor es posible*. Ello exige compromiso con los valores democráticos y creatividad en las reflexiones e investigaciones para la acción.

Por ello estimo que, tanto para la formulación, el sostenimiento y el aumento de los cargos que integran la acusación del *juicio a la prisión*, como para la elaboración de un proyecto alternativo al actual sistema penal que lo conviertan en uno de carácter democrático, la lectura de este libro resulta ineludible.

Y para prologar una obra excelente, qué mejor que dejar ello en manos del maestro y amigo Eugenio Raúl Zaffaroni.

Mario Luis Coriolano
La Plata, enero de 2003

Defensoría de Casación
Provincia de Buenos Aires

PRÓLOGO

1. El contenido crítico del presente libro de Mathiesen no requiere mayores explicaciones, debido a su meridiana claridad, mérito que en pocos años lo ha convertido en un clásico traducido a varias lenguas. Su difusión en castellano era necesaria, pero, además, es ahora sumamente oportuna: en las horas en que el péndulo de la historia se desplaza hacia una asfixiante irracionalidad extrema, libros como el presente representan una bocanada de aire que oxigena y alivia el rostro cianótico de un mundo amenazante. Por todo ello, es innecesario un prólogo cuando un libro se presenta por sí mismo y se difunde por su mero contenido.

2. No obstante –y sin que esto importe subestimar el criterio del lector– estimo que no sobran algunas reflexiones respecto de la situación y perspectiva latinoamericana y específicamente argentina, toda vez que el texto se basa en la experiencia de la prisión y del sistema penal de Escandinavia y de Gran Bretaña. Es obvio que la realidad es muy diferente en Latinoamérica y en los Estados Unidos. Por distintas razones en ambas áreas, algunos rasgos señalados por Mathiesen se presentan en América con mucha mayor brutalidad, asumiendo características que con frecuencia son homicidas y que, en ocasiones, bordean los límites del genocidio. En este continente el poder punitivo avanza sobre las garantías en forma progresiva e incesante, con franco retroceso del estado de derecho y de la civilización misma. Entre otras cosas, no podríamos afirmar aquí –como lo hace Mathiesen– que no hay condenas sin veredicto de culpabilidad, pues nuestras cárceles están repletas de condenados sin sentencia. El número de presos sin condena supera en mucho al de condenados, la prisión preventiva es la verdadera pena y la sentencia cumple la función de un recurso de revisión. El porcentaje de conde-

nados tiende a aumentar mediante el recurso a condenas sin juicio que, si por un lado puede ahorrar desgaste jurisdiccional inútil, por otro se desplaza fácilmente a una extorsión para los que carecen de recursos para una defensa eficaz, como sucede en los Estados Unidos. Todo ello sin contar con las penas de muerte sin proceso, impuestas y ejecutadas directamente por los mismos agentes del estado que debieran velar por su seguridad, ante la indiferencia de los políticos asustados por el crecimiento de la conflictividad social.

3. En nuestro continente nadie podría afirmar seriamente que la prisión cumple cualquier función *re* (resocializadora, reeducativa, rehabilitadora, reinsertiva, repersonalizante, etc.). Sólo una alteración grave de la sensopercepción permitiría afirmar alguna de esas funciones en la realidad, dado que no la cumplen ni los campos de concentración tradicionalmente llamados *prisiones* en nuestra región, ni tampoco las cárceles premoldeadas de los empresarios viajan con sus catálogos explicativos y que ofrecen a nuestros ministros en venta o en *leasing*, acompañados del crédito que engrosará nuestra deuda externa.

Lo que puede verse en las cárceles de nuestra región excede la imaginación de Dante y de Boscus juntos. Los índices de suicidios y homicidios son altísimos, las infecciones de HIV incontenibles. Los médicos son pocos y mal pagos. Los odontólogos se limitan a extraer piezas. Los tóxicos son parte del negocio carcelario. La alimentación es más que precaria y viola las convenciones de Ginebra. Las requisas son brutales y vejatorias, incluso a las visitas; a veces son revisiones anales y vaginales. El personal es pésimamente remunerado, reducido a condiciones de trabajo penosas, peligrosas y destructivas de toda autoestima por la función; los pocos que guardan su dignidad se ven sobrepasados por los corruptos y los burócratas. Los profesionales de la salud mental forman parte de ese funcionariado proletarizado y caen en la burocratización, reparten psicofármacos y por las dudas niegan todo beneficio. Los alojamientos privilegiados se cobran, y también algunos beneficios. Podríamos seguir con la lista de horrores, pero la interrumpo, por las mismas razones por las que ya no quiero visitar más cárceles en nuestra región, en la seguridad de que veré la reiteración de aberraciones conocidas. Nues-

tras prisiones no sólo producen una *infantilización* de los seres humanos prisioneros, con la consiguiente patología regresiva a etapas superadas por la vida adulta, sino una auténtica degradación y pérdida de autoestima y una ratificación fijadora de los peores roles desviados. La afirmación de Mathiesen respecto de la solución dominante cuando se plantea el conflicto entre seguridad y escolaridad, siempre decidido a favor del primero, es aquí palmaria. Una iniciativa como el centro universitario de Devoto en Buenos Aires, vive bajo constante amenaza de la burocracia y de los comunicadores patibularios.

4. La invocación de la prevención general en este continente no es menos irracional, aunque el mecanismo del sentido común no deja de funcionar a la perfección, ilusionando incluso a personas serias y hasta progresistas. Recuerdo a este respecto una vieja polémica con Carlos Santiago Nino, que era un hombre perspicaz, un investigador sumamente serio, un pensador progresista sin duda, un filósofo del derecho como pocos. Sin embargo, no lograba superar el impacto que le provocaba la crítica a la prevención general y me exigía la *prueba negativa* de que habla Mathiesen.

¿Nadie se da cuenta de que la prevención general la cumple todo el derecho y toda la ética social y casi nunca el poder punitivo? ¿Nadie se da cuenta de que la prevención general corre por cuenta de la familia, de los amigos, de los vecinos, de los colegas, de la comunidad? Tiene toda la razón el autor cuando dice que funciona para los que no la necesitan, pero que cuando la prevención general verdadera, la del poder punitivo no sirve, no funciona respecto de los que se supone que la necesitan. Por otra parte, ¿de qué prevención general puede hablarse frente a terroristas dispuestos a inmolarse en los atentados? ¿O respecto de presos que normalmente piensan que la vez anterior se equivocaron y que la próxima vez será la buena porque lo harán mejor? ¿Cómo no se dan cuenta de que no se puede trasladar la vivencia de quien no aparca el automóvil en lugar prohibido por temor a la multa o la de quien completamente alterado decide matar a su cónyuge, del compulsivo psicópata sexual que viola, del reducido a la miseria extrema tentado por la exhibición impúdica de riqueza de otros, etc.? ¿Cómo nadie se percata de que no puede haber ninguna prevención general cuando los poderosos impunes

demuestran que el delito rinde más que el trabajo en el mundo de desempleados?

La prevención general, además de pararse ante el ser nano con un palo —como ya lo destacara Hegel hace mucho— terminaría con la imposición de pena de muerte para todos los delitos, como también lo señaló hace décadas con extraordinaria perspicacia Giuseppe Bettiol. Y parece que por ese camino vamos, ante la inconsciencia de los legisladores que, con una irresponsabilidad sin precedentes, se dedican al deporte de aumentar penas invocando su efecto automático sobre la realidad, cuando lo único que consiguen es aumentar la iniquidad manifiesta del sistema, condenar a penas insólitas a los más idiotas y dejar siempre más vulnerables a las víctimas.

5. Afirma Mathiesen que es difícil responder si los tribunales tratan discriminatoriamente casos similares. Su afirmación corresponde a Escandinavia. En Latinoamérica y en los Estados Unidos no hay ninguna duda al respecto. Las listas de condenados a muerte en los Estados Unidos lo prueban acabadamente. Las investigaciones sobre condenas a violadores blancos y afroamericanos son incontestables. En la Argentina ya casi no hay presos de clase media, y la Corte Suprema de Justicia declaró que no pueden cometer delito de asociación ilícita los miembros de un gobierno, lo que implica en nuestra realidad que sólo pueden cometerlo los marginados que cortan rutas en protesta social, cuando en realidad el tipo de asociación ilícita es inconstitucional por tipificar un acto preparatorio muy lejano de todo peligro, cuya legalidad sólo podría sostenerse frente a delitos de muchísima gravedad. En los tribunales latinoamericanos, el pobre que carga características del estereotipo difundido por los medios masivos del discurso patibulario está condenado antes del juicio, y eso se comprueba sin exquisitas investigaciones de campo, con sólo mirar las estadísticas de condenas, la discriminación por profesionales y los rostros de los presos en las cárceles. Se supone que para nuestros sistemas penales las clases medias —en rápida vía de desaparición— y las clases altas no delinquen.

6. En cuanto a la *teoría de la justicia* que menciona Mathiesen (llamada *neoclásica*) creo sinceramente –y no me considero irreverente por ello– que es un producto anglosajón que con casi doscientos años de atraso descubre a Kant, a Hegel y al idealismo alemán. No es nada diferente del viejo retribucionismo o talión del filósofo de Königsberg, aunque considerablemente empobrecido, porque si no se parte de la misma idea contractualista y de todo el armazón del kantismo o del hegelianismo, queda huérfano de sustento. De allí que caiga en lo que Mathiesen llama *circularidad*. ¿Qué es lo que nos indica que un hurto vale de un mes a un año y un homicidio de ocho a veinticinco años? La proporción entre una y otra lesión. ¿Pero quién nos puede probar la racionalidad y la justicia de que todas esas lesiones se midan en tiempo? No sabemos dónde está sustentado el sistema mismo de esas respuestas, la proporción aparentemente racional entre las respuestas (por otra parte, cada día menor por obra de las constantes agravaciones sancionadas por legisladores irresponsables) nada dicen respecto al todo. Tiene toda la razón Mathiesen cuando afirma que el padecimiento de la víctima y el del victimario (en los raros casos en que es penado) no tienen comparación posible. ¿Cómo puede compararse el dolor de una lesión física, la indignación y el desamparo del privado de su dinero, la vergüenza y la lesión a la autoestima de la víctima de delito sexual, con el sometimiento de un ser humano a un campo de concentración? De allí que antes se hablase de penas *naturales* (según la naturaleza del delito) y que sólo la unificación contractualista de la revolución industrial permitiese unificar todas las penas a tiempos de prisión, como *precio* por la violación del contrato social, del mismo modo que unificaron las medidas lineales y de superficie, los sistemas decimales, monetarios, etc., para facilitar las transacciones. No en vano Beccaria no volvió a tratar el tema penal en el resto de su vida y se dedicó a escribir sobre unificación de penas y medidas.

Es como si todo el sistema se colgase del vacío, como en la teoría newtoniana. Newton afirmaba que la gravedad regía las fuerzas entre los planetas. ¿Pero quién sostenía a todos los planetas y al sol? Su respuesta era *Dios*. Pero los *neoretribucionistas* no parecen tener respuesta alguna y eso es preci-

samente su *circularidad*. Por otra parte, no pueden ocultar que se trata de una construcción meramente *deductiva* (eminentemente idealista), sin sustento en datos de la realidad. Mal podrían admitir esos datos, pues el primer escollo con que se enfrentarían sería el de la aberrante selectividad del poder punitivo, especialmente en nuestra región. Ese fue el obstáculo que vio claramente Kant y, precisamente por eso, su teoría era absolutamente deductiva, sin admitir metodológicamente *contaminación* alguna de información empírica. Los *neoclásicos* o *neoretribucionistas* anglosajones no lo comprendieron del todo, por lo cual a veces entran en contradicciones.

7. Mathiesen le dedica demasiado espacio a la respuesta a James Q. Wilson, autor muy poco serio. Junto a Richard J. Herrnstein publicó por los años de la aparición de este libro una pretendida criminología *reaganiana*, que no era más que una aburrida y confusa recopilación de datos, argumentos y teorías biologists de los años treinta (investigaciones con mellizos univitelinos, por ejemplo, presentadas como novedad), que fue promovida con técnicas de *marketing* en los principales diarios y presentada con rostro de seriedad: *un estudio definitivo sobre las causas del crimen*, anunciaba su faja de publicidad. Pocos años después, el coautor de Wilson, Richard J. Herrnstein, junto con Charles Murray, publicaron otro libro (*The Bell Curve*), reverdeciendo y presentando como novedosas las viejas teorías racistas de los años veinte contra afroamericanos y orientales, usadas entre las dos guerras por la administración migratoria de los Estados Unidos y que fascinaba a Hitler, según lo expresa en *Mein Kampf*. No creemos que valga la pena responder académicamente a semejante personaje.

8. Desde la primera edición de este libro y aun desde su actualización, los acontecimientos mundiales se precipitaron y el mundo se volvió más amenazante. Los sentimientos nacionales parecen reducirse al fútbol mientras una nueva forma de colonialismo tolera virreyes nombrados por organismos incomprensibles, se disuelven los lazos comunitarios, se polariza cada día más la riqueza, los vínculos solidarios desaparecen, las personas parecen estar más dispuestas a creer en los *ovnis* que en el amor y, en general, la globalización es un momento de poder cuya dinámica conduce a una creciente

corrupción, a la supresión de todo límite ético y legal, a la legitimación de los delitos económicos cometidos a nivel mundial, a un enfrentamiento del capitalismo financiero con el productivo, con creciente pérdida de este último. Países y regiones son destruidas y la nuestra sufre un retroceso formidable por efecto de intereses financieros de poder ilimitado que dominan los organismos internacionales y el gobierno de la mayor potencia mundial, encumbrado mediante el fraude electoral y mantenido por la propaganda planetaria del discurso único o fundamentalismo de mercado. El sistema penal de los Estados Unidos se ha convertido en una verdadera afrenta a la civilización, por obra de los políticos transformados en *conseguidores de votos* que apelan al *discurso patibulario*, llegando al extremo trágico e inmoral de rodear al candidato a gobernador con las fotografías de todos los condenados a muerte en cámara de gas o con la inyección letal a los que negó la conmutación durante su mandato, como muestra de su *mano dura* admirada por el pueblo que lo vota para que lo castigue. El número de prisioneros llega a límites jamás vistos en toda su historia y el formidable aparato que lo mantiene sirve para demandar servicios que permiten mantener un bajo índice de desempleo. La propaganda de este sistema aberrante también se planetariza mediante la comunicación de entretenimientos (series televisivas policiales) y nuestros políticos agregan a sus defectos folklóricos los que les suman sus viajes para ver en el terreno los beneficios de la *tolerancia cero* o los que les aconsejan sus asesores de campaña importados de los Estados Unidos y pagados en suculentas sumas dolarizadas, para aconsejarles cómo se pueden vender con técnicas de venta de *gaseosas*.

9. En los Estados Unidos se alimenta una nueva emergencia, esta vez representada por el terrorismo, en virtud de la cual el gobierno de Bush pretende arrasar con todo límite o garantía, de la misma manera que se lo hizo antes con pretexto de drogas, antes con el del comunismo internacional, antes con el del alcoholismo, antes con el de la sífilis, y así hasta llegar a las brujas y al diablo en la inquisición, cuyas características procesales se nos imponen y nuestros legisladores las incluyen alegremente en los códigos, como novedades recién inventadas. Lo notable de esto -y lo cualitativamente novedo-

so- finca en que el diablo tenía bastante poca capacidad destructiva y, por ende, se lo podía invocar sin mayores riesgos para obtener otros resultados, pero la posibilidad de empleo de tecnología de altísimo potencial destructivo masivo de seres humanos y de bienes es hoy una realidad y es muy peligroso invocarla para obtener otros resultados, porque corremos el riesgo de volar todos por los aires o de morir sin volar. La prueba más contundente de que el poder punitivo interesa por su modo de ejercicio controlador y no por lo que se dice, es que los Estados Unidos invierten treinta mil millones de dólares con discurso de seguridad, que seguramente sirven para otros fines, porque es claro que no sirven para seguridad, desde que pocas personas extranjeras y bastante visibles, se entrenaron para pilotear en escuelas locales y armadas con los elementos agresivos más antiguos de la humanidad (punzocortantes) demolieron las torres el 11 de septiembre. Ahora en todos los aeropuertos nos quitan los cortauñas y aspiran a que todo sea de plástico para poder controlarlo desde sus computadoras.

10. Nuestros políticos están aterrorizados y se han convertido en figuras mediáticas que tartamudean frente a las cámaras o que dicen insensateces inconmensurables, sin atinar a nada. Nuestras policías latinoamericanas se van deteriorando a medida que se autonomizan de las autoridades políticas, se van sumiendo en el cáncer institucional de la corrupción, manejan fondos de recaudación ilícita propios, los agentes del estado convierten a las instituciones en explotadoras de la prostitución (*rufianes* es la expresión técnica precisa), el juego clandestino, la distribución de tóxicos, la trata de personas y los mil tráficos prohibidos potenciados por la globalización de las comunicaciones. No dudan en cometer homicidios para generar sensación de caos y derrocar gobiernos, como nueva modalidad de golpes de estado, ahora policiales en lugar de militares y a veces con clara complicidad de sectores políticos. El 20 de diciembre de 2001, elementos policiales mataron a ocho personas en el centro de Buenos Aires para derrocar a su jefe en una lucha interna; el 26 de junio de 2002 policías de la provincia de Buenos Aires mataron a dos personas en Avellaneda para causar caos; dos días antes hubo un sospechosísimo ametrallamiento del frente de la sede municipal de

Rio de Janeiro, ampliamente publicitado como un atentado del crimen organizado (en 1994 cometieron un homicidio masivo en una *favela*, consiguiendo desestabilizar al gobierno del estado). Y los políticos insisten en autonomizar cada día más a las cúpulas policiales, de las que quedan prisioneros. El discurso patibulario es ampliamente difundido por medios masivos racistas, cuando no sectarios y mercenarios, incitando a la violencia entre la población, al odio contra los inmigrantes más humildes, a la mayor autonomía policial y a resolver todo con leyes penales que aumentan penas, restringen la excarcelación, amplían el número de presos sin condena, suman más presos a cárceles ya superpobladas, provocan motines con resultado de presos y personal muertos, amedrentan a los magistrados, dejan entrever la necesidad de fusilamientos sin condena, fomentan la tenencia de armas, causan la muerte de policías y de víctimas y, en general, contribuyen como pocos a destruir el ya debilitado tejido social.

11. Si esta es la situación en América, la realidad europea no alcanza esos límites de gravedad, pero tampoco sus perspectivas parecen ser mejores. Europa se olvida rápidamente de que fue cuna de los peores racismos que llevaron a las empresas coloniales y neocoloniales más genocidas de la historia y al Holocausto, y renueva hoy el racismo más o menos teñido de superioridad o inferioridad cultural. Franz Boaz se horrorizaría ante la perversión de sus teorías y el uso de la cultura para jerarquizar seres humanos. Y no se trata sólo de la derecha: el prelado Biffi en Bologna sostiene que no debe aceptarse la inmigración musulmana porque es extraña al cristianismo, pero también lo postula Giovanni Sartori, pero porque los musulmanes no llegaron al Iluminismo; por cierto, ninguno de ellos menciona que la mayoría de los musulmanes que llegan son negros. La ex Yugoslavia no es una anécdota y también queda en Europa. Al tiempo que necesitan inmigrantes para compensar la vejez de sus poblaciones, los estigmatizan como *extracomunitarios*, tratan de crear una fortaleza inexpugnable para impedirles la entrada, dificultan la reunión de las familias, persiguen su comercio en las calles, temen el mestizaje sin distinción de color de piel y, sobre todo, les atribuyen todos los males del debilitamiento de sus estados de

bienestar, cuando en realidad necesitan de sus aportes previsionales para seguir manteniéndolo, porque de lo contrario la clase activa reducida –los pocos jóvenes– no pueden mantener una clase pasiva creciente. Las derechas explotan sin piedad estos sentimientos y ya no se trata de partidos minoritarios sino de gobiernos que proyectan leyes cada día más restrictivas contra los *extracomunitarios*. Hay cierta prudencia con las leyes penales, pero tampoco pueden sustraerse totalmente de la influencia de las campañas de *ley y orden* de la propaganda de la administración norteamericana mundializada. El número de presos va en ascenso, como lo prueba Mathiesen, incluso revirtiendo tendencias decrecientes anteriores, como en el caso de Alemania, hoy gobernada por la socialdemocracia.

12. Bien señala Mathiesen las posibles etapas en el uso de la prisión: la de ruptura del orden feudal en los siglos XVI y XVII, la del surgimiento del nuevo modelo de producción en el siglo XIX y la actual, de creciente crisis de legitimidad. Esta última, que apenas se inicia, con las variables propias de diferentes situaciones (europea, latinoamericana, norteamericana) tiene en común la característica de avanzar sobre las garantías de los ciudadanos tratando de relegitimar a estados debilitados y cada vez más ausentes de los grandes problemas sociales, reforzando su imagen de proveedor de seguridad mediante el poder punitivo. *Por doquier ofrece seguridad a cambio de libertad, cuando no hace más que aumentar la inseguridad y limitar las libertades*. Se dice que la modernidad está en crisis, con lo que se quiere significar que la vieja idea del estado de derecho y de la democracia representativa están en crisis. Efectivamente, están en crisis, porque son negados ostensiblemente por la dictadura mundial del capital financiero que avanza como una máquina infernal que nadie parece tener poder para detener. La ausencia de toda autoridad supranacional frente a este poder incontenible provoca una anarquía mundial nunca vista en estas dimensiones. Sin duda que estamos frente a una nueva etapa inédita del poder planetario, con terribles consecuencias sobre el poder punitivo y los sistemas penales y, por ende, sobre los ideales civilizatorios.

13. Frente a esto, Mathiesen deposita sus esperanzas en las fuerzas progresistas. Con prudencia crítica al *nuevo realismo de izquierda*, que es una especie de vuelta bienpensante de las críticas más radicales. Todos sabíamos que las críticas extremas llevaban a la impotencia, que por izquierda radicalizada se llegaba también a la parálisis y, por cierto que esto sucedió. No pedíamos prudencia y análisis por los burgueses, sino por realistas. Pero el realismo ni puede llevarnos a la condescendencia con los discursos de los comunicadores fascistas, o sea, con los políticos asustados que hacen concesiones represivas para obtener votos. La socialdemocracia alemana apartó a los judíos de sus conducciones para captar votos en los tempranos treinta, y luego en el exilio –los que llegaron y sobrevivieron– reconocieron su error. Sumarse a los prejuicios para obtener votos es suicida para cualquier fuerza progresista. Los reaccionarios siempre vienen por más, y por mucho que Clinton haya cambiado a su ministro académico y respetable por una señora que le recomendó plegarse a la *tercera es la vencida*, la experiencia culminó con un presidente elegido por los jueces nominados por el partido republicano en la Corte Suprema. El camino de la condescendencia con los reaccionarios del pensamiento patibulario no es viable. No es posible frente a un gobernador (como el que hasta fines del 2001 desempeñara un triste papel en la Provincia de Buenos Aires, amenazando magistrados) que quiere resolver los problemas con balas e incita a su policía a disparar; esa irresponsabilidad no puede merecer otra cosa que repudio, nunca condescendencia. Las izquierdas dejan de serlo cuando entran en este juego mediático y se suman a la reafirmación de los peores prejuicios con criterio de especulación política. Cuando eso sucede, el discurso político se vuelve monocorde y se desprestigia la política misma, con extremo peligro para todo el sistema. Una izquierda que cree que puede captar votos sumándose a los prejuicios del pensamiento patibulario elige el camino del suicidio. En la Argentina se implosionó el emergente tercer partido –en un momento, promisorio fuerza progresista– por este error, que no es táctico, sino estratégico. No se pueden ganar elecciones a costa de la identidad, porque se terminan perdiendo las elecciones y la identidad. Cuando la táctica predomina sobre la estrategia termina reemplazán-

dola y acaba en un actual para nada, en la insensatez, en el ridículo.

14. Es claro que no es a estos progresismos suicidas a los que se refiere Mathiesen cuando confía en que ellos darán la salida. Lo precisa cuando percibe claramente que se trata de un problema de comunicación. Hace cuatrocientos años, Friedrich Spee von Langenfeld, quizá el primer criminólogo crítico de la historia y precursor del liberalismo penal, se preguntaba en su *Cautio criminalis* cuáles eran las causas de la permanencia de la irracional persecución y asesinato de mujeres indefensas, y respondía que eran cuatro: ante todo, el prejuicio, o sea una comunicación reiterada de hechos falsos; seguía la indiferencia de los gobernantes, que obtenían beneficio al atribuir todos los males al demonio y quedar automáticamente excluidos de toda responsabilidad; luego señalaba los discursos de los dominicos y de quienes los toleraban y alimentaban en la Iglesia, racionalizando los prejuicios y confirmando los con su autoridad intelectual; y por último –pero no por ello menos importante– la corrupción, dado que los *jueces y burócratas cobraban por cabeza de bruja quemada, y porque también habían organizado un sistema mafioso de colectas solicitando contribuciones casa por casa*. Nada muy diferente sigue pasando con el poder punitivo actual, o sea que la Edad Media no ha terminado porque el poder que en ella se generó sigue alimentándose de la misma manera: los medios masivos patibularios alimentan el prejuicio de que la culpa de la violencia la tienen los ladronzuelos y que éstos son en su mayoría o en buena parte inmigrantes; los políticos como Ruckauf aprovechan para eximirse de toda responsabilidad por los desastres de sus administraciones y el caos económico; algunos académicos se suben a las abstracciones para confirmar la legitimidad del poder punitivo; las cúpulas policiales y algunos funcionarios aledaños se benefician con la corrupción del sistema.

15. Pareciera que no hay salida, pero no es así. Mathiesen propone comenzar por una comunicación alternativa que enfrente la producción artificial del pánico moral. Llama a esto un *espacio público alternativo* separado del *infotainment* (información/entretenimiento) de la comunicación masiva corriente, que refuerza el prejuicio de que el poder punitivo es la

única forma de contener la violencia (oculta su carácter de reproductor y potenciador de violencia), magnifica la gravedad de los conflictos criminalizados, favorece el avance del autoritarismo represivo, atemoriza a los magistrados y en especial a los políticos, divulga el pánico con la emergencia penal de turno, aumenta la inseguridad pública y se monta sobre los peores prejuicios racistas, clasistas y discriminatorios en general. Sin duda que se trata de la primera medida para salir del círculo de represividad que acompaña al discurso único. Si tomamos los cuatro factores de subsistencia de esta irracionalidad que señalaba Spee en 1631 y que conservan toda su vigencia (dado que el fenómeno no ha variado estructuralmente) no cabe duda de que Mathiesen comienza por el principio, o sea, por destruir los prejuicios apelando a una comunicación alternativa. También es verdad que esta comunicación puede ser favorecida por la tecnología electrónica y el abaratamiento de los equipos de comunicación más usuales (radiotelefonía, canales de cable, etc.). Sin duda que los marginados del mundo pueden hoy comunicarse y conocerse, salvo en las situaciones extremas de algunos países, especialmente los africanos.

16. Pero no podemos ser gratuitamente ingenuos. La dictadura mundial del pensamiento único está provocando una polarización de riqueza de tal magnitud que sólo puede ser sostenida mediante represión. La represión no se llevará a cabo mediante una técnica de control directo, como sucedía en el siglo XIX y en buena parte del XX. Rara vez habrá ejércitos rodeando nuestras *villas miseria*, *pueblos jóvenes* o *favelas*. El control se lleva a cabo aumentando hasta el infinito las contradicciones entre los propios excluidos, para que se maten entre los criminalizados, los policizados y los victimizados, todos del mismo sector excluido. *Que se maten entre los pobres* es la nueva consigna controladora. La Francia de Vichy le ahorró soldados a los alemanes para controlar su territorio; la policía de Petain se encargaba de eso. Hoy se usa la táctica de Vichy y hay innumerables Petain y muchos más Laval. Los policías, los criminalizados y los victimizados pertenecen al mismo sector de exclusión social, que vive predominantemente bajo la línea de pobreza. Sus contradicciones no sólo generan violencia interna de la propia clase social, sino que impiden la

toma de consciencia de la situación social en que se hallan, toda tentativa de coalición orgánica y, en definitiva, todo protagonismo político. Son altamente funcionales al modelo de dictadura mundial porque les priva de la ciudadanía real y les recorta los espacios de libertad que podían tener para ejercerla. La lucha no va a ser fácil. Hay muertes que generan heridas y odios difíciles de cicatrizar entre los del mismo estrato social. Se niegan a creer la realidad, porque se comprometieron mucho con los embustes del sistema. Algunos quizá no podrían resistir psíquicamente la realidad. No se trata de un camino sencillo, aunque es imprescindible comenzar a recorrerlo.

17. Y llegará el día en que pueda revertirse esta tendencia, en que la población abomine de los políticos que practican la demagogia retributiva y de los operadores que manipulan con el discurso patibulario. Pero eso sólo será cuando se opere un fenómeno mayor del que esta consecuencia no puede separarse: cuando los excluidos tomen real consciencia de su situación y de la táctica que se emplea para controlarlos y neutralizarlos. Y esto sólo lo producirá la información, no sólo la alternativa mediante canales no muy convencionales, sino también la información científica y técnica. La política más inmediata para impulsar la nueva dialéctica entre excluidos e incluidos debe procurar la *garantía de condiciones mínimas de alimentación, salud e instrucción* para los excluidos. Por debilitados que estén los estados, este objetivo puede lograrse aun mediante las manifestaciones estatales secundarias y terciarias (provincias y municipios) bien administrados. Asegurando de este modo la supervivencia de los excluidos y la instrucción necesaria para aprovechar la información, ellos mismos se ocuparán de proporcionar la propia información y eso será favorecido por las contradicciones internas del propio proceso de globalización con su creciente abaratamiento y facilitación competitiva en el área de la comunicación. Los incluidos carecen de tiempo para aprovechar toda la *información no basada* que reciben; los excluidos lo tienen sobradamente. *Si poder es saber, es menester apoderarse del saber*. Este apoderamiento del saber permitirá: a) la competencia con los incluidos, b) su empleo diferencial y contracultural respecto de los incluidos y c) el surgimiento de culturas globalizadas conforme a

nuevas o reactivas normas para utilización del saber. Tarde o temprano alguien comenzará a señalar este camino y lo liderará. Organizar el formidable caudal de tiempo que tienen los excluidos para que se apoderen del saber –que es el nuevo palacio de invierno– será la clave. Cuando de las *villas miseria*, de los *pueblos jóvenes*, de las *favelas*, comiencen a salir administradores, técnicos, ingenieros, filósofos, escritores, artistas, economistas, abogados, médicos, el poder será de los excluidos y la propaganda incitadora de la violencia caerá en el vacío. Para ello debemos comprender que la propia globalización nos permite a poco costo trabajar en nuestras casas casi con los mismos materiales que en los grandes centros académicos y científicos del mundo desarrollado. Sólo la coalición para apoderarse del poder –que hoy más que nunca está claro que es el saber– es el camino posible para superar la exclusión en tiempos de globalización de dictadura mundial del pensamiento único, y el discurso patibulario (que es su manifestación político-criminal) es uno de los mayores obstáculos, porque es el arma más fuerte para demorar esta dialéctica inevitable. La lectura de este libro es indispensable para ordenar el discurso de resistencia a uno de los aspectos más embusteros, perversos y criminales de la actual dictadura planetaria.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Julio de 2002

Departamento de Derecho Penal y Criminología
Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

Para Sindre y Snorre... por un mejor futuro

PREFACIO A LA PRIMERA EDICIÓN INGLESA

En la década de 1980 se asistió a un crecimiento espectacular de las poblaciones carcelarias en Europa occidental y Norteamérica. Con excepción de algunos países, las cifras de tales poblaciones han ido en permanente aumento, abriéndose continuamente nuevas cárceles para satisfacer el número creciente de presos. Al ingresar en la década de 1990, muchos países, en especial Gran Bretaña y EE.UU., han sido testigos de un nuevo y mayor énfasis en la cárcel como modo de castigo impuesto por la sociedad.

Esta situación hace surgir con mayor fuerza que nunca la cuestión de si la cárcel es defendible. En la sociedad moderna, ¿es realmente defendible la cárcel como uno de los principales tipos de castigo y sanción?

He aquí pues el tema central del presente libro. En toda la literatura penal, sociológica y criminológica, existen abundantes testimonios que arrojan luz sobre la cuestión. Sin embargo se encuentran dispersos y constituyen un secreto a medias de los investigadores profesionales en el área. En este libro intento recoger testimonios de una amplia gama de fuentes, haciendo de este modo una evaluación de la cárcel como modo de castigo.

Este volumen es una edición revisada y actualizada de una versión noruega (Mathiesen, 1987, publicada por Pax Publishers, Oslo). También ha sido publicado en sueco, danés y alemán, y próximamente en finés e italiano.

Deseo expresar mi sincero agradecimiento a los miembros y participantes de la organización carcelaria noruega KROM –Asociación Noruega para la Reforma Penal–, por el estímulo y el apoyo continuos durante la preparación de la versión tanto noruega como inglesa.

Vaya un agradecimiento especial para el Dr. Russel Dobash, de la Universidad de Stirling, por su gran interés y apoyo durante la crítica fase inicial de preparación de la versión inglesa.

Thomas Mathiesen

Oslo

PREFACIO A LA EDICIÓN EN ESPAÑOL

A fines de 1999 realicé mi primera visita a la Argentina. No fue muy larga. Di algunas conferencias en la ciudad de La Plata -invitado por la Defensoría de Casación de la provincia de Buenos Aires-, y conocí algunos lugares. Pero estuve allí el tiempo suficiente como para tener la impresión de un pueblo caracterizado por una calidez, amabilidad y compasión inusuales. Muy pocas veces me sucedió irme de un país en el que había estado de visita con un sentimiento de tristeza tan grande.

El vuelo que me llevó de regreso, de Buenos Aires a Frankfurt, y luego de Frankfurt a Oslo donde vivo, duró muchas horas. Durante el largo viaje me quedé reflexionando acerca del conflicto que había podido percibir en Argentina: un conflicto entre esa calidez, amabilidad y compasión de su gente, por una parte, y, por la otra, la existencia de grandes cárceles, muchas de ellas inhumanas según cualquier estándar de humanidad.

No tiene sentido moralizar. En primer lugar, la cárcel no es una institución creada por la gente. Es una institución inventada y sostenida por políticos y burócratas de alto rango que encuentra fundamento en la historia política en un sentido amplio. Además, Argentina no es la única que cuenta con cárceles como las que tuve ocasión de ver allí. Otros países latinoamericanos también las tienen. También los Estados Unidos, Rusia, China las tienen. Europa también. Incluso países pequeños y periféricos como Noruega -mi país- cuenta con ellas. Las cárceles de un país deben ser juzgadas según el contexto social y el estándar de vida que existe en ese país. Si se juzga de esta manera, Noruega cuenta con sus propias cárceles inhumanas, y como ejemplo principal están las cárceles para reincidentes.

Existe también otra similitud. Los presuntos fines de la cárcel como institución son bastante parecidos en todos lados. Por supuesto, existen variaciones en el tiempo y el espacio: variaciones a lo largo de períodos históricos y los distintos contextos culturales. Pero las variaciones son más bien diferencias en el énfasis. Uno de los fines es el de la rehabilitación. Se debe ayudar, o de alguna forma enseñar, a los presos a comportarse. Otro es la prevención general. Poniendo detrás de las rejas a algunos, debe disuadirse a otros de cometer actos que definimos como delictivos. Un tercer fin es la inhabilitación. La capacidad del preso de cometer actos que definimos como delictivos debe ser coartada por medio del encarcelamiento detrás de muros. Un cuarto fin es la justicia. Se debe lograr justicia equilibrando el delito con tiempo en la cárcel. Se comentan los posibles conflictos entre estos fines, así como los argumentos para el logro de fines que son, mayormente, especulativos e ideológicos.

Sinópticamente, este libro revisa las pruebas internacionales concretas de las que disponemos respecto de los objetivos de la cárcel. De manera abrumadora, estas pruebas demuestran que los fines de la cárcel no se logran. No se rehabilita a los presos. No se disuade a otros de cometer delitos. No se inhabilita a los presos, sino que mantienen –en realidad, incrementan– su capacidad de cometer delitos, tanto dentro como fuera de los muros de la cárcel. No se logra justicia. Cuando se la evalúa en términos de los propios objetivos declarados, *la cárcel es un completo fracaso*.

La cárcel es también un fracaso en un sentido humano. Los padecimientos de la cárcel no se infligen solamente a los delincuentes que están dentro de las cárceles. Se inflige dolor y padecimientos también a los padres, esposas, hijos y amigos de todos esos hombres (en su mayoría, son hombres) que están detrás de los muros. Esto significa que en todo país se castiga con prisión –de hecho– a un gran número de habitantes, mucho mayor que la cantidad de presos. Podría decirse que el delincuente es responsable de ello. A pesar de que no debemos quitar el grado de responsabilidad que le cabe al delincuente, la respuesta no se sostiene. En primer lugar, decir que el delincuente es responsable no ayuda en lo más mínimo al amplio círculo de padres, esposas, hijos y amigos.

En segundo lugar, afuera, somos responsables por el uso de un modo de reaccionar tan perimido, inhumano y absurdo.

Todas estas cuestiones nos lleva a preguntar qué debe hacerse. En primer término, como mínimo, debe reducirse en mucho el uso de las cárceles. Con lo contraproducentes que resultan, la sociedad bien puede estar mejor sin ellas. En segundo término, se debe dirigir la atención hacia los rasgos estructurales de la sociedad, que –ahora sabemos– producen conductas antisociales. Existe una correlación aproximada pero importante entre, por un lado, la pobreza y el conflicto de clases y, por el otro, el delito en una sociedad. Deberíamos enfocar la atención en esos temas. En tercer término, se debería poner mucha mayor atención a la integración del delincuente en la comunidad, vale decir, en la inclusión en lugar de la exclusión. Ya sabemos bastante de cómo llevar esto a cabo, y deberíamos ser imaginativos e ingeniosos para intentar nuevas formas de hacerlo. En cuarto término, debería ponerse atención a las víctimas del delito. Con frecuencia se sostiene que el encarcelamiento del delincuente es en el interés de la víctima. En la gran mayoría de los casos, nada podría estar más alejado de la verdad. Debería desarrollarse un programa nuevo y vital para ir en auxilio de las víctimas.

En este libro trato todas estas cuestiones. Espero –en realidad, creo– que los argumentos en contra de la cárcel y a favor de un pensamiento alternativo en un sentido amplio de la palabra hallen terreno fértil en Argentina así como en otros países latinoamericanos.

Mi agradecimiento a los amigos argentinos que impulsaron la traducción de este libro. Un agradecimiento especial al Dr. Mario Coriolano –Defensor de Casación de la Provincia de Buenos Aires– y a Amanda Zamuner por su gran apoyo; a Amanda Zamuner en particular por su muy competente y cuidadosa traducción del libro del inglés al español.

Thomas Mathiesen

Oslo, mayo de 2001

CAPÍTULO I

¿ES DEFENDIBLE LA CARCEL?

Un sistema en crecimiento

“El fenómeno alcanza dimensiones europeas”. Así escribía Michel Foucault en 1961 acerca del repentino y rápido crecimiento de los nuevos establecimientos de reclusión en el siglo XVII, en los cuales se confinó a decenas de miles de personas en pocas décadas. En su libro sobre el tema, intituló “La gran reclusión” al capítulo principal sobre el crecimiento de los nuevos establecimientos (*Foucault*, 1967, cap. 6).

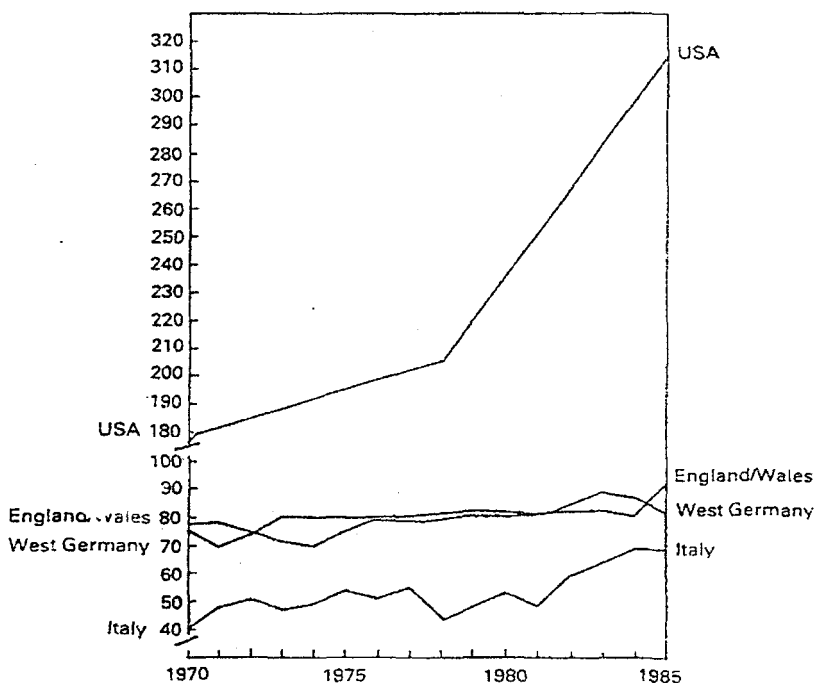
Ese título, “La gran reclusión”, bien podría ser utilizado respecto de la situación del sistema carcelario europeo en nuestros días, a fines del siglo XX. Y a pesar de que no pueda llevarse a cabo comparaciones precisas de cantidades y proporciones, podría decirse también que el fenómeno alcanza, a fines del siglo XX, “dimensiones europeas”.

En nuestros días, como en el siglo XVII, los grandes países centrales de Europa occidental están a la cabeza del crecimiento espectacular de las poblaciones carcelarias. Agréguese Norteamérica y se tendrá un cuadro más acabado de nuestros tiempos.

La figura 1.1 muestra el aumento de las poblaciones carcelarias entre 1970 y 1985 en cuatro países occidentales seleccionados: EE.UU., Inglaterra y Gales, Alemania Occidental e Italia. EE.UU. lleva la delantera, con un aumento de alrededor de 180 presos por cada 100.000 personas en 1970, a poco menos de 320 en 1985: un incremento de alrededor del 106% en quince años. Esto incluye cárceles federales, del estado y locales. En las del estado, el incremento fue aún más marcado: 156% (basado en Rutherford, 1986:49). Inglaterra y Gales presentan un aumento que va de menos de 80 a casi

100 por 100.000. Las cifras en Inglaterra y Gales son todavía más alarmantes, debido a que *bajaron* durante los primeros años de la década de 1970, hasta alcanzar un poco más de 70 en 1974. Enseguida volveremos a esta tendencia temporaria. Baste decir aquí que ésta revela un aumento importante de las poblaciones carcelarias inglesas/galesas en pocos años. Italia muestra un aumento que va de poco más de 40 a más de 70 por 100.000 durante el periodo, lo cual significaría casi la duplicación de la población carcelaria en un periodo de quince años. A pesar de que Italia ha mostrado una disminución después de ese lapso (ver más abajo), el único de estos cuatro países que durante el periodo muestra una reversión completa de la tendencia es Alemania Occidental, con un sostenido aumento hasta 1983, pero una caída importante e interesante después de dicho año.

Fig. 1.1 *Cantidad promedio de presos por 100.000 habitantes en EE.UU., Inglaterra/Gales, Alemania Occidental e Italia 1970-85.*



Fuentes consultadas:

EE.UU.: Rutherford, 1986. Cifras sólo de 1970, 1978 y 1985. Los guarismos incluyen cárceles federales, del estado y locales. Para los que incluyen sólo federales y del estado, véase Austin y Krisberg, 1985:18.

Inglaterra/Gales: 1970-84: *Prison Statistics England and Wales* (1977 y 1984), Londres: HMSO. 1985: Sim, 1986: 41.

Alemania Occidental: 1970-84: "Strafvollzug 1984", Rechtspflege Fachserie 10, Statistisches Bundesamt Wiesbaden. 1985: información del Statistisches Bundesamt Wiesbaden.

Italia: 1970-82: *The Prisons in Italy: History, Development, Perspectives* (1985), Ministero di Grazia e Giustizia; Ufficio Studi, Ricerche e Documentazione. 1983-85: información del Ufficio Studi, Ricerche e Documentazione.

¿Por qué la caída en Alemania Occidental? El proceso comenzó con la prisión preventiva de presos en 1982, siguió con presos menores de edad en 1983 y presos adultos condenados en 1985 (Feest, 1988). El cambio no puede ser explicado por el índice de desempleo (que ha experimentado un drástico aumento en lugar de una disminución). Sólo puede ser explicado tangencialmente por factores demográficos (en la actualidad existen cohortes de nacimiento más reducidas, pero cualquier efecto importante del tamaño de la cohorte sólo hubiera podido alcanzar los tribunales penales para adultos en 1988 como muy temprano). El índice de delincuencia nada puede explicar (ha crecido, o bien disminuido levemente en el caso de delitos penados con cárcel). No ha habido cambios importantes en la legislación (Feest, 1988: 4-6). Por lo tanto la disminución —dice Feest— es atribuible a cambios en la práctica de los fiscales y/o jueces.

Feest llama la atención sobre los fiscales en particular, y se plantea si una larga tradición de crítica académica de la cárcel preventiva, un creciente número de alternativas ambulatorias con una función educativa relacionada con los fiscales, y el movimiento en contra de la construcción de cárceles canalizado a través del partido de los Verdes, pueden ser factores de fondo importantes que expliquen una mayor moderación por parte de fiscales y jueces. Ahora bien, estos factores de fondo están también presentes, en parte, en otros países. ¿Es posible que su activación particular en el contexto alemán se produzca a raíz de la oscura experiencia política alemana del pasado más reciente, una experiencia no compartida (o no

en el mismo grado) por otros países, y que advierte seriamente sobre los peligros del crecimiento ilimitado del uso de la fuerza física por parte del estado? No lo sabemos; pero la práctica de imposición de condenas parece ser, al menos, un factor que en parte mantiene controladas las cifras.

Ahora bien, Alemania Occidental es el caso atípico para el período que nos interesa, no sólo comparado con los otros tres países en la figura 1.1, sino comparado con otros grandes estados europeos. Además, la presión sobre los sistemas carcelarios también ha sido importante en países europeos más pequeños, como Suecia, Dinamarca y Noruega. Los administradores del sistema carcelario se preocuparon mucho por la sobrecarga en las cárceles escandinavas. En Noruega, la presión no ha llevado a un aumento importante de la población carcelaria, sino a una lista de espera bastante considerable: ahora se tiene que "hacer fila" para cumplir la condena. El país tiene alrededor de 2.000 presos (efectivos) al mismo tiempo, y —en 1985— alrededor de 6.500 en lista de espera. La lista aumentó un 49% entre 1981 y 1985. Por supuesto, existen prioridades en ella: los delincuentes vinculados a las drogas y los delincuentes violentos no tienen que esperar. Sin embargo, la lista no incluye sólo delincuentes menores. De este modo, a fines de 1985, alrededor del 52 % de la lista estaba constituido por personas que *no* habían sido condenadas por conducir en estado de ebriedad (en ese entonces, conducir con una concentración de alcohol de 0,05% implicaba automáticamente tres semanas o más de cárcel). Finlandia es el único país nórdico con una baja sostenida de sus (altas) cifras carcelarias durante este período.

Pasemos a un panorama sucinto de la situación en Europa Occidental. En cuanto a los Estados Miembros del Consejo de Europa, las cifras carcelarias correspondientes al 1 de febrero de 1986 fueron calculadas sobre una base de 100 al 1 de febrero de 1983 (Consejo de Europa, 1986: 27). Sólo cuatro estados mostraron una disminución de la base de 100 de 1983: en Austria se descendió a 95; en Alemania Occidental a 91; en Malta a 89 y en Suecia a 85. La reducción en Suecia fue sólo temporaria, y estuvo provocada por un cambio en la práctica de liberación en 1983 (ver pp. 84-6). En cuanto a los demás estados que brindaron información, se pudo apreciar

un mayor o menor incremento: en Bélgica la cifra ascendió a 119; en Chipre a 110; en Dinamarca a 109; en Francia a 122; en Grecia a 109; en Irlanda a 145; en Islandia a 106; en Italia a 120; en Luxemburgo a 116; en los Países Bajos a 124; en Noruega a 103; en Portugal a 183; en España a 104; en Inglaterra/Gales a 105 y en Escocia a 108.

Esta es la situación en quince Estados Miembros. Debe mencionarse que tres de éstos –Bélgica, Chipre y Grecia– mostraron un pico provisorio en 1984, con una reducción posterior hacia 1986. Sin embargo es muy clara la tendencia general imperante.

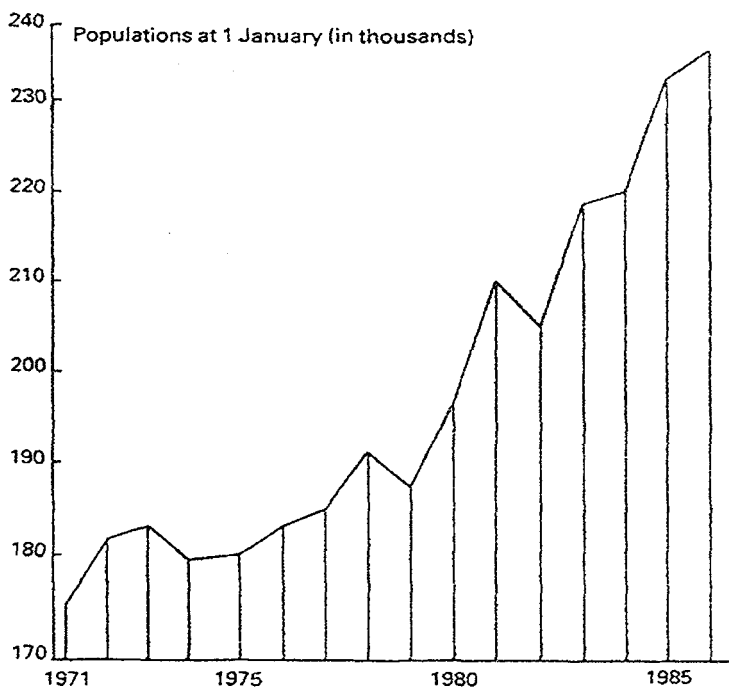
Arriba hemos ofrecido las cifras hasta 1985 o principios de 1986. Debemos advertir que la tendencia general ha continuado en la última parte de la década del 80. En números absolutos, Alemania Occidental, Italia, Turquía, Portugal y Malta mostraron una disminución entre 1985 y (aproximadamente) 1987. Dinamarca y Noruega fueron bastante constantes (en el caso de Noruega adviértase, sin embargo, la larga fila mencionada con anterioridad). Pero Inglaterra y Gales, Francia, España, Bélgica, Suecia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Chipre mostraron un aumento. Sólo tres estados registraron una disminución estable a partir de comienzos de la década de 1980 hasta 1987: Alemania Occidental, Turquía y Malta (Consejo de Europa, 1987:19-20). El crecimiento total, en cifras absolutas, en los Estados Miembros del Consejo de Europa, excluyendo Austria, Islandia, los Países Bajos, Suiza y Turquía, entre 1971 y 1986, se muestra en la fig. 1.2 (no se dispone de los datos necesarios de Austria, Islandia, los Países Bajos y Suiza; y Turquía se omite debido a las especiales características de la situación turca).

Este desarrollo general ha proseguido en Europa Occidental más allá de 1986/1987: entre el 1 de febrero de 1987 y el 1 de febrero de 1988, una clara mayoría de once de los diecinueve países del Consejo de Europa registraron un aumento en sus poblaciones carcelarias: Islandia (13,3%), Italia (8,4%), Chipre (8,3%), Suecia (7,8%), España (7,2%), Grecia (6,1%), Luxemburgo (5,8%), Francia (4,1%), Irlanda (3,2%), la República Federal de Alemania (3,1%: en contraste con la disminución a largo plazo), y en el Reino Unido (2,3%). En tres estados, las cifras se mantuvieron relativamente estables: Bélgica (0,6%), Dinamarca

(-0,2%), y Portugal (-1,7%). Cinco países experimentaron una baja: Turquía (-2,5%), los Países Bajos (-4,0%), Noruega (-6,0%; recuérdese, nuevamente, la larga fila), Austria (-6,4%) y Malta (-25,3%; Consejo de Europa, 1988: 18).

La tendencia general es clara, más allá de que las comparaciones detalladas de los países sea un asunto riesgoso, debido a las diferencias en las prácticas de registro. En cuanto a EE.UU., puede agregarse que en 1989 el estado de California había alcanzado 570 presos por 100.000 habitantes (y 255 en lista de condenados a la pena de muerte; información brindada en la IV Conferencia Internacional sobre Abolición Penal, Kazimierz Dolny [Varsovia], mayo 1989).

Figura 1.2 *Cambios en las cifras carcelarias en los Estados Miembros del Consejo de Europa desde 1970, excluyendo Austria, Islandia, los Países Bajos, Suiza y Turquía.*



Fuente: *Prison Information Bulletin*, Consejo de Europa, N° 9, junio de 1987: 18.

El crecimiento adquiere mayor importancia si se lo considera dentro de un contexto algo más amplio. Hay que tener presente cuatro características:

En primer lugar, el crecimiento implica que los esfuerzos conscientes realizados en varios países occidentales durante la década de 1970 y la primera parte de la década del 1980 para cambiar el curso del desarrollo de los respectivos sistemas carcelarios, fueron superados rápida y fácilmente por otras fuerzas. A mediados de la década de 1970 se registró una disminución y hasta cierto punto una reversión de la tendencia de crecimiento de las cifras carcelarias. Por ejemplo, se podía ver una reducción en varios estados de EE.UU., en Inglaterra y en Suecia. Al mismo tiempo, se realizaron esfuerzos conscientes para encauzar a los individuos condenados hacia medidas alternativas, y en varios países —como Suecia y Noruega— la administración política en el área de política criminal era claramente liberal, con ministros de justicia que tenían convicciones o inclinaciones liberales. A principios de la década de 1980 hubo intentos, en Suecia y Dinamarca, de detener el aumento de las cárceles recurriendo a diversas medidas, entre otras, la introducción de cambios en las prácticas de liberación y en las condenas máximas (para más detalles, ver pp. 84-6 y cap. 6 abajo). Estos esfuerzos y tendencias fueron superados con bastante rapidez por procesos posteriores en Suecia y Noruega, con la “caída” política de ministros liberales del gabinete.

En segundo lugar, si se contempla el crecimiento de los sistemas carcelarios entre 1970 y la última parte de la década de 1980 con una perspectiva temporal más amplia, aparecen dos tendencias importantes. En conjunto, las dos conforman un cuadro general. Por una parte, en algunos países el crecimiento data de antes de 1970. Este es el caso, por ejemplo, de Inglaterra/Gales, donde se produjo un aumento importante antes de 1970, y donde la población carcelaria cada 100.000 habitantes era alrededor de 32 en la década de 1930, en contraste con los casi 80 en 1970 y 96 en 1985. Vale decir que en Inglaterra/Gales el crecimiento es parte de una tendencia de largo plazo. Por otra parte, en algunos países el crecimiento dejó atrás las importantes caídas en las cifras carcelarias de antes de 1970. Este es el caso de Italia, Alemania Occiden-

tal y Noruega. En Italia, la nueva legislación sobre el indulto fue introducida en 1970 y redundó en una disminución de las cifras carcelarias, llevándolas al índice más bajo desde que se comenzara a registrar datos (1860). En Alemania Occidental la cantidad de condenas breves de cárcel se había reducido sensiblemente antes de 1970, lo que también hizo disminuir de modo significativo las cifras de la población carcelaria. En Noruega, la ebriedad pública fue despenalizada en 1970, lo que dio como resultado la liberación de una gran cantidad de vagabundos alcohólicos, que habían pasado años en campos de trabajo forzados dentro del sistema carcelario, lo que nuevamente trajo aparejado una reducción en las cifras carcelarias. Los aumentos posteriores de dichas cifras significan que con la posible excepción de Alemania Occidental, las reformas de este tipo fueron más que neutralizadas por procesos posteriores.

Debe hacerse una salvedad: más allá de que algunas de las reformas hayan sido superadas por tales procesos –anteriores y posteriores a 1970–, ellas ofrecían pruebas interesantes y muy detalladas de la posibilidad del cambio en la política y las cifras carcelarias. Volveremos a algunas de estas pruebas en el capítulo final (Capítulo VI).

A manera de conclusión general, puede decirse que el crecimiento actual o ha sido parte de una tendencia a largo plazo, o bien fue de una fuerza tal que incluso anuló los efectos de las reformas importantes anteriores a 1970.

En tercer lugar, en varios países el crecimiento ha llevado a un estado deplorable de las cárceles. La duplicación de las cifras en Italia entre 1970 y 1985 significó una gran superpoblación. El crecimiento en Inglaterra/Gales y Francia, así como en varios de los países europeos más pequeños, ha dado el mismo resultado. En EE.UU., ya en 1983 la conservadora y respetable revista *Time* dijo lo siguiente sobre las condiciones de las cárceles (5 de diciembre):

Este aumento espectacular ha creado condiciones de vida deplorables para muchos internos, que duermen en gimnasios, salas, pasillos, carpas, remolques y otras formas improvisadas de vivienda. Hasta principios de noviembre, 170 presos estaban durmiendo en el suelo de un gimnasio en el Centro Correccio-

nal Centralia de Illinois. Y Maryland, con uno de los sistemas más poblados del país, está poniendo camastros para los presos en sótanos, áreas de recreación, edificios provisorios y "cualquier lugar donde quepan los presos", según un funcionario.

En cuarto lugar, el crecimiento de las cifras carcelarias estuvo seguido —en diversos grados y en muchos países— de importantes programas de construcción en los sistemas carcelarios mencionados. El programa de construcción en EE.UU. se transformó en tema público a comienzos de la década de 1980. En este sentido —y citando la misma fuente cautelosa— *Time* informó a sus lectores (5 de diciembre de 1983) sobre "una creciente crisis detrás de las rejas", y sobre el hecho de que "no pueden construirse nuevas cárceles con la rapidez suficiente como para alojar a todos los nuevos internos... Ya el presupuesto de construcción es enorme: para los próximos diez años se prevé alrededor de U\$S 4.700.000.000 para la construcción de cárceles y calabozos en todo el país, incluyendo 1.200.000.000 para 16.500 nuevas celdas en California y 700 millones para 8.800 en Nueva York". Las sumas, en otras palabras, son demasiado grandes.

Un acontecimiento importante en EE.UU. es el advenimiento de las cárceles privadas. El mecanismo de mercado, con un énfasis en la ganancia, actualmente está en proceso de introducirse en un sistema carcelario sometido a presión.

Durante el otoño de 1985 en Inglaterra/Gales se planificaron 16 nuevas cárceles, con costos totales de alrededor de 500 millones de libras esterlinas (valores de 1983). Se planificaron 12.000 nuevas plazas carcelarias (Sim, 1986: 42). Se ha caracterizado tal programa de construcción de cárceles como "el más grande que jamás se trazara" en Inglaterra (*The Evening Standard*, 23 de noviembre de 1983:5). En los países europeos más pequeños, los programas de construcción son más modestos. Pero igualmente existen, con construcción de cárceles, por ejemplo, en Suecia, Noruega y Holanda.

El crecimiento de los sistemas carcelarios occidentales, y las cuatro características del crecimiento mencionadas aquí, permiten extraer una conclusión. En términos de tendencias estadísticas, condiciones de vida y programas de construc-

ción, existen marcadas diferencias entre los sistemas carcelarios occidentales como, por ejemplo, en términos de tamaño, con un promedio de 45 a 60 internos por 100.000 en Holanda y los países escandinavos, 100 por 100.000 en Inglaterra/Gales y más de 300 en EE.UU. A pesar de estas diferencias, a las que debe darse su debido énfasis, aparentemente está ocurriendo un cambio en el papel de la cárcel: estaría aumentado la importancia de la cárcel como mecanismo de sanción. Con algunas excepciones, el fenómeno parece ser general en todo Occidente. En algunos países, en especial EE.UU. y Gran Bretaña, el aumento es sorprendente.

El crecimiento de los sistemas carcelarios plantea una nueva pregunta: ¿por qué este crecimiento?

¿Por qué este crecimiento?

La cuestión es compleja. No es fácil dar una respuesta inequívoca. Ahora bien, se pueden desechar algunas explicaciones, al menos como explicaciones importantes, y dar crédito a otras. A continuación se ofrece un breve comentario de tres posibilidades.

La primera es que el aumento es consecuencia de un mayor índice de delincuencia, en especial de un incremento del delito registrado. Al ser los tribunales considerados como mecanismo de intervención, presumiblemente el índice de delincuencia registrado pasa a reflejarse automáticamente en cifras carcelarias más altas. Esta explicación presenta varios problemas. Elegimos dos.

En primer lugar, disponemos de firmes ejemplos empíricos que demuestran que el índice de delincuencia registrado puede subir, mientras que el índice carcelario puede disminuir, y viceversa. En este sentido, Alemania Occidental brinda hoy, parcialmente, un ejemplo de la primera posibilidad (ver p. 3). A su vez la década de 1970 ofrece un buen ejemplo de la segunda variable: en muchos países —especialmente en Escandinavia— el índice de delincuencia mostró un rápido incremento durante la década, mientras que las cifras carcelarias bajaron o al menos se mantuvieron constantes.

Por otra parte, en la actualidad el índice de delincuencia no está en un proceso inequívoco de crecimiento. En EE.UU., este índice nacional descendía a comienzos de la década de 1980, mientras que las cifras carcelarias subían vertiginosamente (Moerings, 1986).

Si las cifras carcelarias reflejaron automáticamente el índice de delincuencia general —de haber tenido lugar este fenómeno— esto podría haber sido interpretado como una consecuencia de decisiones políticas: hubiera significado que los países en cuestión sencillamente continuaron aplicando las mismas políticas criminales de antaño.

Formulándolo de otra manera, precisamente ese reflejo automático hubiera sido fruto de una toma de decisiones política: una realidad que muchas veces se pasa por alto. Sea como fuere, dado que difícilmente pueda registrarse un reflejo automático, las interpretaciones de índole más claramente política son las más cercanas.

Una segunda posibilidad es que se haya estado produciendo un cambio en el patrón de criminalización. Quizás se haya incorporado a la órbita de la política criminal nuevos patrones de conducta y se los haya criminalizado o bien criminalizado más rigurosamente. Esto parece ser lo que ha sucedido en varios países europeos en lo que respecta a delitos relacionados con las drogas. Una mayor criminalización y una legislación/práctica condenatoria más rigurosa en relación con los delitos vinculados a las drogas han sido aparentemente de gran importancia en países como Holanda (de Haan, 1986) y Noruega (Falck, 1987). Por ejemplo, hace poco (1982) Noruega cambió su clasificación del uso de drogas, pasando de considerarlo falta a considerarlo delito (de *forseelse* a *forbrytelse*), por lo cual se incrementó el grado de criminalización. En pocos años la pena máxima para delitos relacionados con las drogas en Noruega ha aumentado de diez a quince y hasta veintidós años de cárcel (ver también pp. 117-18), un hecho que ha influido sobre la práctica condenatoria en forma importante. Por supuesto, los delitos relacionados con las drogas, también han aumentado, tal como lo refleja el índice de delincuencia registrado. Pero sin el aumento de la criminalización ni el ya antes mencionado espectacular aumento en

las condenas máximas (que es mucho más espectacular en vista del nivel de castigo relativamente bajo de Escandinavia), no se hubiera producido en esta medida el aumento significativo de la cantidad de delincuentes presos con condenas prolongadas vinculados con las drogas. Esta cantidad de presos satura el sistema, y es en gran medida el responsable de la lista de espera en Noruega.

Una tercera posibilidad, que no excluye la segunda, es que se haya dado un aumento general en el nivel de castigo en varios, o algunos tipos de delito. Existen pruebas que sugieren que esto ha sucedido en varios países, en parte a través de la legislación, en parte por medio de la práctica condenatoria, en parte por ambas. Así parece haber ocurrido, por ejemplo, en EE.UU. Parte del patrón utilizado allí es la legislación condenatoria obligatoria que estipula que los delincuentes condenados por ciertos delitos, o por una serie de delitos, deben ir a la cárcel.

Por ejemplo, el estallido de las cárceles en el estado de Nueva York puede ser visto en parte como resultado de una ley de 1978, por la cual los jueces debían encarcelar a todos los delincuentes que habían cometido delitos violentos graves. Al mismo tiempo, las condenas mínimas a cárcel han sido significativamente incrementadas en muchos otros estados. En Noruega, la cantidad de condenas a cárcel incondicionales y prolongadas, lo que para ese país significa un año o más, ha crecido significativamente a partir de 1981, en contraposición con las condenas más cortas, cuyo índice de crecimiento se estancó (Bodal, 1984; con datos adicionales en Mathiesen, 1987: 36).

La cantidad de delitos relacionados con las drogas con condenas largas puede dar prueba de esta realidad, si bien parcial y no totalmente. Parece haber una tendencia general, también en Noruega, hacia un nivel de castigo mayor para varios delitos, y no sólo para aquellos relacionados con drogas.

De las tres explicaciones que hemos ofrecido hasta ahora, la primera –la teoría del reflejo automático– ha sido más o menos descartada, mientras que se ha dado crédito a la segunda y a la tercera –nuevos patrones de criminalización y aumento generalizado en el nivel de castigo–. Como ya se su-

girió, distintos países probablemente difieren en cuanto a las últimas dos explicaciones.

En este nivel de análisis puede decirse, por lo tanto, que no existe una "causa" detrás del patrón de crecimiento institucional. Pero en un nivel más general, las dos explicaciones tienen algo en común: detrás del crecimiento existe una política criminal más dura, sea a través de nuevos patrones de criminalización y/o una legislación/práctica condenatoria más rígida más o menos global, además de un uso más activo de la cárcel como respuesta a la criminalidad. De una u otra manera, el patrón subyacente en una amplia gama de países occidentales parece ser una política criminal más severa, con un uso más implacable de la cárcel.

¿Una nueva etapa en el uso de la cárcel?

En varios países, el patrón de crecimiento institucional es tan pronunciado que uno se pregunta si estamos ingresando a una nueva etapa en el uso de la cárcel.

Cuando nos hacemos esta pregunta, debemos advertir inmediatamente que pronosticar una novedad institucional es un asunto peligroso. La historia de las instituciones está llena de ejemplos de predicciones que resultaron falsas. Un ejemplo es el desarrollo de las cárceles en Noruega en el siglo XIX.

Como consecuencia del pasaje del castigo corporal a la cárcel, hacia fines de 1700, se produjo un incremento espectacular en las poblaciones carcelarias durante la primera parte del siglo XIX. Las autoridades responsables, previendo un aumento continuo, estaban sumamente preocupadas y lanzaron un amplio programa de construcción durante la década de 1840. Pero después de mediados de la década de 1840, las cifras volvieron a caer significativamente y siguieron así hasta 1900. A partir de entonces, los números se mantuvieron bastante estables durante muchas décadas, de hecho, durante la mayor parte del siglo.

Sin embargo, y como veremos un poco más adelante, el concepto de "etapas", y la posibilidad de que estemos ingresando en una nueva etapa del desarrollo penal, puede ser

presentado con provecho sin que implique que las cifras carcelarias continuarán aumentando más o menos indefinidamente. Es posible formular la hipótesis de que se podría dar una nueva etapa de desarrollo en un sentido sociológico y con independencia de las dificultades propias de un pronóstico.

El desarrollo anterior de las instituciones penales occidentales, y el crecimiento de éstas, pueden ser vistos en términos de dos etapas principales.

La primera fue el 1600, etapa a la cual ya nos hemos referido. Muchos estudios han sido publicados acerca de este período particular de la historia institucional (entre ellos Rusche y Kirchheimer, 1939; Cole, 1939; Sellin, 1944; Foucault, 1967; Wilson, 1969; Olaussen, 1976; Mathiesen, 1977). Esta fue la etapa del primer surgimiento de la "solución" institucional a los problemas sociales. La población carcelaria estaba constituida no sólo por criminales sino también por una gran variedad de mendigos sin ocupación y vagabundos. La institucionalización no suplantó el castigo físico, sino que aparentemente lo agravó.

A partir de la obra clásica de Rusche y Kirchheimer, en la cual se subrayaba la importancia de las variaciones en el mercado laboral como una causal, se generó un gran debate sobre la causa del surgimiento de las instituciones durante el s. XVII. No enfocaremos detalladamente este debate porque es muy conocido. Los lectores que no estén familiarizados con él pueden consultar las obras mencionadas anteriormente. Para nuestros propósitos basta elegir brevemente dos puntos.

En primer lugar, las instituciones que experimentaron un crecimiento tan rápido y espectacular hacia fines del s. XVI y durante el XVII —los llamados *hôpital* en Francia, *zuchthäuser* en Alemania, *tuichthuisen* en Holanda, *correctional houses* en Inglaterra y *tukhus* en la periferia noruega cien años después— fueron en gran medida *instituciones de trabajos forzados*. Los trabajos, seleccionados sobre la base de consideraciones de mercado y realizados de la forma más redituable posible, constituyeron un centro importante de la vida institucional: el tejido en Francia (Cole, 1939), cepillado de madera en Holanda (Sellin, 1944), y otras.

En segundo lugar, el énfasis en el trabajo lucrativo no constituía necesariamente la "causa" del surgimiento de las instituciones. El estudio de la "causalidad" presupone el conocimiento de la motivación subjetiva de los agentes relevantes o de la definición de la situación. Esa motivación o experiencia subjetiva puede estar conformada por una serie de factores. Ahora bien, dicha motivación es, en sí misma, condición necesaria para comprender el "por qué" de cambios políticos drásticos tales como la fundación de instituciones a gran escala en todo un continente.

A pesar de que existieron variaciones, un ingente material histórico (resumido en Mathiesen, 1977) sugiere que la motivación principal de los partidarios de un modelo de estado mercantilista, tanto franceses como británicos e incluso holandeses del s. XVII, fue la candente cuestión de los vagabundos en las ciudades y pueblos europeos.

Después de la ruptura del orden social feudal basado en la posesión de la tierra, en los siglos XVI y XVII se observa en Europa una tendencia a la superpoblación. Una gran parte de esa masa estaba constituida por mendigos y vagabundos en general (para cifras estimativas cf. Wilson, 1969: 125; Cole, 1939: 264, 270).

Los vagabundos constituían un elemento altamente molesto y perturbador para la producción mercantil y el comercio. El control de éstos, por lo tanto, se convirtió en un problema político que no admitía dilación. Las cifras eran demasiado grandes como para que los anticuados métodos penales fueran efectivos y la redada masiva y posterior encarcelamiento a gran escala se transformó en la solución. Una vez institucionalizado este método, no sorprende que los mendigos y vagabundos fuesen forzados a trabajar, y en tareas que arrojasen el mayor rédito posible. Esto estaba en un todo de acuerdo con la filosofía económica mercantilista.

En suma, la primera etapa del desarrollo institucional tuvo como antecedente, en cuanto a sus motivaciones, disciplinar estos nuevos grupos altamente perturbadores. La segunda etapa del desarrollo se produjo hacia fines del siglo XVIII y comienzos del XIX. Nuevamente, el fenómeno alcanzó dimensiones europeas. Esta fue la época de la diferenciación de los

delincuentes, y su confinamiento en verdaderas cárceles en el sentido moderno. Fue el tiempo en el cual la "solución" institucional realmente suplantó el castigo físico.

Mucho se ha escrito sobre las instituciones del s. XIX (Rusche y Kirchheimer, 1939, cap. 8; Foucault, 1977; Melossi y Pavarini, 1981). En términos de contenido ideológico, lo esencial, al menos en Europa, era la penitencia piadosa en el contexto de un aislamiento radical. Con este fin se construyó un gran número de nuevas penitenciarias. ¿Qué motivaciones había detrás de esta novedad? La cuestión es a todas luces compleja, pero se puede aventurar la siguiente hipótesis.

Para ese entonces, los grandes países europeos estaban ingresando a un nuevo modo de producción: el verdaderamente capitalista. Se estaba gestando una clase obrera formalmente libre. Pero era una clase obrera empobrecida, indigente. El delito tenía su raíz verdadera en la pobreza material.

Los métodos penales de violencia física de los tiempos anteriores podrían haber sido utilizados en teoría contra los delitos de la nueva clase. Pero el castigo físico no podía armonizar sensatamente con el nuevo tipo de disciplina –"la disciplina de la línea de montaje"– que se estaba desarrollando en la economía, y que se requería en la producción. Parecía no tener sentido mutilar tremenda y arbitrariamente al reo cuando en realidad había que adaptarlo a tipos de trabajo normado, meticuloso y detallado, necesario por entonces en la producción.

Sobre este trasfondo, las nuevas cárceles verdaderamente disciplinarias –las penitenciarias tan bien descritas por Foucault– se alzaron como principal método para tener a raya a los delincuentes empobrecidos de la nueva clase obrera. De este modo, la segunda etapa del desarrollo institucional contemplaba también, entre sus motivaciones, disciplinar estos nuevos grupos: los descarriados de la clase obrera en formación.

Teniendo en cuenta este antecedente, podemos volver a nuestra pregunta original: ¿estamos ingresando hoy a una tercera etapa de desarrollo institucional? Tres importantes puntos de desarrollo sugieren que sí.

En primer lugar, el incremento en el largo plazo de las poblaciones carcelarias. Incrementos similares caracterizaron

las dos etapas anteriores. Como ya se señaló, el aumento actual puede estabilizarse o incluso invertir su tendencia más adelante, debido a nuevas condiciones históricas. Pero como ya lo hemos expuesto, los aumentos producidos en los siglos XVII y XIX se vieron sujetos a un proceso similar. El concepto de "etapa" como lo usamos aquí no implica que el encarcelamiento alcanza una meseta nueva y más alta que en las etapas anteriores, a pesar de que este fenómeno haya sido sugerido como posibilidad para el caso de algunos países (EE.UU., ver Austin y Krisberg, 1985). El concepto de "etapa" sólo implica que se da un incremento drástico y a largo plazo.

En segundo lugar, la solución institucional como componente de la política criminal se torna cada vez más relevante. Hoy esa mayor relevancia se refleja en programas de construcción considerables o enormes en varios países, y en la expansión general de los sistemas carcelarios en cuestión. Una similar relevancia de las instituciones, incluyendo programas de construcción semejantes, caracterizó los siglos XVII y XIX. Tanto entonces como ahora, la solución institucional se transformó en un factor mucho más central en el sistema sancionatorio.

En tercer lugar, las autoridades responsables parten de la suposición de que existe una mayor necesidad de imponer disciplina en importantes segmentos y grupos de la sociedad. Esto se refleja en la confianza, significativamente mayor, que se deposita en una legislación más dura que implique cárcel y/o condenas privativas de libertad más prolongadas, en parte para nuevos grupos tales como delincuentes vinculados con las drogas, en parte en un sentido más general. Como lo hemos sugerido, una supuesta mayor necesidad de disciplina fue probablemente un factor motivador importante también en los siglos XVII y XIX. Podemos expplayarnos brevemente en este último punto, llegando con nuestro enfoque hasta fines del siglo pasado.

Como punto de partida, los legisladores y los tribunales pueden ser considerados como "barómetros de ansiedad", es decir, instituciones cuyas decisiones operan como indicadores del nivel de ansiedad de la sociedad. (El término "barómetro de ansiedad" se toma de Box y Hale, 1982, 1985, pero ~~aprovechamos~~ lo utiliza independientemente.)

Nuestra época está llena de signos inquietantes. Algunos de estos están muy cerca de nosotros y son, por lo tanto, observables. En muchos países occidentales encontramos ejemplos de tales signos: protestas políticas, conflictos entre inmigrantes y otros sectores de la población y estancamiento –o incluso disolución– de servicios sociales y de sistemas de apoyo que pocos años atrás se consideraban sólidamente establecidos.

~ Los medios masivos de comunicación reflejan otros signos preocupantes: aumento de la violencia (a pesar de que los delitos violentos han ido en lento incremento, y de que la gran mayoría de ellos son de un tipo menos grave); aumento en el uso de drogas (a pesar de que el uso de drogas –al menos en el contexto noruego– se ha estancado, y de que el uso intensivo se limita a pocos; ver Hauge, 1982; Christie y Bruun, 1985), etc. Con su tendencia a focalizar el drama en personas concretas, los medios tienen un importante efecto magnificador de las realidades involucradas en estos temas. Los verdaderos conflictos y los problemas magnificados por los medios producen una “crisis de legitimación”. Esta puede definirse como una mayor o menor pérdida de confianza por parte de la gente en general respecto de los intentos que hace el estado para solucionar un problema y en sus acciones dirigidas a la gente.”

Diría que “debajo” de la crisis de legitimidad encontramos la crisis económica: el último estancamiento económico capitalista de fines del siglo XX, ligado a un desempleo persistente y muy alto. Pero para la gente la crisis aparece *como una cuestión de confianza en la resolución del problema –en un sentido amplio– por parte del estado.*

En diversos países occidentales existen probablemente grandes variaciones en cuanto al grado de la crisis de legitimación. Esta crisis parece ser amplia y profundamente sentida en el contexto británico (Hall *et al.*, 1978). Quizás sea menos extensa y no tan aguda en una sociedad como la noruega, que deposita una mayor confianza en las soluciones estatales comunes a todos. Pero ciertamente la cuestión de la confianza está también presente.

~ La crisis de legitimidad se refleja en el proceso de toma de decisiones en los cuerpos legislativos y en los tribunales. Más precisamente, en ambas instituciones la crisis de legitimidad

se percibe como una nueva y mayor necesidad de disciplina en determinados segmentos y grupos de la población. Dicho en otros términos, cuando comienza a perderse la confianza en los organismos públicos y depositarios de la autoridad, a ojos de los legisladores y los tribunales dicho fracaso plantea una mayor necesidad de disciplina. La definición de la situación por parte de los legisladores y los tribunales constituye un nexo entre factores externos e influyentes: por una parte, los conflictos reales y los problemas creados por los medios y, por otra, el crecimiento del sistema carcelario. Cuando los legisladores y jueces experimentan la situación de esta manera, dicha experiencia acarrea consecuencias en la práctica y el desarrollo penal (Box y Hale, 1982).¹

En la exposición anterior hemos enfocado el desarrollo del sistema penal en un contexto sociológico. Pero el desarrollo vertiginoso de la solución carcelaria implica, ciertamente, una cuestión de valores: ¿Deseamos tener ese desarrollo vertiginoso? ¿Queremos una sociedad que confía cada vez más en el uso de la cárcel como método principal de resolución de conflictos? La cuestión de los valores reviste una importancia decisiva.

En primer lugar, es importante para el número cada vez mayor de personas –en Inglaterra, una de cada mil; en EE.UU., entre tres y cuatro de cada mil– que está en la cárcel en un momento dado, sometido al aislamiento, al rechazo, a las privaciones y a la sensación de lo absurdo.

En segundo lugar, es importante para el clima político y la vida de la sociedad. El mayor recurso a la solución carcelaria implica un cambio significativo en los métodos tradicionales de control. Implica una utilización más frecuente de la represión física total en segmentos significativos de la población.

En tercer lugar, la cuestión de los valores es importante en un sentido cultural más amplio. El uso de la fuerza física a través de la cárcel indica que la violencia es un método adecuado para la resolución de conflictos en la sociedad. Un aumento significativo en el empleo de fuerza física fortalecerá esa señal, lo que traerá aparejado efectos de amplio alcance en nuestras normas y en nuestra manera de comprender a otros seres humanos.

Escribo este libro como un intento de enfocar seriamente la cuestión de los valores. Lo escribo como un intento de contribuir al equilibrio y a la inversión de la principal tendencia contemporánea. Lo escribo como un intento de contribuir a la reducción –quizás abolición– de la solución carcelaria.

Como ya indiqué, resulta provechoso considerar la secuencia de desarrollo, en términos de crecimiento y posibles etapas, partiendo del campo de amplias corrientes económicas y sociales: la ruptura del orden social feudal en los siglos XVI y XVII; el nuevo modo de producción antes y durante el siglo XIX; una creciente crisis de legitimidad, fundada en motivos económicos, hacia fines del siglo XX.

Ahora bien, estas fuerzas crean conflictos y plantean temas que se perciben y son tratados como asuntos de disciplina. Pero esto no implica que el desarrollo institucional esté predeterminado, que sea inevitable e imposible de alterar mediante una acción política concertada y constante.

Mi aporte es modesto: consiste en una recopilación de argumentos. En los capítulos siguientes, trataré con bastante detalle los argumentos habituales utilizados por aquellos que sostienen la solución carcelaria. Confrontaré esos argumentos con teoría y una amplia gama de pruebas empíricas, y frente a cada argumento formularé la siguiente pregunta: *¿Es defendible la cárcel con estos argumentos?*

No seré especialmente original cuando trate los distintos argumentos a favor de la cárcel, y cuando los confronte con teorías y pruebas. Confiaré en mi propia investigación, pero también, y mucho, en el trabajo de otros. Hasta ahora, sin embargo, gran parte del tratamiento de estos temas se encuentra disperso en la literatura criminológica y sociológica. Debido a esta dispersión, las diversas partes de la discusión tienen poca o ninguna incidencia en la política, y permanecen como secreto a medias de los especialistas en criminología y sociología. Creo que mi tarea consiste en reunir lo disperso, y así, de manera abarcadora y sistemática, evaluar la cárcel como modo de castigo en nuestra sociedad.

Al brindar este aporte, al evaluar de este modo, estoy suponiendo que la racionalidad comunicativa –considerando

“racionalidad” como argumentación sensata y convincente en lugar de métodos eficientes para alcanzar determinados fines—puede tener efectos políticos y constituye aún una posibilidad política en sociedades como la nuestra.

Ciertamente gran parte de la sociología y de la criminología se oponen a un supuesto como este. Es revelador que mucho de lo que se sabe sobre los sistemas de comunicación de la sociedad moderna comparta también esta oposición. La toma de decisiones políticas en nuestra sociedad dista de ser algo propio de un “seminario”.

No obstante, hago esa suposición, convencido de que no debe dejar de hacerse ni de intentarse. A ello agregó, de mi parte, la firme fe en la práctica política ligada a la argumentación.

Quizás mi fe en la racionalidad comunicativa en el área de la política penal surja del hecho de vivir y trabajar en una sociedad muy pequeña en la periferia de Europa, donde todavía se respetan los argumentos. Si los argumentos tienen mayor cabida en una sociedad como la mencionada y no tanto en los grandes países occidentales, quizás estos últimos puedan aprender de los primeros gracias a un libro como el presente.

El propósito del castigo y la organización del libro

A través del tiempo se ha venido utilizando una serie de argumentos en favor de la cárcel. Es significativo que tales argumentos sean de índole general, en el sentido de que, en su mayoría, no se limitan exclusivamente al tema de la cárcel, sino que se emplean también a la hora de hablar en general del castigo administrado por el Estado. En gran medida, los argumentos están ligados a afirmaciones sobre los propósitos del castigo.

Podría decirse que las afirmaciones sobre el castigo y la cárcel constituyen formulaciones racionalizadas —teñidas de ideología— de la alegada nueva y mayor necesidad de disciplina a la que se hiciese referencia más arriba. En este libro tomaremos seriamente como base las afirmaciones sobre los propósitos del castigo, confrontándolas sistemáticamente con pruebas empíricas y teoría de sólido fundamento.

En la teoría penal clásica, los propósitos del castigo han sido divididos tradicionalmente en dos grupos principales: la defensa social y la retribución. Según las teorías de la *defensa social*, el castigo no tiene valor en sí o por sí mismo, sino sólo como medio para proteger a la sociedad contra el delito. En cuanto a ciertos matices, las teorías de la defensa social pueden variar considerablemente, pero tienen como finalidad común la protección contra el delito. Estas teorías también son llamadas teorías penales "relativas", en razón de que el castigo, visto desde esta perspectiva, sólo tiene valor en relación con el fin de la defensa social.

Las teorías penales de defensa social por lo general se dividen en dos subgrupos principales: las teorías de la prevención individual y las de la prevención general.

Por "prevención individual" queremos significar la prevención de nuevos actos delictivos por parte del individuo que efectivamente es castigado. Por "prevención general" queremos significar, a su vez, la prevención de actos delictivos por parte de individuos no castigados todavía, o que al menos no están bajo castigo en ese momento.

Se supone que la prevención individual se logra a través de la mejora, disuasión o inhabilitación del delincuente. Más adelante volveremos sobre estos conceptos. Se supone que la prevención general se consigue por el efecto disuasivo, educativo o de formación de hábito que genera el castigo impuesto a otros.

Según las teorías de la *retribución*, "el propósito del castigo es ante todo satisfacer los reclamos de justicia" (Andenæs, 1974:72, traducido del noruego al inglés por el autor de este libro). La eficacia es, en términos de prevención, la segunda en orden de importancia. Como dice Andenæs (1974:72): "Esto tiene su expresión más clásica en Kant. Según él, la justicia debe ser mantenida por causa de sí misma, ya que 'si la justicia sucumbe, la existencia del hombre sobre la tierra no tendrá ya ningún valor'".

Una teoría de la retribución coherente brinda una respuesta a la pregunta de qué actos deben ser punibles, y a la cuestión de cuán severo debe ser el castigo para que la justicia sea

satisfecha. Debido a que el castigo, visto desde esta perspectiva, supuestamente tiene valor en sí mismo, las teorías de la retribución son llamadas también teorías penales "absolutas".

Como en el caso de las teorías de la defensa social, las teorías de la retribución se dividen, por lo general, en dos subgrupos. Por un lado, se puede establecer la proporcionalidad entre delito y castigo, "entre el daño externo realizado y el castigo en cuestión" (Andenæs, 1974:73). En este punto rige el principio de "ojo por ojo, diente por diente", vale decir, la ley del Talión. Por otra parte, más que en el daño externo —y por lo general infligido al azar— la clave de la cuestión podría residir en la culpa moral. "En ese caso, el castigo puede ser considerado como reflejo de un principio moral más abarcador, que postula que todos debemos enfrentar el destino que merecemos" (Andenæs, 1974:73). Aquí prevalece el dicho "se cosecha lo que se siembra", el principio de culpabilidad.

Como ya se dijo, en este libro tomaremos como punto de partida tres afirmaciones básicas sobre los propósitos del castigo. Debido a que el libro se concentra en el tema de la cárcel, reflexionaremos particularmente sobre ella como castigo. Pero en alguna medida será necesario también discutir las afirmaciones hechas sobre los propósitos de la cárcel, en tanto se relacionen con el castigo en general.

Como ya lo sugerimos, uno de los dos subgrupos de las teorías de la *defensa social* toma como punto de partida la prevención individual: la cuestión de evitar nuevos actos delictivos por parte del individuo que es efectivamente castigado.

A su vez, la prevención individual supuestamente se logra a través de la mejora, disuasión o inhabilitación. En el capítulo II haremos un enfoque minucioso del primer aspecto de la prevención individual, vale decir, la mejora del delincuente. Usaremos la palabra "rehabilitación" para expresar ese supuesto proceso. Muy a menudo se utiliza el término "resocialización" como sinónimo aproximado. Examinaremos material histórico y también contemporáneo que ilumine la cuestión de si la cárcel rehabilita o no.

Después de haber tratado la mejora o rehabilitación como tipo principal de prevención individual, de algún modo podría

haber tenido sentido continuar la discusión sobre la disuasión individual y la inhabilitación, con lo cual se hubiera concluido la discusión en torno de la prevención individual. Sin embargo no seguiremos esta secuencia. La teoría de la prevención individual mediante la rehabilitación fue duramente criticada y, en mayor o menor medida, dejada de lado durante las décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial. A medida que esta alternativa de la rehabilitación fue perdiendo vigencia, cobraron fuerza las teorías de la defensa social centradas en la prevención general.

Por lo tanto, en el capítulo III trataremos las teorías de la prevención general. Dichas teorías –centradas en la disuasión, la educación moral o la formación de hábitos del otro– presuponen que el mensaje del castigo se comunica a la sociedad en general. Así pues enfocaremos –*inter alia*– la prevención general a la luz de algunos aspectos de la teoría de la comunicación moderna. Pero también serán tratados otros temas relacionados con la prevención general.

En el capítulo IV volveremos a la prevención individual, completando ese debate con una revisión de los temas y de la literatura relacionada con la inhabilitación y la disuasión. A medida que las teorías de prevención general fueron sometidas al debate y a la crítica, se puso un mayor énfasis en estos aspectos de prevención individual. Examinaremos estudios empíricos y discusiones teóricas relacionadas con ellos, que arrojan luz sobre la inhabilitación mediante la cárcel. Asimismo repasaremos estudios correspondientes e información importante sobre el tema del efecto disuasivo de la cárcel en los encarcelados.

El capítulo IV gira en torno de la inhabilitación y disuasión individual y cierra la discusión sobre la cárcel como defensa social. En el capítulo V trataremos las teorías que enfatizan la cárcel como *justa retribución*. Se pasará revista a una serie de temas como, por ejemplo, de qué manera experimentan subjetivamente la condena a cárcel aquellos que están expuestos a ella.

De ese modo, en los capítulos. II a V habremos revisado las afirmaciones más importantes hechas sobre los propósitos del castigo, con un particular énfasis en el uso de la cárcel.

En relación con todas esas aseveraciones nos planteamos las siguientes preguntas: ¿se justifican tales afirmaciones? ¿es defendible la cárcel tomando como base estas razones? Podemos anticipar estimativamente la respuesta: no. La cárcel es un fiasco, y los celebrados propósitos adoptados en la teoría penal no bastan para defenderla.

El libro concluye con el capítulo VI, en el cual se presenta una discusión sobre qué debe hacerse con el fracasado sistema carcelario.

CAPÍTULO II

REHABILITACION

El origen de la palabra

Con frecuencia se utiliza la palabra “rehabilitación” en un contexto carcelario. Solemos decir que supuestamente el tiempo en la cárcel rehabilita. Puede resultar útil hacer una breve consideración sobre el origen del término.

— “Rehabilitación” es una palabra compuesta que proviene del francés y del latín: la partícula francesa *re* quiere decir “retorno” o “repetición” y el término latino *habilis* quiere decir “competente”. Así pues, originalmente la palabra denotaba un “retorno a la competencia”. En la actualidad la palabra denota, en un sentido amplio, el proceso de hacer que algo retorne a su funcionamiento anterior. Si buscamos el vocablo en un diccionario, encontraremos distintos matices de significado: restauración, reintegración a una dignidad o privilegio anteriores, reparación del honor.

Conocemos estos matices de significado por el uso cotidiano de la lengua. Las casas viejas son rehabilitadas, vale decir, se las restaura devolviéndoseles su forma antigua y venerable. Las personalidades políticas son rehabilitadas en vida en el sentido de que se les devuelve la dignidad o privilegio del que gozaban anteriormente. Cuando la personalidad política ya ha fallecido —que es la situación más común— se la rehabilita restituyéndosele su anterior estado de honorabilidad.

¿Y en el caso del preso? Los matices de significado mencionados también se aplican a él. Debe buscarse que reasuma su antigua forma, en especial aquella que poseía antes del delito. Debe devolversele su antigua dignidad y privilegios de

los que gozaba antes de la "caída". Y finalmente se supone que debe restituírsele su honor.

Pero existen dos diferencias significativas al tratar la rehabilitación, por un lado, de casas, personalidades políticas vivas o muertas y, por otro, de personas presas.

En primer lugar, se rehabilita una casa en cuanto a sus daños, uso y desgaste a los que estuvo expuesta a lo largo de los años –cosas por las cuales no se puede culpar a la casa-. Se la repara y se le devuelve su estado original.

Ahora bien, en el caso de una personalidad política, ésta es rehabilitada cuando la desgracia en que había caído en el plano social o político, y de la cual se lo había responsabilizado, pierde vigencia política y social y, por lo tanto, es eliminada del registro. Sin embargo, no se rehabilita a los presos en el sentido de que ellos reparen posteriormente el daño causado externamente o bien de que pierda vigencia la desgracia sufrida. Se los rehabilita más bien en el sentido de que se supera un daño o desgracia, lo que no quita que en todo momento, incluso después de haberse producido la "rehabilitación", se considere a los presos enteramente responsables de dicho daño y/o desgracia válidos y legítimos.

Esta diferencia fundamental implica que en realidad no tomamos en serio nuestra ideología que subraya que el delito está condicionado –al menos parcialmente– por un contexto de complejas fuerzas sociales que pesan sobre el individuo. En cambio, lo que sí tomamos en serio es la ideología contraria. Esta hace que el "retorno a la competencia" de un preso sea muy especial y diferente de la rehabilitación de objetos físicos, personalidades políticas y demás. Además subraya que el individuo y sólo él es responsable personalmente de la desviación; y lo es de una manera que jamás podrá ser neutralizada.

En segundo lugar, la rehabilitación de casas y personalidades políticas vivas o muertas se realiza mediante un acto de voluntad de parte de las autoridades responsables. A través de una serie de acciones o de una decisión, las autoridades en cuestión sencillamente llevan a cabo la rehabilitación.

Ahora bien, no se rehabilita a los presos mediante un acto de voluntad, conjunto de acciones o decisión de parte de alguna autoridad. Seguramente cuando un preso se reinserta en lo que consideramos una vida social aceptable, lo atribuiremos de inmediato a un sistema o programa establecido por las autoridades. Pero un detalle importante es que los mismos presos son los responsables del resultado (especialmente si fracasa dicha reinsertión). Consideramos que la rehabilitación de los presos se realiza en un proceso en el cual ellos tienen la responsabilidad principal —cuando no toda— por el logro de un final feliz.

De este modo se considera a los presos doblemente responsables: responsables tanto del daño y la desgracia como del “retorno a la competencia”.

Estas dos diferencias están relacionadas: por un lado, la rehabilitación de casas, políticos, o lo que se sea y, por otro, la de los presos. No son las autoridades quienes tienen ante todo que actuar o decidir con mira a una restauración, sino que tal restauración es principalmente responsabilidad de los presos mismos. Ello se desprende de la concepción de que los presos son los responsables tanto del daño como de la consiguiente desgracia.

Sobre este trasfondo entendemos por qué las autoridades, en todas las sociedades conocidas, evitan sistemáticamente establecer, en el momento de la liberación de los presos, un sistema dotado de suficientes recursos y destinado a la restauración social, o bien una estructura que simbolice la devolución al preso de su dignidad, derechos y honor.

Podría haber sido distinto. Es dable pensar que se asigne importantes recursos con vista a la restauración social. Incluso podría haber sido posible combinar la liberación con rituales importantes que oficialmente simbolicen para el preso y su entorno que ahora su tiempo de cautiverio ha finalizado, la desgracia ha sido reparada y se le devuelve la dignidad y el honor.

Sin embargo asignamos recursos exclusivamente, o casi exclusivamente, a las cárceles y a la construcción de más cárceles. Sólo disponemos de rituales para el ingreso a ellas;

rituales que oficialmente y con pompa y circunstancia imponen la denigración y quitan la dignidad y el honor.

El origen de la ideología

Hemos considerado sucintamente el origen de la palabra. Puede decirse que la noción de rehabilitación, de devolver al preso la "competencia", constituye una ideología. Muy brevemente, con el término "ideología" me refiero a un sistema unificado de creencias que da sentido y legitima la actividad de la persona. El seguimiento de las ideologías se da, en la práctica, sólo parcialmente. En la medida en que una ideología no es seguida integralmente en la práctica, dicha ideología enmascara la realidad: da sentido y legitima la actividad sin que realmente se realice tal como se declara.

La ideología de la rehabilitación en la cárcel, que entiende la actividad en la prisión como orientada hacia el "retorno a la competencia" del preso, es tan antigua como la institución carcelaria. Al recurrir a la cárcel, el tiempo se transformó en elemento central: se ponía a la gente en prisión durante ciertos periodos de tiempo. Y se suponía que el tiempo podía ser utilizado con propósitos de rehabilitación.

Veamos más en detalle el origen de la ideología en lo que concierne a la cárcel. Encontramos claramente formulada esta ideología durante la primera etapa de la historia de las instituciones penales, en el s. XVII, antes del tiempo de la cárcel moderna o propiamente dicha (ver cap. I).

En el marco de las instituciones francesas, Michel Foucault formula esta ideología de la siguiente manera: el "*Hôpital* [francés] no tiene la apariencia de un mero refugio para aquellos a quienes la edad, la debilidad o la enfermedad no les permite trabajar. Más bien asumirá no sólo el aspecto de un campo de trabajos forzados, sino también el de una institución moral responsable de castigar o corregir ciertos 'deslices' morales que... no pueden ser corregidos solamente por la severidad de la pena" (Foucault, 1967:59). Esto daba al *Hôpital* un *status* moral particular, el cual otorgaba a los directores del *Hôpital Général* amplios poderes discrecionales y medios de represión, entre los que se contaban "palos, hierros, cárceles

y mazmorras" (de las Normas del *Hôpital Général*, citadas por Foucault, 1967:59). Métodos que, seguramente, están alejados de lo que hoy en día asociamos con rehabilitación. Pero, con todo, el tema era la rehabilitación, el "retorno a la competencia": "corregir un cierto 'desliz' moral".

Aparentemente se veía el trabajo bajo esta luz, aunque también era un método de producción e ingresos: "...es en este contexto que la obligación de trabajar cobra significado como ejercicio ético y garantía moral... El preso que podía y quería trabajar era liberado, no tanto porque era útil nuevamente a la sociedad, sino porque nuevamente había suscrito el gran pacto ético de la existencia humana" (Foucault, 1967:59-60).

En particular, la ideología de la rehabilitación se reflejó en el tratamiento aplicado a la juventud. En el *Hôpital Général* de París, un decreto de 1684 estableció una sección juvenil para jóvenes (varones y mujeres) menores de 25 años. El decreto resaltaba que el trabajo debía ocupar la mayor parte del día, acompañado por la "lectura de libros de piedad" (citado en Foucault, 1967:60). Los detalles del decreto citado por Foucault muestran claramente que se justificaba el trabajo y la lectura en términos de una reforma moral.

Una ideología similar existía en la "casa de corrección" de Amsterdam. Un documento de Estado de 1602, seis años después de la apertura de dicha casa, advertía que la misma recibía a "jóvenes que habían transitado por el camino equivocado y que marchaban hacia la horca, de modo que pudiesen ser salvados del patíbulo y tuviesen un trabajo honesto y un oficio ejercidos con temor de Dios" (citado por Sellin, 1944:41).

La ideología de la rehabilitación también existía en la periferia de Europa, en países como Noruega. La historia de la cárcel en Noruega comenzó 100 años después de la de Europa continental, con la construcción de cuatro casas correccionales (*tukthus*) entre 1735 y 1790. En un muy minucioso estudio sobre el desarrollo de las casas correccionales y los llamados "campamentos de esclavos" en las regiones del norte, el historiador Kjeld Bugge muestra que, a diferencia de los campamentos de esclavos existentes en las fortalezas, las casas correccionales fueron concebidas como "instituciones

educativas". Este propósito fue mencionado en el documento de fundación y en varias ordenanzas.

De modo similar a como ocurre hoy, este loable propósito hizo posible el desarrollo de una terminología eufemística: las casas correccionales eran "fundaciones de caridad" y los presos eran "pobres". Bugge describe el propósito de las instituciones de la siguiente forma:

... Había que educar a los pobres, para que, al cabo de un período de tiempo definido o indefinido, pudiesen ser liberados y, una vez libres, fuesen capaces de bastarse por sí mismos y arrendar una granja o una casa. Había que enseñar un oficio a los hombres y niños y extenderseles el correspondiente certificado. A las mujeres y las niñas había que enseñarles a hilar, tejer y el arte de administrar una casa, de modo que pudiesen ser empleadas al servicio de "gente decente" o bien se casaran. Si se casaban, se suponía incluso que se les debía dar una dote (Bugge, 1969:127, traducido del noruego al inglés por el autor).

El autor lamenta advertir, sin embargo, que no ha hallado ningún caso de que se diera dote a alguna pobre.

Quizás las autoridades noruegas estaban preocupadas en particular por la gente joven. De un muchacho a quien se había condenado a seis meses en 1756 por haberse escapado a las granjas de verano en las montañas "a satisfacer su lujuria con las mujeres de allí", se decía que el castigo infligido era una advertencia "para los jóvenes que cometen tan impía y lujuriosa correría por las granjas de verano con esas intenciones".

En 1777, la Inspección General declaró que cuando se condenaba a delincuentes jóvenes o personas que recibían por primera vez una condena, se hacía "con la esperanza de conducirlos a una mejor forma de vida en el espíritu de la disciplina y del temor reverencial" (todas las citas de documentos originales, mencionadas por Bugge, 1969:127-8).

En suma, el contenido de la antigua casa de reclusión en el siglo XVII era en gran medida el trabajo forzoso (ver cap. I). No obstante se la dotó de una ideología de rehabilitación. Esta ideología pudo desarrollarse porque la sanción penal pasó a involucrar, a partir de entonces, el elemento tiempo.

Veamos ahora con más detenimiento el contenido de la ideología de la rehabilitación.

El contenido de la ideología

Una perspectiva histórica nos brindará una mejor comprensión del contenido más exacto de tal ideología. Resultará también útil comparar el primer desarrollo de la ideología con su contenido actual.

Para ello he optado por examinar con mayor detalle aquella primera "casa de corrección" de Amsterdam. Existen varias razones por las cuales elijo esta casa correccional en particular. En primer lugar, fue una de las primeras casas, establecida hacia 1596, antes de los importantes progresos del siglo XVII. En segundo lugar, porque fue en varios sentidos un modelo para ulteriores instituciones en Europa. En tercer lugar, porque la literatura acerca de esta casa en particular es muy rica, y ha sido resumida eficazmente por el criminólogo estadounidense Thorsten Sellin en un minucioso estudio (Sellin, 1944).

Así pues me concentraré en la casa correccional de Amsterdam añadiendo comentarios comparativos sobre las cárceles de hoy. A modo de conclusión, evaluaré en términos más generales, el desarrollo desde el s. XVII hasta nuestros días.

Dos son las ideas directrices que guían esta exposición, las cuales se revelarán con particular intensidad hacia el final de esta sección del capítulo.

* En primer lugar, los componentes principales de la ideología de la rehabilitación han cambiado poco desde el siglo XVII hasta nuestros días. Las ideas de rehabilitación vigentes hoy son las mismas que prevalecían ya cuando la prisión fue inventada.

En segundo lugar -y considerándola en sus intentos más cabales de lograr la rehabilitación-, la cárcel no ha funcionado según lo planeado. En la práctica, la rehabilitación, el "retorno a la competencia" no se ha producido.

En la sección siguiente, con la que concluye este capítulo, trataré de explicar por qué los principales componentes ideológicos han sido tan constantes, y por qué en la práctica no se ha producido la consecuente rehabilitación.

Partiendo de la ideología de nuestros tiempos, resulta fácil reconocer los componentes principales de la ideología de la rehabilitación de aquella casa correccional de Amsterdam. Estos componentes pueden resumirse en cuatro apartados: trabajo, escuela, influencia moral y disciplina.

El trabajo

La casa correccional de Amsterdam no figuraba entre las instituciones europeas más grandes. Las celdas –originalmente nueve, pero luego ocho– servían tanto de talleres como de dormitorios. Tenían pisos de madera o mortero; se ingresaba a cada habitación desde el patio y a través de pesadas puertas; las camas tenían colchón, un edredón de lino rústico relleno con paja, y una almohada de plumas (Sellin, 1944:35). En otras palabras, el estándar material era alto. Había más de un preso por cama, pero eso no era inusual en las clases bajas de Amsterdam en ese entonces.

Se ingresaba a la casa a través de dos portales, separados por un pequeño jardín. La ornamentación de los portales simbolizaba el trabajo que se realizaba en la casa. El primer portal estaba decorado con un bajorrelieve que mostraba a un hombre conduciendo yuntas de leones y tigres, tirando de un carro cargado de troncos. El hombre supuestamente representaba al alcaide y los troncos simbolizaban una industria importante en la casa. El segundo portal estaba decorado con figuras de dos presos semidesnudos trabajando en el cepillado de madera. También había un medallón en bajorrelieve que mostraba a un tejedor en el telar (Sellin, 1944:31-3). Pero los dedicados a la labor de cepillado eran los más importantes porque, con el tiempo, la industria principal de aquellos fue la de trabajar ciertos tipos de maderas provenientes del Brasil, y la madera cepillada era utilizada con propósitos de tintura.

A la casa se le había garantizado el monopolio de la industria del cepillado, que era un trabajo pesado llevado a cabo por parejas de presos con escofinas de varios filos.

A la construcción y desarrollo de la casa siguió una detallada *ideología de trabajo*. El propósito del establecimiento no era "un castigo doloroso, sino el mejoramiento (*beteringe*) y corrección de aquellos que no advierten la utilidad que para ellos reviste dicho mejoramiento y de ese modo intentarían evitarlo". La cita se toma de un memorándum sobre la fundación de la casa, *Bedenking op de grondvesten vant tuichthuis*, escrito por un tal Jan Laurenszoon Spiegel, un influyente ciudadano de Amsterdam (citado por Sellin, 1944:27).

Spiegel escribió en 1589 este memorándum orientado netamente hacia la rehabilitación. Más de veinte años antes, en 1567, un reformador de cárceles, de nombre Dirck Volckertzoon Cornhert, había escrito un ensayo sobre la represión de la vagancia, titulado *Boeventucht, ofte middelen tot mindering der schadelyche ledighgangers*, "De la corrección de pillos, medios para la reducción de vagabundos peligrosos". Este primer ensayo de Cornhert tenía una fuerte orientación económica: criticaba fuertemente el tratamiento dispensado a los vagos, y recalca como alternativas el trabajo en galeras, en proyectos de obras públicas y en casas de corrección.

Dado que los esclavos no calificados de España tenían un valor de 100 y 200 florines, los vagabundos holandeses, que a menudo tenían un oficio, valían más vivos que muertos. Si habían cometido un delito, debían ser puestos a trabajar, lo cual redundaría en beneficio del país.

Pero el memorándum de Jan Spiegel, de 1589, que se ocupaba más de la planificación concreta de la casa, presentaba un tono más moderado. Subrayaba que el tratamiento debía apuntar a hacer que los presos estuvieran "sanos, fuesen moderados para comer, se acostumbrasen al trabajo, anhelasen tener un buen trabajo, fuesen capaces de bastarse por sí mismos, y temerosos de Dios" (Sellin, 1944:27).

Uno de los medios más importantes para alcanzar este objetivo era un programa de trabajo diferenciado. Spiegel "imaginaba una institución con industrias altamente diversificadas.

Específicamente mencionaba la fabricación de calzado, la manufactura de libros de bolsillo, guantes y carteras; la producción de textiles tales como gorgueras, capas, etc.; la confección de fustanes y estambres, prendas de lino y tapices; tejidos de punto, etc. La lista también incluía trabajos en madera, caña o junco, y la fabricación de objetos en hueso. Se incluía la fabricación de barriles, sillas, linternas y ruedas, así como armado de escritorios, tallado de madera, corte o tallado de piedras, carpintería, aserrado de madera, cerrajería(!), herrería, soplado de vidrio y confección de canastas" (Sellin, 1944:28). Se suponía que la variedad de ocupaciones reflejaba las principales industrias de la ciudad. Sólo los más contumaces eran puestos a cepillar madera.

Esta no es la última vez en la historia de las cárceles en la que la idea de un programa de trabajo diversificado se proclama con gran orgullo y énfasis. En 1956, la Comisión Noruega de Reforma Carcelaria, que preparó la Ley de Cárceles de 1958, dijo lo siguiente sobre el trabajo:

Se debe hacer el máximo esfuerzo para lograr que el programa de trabajo de la institución se parezca a las condiciones de trabajo reinantes en el exterior. Además la labor debe realizarse bajo condiciones y en medios que estimulen los hábitos de trabajo y los intereses laborales... Como ya se mencionara, cuando se selecciona el tipo de trabajo para el interno, debe considerarse sus deseos e intereses así como sus habilidades y capacidades. Cuando se decide la distribución del trabajo, se debe tener también en cuenta las posibilidades particulares que tiene el individuo de encontrar trabajo después de su liberación... Se debe llevar a cabo hasta donde sea posible un programa sistemático de capacitación laboral para internos jóvenes y para internos con condenas largas... Además de los diversos oficios, [debe introducirse] el trabajo industrial mecanizado. (Komitéen, 1956: 91-2, traducido al inglés del noruego por el autor del libro.)

Entonces, ¿qué ocurrió con el programa de trabajo diversificado propuesto por Spiegel a fines del siglo XVI? La idea fue recibida con entusiasmo (Sellin, 1944:29), pero nunca se desarrolló en gran medida (Sellin, 1944:59). El cepillado de madera, originalmente planificado como método de castigo, se transformó en la industria principal. ¿Por qué? Porque era rentable ya que la institución debía bastarse a sí misma.

Además la cantidad de internos probablemente era muy pequeña y el conocimiento comercial del personal era demasiado limitado (Sellin: 1944:59). No obstante puede inferirse la importancia fundamental de la rentabilidad a partir del hecho de que primero se propuso el tejido como actividad laboral, pero luego fue suplantado por el cepillado, ya que este último logró sobrevivir tanto a la guerra como a la competencia económica (Sellin, 1944:53).

Lo que se mantuvo del programa de Spiegel fue un sistema real de salario. Una idea de avanzada para aquella época. Pero la mayor parte de ese sistema se reducía a un mero asiento contable, ya que a los internos se les deducía una suma "por gastos y mantenimiento" (Sellin, 1944:58).

Las grandes ideas de la Comisión Noruega de Reforma Carcelaria de 1956 tuvieron una suerte similar. El programa de trabajo de algunas cárceles no "guarda relación con las condiciones de trabajo en el exterior". En algunas cárceles noruegas modernas se ha introducido la industria mecanizada, a pesar de que nunca se evaluó la cuestión de si el trabajo industrial de este tipo se adecua a la composición de la población carcelaria.

En muchas cárceles, especialmente en las antiguas, en gran medida el trabajo que se ofrece no tiene sentido (ensobrar material de publicidad, plegar envoltorios de tabaco), o sencillamente no existe. 15% de los presos no tiene empleo. No existe sistema de salario, sólo un sistema de dinero de bolsillo en pocas cantidades.

En resumidas cuentas, por norma, los presos deben trabajar.

Escuela

Sin embargo, el programa de trabajo no era el único componente de la ideología de rehabilitación de la casa de Amsterdam. Existía además una *ideología de la escolarización* que operaba como un importante elemento complementario de la ideología del trabajo.

Muchos de los internos eran jóvenes, y la escuela que se abrió desde un comienzo, enseñaba a leer y escribir. Se reunían

todos los días durante el invierno "desde que comienza a anochecer" hasta las 7 p.m., domingos incluidos, y también los domingos de seis a ocho de la mañana (citas de Selling, 1944:61). La capilla era también el aula de clases, y al comienzo era un maestro de escuela quien tenía a su cargo esta tarea.

Probablemente una de las razones que avalaba la enseñanza era que el analfabetismo no permitía que los presos fueran catequizados adecuadamente (Selling, 1944:62).

Esta no fue la última vez que se intentó la escolarización en la cárcel. En 1971, el director de la cárcel juvenil noruega, que existía en ese entonces, informaba acerca del "amplio programa educativo que se está llevando a cabo con la ayuda del Departamento de Educación de Oslo. En estos momentos se está llevando a cabo una revolución pedagógica silenciosa en ese establecimiento de Oslo, un programa que ha sido planeado largo tiempo..." (Bødal, 1971; traducido del noruego al inglés por el autor de este libro).

Poco después, en una reunión celebrada ese mismo año, el entonces Director de Cárcenes describió la cooperación con las autoridades educativas con las siguientes palabras: "¡Se ha producido un vuelco radical!". Pero no tuvo en cuenta que dicho vuelco se había producido ya antes, a comienzos del siglo XVII.

Durante las décadas de 1970 y 1980 se introdujo en las cárceles noruegas la actividad educativa. En 1970/71 el sistema escolar tenía una capacidad de veinte alumnos (con al menos 20 horas de clase por semana). Para 1983/84 esta capacidad había crecido a 453, algo más del 20% de la población carcelaria total (Langelid, 1986). En otras palabras, el 80% de la población carcelaria no podía acceder a esa actividad educativa dentro del sistema.

¿Y la implementación de los programas? En un relato histórico, escrito en 1663, el historiador holandés Olfert Dapper informa que en las *tuichthuis* de Amsterdam, los libros de texto utilizados incluían "las importantísimas y edificantes epístolas de los Apóstoles, los proverbios de Salomón, y libros similares" (citado por Sellin, 1944:62).

Los libros habían sido impresos especialmente para la casa correccional. En principio, la escolaridad de este tipo estaba en consonancia con el trabajo hecho a conciencia que se exigía. Pero naturalmente podían surgir conflictos entre las normas de seguridad y la escolaridad. En esos conflictos era la escolaridad la que llevaba las de perder.

Después de un tiempo, se interrumpió la práctica de que el predicador fuese a la vez maestro de escuela y su lugar fue ocupado por el supervisor de trabajo. Pero incluso el supervisor parecía tener problemas para cumplir su tarea de enseñanza: en 1663, Olfert Dapper advirtió que los internos dedicados al cepillado de madera no estaban incluidos entre los alumnos, "ya que sería peligroso para el supervisor de trabajo estar a solas con una masa de gente sin ley y furiosa. Para edificarlos, se les da libros para que los lean en sus celdas; en caso de que no sepan leer, para que otros se los lean en voz alta" (citado en Sellin, 1944:62).

Hacia fines del s. XVII, la escuela había desaparecido por completo. Sellin sugiere que esto puede haber estado relacionado con el mejoramiento de la educación religiosa en la comunidad y el envío de presos jóvenes a otras instituciones. Sin embargo, el analfabetismo en la institución debió de haber sido muy alto y, a juzgar por dichos como los de Dapper, el conflicto con las normas de seguridad tuvo a su vez que haber sido un importante factor que contribuyó a ello.

No es la última vez que la escolaridad pierde la batalla contra la seguridad carcelaria. En 1981, los dos investigadores educacionales noruegos, Skaalvik y Stenby (ver también Langelid, 1986) documentaron que cuando surge un conflicto de intereses entre la cárcel y la escuela, son las consideraciones pedagógicas las que llevan las de perder:

Hace poco la escuela ha hecho su entrada en una institución establecida. Como era de esperarse, este ingreso se realizó de acuerdo a los términos fijados por esa institución. Algunos de estos términos no pueden ser dejados de lado en tanto y en cuanto estamos hablando de una cárcel. Otros se fijan sin ser necesariamente rutinas y tradiciones. Las rutinas y tradiciones de la cárcel contribuyen, por una parte, a impedir que los internos participen del programa escolar y, por otra, obstaculizan la implementación del mis-

mo. Hemos hallado en repetidas oportunidades casos ilustrativos en los que los intereses pedagógicos, al entrar en conflicto con intereses de la cárcel, han debido finalmente ceder. (Skaalvik y Stenby, 1981: 380, traducido del noruego al inglés por el autor de este libro.)

Esta situación reviste especial gravedad en vista de que los presos interesados en la educación sienten a menudo que la experiencia educativa es algo positivo, quizás el único aspecto positivo de la vida carcelaria.

En un estudio minucioso de la educación en la cárcel, el investigador noruego Langelid, dice que los maestros acentúan las siguientes áreas de problemas: la transferencia de presos a otras cárceles sin tomar en consideración el programa escolar que tenían; la transferencia de un pabellón a otro de la cárcel puede acarrear la interrupción del programa; las medidas disciplinarias pueden ocasionar la suspensión del programa para el preso durante un período mayor o menor; las actividades extramuros de la cárcel, contempladas por el programa, son difíciles o imposibles de implementar; la planificación se hace dificultosa debido a, entre otras cosas, prolongados períodos de prisión preventiva; aulas atestadas y en parte inadecuadas pueden impedir el desenvolvimiento del programa; muchos maestros opinan, finalmente, que es difícil contar con la cooperación de la cárcel.

En suma, la seguridad carcelaria tiene prioridad, la seguridad está "primero" (Langelid, 1986:7). Hoy como casi 400 años atrás.

Influencia moral

Además de un programa de trabajo y -mientras duró- un programa escolar, la ideología de la rehabilitación de la antigua Amsterdam contenía un tercer componente: una ideología de *influencia moral*. El tiempo en la casa correccional debía brindar una reestructuración moral. En la Amsterdam de entonces, ello debía lograrse especialmente mediante la actividad religiosa.

A la *tuichthuis* a veces se la llamaba *godshuis*: "Por cierto -comenta Sellin- se hacían todos los esfuerzos posibles para

dar un matiz religioso a la disciplina, para hacer de los presos hombres temerosos de Dios" (Sellin, 1944:63). Los presos debían recitar sus oraciones por la mañana y por la tarde, y antes y después de cada comida. Los domingos y otras fiestas religiosas se predicaba un sermón y se celebraba un servicio religioso por la tarde. Según Dapper, que escribe en 1663, durante la ceremonia religiosa el supervisor de trabajo "lee, habla, [y] catequiza a estos jóvenes, y se cantan himnos como en las iglesias calvinistas públicas" (citado en Sellin, 1944:63).

De este modo, las actividades del supervisor de trabajo eran amplias. Sin embargo es interesante advertir que se excluía de los sermones y celebraciones religiosas –así como de las clases– (ver arriba) a los presos dedicados al cepillado de madera, quienes poco después se transformaron en la mayor parte de la población carcelaria (Sellin, 1944:63). Precisamente porque estos eran, como se citó anteriormente, "una masa de personas sin ley y furiosas".

En caso de conflicto con intereses más básicos, especialmente los de seguridad, el programa de influencia moral, como el de trabajo diversificado y el escolar, al menos en parte llevaban las de perder. Se tiene la impresión de que ocurría así, aun cuando las fuentes no hablen expresamente en este sentido.

Sin embargo los intentos de influencia moral no son sólo historia. En 1970, durante el debate por el presupuesto en el parlamento noruego, el orador principal sobre el tema de las cárceles dijo: "Finalmente... quiero expresar mi satisfacción por haberse incluido en el paquete una asignación final para la construcción de una iglesia en la Cárcel Central de Ullersmo..." También en la década de 1980 se da importancia a los servicios religiosos.

Pero hoy la noción de influencia moral probablemente descansa sobre una base algo diferente y más general: la idea es suponer que los presos recibirán –de una manera general y difusa– una "influencia" favorable en el área de la moralidad. En las décadas de 1960 y 1970 dicha influencia moral favorable se daba a través del "tratamiento".

Disciplina

Así pues la ideología de la rehabilitación de la antigua casa correccional abarcaba nociones de trabajo diversificado, escolaridad amplia e influencia moral. En los tres puntos, las realidades resultaron diferentes de los ideales.

Sin embargo, un cuarto componente de la ideología era la noción de *disciplina*. En contraste con los tres componentes anteriores, parece que este último fue implementado en la práctica, y ello en gran medida y durante un largo período. Si la rehabilitación –un “retorno a la competencia”– era realmente consecuencia de la implementación de la disciplina, eso es ya otro tema.

La vida en la *tuchthuis* era todo orden y obediencia. En los archivos de Leiden se ha hallado un documento que contiene una propuesta de un conjunto de normas para la casa. Dichas normas tenían un neto fin de rehabilitación: el autor las había ideado para que los internos “a medida que se los ponía en libertad, nunca se apartaran del camino de la virtud hacia el cual habían sido orientados” (citado en Sellin, 1944:64).

Según Sellin (1944:64), el documento fue sometido a varias autoridades quienes, a su vez, lo entregaron a un tal Dr. Sebastian Egbertszoon, el cual, el 21 de noviembre de 1595, entregó un “Plan del modo y forma de la disciplina en la Casa de Corrección” (*Ontwerp van de wyse ende forme des tuchts in den tuchthuys*). El plan del Dr. Sebastian también se expresaba en términos que privilegiaban la rehabilitación: veía que el propósito de la casa era inculcar todas las “virtudes cristianas y sociales” (citado en Sellin, 1944:64). Según él, el tratamiento debía consistir en enseñar la diferencia entre el bien y el mal y atraer a los presos hacia el bien.

Sin embargo, el Dr. Sebastian no se detuvo en lineamientos tan generales. Dio una lista detallada de normas específicas, y de las penas que se debía utilizar para las diversas infracciones (Sellin, 1944:65).

1. Provocar peleas; mentir: pan y agua, un día.

2. Maldecir; uso de vocabulario sucio; negarse a aprender; dar comida o bebida a los presos bajo castigo: pan y agua, tres días.
3. Insubordinación leve: pan y agua, ocho días.
4. Intentar pelear; destrucción maliciosa de la propiedad, como ropa, muebles, etc.; negarse a trabajar, primera vez: pan y agua, catorce días.
5. Pelear, provocar heridas: pan y agua, dos meses.
6. Insubordinación más grave, acompañada de malas palabras: un mes de confinamiento en calabozo, a pan y agua.
7. Negarse a trabajar, segunda vez: azotes y un mes de confinamiento en el calabozo, a pan y agua.
8. Insubordinación, con violencia física: azotes, y confinamiento en calabozo durante seis meses, a pan y agua.
9. Intento por medio de engaños de evadirse y escapar: azotes, y seis meses de confinamiento en calabozo encadenado.
10. La misma transgresión, pero acompañada de violencia: la misma pena que en (9), y el doble del término de encarcelamiento.
11. Colaborar en escapes: misma penalidad que en (10).
12. Escaparse por medio de engaño solamente: duplica el término de encarcelamiento.
13. Negarse a trabajar, tercera vez: el preso vuelve al tribunal para ser castigado.

N.B: Ninguna de las penalidades anteriores excusaban al preso de los trabajos.

Hacia 1603 se adoptaron normas específicas para la casa correccional, aparentemente muy influenciadas por la propuesta del Dr. Sebastián. He aquí algunos ejemplos (Sellin, 1944:66):

1. Si alguno "usa en vano el nombre de Dios en maldiciones o juramentos, o habla o canta con palabras inmorales o

indecentes, o utiliza la jerga de los ladrones, llamada 'germanía de buhoneros"', era "castigado".

2. Sólo se podía cantar o leer los libros, cartas o baladas prescritas por los regentes. Ese material debía ser entregado al supervisor-maestro en la inspección. El castigo por la violación de esta norma estaba fijado en la pérdida de la ración de carne durante tres semanas.
3. Llamar a cualquier persona, especialmente a los funcionarios, por nombres indecorosos, daba como resultado la pérdida de la mitad de la ración diaria la primera vez.
4. Los presos no podían contar entre sus posesiones con cuchillos o instrumentos filosos, equipo para combatir incendios, ni tabaco. Fumar estaba prohibido. Las tijeras de podar utilizadas por los tejedores tenían que ser dejadas en el taller.
5. Las apuestas, los juegos de azar o el comercio estaban prohibidos. Si había objetos de por medio, los supervisores podían confiscarlos y retenerlos para beneficio propio, pero si mediaba dinero... tenía que ser tomado y puesto en la "caja", es decir, la caja de recolección en la cual se dejaba el dinero de las entradas de los visitantes y otras contribuciones.
6. No se permitía que los tejedores dejaran los telares o anduviesen por ahí e hiciesen ruidos en la tienda o suplicasen regalos a los visitantes.
7. Finalmente, si alguno de ellos no tenía buen rendimiento en su tarea diaria, era castigado y además tenía que "compensar" lo que no hubiese completado.

El punto 13 del plan original del Dr. Sebastian, así como el 7 arriba, indica que el énfasis en el trabajo era importante.

Las normas definitivas antes mencionadas contemplan medidas disciplinarias más leves. Naturalmente había métodos más agresivos. Por ejemplo, la negativa a trabajar traía aparejado el confinamiento en el "sótano" a pan y agua, tal como lo sugiriese el Dr. Sebastian.

También había medidas más duras contra la negativa a trabajar. El 13 de noviembre de 1618, se azotó a 20 presos por negarse a trabajar. Como en nuestros tiempos, las huelgas colectivas de trabajo en la cárcel se tomaban en serio. Existían otros métodos disciplinarios muy duros, entre ellos un "sótano de agua", en el cual el disconforme tenía que bombear agua continuamente para no ahogarse.

¿Cómo se compara la historia de los métodos disciplinarios en la Amsterdam de entonces con las cárceles de hoy en día? Hoy no azotamos a la gente. Ya no se usa el método de someter al preso a pan y agua, al menos en las cárceles escandinavas. Tampoco existe el "sótano de agua". Además se permiten maldiciones e insultos, a despecho de la gran preocupación entre el personal de muchas cárceles por la existencia de una subcultura carcelaria que se expresa en un determinado argot (¿la "germanía de buhoneros"?).

Pero a pesar de las diferencias, existe gran similitud entre la propuesta de 1595 del Dr. Sebastian, las normas que le siguieron a comienzos del s. XVII y las normas, disposiciones y ensayos para lograr disciplina en las cárceles de hoy.

Dije que no había "sótanos de agua". Pero sí tenemos un sótano -celdas de aislamiento, despojadas de todo objeto, en la parte inferior de las cárceles- que se usa con frecuencia en las prisiones de toda Europa y en otros lugares del mundo.

Tenemos normas detalladas que aumentan los castigos disciplinarios según nuestra consideración de la gravedad de las infracciones cometidas. Posiblemente los directores de cárceles de nuestros días estarían de acuerdo -si bien lo expresarían en términos distintos- con gran parte de lo que el Dr. Sebastian escribió y de lo que contenían las normas de 1603, considerándolos métodos viables y problemas que exigen control.

Sin embargo, lo más importante -dejando de lado las diferencias en los detalles- es que *la actitud subyacente fundamental es, en gran medida, la misma*. Tanto entonces como ahora, muchas de las normas concretas fueron y son formuladas en términos tan generales que a la estructura carcelaria

de poder y al personal se le otorga un amplio dominio discrecional sobre los internos.

Conclusiones sobre el pasado y el presente

Ha llegado el momento de realizar algunas conclusiones. Subrayaré tres puntos principales.

Constancia de los componentes principales

En la exposición anterior hemos recorrido casi cuatro siglos, aproximadamente desde el siglo XVII hasta el umbral del XX. En el capítulo I señalamos que en ese lapso sucedieron cosas importantes, incluyendo todo el desarrollo de la segunda ola de construcción de cárceles, hacia 1800.

Sin embargo, existen razones para decir que los componentes principales de la ideología de la rehabilitación fueron notoriamente constantes a través de los siglos. El trabajo, la escuela, la moralidad y la disciplina se mantuvieron a lo largo de las centurias como pilares importantes del pensamiento.

Seguramente, el énfasis que se pusiera en uno u otro componente fue variando en el tiempo y en el espacio. Durante la primera parte del s. XVII se colocó aparentemente, al menos en Holanda, un énfasis en todos ellos. En las nuevas cárceles europeas "Filadelfia", a fines del s. XVIII y comienzos del XIX, se puso un acento más selectivo en la influencia moral y la disciplina, mientras que los componentes trabajo y educación fueron más débiles. Esta era al menos la realidad de los países escandinavos, aunque cabe agregar que en las cárceles "Auburn" de Norteamérica también se puso gran énfasis en el trabajo.

En la actualidad, el énfasis probablemente esté en la disciplina y quizás en la escuela, mientras que el trabajo y la influencia moral están debilitadas ideológicamente.

El debilitamiento del componente trabajo se ha producido al menos en los países escandinavos: a pesar de que el trabajo halló una respuesta entusiasta en la planificación carcelaria

durante las décadas de 1950 y 1960 (especialmente basada en el modelo sueco que contemplaba grandes cárceles industriales), hacia 1990, dicho entusiasmo está mucho más aplacado, a pesar de que se sigue considerando al trabajo como "algo bueno".

El debilitamiento del componente influencia moral se está produciendo en el plano internacional, y guarda relación con la declinación de la llamada "idea de tratamiento" en las décadas de 1970 y 1980.

Existen dos razones importantes por las cuales la idea de tratamiento, que era la formulación concreta más importante del componente influencia moral en las década 1950 y 1960, perdió su condición privilegiada de principal base ideológica para el uso de la cárcel.

En primer lugar, en las décadas de 1960 y 1970 se hicieron varios aportes teóricos desde las ciencias sociales que abonaban la opinión de que el encarcelamiento "en nombre del tratamiento" implicaba en realidad un encierro más prolongado y un grado menor de protección legal que una condena a cárcel común. "En nombre del tratamiento", el tiempo en la institución podía hacerse más largo o bien indeterminado (para una crítica noruega basada en estos temas, ver Christie, 1962).

En segundo lugar, y más importante, durante el mismo período apareció un gran número de estudios empíricos que demostraban que, sin importar el tipo de programa de tratamiento, ni el hecho de que el programa fuese muy intensivo, los resultados eran, en su mayoría, los mismos y en su mayoría, magros.

Estudios muy sólidos —metodológicamente hablando— y con un uso cuidadoso de los grupos de control, demostraron también, ampliamente, esta deprimente falta de diferencia.

Volveremos más adelante sobre estos estudios. Así pues, los aportes teóricos que fundamentaban los intentos de implementación de la idea de tratamiento acabaron haciendo más prolongado e incierto el encarcelamiento. Por otra parte, tales aportes, tomados en sí mismos, difícilmente hubieran bastado para influir sobre quienes tomaban las decisiones

políticas. No obstante, se volvieron importantes cuando se los sumaba a los estudios que demostraban empíricamente que, de hecho, el "retorno a la competencia" no se daba con posterioridad a la liberación. La demostración empírica del fracaso en el "retorno a la competencia" estaba en flagrante contradicción con las nociones sobre las cuales se asentaba el sistema carcelario, y que más o menos servían de publicidad a los ojos de todo el mundo.

Al caducar la idea de tratamiento, caducó a su vez una serie de "sanciones especiales" basadas en esa idea.

Durante la década de 1970 Noruega abolió el sistema de cárcel juvenil o reformatorio para menores, y además un sistema especial de trabajo forzoso para delincuentes menores alcohólicos. Durante el mismo periodo otros países tomaron medidas similares.

En un momento en el que la idea de rehabilitación mediante el trabajo (al menos en los países escandinavos) se halla en un estado vacilante, el sistema procura hacer de la disciplina de tipo tradicional su principal sostén ideológico. Dicha disciplina se complementa, de alguna manera (nuevamente, al menos en Escandinavia), acentuando una determinada utilidad del tiempo pasado en la cárcel: la estadía en la cárcel —que de otra manera sería inútil— sirve para mejorar la educación elemental e incluso rudimentaria que el preso pueda traer consigo al establecimiento.

Pero el punto principal aquí es que a pesar de estas variaciones, el sistema carcelario rara vez —si es que alguna vez lo hizo— halla sus argumentos *fuera* del marco de los cuatro componentes tratados más arriba. El imaginario del sistema ha girado en gran parte en torno del trabajo, la escuela, la influencia moral —en un sentido amplio— y la disciplina.

Esto implica que el imaginario de la rehabilitación se ha nutrido de referencias muy tradicionales, *bourgeoises*: El trabajo diligente, la buena escolaridad, una moralidad respetable y una fuerte disciplina, son componentes que pueden ser hallados en forma individual en muchos contextos, pero que, juntos, como un sistema colectivo de pensamiento, constituyen una expresión de la ética burguesa. También se podría

decir que, en su conjunto, constituyen la expresión acabada de lo que Max Weber tiempo atrás llamó "la ética protestante", y que también se convirtió en la ética del capitalismo (Weber, 1948).

Sólo cabe esperar que las cárceles de una sociedad reflejen también la moralidad integral de las clases gobernantes de la misma.

Superioridad de los intereses del sistema

El hecho de que haya variado el énfasis puesto en cada uno de los cuatro componentes, de que el peso dentro del marco o cuadro de componentes se haya desplazado a lo largo del tiempo, nos plantea la siguiente pregunta: ¿es posible hallar algún principio rector que explique tales oscilaciones y cambios?

Nuevamente abordamos una cuestión compleja. Sin embargo hay una base histórica para afirmar que los intereses del sistema fueron el principio rector. En efecto, en la ideología de la rehabilitación, implementada en beneficio *propio* del sistema carcelario, el o los componentes fueron acentuados sin tener en cuenta la rehabilitación de los presos.

Un programa de trabajo lucrativo, junto con la disciplina, era de vital interés para el sistema de la *tuichthuis* de la antigua Amsterdam. Precisamente porque esta se mantenía de su propio trabajo, tal como se esperaba de ella.

Como hemos visto antes, el programa de trabajo lucrativo provocó la perversión del componente trabajo en la ideología de la rehabilitación: se abandonó la idea de un programa de trabajo diversificado y, en razón de su rentabilidad, el cepillado de madera, concebido originalmente como método de castigo, se transformó en el contenido principal del programa.

En la Noruega de hoy en día, la rentabilidad del trabajo no es un interés tan central del sistema de cárceles, aún cuando los representantes del sistema tratan de reducir sus déficit a través del trabajo carcelario. Sin embargo, el interés por mantener la disciplina sigue siendo una gran amenaza, junto con

un cierto énfasis en demostrar, mediante una cierta cuota de educación, que se apunta a una lógica de rehabilitación.

Siendo prioridad la disciplina, la escuela –y más aún la influencia moral en cualquier sentido específico– debe ceder cuando se produce un conflicto, y el componente trabajo se implementa sólo en una escala muy limitada.

Los intereses del sistema –el componente o componentes que en todo momento debe ser implementado para beneficio propio del sistema carcelario– son definidos, formulados y comunicados a la cárcel *desde afuera*.

En el siglo XVII, el principio del trabajo lucrativo fue definido y formulado por las actividades y políticas económicas mercantilistas, y comunicado a la cárcel por la opinión pública de ese entonces.

La esfera pública de entonces, que tenía sus propios intereses, que hacía sus evaluaciones y formaba la opinión del momento, sometía a prueba a la cárcel, buscando constatar si ésta era capaz de responder a la necesidad de tener un programa de trabajo lucrativo. Lo mismo puede decirse del principio de disciplina, que indudablemente fue definido y formulado por entonces con mira a satisfacer las necesidades de las actividades y políticas mercantilistas. Así lo sugieren con claridad (ver arriba) las disposiciones concretas contenidas en las normas, etcétera.

Actualmente, el principio de disciplina en Noruega, combinado con un cierto énfasis en la escuela y la educación, proviene también del exterior. A pesar del hecho de que el sistema carcelario está en expansión, también está en crisis en dos sentidos.

En primer lugar, existe una clara opinión que se expresa mediante los medios masivos de comunicación, en el ámbito público, recalcando que las cárceles no son capaces de mantener la disciplina interna. También en Noruega ha habido una serie de huelgas carcelarias, sentadas y revueltas que acarrearón daños materiales. Además –se afirma– las cárceles están siendo inundadas por la droga sin que las autoridades carcelarias sean capaces de detener tal invasión. En el ámbito

público se opina que esos hechos y afirmaciones desafían la capacidad del sistema de mantener un orden interno mínimo.

En segundo lugar, el sistema carcelario ha perdido el apoyo del componente ideológico más importante de nuestros tiempos: la ideología del tratamiento. Debido a esta pérdida, y a que se ha puesto un creciente énfasis en la educación como camino para lograr el éxito en la sociedad exterior, se agrega en cierta medida el componente escolar al de la disciplina, como modo de legitimar la cárcel ante la opinión pública.

Así pues, en la esfera política pública se formulan demandas al sistema carcelario. Estas, a su vez, son comunicadas a las cárceles. He aquí el proceso mediante el cual se crean los intereses del sistema de la cárcel.

La pregunta siguiente es cómo los intereses del sistema, recibidos desde el exterior, se mantienen como tales dentro de los muros de la cárcel. Esta cuestión se vuelve importante cuando surgen ideas, se hacen sugerencias y propuestas o se formulan iniciativas que compiten entre sí, propugnando la apertura del sistema carcelario a nuevos comienzos que se oponen a los intereses predominantes del sistema. ¿Cómo se abordan estas iniciativas y cómo se las aniquilan adentro?

Es obvio que el sistema está organizado de tal manera que iniciativas de este tipo pueden ser sofocadas mediante el poder y la fuerza absolutos y ejercidos verticalmente. Es un sistema semi-militar. Pero el poder y la fuerza internos, en lo que hace al personal de menor jerarquía, tiene también sus limitaciones propias y quizás paradójicas. Su utilización intensiva, o como método único, puede amenazar de manera indirecta pero efectiva la estabilidad de los intereses del sistema: el personal de menor jerarquía puede actuar de modo tal que incrementa la vulnerabilidad del sistema carcelario a los ojos de la opinión pública.

Esto fue lo que sucedió en Noruega, en 1988, cuando el personal de seguridad de varias cárceles grandes realizó un paro ilegal. Se negaron rotundamente a recibir más presos hasta que una cantidad de internos psicóticos, a quienes el personal sentía que no podía contener, fuera transferido a hospitales neuropsiquiátricos. La "huelga de recepción" que

provocó —entre otras cosas— el hacinamiento en las comisarias, generó una situación crítica para el sistema carcelario ante la opinión pública. Durante un cierto tiempo, dicha crisis desestabilizó en gran medida la legitimidad exterior de la cárcel.

Debido a que el poder y la fuerza absolutos pueden ser contraproducentes, son importantes otros métodos “más blandos”. Deseo llamar la atención sobre algunas de estas formas “más blandas” que pueden ser llamadas *técnicas de neutralización*.

Estas técnicas, utilizadas por los responsables de mantener los intereses del sistema, neutralizan ideas e iniciativas nuevas. Las técnicas van desde un mayor o menor rechazo de ideas que estén en conflicto con los intereses del sistema dominante, hasta técnicas que, con mayor sutileza y sin llamar la atención, borran tales ideas de la agenda. Estas últimas técnicas están más cerca del poder y la fuerza absolutos. Estas reflexiones se basan en observaciones realizadas durante un estudio de observación de una cárcel noruega. Se trató de una investigación participada y de dos años de duración (Mathiesen, 1965a; hay una referencia más detallada al estudio adelante pp. 43-4, 130-1).

La primera y más sencilla de las técnicas es la *referencia* a instrucciones, órdenes y exigencias del exterior en general. Cuando se presentan ideas e iniciativas que están en conflicto con los intereses del sistema, los responsables de mantener los intereses de éste sencillamente se refieren a la autoridad superior que revisten las exigencias del exterior.

La técnica implica, primero, que aquellos que ocupan puestos de responsabilidad consideran a la institución como un eslabón dependiente dentro de un sistema mayor, depositario de una autoridad superior. En segundo término, implica que dichos funcionarios no se hacen responsables de oponerse a las nuevas ideas que podrían generar una nueva manera de pensar la vida y el sistema carcelario.

Una técnica más compleja es definir como *irrelevantes* las ideas e iniciativas que están en conflicto con los intereses del sistema. Es probable que esta técnica se use especialmente cuando la referencia a las exigencias del exterior ya no resulta convincente. En la etapa de la historia de la cárcel en la que

se presentaron las ideas de la terapia comunitaria y grupal (fundamentalmente en la década de 1960), dichas ideas fueron desechadas con frecuencia tachándoselas de irrelevantes para los principios superiores de la rehabilitación en la cárcel. Por ese entonces tales principios, al menos en los países escandinavos, eran, en gran medida, el trabajo industrial mecanizado.

La técnica de definir las ideas e iniciativas como *imposibles de implementar* quizás se genera sobre todo cuando el argumento y la técnica de la irrelevancia resulta ya ineficaz. Se puede neutralizar esta técnica, o al menos desestabilizarla, recurriendo a una argumentación sólida, o bien a ideas o iniciativas similares en otros lugares, a fuertes presiones profesionales o, por último, a combinaciones de estos elementos.

El usuario de la técnica "imposible de implementar" puede referirse al estado general de la cárcel, la falta de recursos y una serie de factores que hacen a la idea o la iniciativa imposible de llevar a cabo. Esta técnica también se utilizó, en Escandinavia, en la década de 1960 para combatir las ideas de terapia comunitaria y grupal. Las ideas fueron definidas como interesantes, pero sencillamente imposibles de aplicar en la cárcel.

La *postergación* de ideas e iniciativas en conflicto con los intereses del sistema es una técnica por la cual la implementación de ellas se aplaza "por el momento" arguyendo que no se la considera (aún) "completamente desarrollada". Dejando de lado cuán bien proyectada esté una nueva idea o iniciativa, nunca será perfecta y siempre podrán señalarse aspectos no desarrollados. Una nueva idea es "nueva" precisamente en el sentido de que todavía no ha sido probada en todos sus detalles. De ahí que casi siempre pueda ser aplazada "por el momento". Y así "diplomáticamente" se la pone a hibernar, se la neutraliza como una muy buena e interesante idea que, desafortunadamente, no puede ser puesta en práctica aún, por no estar totalmente desarrollada ni tener la maduración necesaria.

El iniciador puede incluso ser alentado a seguir con el desarrollo de la idea, a hacer una nueva presentación en el futuro. Los que utilizan la técnica de la postergación están seguros

de que mientras no se haya hecho una cuidadosa evaluación a través de la implementación en la práctica siempre podrán señalarse otros aspectos no desarrollados.

Pinchar las ideas es una técnica por medio de la cual se reduce la significación práctica de la nueva idea, a la vez que se mantiene una actitud de comprensión, interés y quizás entusiasmo por la idea. No se la rechaza ni se la posterga, sólo "se le da sus justas dimensiones". La protesta de un miembro del personal de tratamiento es "completamente comprendida" y se le da su lugar adecuado dentro del protocolo. Al aceptar la protesta en su totalidad a través del registro formal y nada más, se pincha efectivamente la protesta. Todo el tiempo se pinchan ideas en las instituciones totales, incluidas las cárceles.

La *absorción* es la sexta y última técnica que mencionaré aquí. Absorción implica que ni siquiera se pincha la idea o iniciativa que entra en conflicto con los intereses del sistema, sino que de hecho se la toma. Sin embargo, se la toma e implementa de una manera que sutil e imperceptiblemente cambia el elemento nuevo que ella contiene, de modo que en la práctica encaje en la estructura dominante sin amenazarla. No obstante se mantiene el nombre, así como la impresión de que se ha introducido algo nuevo que rompe con la tradición anterior.

Esto fue precisamente lo que sucedió en la década de 1960 con el llamado "programa de orientación grupal" introducido en varias cárceles escandinavas. En un primer momento, parecía que el programa mencionado había sido recibido con una considerable apertura. Sin embargo, con el paso del tiempo, fue imperceptible y gradualmente transformado en grupos regulares de estudio en ciencias sociales, psicología de la vida cotidiana, etcétera.

Los grupos de estudio tenían una estructura netamente verticalista y se sujetaban a normas bastante burocráticas, etc. Además encajaban muy bien en el sistema de seguridad de la cárcel, sin amenazarlo de ninguna manera. Al menos por un tiempo, se mantuvo con entusiasmo el nombre de "programas de orientación grupal" y se siguió teniendo la impresión de estar frente a algo nuevo y que rompía con los intereses

dominantes del sistema. Así pues las palabras clave en ese entonces eran “tratamiento grupal” y “orientación grupal”.

En suma, los intereses del sistema –generados como exigencias desde el exterior– se mantienen dentro de la cárcel mediante técnicas de neutralización que se agregan al poder y la fuerza absolutos o actúan en lugar de éste. Dichas técnicas son: hacer referencia a la autoridad externa, definir las ideas como irrelevantes o bien imposibles de implementar, o bien postergarlas, pincharlas y absorberlas.

La cárcel se convierte básicamente en una institución conservadora en virtud de técnicas como estas, por las cuales los representantes de la cárcel se someten a las premisas dominantes de la administración carcelaria. Vale decir que el cambio que se opone a las directivas dominantes se hace imposible. El conservadurismo de la sociedad carcelaria es un rasgo fundamental de la cárcel como institución.

Neutralización de la rehabilitación

El tercer punto general que debe recalcar aquí es este: dejando de lado cuál de los cuatro componentes de rehabilitación haya recibido el acento primordial, siempre se ha neutralizado la verdadera rehabilitación.

Existe entonces un sólido fundamento para afirmar que, a lo largo de toda su historia, la cárcel en realidad nunca rehabilitó a los presos en la práctica. En efecto, nunca llevó a la gente a un “regreso a la competencia”.

Al considerar los métodos concretos utilizados por entonces, podría inferirse hoy que la cárcel no haya tenido una función de rehabilitación en el pasado. Los métodos utilizados en Amsterdam, descriptos más arriba en este mismo capítulo, así como los aplicados en las cárceles del siglo XIX, con su énfasis en el aislamiento disciplinado y la penitencia moral, han sido totalmente desechados hoy en día.

El hecho de que la cárcel de hoy no rehabilite tiene una base socio-científica muy sólida, sustentada en tres fuentes.

En primer lugar, se nutre de los estudios sobre resultados de tratamiento mencionados anteriormente. Una larga serie de estudios empíricos demuestra que, más allá del tipo de tratamiento, e incluso tratándose de programas de tratamiento muy intensivos, los resultados siguen siendo muy similares y, por lo general, bastante magros. Pienso sobre todo en los estudios que miden los "resultados" en términos de reincidencia. Como ya mencioné, incluso los experimentos de tratamientos con controles incorporados muy cuidadosos, muestran esta deprimente falta de diferencia. Ya sea que se haya implementado tal o cual tipo de tratamiento... los resultados son en gran medida los mismos. (Se pueden hallar evaluaciones de los estudios que así lo revelan en Christie, 1961; Robison y Smith, 1871; Martinson, 1974; Bondeson, 1975; Greenberg, 1977; ver también por ejemplo Ward, 1972; Cornish y Clarke, 1975; Trasler, 1976; Brody, 1976.) La cantidad de estudios evaluados ha sido muy grande.

Por otra parte, han aparecido evaluaciones más optimistas (Kühlhorn, 1986), pero tal optimismo ha sido contrarrestado efectivamente (Bondeson, 1986). En algunos casos, quienes estudiaron los programas pudieron haber descartado programas sensatos y bien diseñados porque éstos no habrían satisfecho todos los requisitos metodológicos científicos (Wright, 1982:200). Ahora bien, existen ciertas variaciones en el sentido de que determinados tipos de medidas institucionales parecen adecuarse más a ciertos tipos de delincuentes que a otros (Brody, 1976:40). Pero la tendencia general en las evaluaciones de los programas es muy clara.

En su ya clásico panorama de la literatura de 1974, Robert Martinson resume esta tendencia general con sencillez y concisión. En él pasa revista a los estudios de intentos de rehabilitación en EE.UU. y otros países que son metodológicamente aceptables. Se trata de publicaciones en inglés del período 1945-1967.

En su informe, Martinson enfoca los estudios que medían los resultados en términos de reincidencia. Después de haber señalado las complicaciones metodológicas inherentes al relevamiento de datos, concluyó:

Habiendo hecho estas advertencias, es posible dar un resumen bastante sencillo y conciso de nuestros hallazgos: *salvo pocas y aisladas excepciones, los esfuerzos de rehabilitación de los que se ha tenido noticia hasta ahora, no tuvieron gran efecto en la reincidencia.* Los estudios llevados a cabo desde que completamos la encuesta no dan mayor pie para modificar la conclusión original. (Martinson, 1974:25)

La crítica que sobrevendría después de una afirmación de ese tipo (Palmer, 1975) también ha sido refutada (Sechrest, 1979). El resumen de Martinson conserva su vigencia.

En segundo lugar, la base socio-científica se afirma en nuestro conocimiento de la organización real de la mayoría de las cárceles, tanto en el plano nacional como internacional.

Antes habíamos tomado como punto de partida experimentos e intentos de tratamiento reales. Precisamente éstos son los que en gran medida no producen los efectos deseados. Pero el hecho contundente es que la realidad concreta en casi todas las cárceles dista mucho de lo que podría llamarse "tratamiento" en un sentido específico.

Como ya se mencionó (capítulo I), las cárceles están por lo general superpobladas, en malas condiciones y, en mayor o menor medida, son peligrosas para quienes las habitan. Además por regla general son aparatos autoritarios y burocráticos de gran magnitud. Esta es la vida de todos los días en la cárcel: una vida muy alejada de cualquier "situación de tratamiento".

En tercer lugar, la base descansa asimismo en los estudios sociológicos de la cárcel como organización y de la comunidad de los presos.

El primer estudio carcelario importante en los tiempos modernos, llevado a cabo en EE.UU. antes de la Segunda Guerra Mundial (Clemmer, 1940), indicaba con claridad que el confinamiento no fomenta la rehabilitación. El autor, Donald Clemmer, era un sociólogo empleado en la cárcel donde se llevó a cabo el estudio. Mediante entrevistas intensivas, cuestionarios y observación, estudió las actitudes de los presos para con la sociedad obediente de las leyes.

Su información abonaba la hipótesis de que los presos eran "carcelizados" —según solía decir— durante el período de prisión. Por "carcelización" entendía la incorporación de costumbres, moralidad, hábitos y cultura general propios de la cárcel. En términos más populares, según el estudio de Clemmer, la cárcel funcionaba ante todo, y en un sentido cultural, como "escuela del delito". Todo preso, sostenía Clemmer, estaba sujeto a ciertos factores universales de carcelización. Nadie podía escapar completamente a ello, si bien seguramente existían variantes.

Su hipótesis era que cuanto menor fuese la condena, tanto más satisfactorias las relaciones durante la vida pre-penal, mayor la cantidad de vinculaciones positivas afuera, mayor la independencia personal frente a los grupos primarios dentro de la cárcel, mayor la habilidad personal para rechazar el código de los presos, mayor la distancia física de los internos líderes, mayor la tendencia personal a evitar ciertos tipos de actividad que suponían una integración al código de los presos, y *menor* la tendencia a la "carcelización". Al invertirse los criterios que acabamos de mencionar, se produjo un mayor grado de carcelización:

Ahora bien, los presos están expuestos a un gran número de factores que probablemente fomenten un alto grado de carcelización. Además nadie puede evitar completamente dicha carcelización. Estos dos aspectos constituían un punto importante. Clemmer no extrajo la conclusión de que necesariamente exista un alto grado de correlación entre carcelización extrema y conducta delictiva posterior. Más bien sugirió la posibilidad de que exista correlación, y sostuvo que indudablemente la carcelización no ayuda a la rehabilitación.

El estudio abarcador de Clemmer concitó gran atención en los círculos profesionales, pero la Segunda Guerra Mundial puso un paréntesis provisorio a la actividad de investigación. Sin embargo, después de la guerra, el estudio sociológico de la cárcel adquirió renovada importancia, y alrededor de 1960 una serie de estudios importantes apoyaron en diversos aspectos los hallazgos iniciales de Clemmer.

El sociólogo estadounidense Stanton Wheeler realizó un minucioso estudio basado en cuestionarios. Mediante dicho

estudio puso a prueba los hallazgos de Clemmer respecto de la carcelización (Wheeler, 1961). El interés de Clemmer se centraba principalmente en las primeras fases de la carcelización, es decir, en el ingreso de los presos a la cultura del interno. Su hipótesis sobre una asociación entre carcelización y posterior acomodamiento se basaba en la presunción de que los procesos observados durante las fases primeras e intermedias del encarcelamiento continúan hasta que el interno queda en libertad bajo palabra (Wheeler, 1961:698).

Wheeler investigó esta presunción dividiendo a los presos de una gran cárcel estadounidense en tres grupos: los que comienzan, los que están en la mitad, y los que están acabando su condena a prisión. Al dividir la población carcelaria de esta manera, también pudo inferir (el estudio era de corte transversal más que longitudinal) que la carcelización —medida por las respuestas de los presos a una serie de situaciones de conflicto hipotéticas en la cárcel— aumentaba significativamente hacia la mitad de la estadía, y decaía nuevamente cuando se acercaba la liberación.

En otras palabras, la carcelización tenía forma de “U”: los presos parecen “prepararse” para la liberación abandonando, en gran medida, las normas y valores de los internos característicos de las fases anteriores. Pero es importante advertir que la forma de “U” no era perfecta: a pesar de que se podía inferir una reorientación hacia la parte final de la estadía, dicha reorientación no era completa. Ahora bien, si se tiene en cuenta que muchos presos son encarcelados varias veces, se puede inferir por lo tanto que la carcelización es algo así como una espiral, a través de la cual el individuo se compromete cada vez más con la subcultura del interno.

* También alrededor de 1960 aparecieron varios estudios que no sólo sugerían un proceso de carcelización por parte de los presos, sino que intentaban explicar —lo que es en sí más importante— ante todo por qué surge esa cultura de presos (Sykes, 1958; Sykes y Messinger, 1960). Los autores examinaron los numerosos sufrimientos del encarcelamiento que padece el preso encarcelado. La privación básica de la libertad misma; la privación de bienes y servicios; la privación de relaciones heterosexuales; la privación de autonomía y la pri-

vacación de seguridad respecto de otros internos, son tan dolorosas que crean la necesidad de una defensa.

Esa necesidad defensiva se satisface estableciendo una comunidad de presos con normas y valores peculiares. La vida en la comunidad de presos no elimina el dolor, pero al menos lo alivia o modera. Una cultura común protege contra las presiones del ambiente. De esta forma, la cultura del preso se vuelve una reacción comprensible.

La investigación escandinava, tanto la llevada a cabo en ese mismo lapso como la de estudios más recientes, presentó en parte hallazgos que se asemejan mucho a los resultados estadounidenses. En 1959, el sociólogo noruego Johan Galtung publicó un completo estudio de la cárcel del distrito de Oslo, la prisión noruega más grande (450 internos, bastante más pequeña que cualquier cárcel estadounidense o británica; Galtung, 1959).

Galtung cumplió una condena como objetor de conciencia, y basó su estudio en la observación personal sistemática, así como en entrevistas con compañeros presos y con el personal. De ese modo corroboró el hecho de que el período de cárcel se experimenta como algo muy doloroso, de manera muy similar a lo que resulta de los estudios estadounidenses (si bien las condenas en Noruega son, en promedio, mucho más cortas que las norteamericanas), y halló tendencias de carcelización.

En 1965 publiqué un estudio sobre la institución noruega para la prisión preventiva, basado en dos años de observación participativa como sociólogo y en entrevistas, así como cuestionarios contestados por los internos de la institución de prisión preventiva y de una prisión común para los de condenas prolongadas (Mathiesen, 1965a). Las relaciones de poder en la institución total constituyen un foco de atención importante en mi estudio. Debido a que esta era una institución de prisión preventiva, el factor psiquiátrico y psicológico revestía una importancia mayor que la usual. En vista de ello, uno podría pensar que los internos consideran las penas de encarcelamiento como menos prolongadas.

Pero los hechos demostraban lo contrario: desde el punto de vista de los presos, el período en la institución de prisión

preventiva se experimentaba como un tiempo de singular sufrimiento. En efecto, los presos se sentían especialmente estigmatizados como un grupo particularmente descartado y descarriado. Baste decir que con frecuencia usaban el término "basurero de la sociedad" para describirse a sí mismos.

Y lo que es más importante, experimentaban que los psiquiatras y el personal de terapia en general tenía un poder particular y peligroso, casi omnipotente. A sus ojos, el poder de los psiquiatras estaba relacionado con el papel de los médicos en cuanto peritos ante el tribunal: la mayoría de los presos tenía una "condena de seguridad" (según se la conoce), que requería una investigación y dictamen psiquiátricos, y aquellos que habían sido condenados a largos plazos percibían a los psiquiatras como los "verdaderos jueces". Otros investigadores han corroborado muy recientemente este hallazgo en particular (Kongshavn, 1987).

Pero el poder de los psiquiatras también estaba relacionado con la importancia de sus informes y recomendaciones en pro o en contra de la "liberación sin seguridad". Mediante esos informes y recomendaciones los psiquiatras controlaban un beneficio que era vital para los internos. La información del cuestionario comparativo demostró que los internos en la institución con orientación terapéutica, experimentaban la "omnipotencia" del personal como algo mucho más importante que los internos de las cárceles comunes (Mathiesen, 1965a:109).

Al examinar la información recabada en la observación participativa, no encontré los mismos indicios fuertes de carcelización o de acomodamiento a una cultura carcelaria en particular.

"Mis" presos parecían en gran medida encarnar las normas y valores estándares, convencionales, como "la mayoría de la gente". Se han informado hallazgos similares en al menos otro grupo de estudio escandinavo (danés) (Balvig *et al.*, 1969). Ahora bien, hallé otras reacciones a la estadía en la cárcel que tenían al menos igual grado de complejidad: muchos presos recalcaban que el poder de los psiquiatras hacía imposible establecer con ellos algo que se pareciese a una relación terapéutica. Muchos intentaron defenderse contra el estigma

particular que padecían y contra lo que experimentaban como poder omnipotente de los psiquiatras, criticando por igual, constante y masivamente, la institución y el sistema carcelario en general.

La crítica subrayaba que la institución y el sistema eran injustos, ineficaces, o ambas cosas. Los internos recalcaban con énfasis que no se fomentaba su rehabilitación –en el sentido que se le dio anteriormente al término–, y criticaban y rechazaban la cárcel en sí misma. En suma, la censuraban por no mantener o lograr normas y valores que de hecho tienen vigencia también dentro del ámbito carcelario.

En otras palabras, había un profundo conflicto entre el personal y los presos, si bien tal confrontación no revestía el carácter de una escisión cultural.

Sin embargo, otro amplio estudio escandinavo, esta vez de Suecia, ha hallado claros indicios de carcelización también en las condiciones carcelarias escandinavas. En el libro de 1974, Ulla Bondeson (Bondeson, 1974; ed. ingl. rev. 1989) brinda un informe basado en un estudio integrado por cuestionarios y entrevistas, y realizado en trece instituciones distintas para mujeres y hombres (escuelas de capacitación, cárceles para jóvenes, cárceles cerradas e institutos de prisión preventiva).

Según Bondeson, los presos fueron criminalizados, narcotizados, neurotizados y, en general, se les hizo sentir su completo desvalimiento durante el tiempo de su condena a prisión. Además sintieron fuertemente la carcelización. Asimismo se realizó un minucioso estudio de jerga carcelaria para comprobar el proceso de carcelización.

Bondeson no detectó que las pequeñas instituciones terapéuticas funcionasen mejor que las grandes cárceles comunes. Además constató que también las mujeres eran carcelizadas durante su estadía en la cárcel. Es interesante que Bondeson no pudiera corroborar la curva en forma de “U” de Wheeler que ilustra el acomodamiento a las normas convencionales (ver arriba). Bondeson concluye:

En resumen, la carcelización observada durante el confinamiento institucional no se revierte hacia el final del encierro en el material examinado. No se registran signos de

que los internos dejen de identificarse con la subcultura criminal a medida que se acerca la fecha de la liberación. Vale decir que no existe fundamento para sostener que antes de la liberación comience una socialización anticipada con mira a reinsertarse en la sociedad respetuosa de las leyes (Bondeson, ed. ingl. rev. 1989:248).

Estos son algunos de los estudios sobre la cárcel que se han llevado a cabo. Existen otros que, más allá de ciertas variaciones, arrojan los mismos resultados sombríos. (Un importante estudio de EE.UU. muestra un panorama más alentador; ver Glaser, 1964. El estudio ha sido criticado en cuanto a su metodología.)

La detección o no de una carcelización en el sentido clásico de Clemmer, dependerá quizás, en parte, del método aplicado. Dejando de lado la cuestión de si el mecanismo es carcelización o no, los estudios sugieren o muestran, casi en forma unánime y clara, que no se logra el pretendido fin de rehabilitación atribuido a la cárcel.

Esta conclusión general fue anticipada efectivamente ya a comienzos de la década de 1950, en un artículo importante escrito por dos sociólogos estadounidenses, que también eran administradores de cárceles: Lloyd W. McCorkle, director de la Cárcel Estatal de Nueva Jersey en Trenton (donde Gresham Sykes llevó a cabo el estudio antes mencionado), y Richard R. Korn, director de educación y orientación en la misma cárcel (McCorkle y Korn, 1954).

Estos sociólogos crearon un concepto clave que resumía el punto central de una masa ingente de trabajos de investigación que siguieron después: la policía, los tribunales, y especialmente las cárceles –sostenían McCorkle y Korn– implican un *rechazo* de los presos en su calidad de miembros de la sociedad. A su vez, la respuesta de los presos a este rechazo es rechazar a quienes los han rechazado; *rechazar a quienes los rechazan*. McCorkle y Korn lo dicen de este modo:

Puede considerarse que, en muchos aspectos, el sistema social de los presos brinda una forma de vida que permite al interno evitar los devastadores efectos psicológicos de la internalización y conversión del rechazo social en rechazo propio. En efecto, posibilita al interno rechazar a quienes lo

rechazan en vez de rechazarse a sí mismo (McCorkle y Korn, 1954:88).

En estas condiciones –sostenían– cualquier cosa que parezca “tratamiento” se vuelve imposible. Incluso la rehabilitación “basada en mitigar la dureza de la vida carcelaria” (McCorkle y Korn, 1954:95) se hace estéril (a pesar de lo importante que podría ser desde un punto de vista humanitario). Y esto último debido a que el rechazo ante el cual reaccionan los presos es global o inmanente al sistema, de modo que se crean nuevas demandas y ocasiones para la hostilidad. Una larga serie de estudios posteriores ha demostrado que McCorkle y Korn estaban en lo cierto.

Se podría ahondar aún más en el tema agregando que no se logra el objetivo de la rehabilitación en la cárcel. En efecto, las posibilidades de lograrla –sobre una base de largo plazo– son reducidas para los internos que ingresan al “síndrome de rechazo” descrito anteriormente.

Permítanme mencionar que Ulla Bondeson ha estudiado los efectos a largo plazo de la carcelización en la reincidencia (Bondeson, ed. ingl. rev. 1989, cap.12; ver también Bondeson y Kragh Andersen, 1986; Bondeson, 1986:422; sobre el mismo tema, ver además Robison y Smith, 1971:71-2; Trasler, 1976:12-3).

La información sobre reincidencia fue provista por internos de la cárcel estudiada después de un período de cinco y diez años, respectivamente. Se registraron, con fechas exactas, todos los delitos y sanciones impuestas durante dicho período. También se consignaron otros datos de seguimiento. El análisis principal se concentró en el estudio a diez años. Por su parte, la información sobre reincidencia estaba relacionada con información previa sobre carcelización. Se buscó asimismo no pasar por alto algunas de las variables de fondo importantes. Los internos de las escuelas de capacitación fueron excluidos del estudio (y un grupo reducido de otras instituciones tuvo que ser eliminado por no disponerse de información completa sobre ellas), quedando así como campo de observación dos cárceles de jóvenes, una de mujeres, dos de hombres y una institución de prisión preventiva.

Se analizó el tiempo transcurrido desde la liberación hasta la comisión de un nuevo delito. Se utilizaron técnicas para procesar la llamada "información de supervivencia", teniendo en cuenta las diferencias en los períodos de reincidencia. Resultó interesante que las dos instituciones que se apartaron del promedio fueron las cárceles de jóvenes que tenían presos sin condenas anteriores. Bondeson concluye:

En suma, en las dos cárceles de jóvenes se constató que ninguna de las variables consideradas tuvo una influencia significativa en la distribución del tiempo de reincidencia...

En el caso de las otras cuatro cárceles, una gran parte de la variación del tiempo de reincidencia entre ellas podía ser explicado por tres variables: conocimiento de la jerga, condenas por año, y tipo de delito...

De las tres variables, el conocimiento de la jerga fue el más significativo en el modelo de regresión final ($p=0,0005$), luego se ubicaron las condenas por año ($p=0,001$) y, finalmente, el tipo de delito ($p=0,0003$). (Bondeson ver. ingl. rev. 1989:292-3)

¿Es defendible la cárcel desde la rehabilitación?

La respuesta general a la pregunta principal planteada en este capítulo, ¿es defendible la cárcel desde la rehabilitación?, puede ser muy breve: una impresionante cantidad de material, tanto histórico como sociológico, lleva a un claro e inequívoco *no*.

La ideología de la rehabilitación es tan antigua como las cárceles mismas. Consistió, y aún consiste, en cuatro componentes principales -trabajo, escuela, influencia moral y disciplina- que al mismo tiempo son elementos centrales de una ética burguesa "protestante". El imaginario de la rehabilitación no va más allá de estos cuatro componentes, y varias expresiones concretas de los mismos.

El énfasis que se fue poniendo sobre los cuatro componentes a través del tiempo, ha sido determinado por los intereses del sistema que se proyectan a las cárceles más que por cualquier interés en la rehabilitación efectiva de los presos. Esto significa que cuando se producía un conflicto entre los intereses del

sistema y las pautas de rehabilitación, eran los intereses los que ganaban sistemáticamente la batalla y a los que se daba prioridad.

Y también ha sido sistemático el hecho de que no se logró una rehabilitación. Esta conclusión está ampliamente avalada por una abundante literatura de investigación en terapéutica y una larga serie de estudios profundos, de tipo sociológico, sobre la cárcel como sistema social.

... No sólo podemos decir, con la mayor certeza, que la cárcel no rehabilita sino que ella de hecho *inhabilita*. En realidad, hoy las autoridades responsables también lo reconocen. Cito una fuente sueca autorizada:

La investigación criminológica actual nos ha enseñado, sin embargo, que es ilusoria la idea de que somos capaces de mejorar al individuo castigado mediante un castigo que implique la privación de la libertad. Por el contrario, hoy se acepta comúnmente que estos tipos de castigos redundan en una mala rehabilitación y un alto índice de reincidencia. Además, a menudo tienen un efecto destructivo sobre la personalidad. (Proposición Regeringens, 1982/83 N° 85:29, traducida del sueco al inglés por el autor)

Resulta razonable exigir que las autoridades en la práctica, asuman como propio este razonamiento correcto. Y que lo hagan con seriedad.

CAPÍTULO III

PREVENCION GENERAL

La prevención general como paradigma

La noción de rehabilitación es una teoría importante dentro del grupo principal de teorías penales que subrayan la prevención especial como defensa social.

Como ya se mencionó, el otro grupo principal de teorías de defensa social toma como punto de partida la prevención general, es decir, la noción de prevenir no que el interno, sino los otros, cometan actos delictivos. Como también expresamos, se concibe la prevención general como proceso de disuasión, educación moral y formación de hábitos de los demás.

En gran medida, nuestra sociedad *da por sentado* el efecto preventivo general del castigo. Esta noción está tan profundamente arraigada en el "pensamiento de sentido común" de la sociedad, que con frecuencia no se plantean las preguntas sobre su verdadera existencia, por lo cual tampoco se las responde. En este sentido, la noción del efecto preventivo general del castigo constituye un *paradigma* predominante en la sociedad.

La palabra "paradigma" es griega y significa "patrón". En el contexto de las ciencias, el "paradigma" significa un patrón básico y coherente de pensamiento. Este influye sobre el proceso de investigación, recalcando determinadas tareas de investigación y problemas cuyo abordaje resultaría fructífero e interesante, y funcionando asimismo como esquema de interpretación cuando se debe dar un contexto teórico a los datos empíricos.

Se puede decir que el marxismo constituye un "paradigma" en las ciencias sociales, y el funcionalismo estructural, otro (para más detalles, ver Kuhn, 1962/1970; ver también, por ejemplo, Johnsen, 1979). Pero no sólo en las ciencias sociales podemos hablar de paradigmas. En la sociedad en general, y en los varios subsistemas de la sociedad, también podemos hablar de distintos paradigmas que, en diversos grados, compiten unos con otros por captar nuestra atención y adhesión.

Mucho más allá de las ciencias, hallamos patrones de pensamiento básicos y coherentes que ofrecen puntos de partida para la interpretación social, que señalan rumbos al pensamiento y funcionan como perspectivas reguladoras para comprender el mundo. Las grandes instituciones de la sociedad, tales como la Iglesia, el derecho, la escuela y, más recientemente, los medios masivos de comunicación, son productores y a la vez transmisores de patrones de pensamiento más o menos coherentes y básicos de este tipo.

Para ser considerado paradigma, el patrón de pensamiento, de alguna manera, debe darse siempre por sentado. *Dentro* del patrón de pensamiento se puede formular preguntas y plantear temas –eso es exactamente lo que sucede en el contexto científico– pero el patrón principal y básico –los dogmas– debe darse por sentado. No es razonable decir que un patrón de pensamiento tiene el *status* de paradigma cuando, de hecho, grandes grupos dominantes ponen en tela de juicio sus doctrinas básicas.

Esos patrones de pensamiento o bien están en proceso de perder su *status* de paradigma, o sencillamente no son paradigmas. Por el contrario, cuanto más se dé por sentado un patrón de pensamiento por aquellos que lo transmiten, por aquellos que lo reciben, o por ambos, tanto más "paradigmático" es.

Las cuestiones de cómo se establecen los paradigmas en determinados grupos o en la sociedad, así como la cuestión de por qué un paradigma antiguo cede lugar a uno nuevo, constituyen temas complejos e interesantes de la sociología del conocimiento.

No podemos tratar en detalle estos temas (algunos comienzos de análisis pueden encontrarse, por ejemplo, en Mathiesen, 1984:18-122; ver también Mathiesen, 1986, capítulo VI). Aquí sólo deseo señalar lo siguiente.

En la sociedad noruega, británica y norteamericana, la noción del efecto preventivo general del castigo funciona en gran medida como paradigma. La teoría de la prevención general constituye un patrón coherente de pensamiento, un sistema básico de pensamiento en el sentido de que se ve a la prevención general como una suerte de piedra fundamental en una sociedad bien organizada. Y tanto aquellos que transmiten el mensaje como la mayoría de los observadores del proceso de comunicación, dan por sentado el efecto general preventivo.

Esto es importante, por tres razones capitales. En primer lugar, debido a que la noción de prevención general es tan paradigmática en la sociedad, que los hechos y acciones más dispares adquieren significación a la luz de ella.

El descenso de los índices de delincuencia señala, supuestamente, que el castigo tiene un efecto preventivo general. El incremento de estos índices señala, supuestamente, que el castigo también tiene un efecto preventivo general: muestra que las sanciones no son suficientemente duras y por ende son necesarias condenas más severas para reducir los delitos. Cuando la cantidad de delitos relacionados con las drogas, registrados por la policía o por la investigación, se estanca o disminuye, se muestra la eficacia de la práctica condenatoria dura aplicada en esta área. El aumento de la cantidad de delitos relacionados con las drogas demuestra que la condena debe ser aún más dura. Pueden citarse muchos otros ejemplos de cómo se atribuye un significado uniforme a hechos totalmente contradictorios dentro del campo de la política criminal y penal (para un ejemplo en materia de espionaje, ver Mathiesen y Hjemdal, 1986).

Hechos y acciones contradictorios pueden tener la misma motivación, pero no *necesariamente*. En este último caso no son tomados con seriedad. Ahora bien, las nuevas acciones contradictorias que se producen son incorporadas y automáticamente interpretadas de la manera ya indicada, como un apoyo a la teoría del paradigma.

En segundo lugar, y como extensión del primer punto, debido a que la noción del efecto general preventivo del castigo es tan paradigmática, el peso de la prueba recae sobre aquellos que cuestionan la teoría (minorías) y no en quienes la toman como punto de partida y la dan por sentada. Se supone que la prevención general funciona; por lo tanto habría que probar lo contrario. Nuevamente, esto se puede apreciar en áreas concretas. Debido a que se da por sentado la eficacia del castigo severo en el área de los delitos relacionados con las drogas, el peso de la prueba recae sobre los hombros de quienes dudan de ello. En cierto sentido, "la carga inversa de la prueba" constituye el orden del día. Por lo tanto la teoría de la prevención general se convierte en una teoría sumamente resistente a la crítica y a la objeción.

En tercer lugar, y en razón de que la noción de prevención general es tan paradigmática, quienes proponen esta teoría tienen la posibilidad de tomar, como punto de partida más importante, lo que ellos consideran una experiencia del sentido común de la vida cotidiana. Pero a menudo contando con poca o ninguna prueba de tal experiencia.

Una destacada figura del derecho penal noruego, conocido internacionalmente por sus contribuciones a la teoría de la prevención general, afirma lo siguiente sobre lo que considera como la razón principal para creer en la prevención general:

La base más fuerte sobre la que se sustenta la creencia en la prevención general sigue siendo una bien conocida experiencia: el miedo a las consecuencias indeseables. Este miedo es un factor sumamente motivador en la mayoría de las experiencias de vida, y cuanto más motivador, tanto más serias las consecuencias temidas. Es casi pueril pensar que este mecanismo muy conocido no revista importancia cuando se trata de la comisión o no de un acto delictivo. (Andenæs, 1977/1982:229, traducido del noruego al inglés por el autor de este libro.)

Cabe agregar que esta declaración contundente se inserta a modo de conclusión de un largo artículo, y después de una revisión detallada de los resultados de investigaciones que, según el autor, no han llevado a ningún "avance decisivo en el conocimiento" (Andenæs, 1977/1982:228).

Para ser justos, debe añadirse que especialmente durante estos últimos años, Johs. Andenæs estuvo entre quienes tomaron con seriedad la cuestión de corroborar empíricamente la tesis del efecto preventivo general del castigo. Más adelante volveremos sobre el punto. A pesar de ello la experiencia de miedo a las consecuencias desagradables, inspirada por el sentido común, es efectivamente su "base más fuerte para creer en la prevención general".

Andenæs no está solo con su tesis. Otros, con un enfoque mucho menos empírico, no sólo consideran como su base más fuerte la experiencia inspirada por el sentido común, sino que de hecho es su única base.

En suma, el carácter paradigmático de la teoría de la prevención general funciona de modo tal que incluso hechos y acciones marcadamente contradictorios son interpretados dentro de la teoría. El peso de la prueba recae directamente sobre aquellos que dudan de la teoría. Por su parte, las experiencias inspiradas por el puro "sentido común" son aceptadas como la base más fuerte o incluso la única base de la teoría.

Estas circunstancias no contribuyen a formular la pregunta principal de este capítulo: "¿Es defendible la cárcel desde la prevención general?". Uno entonces plantea una pregunta que va francamente en contra de la orientación principal del paradigma. Así pues, se hace mucho más importante formular la pregunta.

Resultados de la investigación

La primera pregunta específica que se puede formular es la siguiente: ¿Qué dice la investigación en esta área?

En los últimos años se ha incrementado la investigación relacionada con la prevención general. Johs. Andenæs es uno de los que han seguido con detenimiento los avances de la investigación y resumido sus diversas fases, por ejemplo, en un artículo de 1977/1982 (Andenæs, 1977/1982), así como en varios otros trabajos que cubren áreas especiales.

Tal como él mismo lo afirma: "A partir de mediados de la década de 1960 observamos un intenso caudal de estudios, especialmente en Estados Unidos, y nada sugiere que dicho caudal vaya a mermar" (Andenæs 1977/1982:196). Debido a que Andenæs también fue uno de los principales defensores de la teoría de la prevención general, tenemos algunas razones para examinar con mayor detalle sus aportes.

Ante todo, Andenæs señala el ingreso de los economistas a esta área. El punto de partida de estos últimos, dice, es diferente del de los sociólogos: el acto delictivo es resultado de una elección racional. Además, los economistas fueron capaces de emplear nuevos métodos estadísticos, desarrollados en la economía.

Más aún, Andenæs examina estudios sobre pena de muerte, diferencias entre regiones geográficas, efecto del cambio legal y cambio en la práctica legal, como así también estudios de entrevistas –en especial concernientes al efecto del conocimiento del derecho y del cambio en el derecho– e investigación experimental.

Se tratan varias áreas de la conducta social y se repasa un gran número de estudios. Surge entonces la siguiente pregunta: ¿Dónde estamos hoy? Andenæs comienza la respuesta a su propia pregunta de este modo:

En anteriores discusiones sobre la prevención general teníamos que confiar en la experiencia asistemática, en el razonamiento psicológico general, en la introspección y en el material histórico. ¿Es posible decir que los últimos diez años de investigación han cambiado básicamente la situación? No es fácil dar una respuesta clara. (Andenæs, 1977/1982:227.)

Andenæs afirma que la objetividad y el estándar científico de la discusión han aumentado. Además, se ha vuelto más difícil mantener posiciones extremas. Por una parte, no es fácil negar un efecto preventivo general de las reacciones penales, o sostener que su efecto es independiente del cumplimiento efectivo. Por otra parte, la creencia de que un aumento de los niveles penales o de los esfuerzos policiales bajará el índice de delincuencia, parece, palmariamente, no corresponderse con la realidad. No obstante Andenæs extrae la siguiente conclusión:

A diferencia de la investigación relacionada con los resultados preventivos individuales de distintas reacciones, no hemos logrado ningún avance significativo en el conocimiento. La investigación nos ha dado fragmentos de conocimiento que pueden ser utilizados en el control del razonamiento que funciona como sentido común. Tales fragmentos operan asimismo como complemento de dicho sentido común, en el que, por otra parte, tendremos que seguir confiando todavía. Tenemos un largo camino por recorrer antes de que la investigación pueda brindar resultados cuantificables respecto del efecto que éste o aquel cambio en el sistema tengan sobre el delito... si es que alguna vez arribamos a esa etapa. (Andenæs, 1977/1982:228.)

La conclusión es significativa. No hemos hecho ningún "avance significativo en el conocimiento". La investigación ha suministrado solamente "fragmentos de conocimiento".

Volveremos más adelante sobre la discusión de Andenæs.

En primer lugar repasaremos algunos otros comentarios y contribuciones a la literatura. Al examen de la investigación realizado por Andenæs debemos agregar lo siguiente: mediante una revisión actualizada, amplia y profunda, la rama más vigorosa de la investigación moderna en la prevención general, la economía –mencionada anteriormente– llega a una conclusión que se corresponde mucho con la suya.

El autor de este trabajo es el investigador alemán Jürgen Frank (Frank, 1986). Este toma como punto de partida la amplia gama de estudios estadounidenses que recurren a modelos económicos racionalistas y teorías de "costo-beneficio". Hablando en general, los estudios muestran que las medidas penales –es decir, la posibilidad de ser condenado o encarcelado y el nivel de castigo– tienen un cierto y limitado efecto disuasivo (Frank, 1986:4-6). Sin embargo hay un aspecto mucho más importante: los modelos económicos que constituyen el punto de partida contienen una serie de hipótesis integradas que en la práctica cotidiana resultan problemáticas y dudosas. Frank enfoca también este tema (Frank, 1986:15-22).

Sus apreciaciones son muy sobrias y, en cuanto a esta tradición de investigación, arriba a la siguiente conclusión: es una tradición interesante en tanto representa un desafío a las otras líneas de pensamiento que no toman como punto de partida la

idea de la orientación racionalista, de costo-beneficio y tendencia económica.

La rigurosidad y formalidad de las consecuencias que se derivan de esta tesis presentan la tradición con claridad y concisión, en términos de proposiciones centrales y declaraciones. Asimismo brindan un marco para el análisis del trabajo empírico, aún cuando no pueden indicar precisamente la influencia del derecho penal y las alternativas legales. "Sigue pendiente la cuestión –concluye Frank– de si los enfoques no económicos son superiores en cuanto a poder explicativo y certeza empírica" (Frank, 1986:23, traducida del alemán al inglés por el autor del libro).

Se puede agregar que los hallazgos en áreas más especializadas, como la de conducir en estado de ebriedad –en la cual la investigación ha sido más intensa–, son igualmente inciertos y a lo sumo apuntan en distintas direcciones (para detalles respecto de los estudios de conducción en estado de ebriedad, ver el trabajo de Klette de 1982).

En un amplio estudio, Ross y otros colaboradores examinaron los progresos legales respecto de la conducción en estado de ebriedad en Finlandia, Dinamarca, Suecia y Noruega, durante las décadas de 1970 y 1980. En este sentido, presentaron pruebas estadísticas –cuando se disponía de ellas– sobre el impacto de tales progresos legales en la ingesta de bebidas y en la conducción (Ross *et al.*, 1984). Durante el mencionado período, en los primeros tres países se produjeron importantes liberalizaciones de las leyes o de la práctica legal sobre la ingesta de bebida y la conducción (en Noruega, la liberalización se produjo después de este período), mientras que en los cuatro países se introdujo la racionalización de los controles policiales, bajo la forma de pruebas tomadas entre conductores elegidos "al azar".

Las intervenciones fueron estudiadas mediante un análisis interrumpido de tiempo-series. Los investigadores buscaron efectos tanto temporarios como permanentes, utilizando como parámetros la cantidad de muertos y heridos a raíz de colisiones, los muertos por accidentes fatales en las noches de fin de semana, y durante las noches en general.

Los efectos de los progresos legales fueron, en general, despreciables: las distintas mediciones dieron como resultado: ningún cambio, cambios que eran insignificantes estadísticamente o, en el caso de Finlandia, un significativo aumento temporario (14%) en la cantidad de muertos por accidentes fatales. Cifra que, a su vez, desapareció virtualmente en dos meses (los heridos experimentaron una significativa disminución temporaria que duró casi un año).

Los autores concluyeron:

Durante la última década, en Escandinavia se realizaron progresos en cuanto a la ley sobre conducir en estado de ebriedad. Progresos que, desde un punto de vista humanitario, resultan encomiables. La liberalización inherente a este enfoque dio como resultado la imposición de menos sufrimiento a los ciudadanos de tales países, *sin evidencias de efectos negativos en el plano del problema conducción-ebriedad*. (Ross et al., 1984:480, énfasis agregado).

Sin embargo, existe un punto que requiere un tratamiento más detallado. En ciertos pasajes de la literatura sobre prevención general se hace una distinción, por una parte, entre *nivel de castigo* y, por otra, lo que puede resumirse como *probabilidad de una sanción*. A pesar de que el nivel de castigo parezca no mostrar casi efecto preventivo general, se sostiene que un aumento en la probabilidad de una sanción –cuando se ha cometido un delito– tiene al menos cierto efecto.

Esta afirmación es hecha, en realidad, por el criminólogo estadounidense James Q. Wilson en su libro *Thinking about Crime* (Wilson, 1975/1983). El punto de partida de Wilson es la defensa del sistema penal y de las sanciones carcelarias. Wilson habla del efecto preventivo general del castigo/cárcel en un contexto de costo-beneficio y en términos generales. Señala además varios estudios que muestran un efecto, a pesar de que este –parece admitir– sea marginal (Wilson, 1983:143).

Sin embargo, al examinar su revisión de tales estudios, puede constatarse lo siguiente: lo que él considera efecto marginal es, en realidad, lo que bastante sistemáticamente puede resumirse como probabilidad de una sanción. En este

sentido habla de la "velocidad" y de la "certeza" del castigo, y en muy raras ocasiones sobre la severidad o el nivel del castigo.

En otros estudios, por ejemplo un gran estudio alemán de delinquentes juveniles llevado a cabo por Schumann y colaboradores (Schumann *et al.*, 1937), resulta muy clara la distinción entre, por una parte, nivel de castigo o severidad del mismo y, por otra, la probabilidad ("velocidad y certeza") de una sanción. En un proyecto empírico cuidadosamente diseñado, Schumann y sus colaboradores analizaron entre otros aspectos el efecto de la severidad del castigo esperada sobre la conducta delictiva. Se tomó al azar un universo de 1.600 jóvenes de entre 15 y 17 años, en la ciudad de Bremen. Se expuso a sesenta y dos de ellos a un preexamen, lo que redujo dicho universo a 1538.

Se desarrollaron dos cronogramas de entrevistas. Uno medía diversas variables intervinientes –posibles e independientes–, en especial los castigos que esperaban y la experiencia subjetiva del riesgo de detección. El otro –administrado al menos un año después– aprovechó conductas delictivas informadas por ellos mismos.

Además se obtuvo información de los registros oficiales sobre la conducta delictiva de los entrevistados. Un total de 49,3% de la muestra se sometió a las dos entrevistas. Se brinda un análisis detallado de quienes no fueron entrevistados, y asimismo de la representatividad. La muestra neta y el grupo afectado presentaron proporciones idénticas de individuos ingresados por conducta delictiva (p. 205). El estudio indicó que la severidad de la pena esperada no tuvo efecto en la conducta delictiva de los jóvenes. Cabe agregar que tampoco tuvo efecto la expectativa de la cárcel para jóvenes. Estos hallazgos negativos constituyen una de las conclusiones más importantes del informe. Tales conclusiones pueden resumirse con los siguientes términos: "Irrelevancia de la severidad del castigo" e "Irrelevancia de la privación de la libertad" (p. 161).

Lo que los investigadores sí hallaron fue que la experiencia subjetiva del riesgo de detección tuvo un cierto efecto, pero no en la comisión de delitos graves, como el robo, daño físico grave, fraude y delitos relacionados con las drogas, como se

podría haber esperado desde el punto de vista de la disuasión general. Y *tampoco* en la comisión de todo tipo de delitos que pueden ser clasificados como delitos menores, como los varios tipos de hurto y el uso ilegal temporal de un auto. El efecto sólo pudo ser demostrado en la comisión de *algunos* tipos de delitos menores, tales como el arrebato, daños físicos menores, daño a objetos, conducir sin licencia y usar el subterráneo sin pagar. E incluso en esta área el efecto medido a través del análisis de multivariantes se caracteriza como "muy modesto" (*recht bescheiden*, Schumann *et al.*, 1987:152).

Permítaseme agregar que los jóvenes más proclives a ser detectados, raras veces cometen esos actos. Tienden a cometer el tipo de delito que no muestra un efecto preventivo general. Esto es todo lo que puede decirse en apoyo de la teoría de la prevención general en lo que probablemente sea el estudio empírico más abarcador sobre la prevención general llevado a cabo hasta la fecha en Alemania Occidental, si no en Europa (Schumann *et al.*, 1987; para un resumen, ver capítulo VIII). Este estudio alemán es particularmente importante porque enfoca el delito juvenil, y porque además enfoca en especial –y con agudeza– el riesgo de detección que se experimenta subjetivamente.

Puede decirse que el riesgo de detección es el patrón más básico para medir la probabilidad de una sanción: sin detección o esclarecimiento no habrá sanción, vale decir que el riesgo de detección es condición decisiva para la "velocidad" y la "certeza" de la sanción. Pero el estudio alemán va más allá aún y discute explícitamente la experiencia subjetiva del riesgo, que constituye el "puente" entre el riesgo objetivo y la conducta: es posible que el riesgo objetivo sólo tenga efecto si se lo experimenta como riesgo.

El riesgo de detección experimentado de manera subjetiva presenta efectos muy parciales y bastante modestos. Tampoco se pudieron constatar efectos en el plano del nivel de castigo. Todo esto socava de alguna manera la teoría de la prevención general.

Sin embargo, quienes proponen la prevención general tomaron magros resultados como estos, utilizándolos como argumento para lograr un incremento de los recursos asignados a

la policía y a otros segmentos del sistema de control formal. Se sostiene que hay que asignar recursos para aumentar el riesgo de detección real –y en consecuencia, también el riesgo que se experimenta de manera subjetiva–, precisamente porque ha demostrado cierto efecto, aunque más no sea modesto.

Hoy, en la mayoría de los países industriales, el índice de esclarecimiento de los delitos informados a la policía es por lo general muy bajo. Por ejemplo, en 1984 el índice de esclarecimiento de delitos informados a la policía fue en Noruega del 23%. En otras palabras, tres de cada cuatro casos informados no fueron esclarecidos.

Existen variaciones geográficas, con un índice más bajo en los grandes centros industrializados, donde la media de delitos es mayor. Lo mismo puede constatarse en otros países industrializados. El tema, en realidad, es que deberían incrementarse estos índices extremadamente bajos de esclarecimiento. Porque así también el efecto preventivo general aumentará y se hará realidad. Esto puede lograrse supuestamente a través de mayores recursos para la policía, etcétera.

En este punto, sin embargo, quienes proponen la prevención general dan un paso en falso. Una cosa que mostró con claridad el estudio entre los jóvenes alemanes, es que en el caso de los delitos graves, en los cuales el índice de detección es efectivamente muy alto, el efecto preventivo de cualquier riesgo experimentado subjetivamente es inexistente. Esto sugiere firmemente que otros factores, aparte del sistema de justicia penal, determinan la existencia y aumento de esos delitos.

Cabe agregar que el muy bajo índice de detección de la mayor parte de los delitos más leves –que explica el bajo promedio en la tasa de detección– es en los países industrializados una función más bien de la realidad social misma y no tanto de los recursos policiales. En nuestro contexto, este es el punto más importante.

En la sociedad moderna, industrializada y urbanizada, operan una serie de factores sociales que coadyuvan al *anónimo* de los delitos. Pienso en lo que puede llamarse "delitos masivos": hurto, hurto de automotor, consumo de drogas,

delitos menos graves de violencia, etc., que son los tipos de delitos en los cuales encontramos un efecto de detección parcial y modesto (ver arriba).

En la sociedad industrializada urbanizada, las personas se conocen menos entre sí y saben menos de la propiedad de cada uno. Los delincuentes encuentran con mayor facilidad lugares y áreas donde son desconocidos; áreas donde no hay gente durante largos periodos, donde hay más objetos –como vehículos y casas residenciales–, donde los objetos se dejan sin vigilancia con mayor frecuencia y durante periodos prolongados, etc. (Høigård y Balvig, 1988:58-9). El anonimato de estos tipos de delito lleva, por una especie de "necesidad sociológica", a un riesgo de detección bajo o incluso demasiado bajo. El bajo riesgo de detección resulta de las condiciones de la sociedad industrializada y urbanizada, y no de la falta de recursos de la policía.

Es probable que se pueda aumentar el riesgo de detección. Pero existen razones de la sociedad por las cuales en nuestro tipo de sociedad el aumento no será significativo, a menos que desarrollemos un puro y total estado de policía y vigilancia, lo cual querríamos tratar de evitar por otras varias razones.

Existe una base empírica para tal generalización. A modo de resumen, Jürgen Frank dice al respecto lo siguiente (Frank, 1986:11): "Varios autores han investigado la influencia de la actividad policial sobre la probabilidad del arresto y la condena. Pero no se pudo hallar ninguna evidencia estadísticamente significativa para la suposición de que una intensificación de la actividad policial aumentaría el índice de arrestos y condenas". Esto significa que *el efecto disuasivo, y de prevención general de un mayor riesgo de detección como consecuencia de mayores recursos policiales (y una correspondiente probabilidad de sanción mediante la velocidad y la certeza del castigo) sería, como mucho, muy modesto*, para usar el término de Schumann *et al.* (o marginal, para usar el término del campeón de la prevención general, Wilson; ver arriba).

El criminólogo holandés Flemming Balvig se refirió al tema de la siguiente manera:

No dudo de que el índice de esclarecimiento podría incrementarse mediante el accionar policial. No obstante, soy escéptico en cuanto a la posibilidad de que dicho índice pueda aumentarse significativamente sin costos muy grandes de tipo económico –y de otra índole– para la sociedad. Y el aumento de algunos porcentajes probablemente no es de gran interés, dado que el nivel, de cualquier manera, será muy bajo (Balvig, 1980:63, traducido del danés por el autor de este libro, ver también Balvig, 1984b).

Así –dice Balvig– se soluciona el tema clásico de si un alto índice de esclarecimiento tiene efecto preventivo general: "Si es imposible lograr este alto índice de esclarecimiento, no reviste ninguna importancia entonces quién tiene razón en este campo" (Balvig, 1980:66).

Sobre este trasfondo podemos volver a la revisión clásica llevada a cabo por Andenæs. Según este autor –repito– no hemos hecho ningún "avance significativo en el conocimiento". La investigación sólo produjo "fragmentos de conocimiento". La revisión precedente ha brindado un importante apoyo a estas conclusiones, si por "conocimiento" entendemos las relaciones y diferencias significativas. No hallamos, a grandes rasgos, relaciones ni diferencias; cuando las encontramos nos parecen, a lo sumo, bastante modestas o incluso marginales. ¿A qué conclusión práctica, entonces, llega Andenæs?

Después de su desalentadora conclusión respecto del conocimiento firme que muestra relaciones y diferencias, Andenæs prosigue poniendo énfasis sobre las experiencias del sentido común, mencionadas en nuestra discusión de la prevención general como paradigma: "La base más fuerte sobre la que se apoya la creencia en la prevención general sigue siendo la muy conocida experiencia de que, para la mayoría de las personas, el miedo a las consecuencias desagradables es un factor altamente motivador..." La "creencia en la prevención general" se sostiene en virtud de la "muy conocida experiencia" del miedo a las consecuencias desagradables, a pesar de la cantidad de evidencias que, a lo sumo, pueden caracterizarse como inciertas y poco claras, inconexas o parciales, escasas o secundarias.

En la primera parte de su artículo, Andenæs hace un minucioso tratamiento del tema, cuyo resultado fueron sólo

"fragmentos de conocimiento". Dicho tratamiento fue luego corroborado claramente. Ahora bien, Andenæs arriba a una conclusión que parecería sugerir que la incertidumbre y la falta de claridad en el análisis final en realidad no contasen: "La tarea primordial [del sistema penal] –afirma– debe ser la prevención general, basada en una combinación de disuasión y educación moral; por supuesto, dentro de los límites marcados por las demandas de la justicia y de la humanidad" (Andenæs, 1977/1982: 230).

Hubiera sido mucho más razonable sacar la conclusión –a manera de seria advertencia– de que no se debe dar por sentada la prevención general. Y ello a la luz de los resultados imprecisos y poco claros de la investigación. Andenæs, en cambio, finaliza su trabajo haciendo precisamente eso: dando por sentada la prevención general. Y muchos otros hacen también lo mismo.

Tomaremos como punto de partida esta grave imprecisión y falta de claridad –que es lo menos que podemos decir sobre los efectos de la prevención general–. El debate se desplegará de acuerdo a los siguientes pasos:

En primer lugar, intentaremos explicar por qué los resultados muestran tanta imprecisión y falta de claridad, y generen asociaciones que son –por lo menos– muy precarias o secundarias. Para poder hacer esto, recurriremos a nociones básicas de la sociología de la comunicación.

Luego debatiremos los problemas morales que la argumentación suscita en términos de prevención general. En efecto, esta última no sólo plantea cuestiones de eficacia sino también de moralidad.

Pondremos especial énfasis en el problema moral que implica exponer a unas pocas personas –por lo general empobrecidas y estigmatizadas– a un dolor particular para evitar que otros cometan actos similares.

Más adelante mostraremos cómo quienes sostienen esta opinión sobre la prevención general recalcan asimismo los argumentos en contra de la prevención general ya mencionados: cuando tal estrategia sirve a los intereses que ellos representan. En tales casos, se pone énfasis en varios tipos de

defectos de comunicación, dilemas morales, etc., vale decir, en el tipo de factores ya enfocados en este capítulo.

En efecto, ya hemos debatido el efecto preventivo que tiene la política penal del Estado independientemente de la cárcel como tipo específico de castigo. Seguiremos haciéndolo, porque las cuestiones básicas no se limitan al uso de la cárcel. Pero a la hora de las conclusiones de este capítulo, aplicaremos los argumentos generales específicamente a la prisión como castigo.

Prevención general como comunicación

En el contexto de la prevención general, se puede considerar al castigo como un *mensaje* de parte del estado.

En primer lugar, el castigo es un mensaje que pretende decir que el crimen no paga (disuasión).

En segundo lugar, es un mensaje que pretende decir que se debería evitar determinados actos por ser moralmente impropios o incorrectos (educación moral).

En tercer lugar, es un mensaje que pretende decir que habría que desarrollar el hábito de evitar determinados actos (formación de hábitos). El sistema de justicia penal, que comprende las autoridades que impulsan la acción, la policía, los tribunales y el aparato sancionatorio –el cual, a su vez, incluye el sistema carcelario– puede ser considerado como una gran maquinaria que apunta a comunicar este mensaje a la gente. Tal maquinaria constituye uno de los mecanismos más importantes del estado para "hablar" a la gente sobre los actos propios de la gente.

Tanto los analistas como los defensores de la prevención general reconocen que el castigo es un intento de comunicar un mensaje o bien un conjunto de mensajes.

En este sentido Andenæs dice que "el proceso de comunicación que parte del legislador y de los agentes del cumplimiento de la ley y se dirige al público es, por lo tanto, un eslabón clave en la operación de la prevención general" (Andenæs, 1977/1982: 216-17). Andenæs afirma también que "en la antigua teoría

penal no se ponía tanto énfasis en este aspecto. Al parecer se suponía, tácitamente, una correspondencia entre las realidades objetivas y la capacidad de comprensión del individuo" (Andenæs, 1977/1982:217).

En la actualidad no se acentúa el proceso de comunicación, aún cuando se lo considere presuntamente "eslabón clave". Lo que se pone de relieve –si cabe poner algo de relieve– es la cuestión bastante simplista del conocimiento que la gente tiene del derecho y de las normas legales; por ejemplo, cuánto sabe sobre penas máximas.

Sin embargo, el proceso de comunicación es un proceso complejo de interacción entre emisor y receptor, que plantea cuestiones mucho más generales e intrincadas que el mero "conocimiento" del derecho. La teoría legal y penal de la prevención legal ha enfocado muy escasamente estas cuestiones –si es que alguna vez lo hizo–.

Las cuestiones apuntan al núcleo del tema: "En lo que atañe a la prevención general... ¿es defendible la cárcel?".

La política de la significación

Ante todo cabe preguntarse qué entendemos por "comunicación". El concepto es complejo. En muy pocas palabras se puede decir que la comunicación es la *transferencia de significado* entre las partes interactuantes.

La transferencia de significado puede tener lugar entre individuos, grupos, clases o sociedades enteras, o bien entre el Estado y los miembros de una sociedad. En el caso de la transferencia de significado entre el estado y los miembros de la sociedad –premisa de la teoría de la prevención general–, hay instituciones estatales específicas responsables de tal transmisión. Por lo general, esta última es predominantemente un proceso que va en un solo sentido: de las instituciones del estado a la gente.

Ahora bien, no puede transferirse el significado directamente. Como lo formularan los sociólogos noruegos Hjemdal y Risan (1985), para lograr la transferencia necesitamos lo que se podría llamar "portadores de significado".

Los portadores de significado pueden ser palabras, figuras, posturas corporales, expresiones faciales, etc. La lengua es, por supuesto, un portador de significado fundamental. Así pues *lo que se transfiere son los portadores de significado*. Los receptores deben recrear entonces el significado a partir de los portadores que reciben. Este punto en particular es muy significativo. La recreación del significado a partir de los portadores que se reciben supone un contexto común de comprensión simbólica. Cuando no existe tal contexto, o bien es insuficiente, la recreación del significado se vuelve defectuosa o se interrumpe. La función de los portadores de significado en el proceso de comunicación puede describirse de la siguiente manera.

El significado que la gente asigna a los hechos y objetos no sólo depende de cómo "son" esos hechos y objetos. El significado que la gente asigna a hechos tales como una legislación nueva o sentencias dictadas por los tribunales, o a objetos tales como uniformes de policía o barricadas de la policía, no depende sólo de cómo "son" estos objetos en un sentido externo. Ciertamente el significado depende también, en gran medida, de cómo se significan tales hechos y objetos. Sin los signos que representan, los hechos y objetos serían en sí mismos absurdos.

"Signo" se utiliza aquí como sinónimo de "portador de significado". Los signos "portan" significado. La lengua es un conjunto particularmente importante de signos que lo portan. Otras expresiones materiales que pueden ser percibidas por nuestros sentidos pueden funcionar también como signos portadores de significado. Los signos, tanto la lengua como otras expresiones perceptibles, "portan" significado a la otra parte, creando así el significado, pero sólo cuando operan dentro de un contexto de entendimiento dado de antemano.

Así pues, los signos se convierten en creadores de significado siempre que operen sobre el trasfondo de otros signos que, a su vez, ofrecen un "entendimiento previo". El significado transportado por los signos se presenta y se torna "comprensible" cuando el signo portador es visto en el marco de un sistema o estructura de signos al cual dicho signo ingresa. Este "entendimiento previo" o estructura de signos debe ser

común al emisor y al receptor para que el significado que se cree en el receptor tenga un significado común para las dos partes.

Así, sucintamente, podemos decir que el "significado" se produce mediante la relación que se establece entre una realidad externa (lo que aquí hemos llamado hechos y objetos), signos (que pueden ser la lengua u otras expresiones perceptibles por los sentidos), e interpretación (el proceso por el cual se pone al signo en relación con una estructura de signos a la cual el mismo se integra).

Nos hemos referido brevemente a la escuela de pensamiento dentro de la lingüística llamada "semiología" o "semiótica", y hemos interpretado además algunos aspectos de ésta (cuyos mayores exponentes son Ferdinand de Saussure, C.S. Peirce, Roland Barthes y Umberto Eco; ver por ejemplo Barthes, 1972; para una presentación general, ver Fiske, 1982). El término semiología proviene del griego *semeion* que quiere decir "signo" y *logos* que quiere decir "enseñanza" o "ciencia". La semiología, entonces, es "la ciencia general de los signos".

Puede decirse entonces que la comunicación del estado con los miembros de la sociedad, su intento por lograr la transferencia comunicativa del significado, constituye una *política de significación* (parafraseando a Hall *et al.*, 1978).

Las políticas de significación llevadas adelante por el estado son canalizadas por una serie de contextos institucionales, tales como la escuela, instituciones eclesiales y el llamado sistema de justicia penal. Por otra parte, los signos que aparentemente son pequeños e insignificantes pueden adquirir una importancia crucial.

En otras palabras, la escuela no es sólo una institución para inculcar conocimientos, sino también un órgano que de forma decisiva hace que los signos estén referidos a la realidad o signifiquen la realidad, y ello de generación en generación.

Los términos "currículum", "lección", "prueba" y "examen" son algunos de entre un gran número de designaciones de la realidad. Estos conceptos pasan a integrar una estructura de

signos relevantes para la escuela, generando asociaciones definidas y generales en el campo del deber y disciplina ascéticos.

La *Iglesia* no es una mera institución que satisface las creencias y necesidades religiosas de las personas, sino que también ha significado la realidad de generación en generación. Desde el punto de vista histórico, ha desempeñado este papel de un modo tan decisivo como lo ha hecho la escuela. Los términos "pecado", "perdición", "creencia" y "perdón" son algunos de entre muchas designaciones que incluyen una estructura de signos eclesiales, y generan asociaciones referidas a la omnipotencia de Dios y a la sabiduría de la Iglesia.

Lo mismo se aplica al *sistema* que –no accidentalmente– se designa *de justicia penal*. Este último no es sólo un sistema que persigue y castiga a los delincuentes que infringen la ley, sino también una institución que, al perseguir y castigar, subraya con firmeza una gran serie de designaciones de la realidad. Los términos "culpa", "condena", "procedimiento legal" y "sistema de justicia penal" son algunos de entre muchas designaciones utilizadas por el "sistema de justicia penal". Estos, en su conjunto, abarcan una estructura de signos legales que generan asociaciones que apuntan a un tratamiento de los delincuentes profundo, preparado cuidadosamente y razonable.

En el contexto de este libro, el ejemplo del "sistema de justicia penal" reviste particular interés, ya que muestra de qué manera las tranquilizadoras designaciones del sistema están tan profundamente arraigadas que es difícil evitarlas incluso aquí.

La cuestión del efecto preventivo del castigo, y de la cárcel como castigo, puede ser considerada ahora dentro del marco de las políticas de significación.

El castigo y la significación

Ya hemos subrayado arriba que el significado se genera mediante la relación que se establece entre una realidad externa –lo que llamamos hechos y objetos–; signos –la lengua y otras expresiones perceptibles–; y la interpretación –el proce-

so de integrar el signo en una estructura más amplia de signos-. Vale decir entonces que el significado, se genera por la interacción entre estos tres aspectos o elementos.

Como método de aplicación de la prevención general, el castigo implementado por el estado se enfrenta con problemas en esos tres aspectos.

Al realizar un enfoque más detallado, se advierte que el castigo implementado por el estado con vista al logro de una prevención general fracasa en lo que concierne a los hechos y objetos en cuestión (medidas legislativas, práctica condenatoria, etc.), términos utilizados y estructura de signos dentro de los cuales se recibe e interpreta la significación, ya que se apartan de lo que se necesita para el trabajo de prevención general.

El punto clave es que el fracaso del castigo como práctica comunicativa del estado contribuye en gran medida a explicar la falta de claridad y la imprecisión predominantes en lo que hace al efecto preventivo de la cárcel.

Los hechos: la práctica condenatoria, la legislación y el riesgo de detección. Los defensores de la prevención general se refieren con frecuencia a algunos destacados casos testigo. Uno de ellos es el alto riesgo de detección y los severos castigos contra la infracción de normas (por ejemplo, el bloqueo informativo durante la Segunda Guerra Mundial). Otro es, ahora en el contexto escandinavo, un período particular sin policía en Dinamarca, ocurrido también durante la Segunda Guerra Mundial.

El ejemplo del bloqueo es comentado por Johs. Andenæs en un artículo de 1950:

Como ejemplo de normas que se acercan a un 100% de efectividad pueden mencionarse aquellas sobre el bloqueo de información en tiempo de guerra. Y ello precisamente porque el agente cuenta con la detección de la violación de todas y cada una de tales normas y las respectivas consecuencias. Aquí basta el efecto puramente disuasivo, aún cuando dicho efecto no tenga apoyo alguno de la autoridad moral que la ley normalmente tiene (Andenæs, 1950/1962:116-17, traducida del noruego al inglés por el autor de este libro).

En el mismo artículo Andenæs dice lo siguiente sobre el período sin policía en Copenhague:

En septiembre de 1944, los alemanes arrestaron a toda la fuerza policial danesa. Durante el resto de la ocupación, el servicio policial fue realizado por un equipo de guardias improvisado y desarmado. Estos eran casi completamente incapaces de hacer algo, a menos que el malhechor fuese sorprendido *in fraganti*... Inmediatamente hubo un significativo aumento en los delitos... (Andenæs, 1950/1962:121)

El alto riesgo de detección y los severos castigos ligados al bloqueo de información probablemente generaron conformidad con la situación. Pero la repentina y total disolución de toda la fuerza policial incrementó el índice de delincuencia. (No obstante, cabe señalar que el bloqueo de información durante el período de guerra redundó, obviamente, en beneficio de la gente y que surgieron dudas sobre el efecto de la disolución de la fuerza policial en Dinamarca. En cuanto a este último punto, se sostuvo que las cifras de delitos durante este período particular eran previsibles teniendo en cuenta, sencillamente, las cifras anteriores a dicho período; ver Wolf, 1967; tratado en Balvig, 1984a.)

Sin embargo esos cambios drásticos en el sistema de sanción no eran ciertamente parte de la rutina diaria, tal como lo indica Nils Christie (1971) en un importante artículo. Al contrario, constituían hechos inusuales, atípicos y extremos dentro del sistema de justicia penal. Relacionándolo con las decisiones judiciales, Christie lo formula de la siguiente manera:

El meollo de la cuestión es que casi todos los casos testigo relativos a los efectos de la prevención general son relevantes *para una situación que es completamente diferente de la que enfrenta el juez* cuando debe decidir cuál será la reacción concreta. Normalmente, el juez debe elegir entre sanciones que están bastante próximas entre sí –tres o seis meses de cárcel o, como mucho, condena condicional o incondicional– mientras que los casos testigo de prevención general implican diferencias drásticas entre estímulos tales como el control de la policía versus no control de la policía. (Christie, 1971:55, traducido del noruego por el autor de este libro).

El mismo punto es también importante en relación con el proceso legislativo. Debido a la complejidad y lentitud de éste,

las normas legales –por ejemplo, los límites de castigo para ciertos tipos de delitos– cambian, sobre todo, en forma gradual y/o en términos de detalles.

En situaciones de pánico social y moral, el cambio puede ocurrir repentinamente y ser de gran envergadura. Volveremos más adelante sobre ejemplos importantes en esta área (capítulo V). Ahora bien, a pesar de la existencia de importantes casos de pánico moral, que dan claro testimonio de la inestabilidad de los estándares morales en la sociedad, estos no constituyen (afortunadamente) el quehacer cotidiano del proceso de legislación.

Más aún, no tenemos base teórica o empírica para suponer que cambios de legislación basados en el pánico sean particularmente efectivos en términos de prevención general. Si hay algo que se logra, es probablemente generar lo contrario del efecto deseado en los grupos presas del pánico: irracionalidad, furia y abandono de principios elementales del debido proceso; rasgos todos que suelen caracterizar el pánico moral.

Lo que hemos señalado antes reviste, desde un punto de vista comunicativo, una importancia decisiva. Es absurdo esperar que las elecciones entre sanciones o niveles de sanción que son cercanos entre sí y que constituyen la rutina diaria de la política criminal, sean captadas y recibidas por los receptores con el mismo significado que le otorgaran los emisores.

Dejando de lado por un momento los elementos mediadores en el proceso de comunicación, que hacen selectiva a dicha comunicación (y a los cuales regresaremos en breve), la *realidad* en la estructura del mensaje es de tal índole que el proceso de captación del mensaje se torna difícil: los leves matices existentes en la práctica condenatoria se basan en las condiciones complejas que atañen a individuos particulares llevados a juicio. Y de manera muy similar, los argumentos complejos en torno de la obediencia a la ley y de los efectos de la legislación se convierten en sustento de los cambios graduales y/o mínimos que se producen en el derecho penal.

Hay que considerar seriamente lo siguiente: tomados en su conjunto, y diacrónicamente, los cambios menores en la prác-

tica condenatoria y la legislación pueden llevar a cambios a mayor escala en la política criminal.

Esto es lo que sucede hoy en día. Tal como se mencionara en el capítulo I, en la actualidad la política criminal de varios países occidentales se está aplicando con mayor rigor e incremento del nivel de castigo. Esto constituye un elemento importante para explicar la superpoblación de las cárceles. El *quid* es que los cambios *producidos en un momento dado* son, por lo general, casi mínimos y están basados en complejos razonamientos.

Los cambios a gran escala se producen sobre todo diacrónicamente, por acumulación de pequeños cambios. Este fenómeno puede hacerse extensivo a otros sectores de la política criminal. En este sentido, la evolución de la policía noruega constituye un caso interesante. En 1970 se presentó un plan general que proponía cambios importantes en la organización de la policía, así como una mayor asignación de recursos para la fuerza (Innstilling, *The Aulie Report*, 1970). Al ser presentado como un plan importante fue posible tratarlo y criticarlo públicamente, si bien, de hecho, fue abandonado a mediados de la década de 1970. Sin embargo, una vez postergado el plan, los cambios introducidos en la policía remiten a la propuesta original. Pero tales cambios se produjeron de manera gradual y acumulativa con el correr de los años (Lorentzen, 1977). Los cambios graduales no causaron sensación ni generaron debate alguno. Así pues la policía noruega está hoy completamente reorganizada y muy fortalecida en términos de poder y autoridad.

La moraleja para nosotros es que resulta más difícil percibir y captar una estructura de mensaje político que se va manifestando en pequeños pasos acumulativos y reaccionar ante ella... Algo muy similar a los pequeños pasos en un desarrollo penal acumulativo.

Antes de terminar esta sección, permítanme agregar que el bajo riesgo de detección tratado con anterioridad en este capítulo (pp. 55-7), también es parte integral de lo que hemos llamado la realidad de la estructura del mensaje.

En una sociedad industrializada, urbanizada y reducida al anonimato, el incremento de recursos asignados a la policía sólo hará variar levemente el riesgo de detección. Este es un rasgo fundamental de la realidad social moderna y se ha vuelto parte de la estructura del mensaje. Un riesgo de detección como el que hemos tenido durante los bloqueos de información de la Segunda Guerra Mundial es completamente atípico.

Significación: filtración y enfoque. Más arriba (p. 60) hemos destacado que la "realidad" –los hechos y objetos que conforman una parte de la estructura del mensaje– no sólo abarca hechos y objetos reales, sino también, y simultáneamente, designaciones múltiples portadoras (o no) de significado.

En otras palabras, los hechos u objetos reales no pueden ser separados de sus designaciones: simultáneamente mentan (o no) un significado que los emisores desean transmitir a los receptores. En realidad, el aspecto de la significación de los hechos y objetos estuvo presente en la discusión anterior: ni las condiciones en las que se basa la práctica condenatoria ni los argumentos sobre la observancia de la ley y los efectos de la legislación que sirven de base para una nueva legislación penal, hallan una adecuada expresión en los aspectos fácticos de la práctica condenatoria y la legislación.

Pero el proceso de significación también puede discutirse en términos más directos y destacando otros aspectos. ¿Por cuáles medios se comunica información sobre la ley en nuestra sociedad? Principalmente a través de los grandes medios masivos de comunicación. Estos constituyen organizaciones complejas, con tensiones, conflictos y modos de cooperación internos. Pero, por sobre todo, representan intereses muy distintos del de comunicar información sobre la ley.

Dichos intereses pueden definirse, en pocas palabras, como una combinación de intereses en noticias y en ventas: un doble acento en noticias sorprendentes y en noticias que venden. Esto distorsiona la información que se transmite en general, y distorsiona más aún la comunicación de la información sobre el delito, privilegiando las desviaciones graves, la violencia y el sexo (Aarsnes *et al.* 1974; Simonsen, 1976; From, 1976; Hjemdal, 1987; resumidos en Mathiesen, 1986; 154-7). Así pues los detalles más o menos refinados de la legislación

y la práctica condenatoria llegan al público con dificultad, y pocas veces son reconocibles. El proceso tiene dos características relacionadas entre sí. En primer lugar, lo que puede llamarse *filtración*.

"Filtración" significa dejar de lado sistemática, cuando no totalmente, los detalles de la legislación y la práctica condenatoria y las opciones entre sanciones que están cercanas entre sí y constituyen la rutina cotidiana de la política criminal.

La filtración se produce en varios puntos nodales de las organizaciones multimedios: en la relación entre el periodista y su fuente; en las reuniones internas donde se decide las prioridades de largo alcance respecto de las noticias y en la sección donde se toman las decisiones rápidas de corto alcance sobre las prioridades.

En segundo lugar, lo que se puede llamar *enfoque*. "Enfoque" quiere decir que después de haberse producido la filtración, se presta atención específica a lo que se considera realmente con valor de noticia. Se pone bajo la lupa, por decirlo así, el valor de la noticia. El enfoque se da a través de decisiones sobre prioridades concernientes a la página principal, selección de imágenes, diseño, uso de viñetas que llamen la atención del lector o del telespectador sobre la historia presentada, tratamiento dramático del material mediante entregas sucesivas, selección de material de fondo y demás (sobre el dramatismo de los medios, ver Hermes, 1984; Mathiesen y Hjemdal, 1986).

Tanto la diferencia como la relación entre filtración y enfoque son importantes. Mediante la filtración *se elimina* el material no sensacionalista y no dramático, mientras que a través del enfoque *se pone de relieve* el material sensacionalista y dramático. Esta es la diferencia principal entre los dos conceptos. Pero como ya lo mencionamos, el enfoque simultáneo sobre lo sensacionalista y lo dramático se lleva a cabo *después* de la filtración, vale decir, luego de haber hecho la primera selección. He aquí pues la relación principal entre los dos. El material no sensacionalista y no dramático que sobrevive a la filtración sigue siendo parte de la noticia, sólo que ocupa un lugar relegado debido al enfoque realizado.

Existen variaciones entre los medios en términos de grado de filtración y enfoque. En este sentido existen diferencias entre la radio, la televisión y los diarios, e incluso entre distintos diarios. Pero la literatura sobre la sociología de los medios nos permite subrayar que los dos procesos se están acelerando, y que se está produciendo un cambio hacia la uniformidad de contenido.

Nos llevaría muy lejos de nuestro tema detallar los indicadores y el trasfondo de este cambio (para un tratamiento de ese tema, ver Mathiesen, 1986, capítulos IV y VI).

Lo importante es que la aceleración de los dos procesos y la creciente uniformidad de contenido de los medios da pie a las generalizaciones en el proceso de comunicación mencionado más arriba.

El punto principal puede formularse también de esta manera: precisamente a causa de la filtración y del enfoque, los medios por lo general transmiten la "noticia jurídica" sensacionalista y dramática (cambios drásticos en la legislación, casos particularmente sensacionales o espectaculares, etc.); de este modo esa noticia llega a una franja mucho más amplia de público.

En cambio es muy poco lo que se transmite sobre los detalles particulares y sobre el modo en que el sistema de justicia penal aborda el delito masivo, elementos estos que conforman la mayor parte de los deslucidos intentos diarios de brindar mensajes con efecto preventivo. Vale decir entonces que la comunicación de "noticias jurídicas" está distorsionada radicalmente.

La estructura del signo: el contexto para la interpretación. Pasemos a enfocar el tercer punto, la estructura del signo en la cual se insertan las designaciones y por medio de la cual son interpretadas.

A modo de introducción podemos decir que en la parte final de su artículo de 1977/1982, Andenæs hace la siguiente afirmación: "Creo que muchos pueden dar testimonio, basándose en la experiencia personal, de que el riesgo de detección y las sanciones negativas juegan un papel en delitos tales como eva-

sión de impuestos, contrabando, conducir en estado de ebriedad y violaciones de tránsito" (Andenæs, 1977/1982:229).

El punto de partida de Andenæs es entonces la "experiencia personal". Debe subrayarse que él delimita netamente los tipos de delito sobre los cuales puede supuestamente arrojar luz en razón de su experiencia personal. Y también señala que "por supuesto, es peligroso generalizar partiendo de uno mismo. El conocimiento de otros grupos y sus actitudes es importante" (Andenæs, 1977/1982:229). Sin embargo, la experiencia personal es fundamental y equiparable al razonamiento de sentido común: "En mi opinión, ha existido una tendencia entre los criminólogos a desvalorizar la importancia del razonamiento de sentido común acerca de la prevención general, que se basa en hechos psicológicos comunes y la experiencia de todos los días" (Andenæs, 1977/1982:229).

No obstante, la cuestión es si la "experiencia personal" es un punto de partida muy fecundo. ¿Qué es el "razonamiento de sentido común"? La sociología fenomenológica nos da una clave. El "razonamiento de sentido común" es el mundo de las experiencias cotidianas que son tan predominantes y están tan arraigadas en nuestras vidas que resultan obvias.

El "razonamiento de sentido común" se construye sobre el conocimiento, el cual, a su vez, es una parte tan nuestra que no la cuestionamos. Por lo común no tendemos a cuestionar la generalización de nuestra propia experiencia, haciéndola extensiva a los demás. Partimos de la premisa de que los demás perciben el mundo como lo hacemos nosotros. Desde el punto de vista psicológico no somos capaces de eludir esta preconcepción, y tomar efectivamente una perspectiva diferente, viendo al mundo con la óptica de los demás.

Precisamente es esto último lo que tenemos que hacer para comprender el efecto preventivo del castigo, o más bien, su falta de efecto preventivo. Por lo general los abogados son muy diestros para hacer esto, debido a que su razonamiento sobre los hechos es tan poco empírico, y se basa precisamente en el "sentido común" (Graver, 1986).

Existe una base bastante buena para la siguiente generalización: cuanto mayor sea la tasa de delito en un grupo dado,

menos efectivo será el castigo como medida preventiva. También se podría formular de esta manera: para aquellos que –por otras razones– están a salvo en el lado "correcto" de la línea, el pensar en una sanción penal quizás funcione como obstáculo adicional. Para aquellos que –nuevamente por otras razones– están ubicados de lleno en el lado "equivocado", la sanción penal queda neutralizada en su efecto de obstáculo.

Esta generalización tiene bastante sustento empírico, aunque probablemente requiera mayores especificaciones.

Como punto de partida se sabe que una gran parte de la población promedio de Noruega ha cometido actos delictivos, y no sólo actos insignificantes (Stangeland y Hauge, 1974). En este sentido, el delito es una realidad cotidiana. Sin embargo, sabemos también que aquellos que *permanecen* activos criminalmente, reinciden frecuentemente, y terminando condenados a penas prolongadas en nuestras prisiones, presentan una serie de índices de problemas sociales y personales: consumo de alcohol, educación deficiente, familia quebrantada, etc. (Bødal, 1962, 1969; Christie, 1975/1982). Y sabemos que un grupo relativamente pequeño de jóvenes con una amplia gama de problemas graves, son responsables de una gran parte de la delincuencia juvenil más grave (Balvig, 1984c).

El aspecto relevante es que el efecto preventivo del castigo también se neutraliza cuando la gente se enfrenta con un trasfondo tan complejo y problemático, con un contexto de vida que incrementa la probabilidad de conducta criminal.

A modo de resumen, podemos señalar una conclusión contundente: la prevención general funciona con relación a aquellos que no la "necesitan". Con relación a quienes la "necesitan", no funciona.

Este importante aspecto puede ser ubicado dentro de nuestro marco comunicativo de referencia. La estructura del signo en la cual se inserta el mensaje preventivo y dentro de la cual es interpretado –el contexto de interpretación dentro del cual se capta y comprende la señal– es tal que la señal resulta ineficaz, y el mensaje no es comprendido de la manera en que el emisor lo ha querido. El trasfondo de problemas complejos relacionados con el alcohol, la vida familiar, la si-

tuación laboral y la situación educativa –que constituyen la adecuada estructura del signo o contexto de interpretación– hace que la señal no sea interpretada como una (amenaza de una) sanción disuasiva o mensaje educativo. Más bien es interpretada, por ejemplo, como mayor opresión, mayor moralización y mayor rechazo.

Antes hemos hablado sobre lo que grosso modo puede llamarse delito "tradicional": los tipos usuales de delitos contra la propiedad, delitos callejeros violentos, delitos relacionados con la droga.

Algo similar se podría argüir en relación con el delito económico moderno. El sector de la comunidad de negocios que se mantiene alejado de la actividad económica en negro o próxima al negro y se asienta sobre bases normativas, vive en una estructura del signo normativa o contexto moral de interpretación que al mismo tiempo hace que la amenaza de castigo aparezca como sanción disuasiva o un mensaje educativo sensato. En cambio, aquellos que no se sienten amedrentados por bases normativas, viven dentro de una estructura del signo normativa que neutraliza el efecto disuasivo del castigo.

Nuevamente, y a modo de resumen, podemos señalar una conclusión contundente: la prevención general funciona con relación a aquellos que no la "necesitan". Con relación a quienes la "necesitan", no funciona.

El proceso de comunicación y los resultados de la investigación

En vista de lo dicho sobre los aspectos fácticos de los mensajes, las designaciones que se da a los mensajes, y las estructuras de los signos dentro de las cuales se los capta e interpreta, podemos regresar ahora a la imprecisión y falta de claridad de los resultados de la investigación en el área (pp. 51-8).

Los principales rasgos del proceso de comunicación contribuyen en mucho a explicar esta imprecisión y falta de claridad. En una situación comunicativa en la cual los aspectos fácticos de los mensajes son tales que los mensajes no son claros; en una situación en la cual las designaciones que se

brindan aumentan significativamente esa falta de claridad; en una situación en la cual la estructura del signo –el contexto de interpretación– *entre aquellos que son criminalmente activos* es tal que se neutraliza el efecto disuasivo, educativo y de formación de hábitos que entrañan los mensajes, sólo se puede *esperar* falta de claridad e imprecisión en los resultados de la investigación y correlaciones sólo modestas o marginales.

La falta de claridad y la imprecisión como algo que debe esperarse, no es tomado en cuenta en la investigación en prevención general. Por el contrario, se las considera características lamentables de la situación de investigación, o bien características que pueden ser superadas mediante mejores técnicas de investigación y mayores conocimientos. De esta manera, la investigación en prevención general se ajusta a la prevención general como paradigma, y también a un importante postulado de la investigación en general que dice lo siguiente: Los resultados imprecisos y poco claros son resultado de instrumentos de investigación imperfectos, y *la realidad es "efectivamente" clara y cierta*.

La expectativa de alcanzar un resultado final que sea cierto y claro está profundamente arraigada en la ciencia, y se refleja, por ejemplo, en las muchas pruebas estadísticas desarrolladas en las ciencias sociales para verificar diferencias claras y ciertas. En lo que respecta a la prevención general, el proceso de comunicación necesariamente hace que los resultados sean imprecisos y poco claros y que las correlaciones sean, a lo sumo, precarias. Esta, se podría decir, es la "realidad preventiva".

Así pues el proceso de comunicación en sí mismo se convierte en un trasfondo muy importante que da pábulo a mayores dudas de las que comúnmente se supone sobre el tema del efecto preventivo del castigo.

Prevención general y moralidad

La noción de prevención general no sólo cuestiona la efectividad del castigo sino que también plantea una cuestión moral fundamental que, a su vez, presenta dos aspectos.

En primer lugar, ¿cuál es el fundamento moral para castigar a alguien –quizás con dureza– a fin de evitar que personas totalmente distintas de ese individuo cometan iguales actos?

Aquí se está formulando la cuestión en términos generales. Se trata de una cuestión muy importante, más allá de quién sea el sujeto castigado: rico o pobre, fuerte o débil. Dicho en términos muy generales: ¿podemos sacrificar a una persona para que otra siga libre?

La cuestión surge en la teoría penal, pero a menudo su crudeza se ve mitigada por el énfasis puesto en otras varias consideraciones. Se sostiene que determinadas circunstancias tales como la gravedad del delito que intentamos evitar en los demás, la estimación de la retribución que le cabe al delincuente que castigamos, y otras, conformarían una especie de conclusión adicional. A veces parece que tales consideraciones se agregaran para preservar la conclusión final: tener en cuenta la prevención general. Sin embargo la cuestión moral sigue siendo problemática y queda sin respuesta, más allá de cómo se la enmascare.

En segundo lugar pasamos a una cuestión más circunscrita: ¿Cuál es el fundamento moral para castigar a alguien –quizás con dureza– a fin de evitar que personas totalmente distintas de ese individuo cometan iguales actos, cuando precisamente aquellos a quienes castigamos son, en gran medida, gente pobre y fuertemente estigmatizada que necesita asistencia más que castigo?

Existen bases sólidas para formular la cuestión moral en esta segunda forma, más incisiva. Hoy sabemos que el sistema penal golpea más a los sectores más "bajos" que a los más "altos" de la sociedad. En grandes líneas podemos decir que, cuanto más duro sea el castigo, tanto más pobres y estigmatizadas serán las personas expuestas a él.

Una de las causas de esta situación reside en el tratamiento de las estructuras del signo. Quienes permanecen criminalmente activos, y acaban condenados a penas prolongadas de cárcel, cargan sobre sí una serie de problemas sociales y personales (ver nuevamente, por ejemplo, Balvig, 1984c). Otra de las causas tiene que ver con el funcionamiento del sistema

penal, en especial con su tendencia sistémica a generar desigualdad social.

Por lo común las cárceles están repletas de gente proveniente de los estratos más bajos de la clase trabajadora que ha cometido hurtos y otros delitos "tradicionales" (para la situación noruega, ver el Informe de Comisión del Gobierno Stortingsmelding No. 104, 1977/1978:188; Christie, ed. rev. 1982:117; Mathiesen, 1982:31-2). El carácter clasista del sistema penal puede explicarse como resultado de un proceso, a través del cual la igualdad formal de la ley y su exclusión sistemática de cualquier referencia a clase, en realidad es incapaz de poner freno a la desigualdad.

El primer paso en el proceso está en *la definición de la conducta criminal estipulada por la ley*. La ley es igual para todos, pero "mientras nuestra sociedad sea una sociedad de clases, la ley tendrá también esa característica. La ley no amenaza ni al capital privado ni a la explotación internacional de las naciones débiles" (Christie, ed. rev. 1982:118, traducido del noruego al inglés por el autor de este libro). Pero sí amenaza los actos de hurto y similares, cometidos usualmente por personas de los estratos más bajos de la clase trabajadora. Mientras las transacciones y los actos socialmente perjudiciales del dueño de un barco son típicamente legales o semi-legales, iguales actos, pero esta vez cometidos por un vago ebrio (si se los puede considerar equivalentes) son comúnmente ilegales.

El segundo paso en el proceso es *el riesgo de detección*. Si bien la ley penal está redactada como se expone arriba, la gente de los estratos más altos obviamente comete actos que son punibles. Pero sus actos ilegales son, por lo general, "menos visibles, ya que se insertan dentro de un marco organizativo complejo y se valen de métodos muy difíciles de descubrir. Salir e ingresar del ámbito de la ley es muy sencillo en términos de formas. La recepción de dinero u otros favores –fuera de la contabilidad de la empresa a cambio de permitir que la empresa A realice un determinado trabajo en lugar de la empresa B– se produce con mucho más sigilo y en el límite poco preciso entre los regalos y la estafa" (Christie, ed. rev. 1982:118-9).

Lo mismo puede decirse del fraude relacionado con las concesiones, empresas que operan con cuentas ficticias, quiebras planificadas, inversiones fraudulentas, manipulación de capitales de la empresa, delitos ambientales, etc. Estos son actos que se realizan "dentro de un marco organizativo complejo y valiéndose de métodos muy difíciles de descubrir".

El tercer paso se refiere a *la capacidad desigual de solucionar el asunto* y darlo por terminado, más allá de la detección y la sospecha.

El evasor de impuestos o del IVA es más capaz de solucionar el asunto que el ladrón o el vago. Esta desigualdad probablemente pone en evidencia los detalles más finos del sistema de clase y estratificación. Un estudio noruego de evasores del IVA denunciados a la policía brinda un ejemplo interesante. El estudio mostró que los casos de evasores del IVA denunciados a la policía por las autoridades impositivas eran sistemáticamente empresas y empresarios *pequeños* (Hedlund, 1982). Existe poco fundamento para pensar que las empresas grandes y ricas no intenten evadir el IVA; sin embargo nunca son objeto de las sospechas de las autoridades impositivas.

Probablemente se denunciaron pequeñas empresas porque tenían una economía débil, y entonces no eran capaces de llegar a un arreglo con las autoridades impositivas sobre una eventual postergación del pago o bien pago en cuotas, etcétera.

El cuarto paso en el proceso consiste en una serie de *otros mecanismos selectivos* inherentes al accionar de la policía y del sistema de justicia penal. Por ejemplo, la actividad y los recursos policiales están dirigidos, en gran medida, a atrapar gente de poca monta que ha cometido delitos tradicionales. Sólo una parte menor de los recursos policiales "apunta a los de arriba". Cuando aquellos que cometen delitos económicos "modernos" son detectados y atrapados, están en condiciones de pagar una buena defensa.

Este es un resumen de algunos de los pasos más importantes en el proceso.

Para concluir, ¿qué sucede con los tribunales? ¿existe desigualdad también ante ellos? Empíricamente es difícil de detectarla, porque en raras ocasiones se nos presentan casos

similares que pueden ser comparados entre sí. Y cuando tratamos de "crear" casos iguales por medio de la metodología sociológica moderna, manteniendo constantes varios factores de fondo, nuestros números rápidamente se vuelven demasiado pequeños para hacer comparaciones. Un estudio exhaustivo realizado por Vilheim Aubert (1972, capítulo VIII) sugirió que se imponía con mayor frecuencia condenas más duras a la gente de baja condición social cuando otros varios factores estaban controlados. Pero las cifras pronto disminuyeron, y una dificultad con la que tropezó el estudio fue que los delitos en cuestión estaban tipificados por las normas legales aplicables a ellos, lo cual podría entrañar diferencias importantes.

En otras palabras, no resulta muy fácil responder a la cuestión de si los tribunales tratan casos similares de manera desigual. Pero no estoy seguro de que esta cuestión sea tan crucial. El punto principal es que el juez *en raras ocasiones se ve enfrentado a casos similares protagonizados por individuos de distintas clases sociales*. En virtud del proceso descrito anteriormente, quienes son llevados ante los tribunales son, por lo general, aquellos delincuentes que han cometido delitos tradicionales y sufren en mayor o menor medida la pobreza. Más allá de que exista igualdad o no ante los tribunales, son precisamente estos últimos quienes terminan en nuestras cárceles.

Esto nos lleva nuevamente a la cuestión de la moralidad. El proceso sistemático por el cual la igualdad formal de la ley penal es incapaz de poner freno efectivo a la desigualdad (más bien la enmascara), torna más urgente la cuestión moral: al castigar a las personas en aras de la prevención general, en realidad se está sacrificando, en gran medida, gente pobre y estigmatizada para mantener a otros en la buena senda.

El punto puede seguir desarrollándose. El uso que hacen el legislador y el juez del argumento de la prevención general está dirigido, parcialmente, hacia otra gente pobre y estigmatizada. Este, por ejemplo, es el caso de los delitos relacionados con la droga: se sacrifica a algunas personas pobres para mantener a otras personas pobres en la buena senda. En cambio, se podría haber intentado algo radical con respecto a

la situación general de los pobres, que podría haber redundado en la abolición del delito penal como solución posible. Sin embargo se intenta disciplinar a muchos pobres sancionando a algunos de ellos.

No obstante el argumento de la prevención general apunta a una meta bastante difusa: en su forma más general, su objetivo es mejorar la tendencia general de la gente para que sea respetuosa de la ley. Esto significa que se incluyen categorías muy diferentes de personas –ubicadas lejos de lo que son los pobres y estigmatizados– como grupos meta para el mensaje de la prevención general, considerándolos grupos que deben ser mantenidos a raya infligiendo dolor a los pobres.

No estoy seguro sobre cuál de las dos direcciones del argumento es más cuestionable desde el punto de vista moral.

Cuando los defensores se ponen en contra de la prevención general

Hasta aquí hemos tratado los resultados imprecisos y poco claros de la investigación, así como varios aspectos de la comunicación del mensaje preventivo y la prevención general como cuestión moral. Como una elaboración posterior, es interesante advertir que los defensores de la prevención general acentúan estos mismos argumentos contra la prevención general... cuando ello conviene a sus intereses.

Cuando, en ciertos contextos, quienes adhieren a la prevención general como base para el castigo presentan argumentos contrarios a dicha prevención, las palabras que utilizan son distintas de las empleadas más arriba. Pero en los aspectos importantes, el cúmulo de ideas sigue siendo el mismo.

En primer lugar, se insiste súbitamente en la imprecisión y en la índole poco clara de los datos empíricos. Permítanme ilustrarlo. Hace unos años, en un artículo minucioso e importante sobre el castigo por conducir en estado de ebriedad en Noruega, Johs. Andenæs argüía que la cárcel era usada menos automáticamente, recurriéndose en cambio a sanciones no carcelarias en casos de baja concentración de alcohol en sangre (Andenæs, 1982. En la época en que el artículo fue

escrito, se imponía automáticamente un mínimo de tres semanas de cárcel a los conductores que presentaban una concentración de alcohol del 0,05% o más. Luego la legislación cambió en la dirección que proponían, entre otros, Andenæs).

¿Cuáles serían los efectos –preguntaba Andenæs– de multar en vez de encarcelar a la gente que presentaba bajas concentraciones de alcohol en sangre? Andenæs iniciaba su propia respuesta a la cuestión haciendo la siguiente afirmación (Andenæs, 1982:129, traducido del noruego por el autor de este libro): "Como con *todas las cuestiones que conciernen a la prevención general*, también aquí tenemos que confiar en el razonamiento general y tomar en cuenta una gran cantidad de conjeturas" (la bastardilla me pertenece).

Andenæs sigue presentando sus propias opiniones, a las que regresaremos más adelante. Aquí sólo quiero llamar la atención sobre la *imprecisión* que Andenæs recalca en lo que concierne a conocimiento de los efectos.

Repentinamente se ha vuelto importante acentuar la imprecisión, más aún, enfatizarla ligándola "a todas las cuestiones que atañen a la prevención general". Se trata de términos fuertes, dentro de un contexto donde un importante defensor de la prevención general halla motivos para degradar los efectos preventivos del castigo.

En segundo término se enfatiza, en realidad, los argumentos concernientes a la comunicación (incluso si no se los utiliza para explicar los resultados empíricos imprecisos y poco claros, como lo hemos hecho nosotros). En su artículo de 1982, Andenæs trata los tres rasgos principales del proceso de comunicación que enfocamos anteriormente: los aspectos fácticos, la importancia de las designaciones y el contexto de interpretación, si bien los conceptos que emplea son muy distintos.

Primero, porque Andenæs recalca cómo la práctica cotidiana de la política criminal en esta área de la conducción en estado de ebriedad consiste, de hecho, en pequeñas diferencias que son poco relevantes en términos de efectos.

"Uno debe diferenciar –dice– entre el *efecto total* del sistema penal en el caso de conducción en estado de ebriedad y el

efecto secundario que se deriva de cada componente del sistema" (Andenæs, 1982: 129). Se nos induce a pensar que, en el caso de bajas concentraciones de alcohol en sangre, el recurso a multas en lugar de encarcelamiento, sólo arrojaría una diferencia insignificante.

Además Andenæs insiste en que un mensaje puede no ser necesariamente recibido y percibido tal como se quiso originariamente. Así pues hace referencia a un estudio que revela que la mayoría de una muestra representativa considera la pérdida del salario de un mes más amenazadora que tres semanas de cárcel. Ciertamente algo bastante opuesto a la intención del legislador. Los detalles del proceso de significación siguen sin ser discutidos en absoluto. Es decir que permanece irresuelto el punto clave de que el castigo no es necesariamente recibido y experimentado como se pretende.

Finalmente, Andenæs, quien en otros contextos está dispuesto a generalizar partiendo de la "experiencia personal", se torna súbitamente cauteloso ante esas generalizaciones, arguyendo que hay que tener en cuenta el contexto para hacer la interpretación correspondiente.

Sobre este tema, resulta valioso citarlo en detalle:

Se corre el peligro de sobreestimar la importancia preventiva de nuestra severa legislación estricta respecto de la conducción en estado de ebriedad, porque quienes habitualmente participan en discusiones públicas sobre el tema, generalizan a partir de su propia experiencia y a partir de sus propios conocidos. Son los políticos, jueces, funcionarios policiales, profesores y expertos en tránsito quienes podrían sentir como catástrofe social una condena por conducir en estado de ebriedad, y quienes al mismo tiempo son capaces, en gran medida, de controlar impulsos repentinos. No podemos suponer que lo que vale para este círculo de gente, valga también para otros grupos, por ejemplo, los jóvenes o la gente que no tiene control sobre su consumo de alcohol (Andenæs, 1982:133).

Existen muchas razones para dudar de que sólo grupos como profesores y expertos en tránsito "sientan una condena como catástrofe por conducir en estado de ebriedad". Queda sin explicar por qué los jóvenes no deben sentir lo mismo, ya que ellos tienen una carrera por delante y además perderían su licencia para conducir durante un prolongado período de

tiempo. La descripción es paternalista; pero es importante el punto principal, que señala los peligros inherentes a la generalización partiendo de la "propia experiencia y de los propios conocidos".

Como dijimos anteriormente, dentro de una estructura del signo construida sobre los problemas de alcoholismo, de familia, de desempleo y de educación, la señal del estado no es comprendida como una sanción disuasiva ni tampoco como un mensaje educativo.

Más bien se la comprende como mayor opresión, mayor moralización y mayor rechazo. Andenæs no emplea los conceptos de estructura del signo ni de contexto de interpretación. Precisamente al faltar una comprensión comunicativa, básica y abarcadora, de la prevención general, puede esgrimirse —de manera peligrosa y facilista— la advertencia sobre los peligros inherentes a las generalizaciones a partir de la "propia experiencia". Y ello cuando más convenga a los propósitos del autor. Pero la *advertencia en sí* es la misma. En relación con la conducción en estado de ebriedad, Andenæs de hecho, utiliza palabras muy similares a las nuestras:

Nuestra severa legislación respecto de la conducción en estado de ebriedad ha tenido un buen efecto preventivo en la mayoría de los conductores. Por lo tanto, es reducido el número total de conductores ebrios en nuestras rutas. Pero estos, en su mayoría, son personas que de todas maneras habrían sido moderados consumidores de alcohol sin nuestra severa legislación, a pesar de que podrían no haberse mantenido por debajo del límite del 0,05% ... Los accidentes causados por alcoholismo son provocados por personas que han ingerido grandes cantidades de alcohol. Además los conductores son, en su gran mayoría, gente con importantes problemas de alcoholismo y graves desajustes sociales. Los grupos en cuestión son objetos no significantes para mensurar los efectos disuasivo y educativo de la ley... En resumen: existen razones para creer que el efecto motivador de la ley es más fuerte entre aquellos que habrían representado un modesto riesgo de accidente de tránsito incluso si hubiesen consumido más alcohol que lo estipulado por la ley... (Andenæs, 1982:132).

Aquí Andenæs se aproxima mucho a nuestra propia conclusión, la cual volvemos a poner de relieve: la prevención

general funciona con relación a aquellos que no la "necesitan". Con relación a quienes la "necesitan", no funciona.

Hemos visto que un defensor de la prevención general de importancia internacional se refiere a la naturaleza poco clara e imprecisa de la prueba de investigación, así como a los tres componentes principales que incluye el proceso de comunicación.

En tercer lugar, puede agregarse brevemente que también ese mismo defensor toca la cuestión moral.

En este último tema, Andenæs es algo más vago y más coherente con su visión global de la prevención general. Pero después de haber insistido en el efecto preventivo del castigo como el fundamento más importante para mantener un sistema penal, continúa diciendo –en relación con los conductores en estado de ebriedad– que "no deseamos la adhesión a la ley a cualquier costo. La consideración de la prevención general debe estar en consonancia con la justicia y las consideraciones humanitarias" (Andenæs, 1982:129). En otros lugares se refiere al uso fuertemente irracional de la cárcel, basado en consideraciones de prevención general para sancionar conductores con bajas concentraciones de alcohol.

Se podría preguntar con toda razón por qué tantos defensores de la prevención general no recurren a todos estos argumentos a la hora de considerar otros grupos tales como delincuentes relacionados con las drogas, vagos, delincuentes juveniles criminalmente activos en general. ¿No son igualmente válidos y pertinentes en su caso?

En relación con esos grupos, es dable argüir que "también aquí tenemos que confiar en el razonamiento general y tomar en cuenta una gran cantidad de conjeturas" (Andenæs, 1982:129). Es también muy válido decir que tenemos que diferenciar entre "el *efecto total* del sistema penal ... y el *efecto secundario* que se deriva de cada componente del sistema" (Andenæs, 1982:129). Es también muy válido decir que el castigo puede no ser recibido y comprendido como se pretende. Es también muy válido decir que "se corre el peligro de sobreestimar la importancia preventiva de nuestra severa legislación estricta respecto de la conducción en estado de ebriedad, porque quienes habitualmente participan en discusiones públicas

sobre el tema, generalizan a partir de su propia experiencia y a partir de sus propios conocidos" (Andenæs, 1982:123), y que "no deseamos una adhesión a la ley a cualquier costo" (Andenæs, 1982:129). Pero los argumentos no son utilizados y quedan silenciados a la hora de enfocar estos grupos. Tomados en conjunto, estos argumentos hablan fuertemente a favor de una reducción del nivel de castigo para dichos grupos.

Y así también lo hacen otros argumentos de la presentación de Andenæs: comparaciones internacionales que muestran que incluso diferencias muy significativas en el nivel de castigo para la conducción en estado de ebriedad no producen diferencias perceptibles en el nivel de delito ni tampoco un mayor conocimiento sobre los efectos de los diversos grados en que la ingesta de bebida repercute en la persona (en comparación con el mayor conocimiento que se tiene de los efectos de otros delitos tradicionales y amenazas sociales como accidentes laborales, accidentes de tránsito y contaminación), etcétera.

Pero, una vez más, no se hace uso de los argumentos. Los defensores de la prevención general esgrimen los argumentos sólo cuando quieren. Es muy difícil comprender el principio que subyace en el limitarse solamente al caso de los conductores en estado de ebriedad con poca concentración de alcohol en sangre.

¿Es defendible la cárcel desde la prevención general?

Hemos expuesto la cuestión de la prevención general siguiendo un itinerario de varios pasos. Los resultados de la investigación son muy inciertos y poco claros; muestran sólo efectos parciales, modestos o bien muy marginales.

El proceso de comunicación es muy deficiente y presenta muchos problemas. Precisamente este hecho explica la imprecisión y la falta de claridad de los hallazgos de la investigación y nos permite comprender que la realidad en esta área —el efecto preventivo como tal— es realmente incierta y poco clara.

La cuestión moral urge. Incluso defensores de la prevención general recalcan estos puntos importantes cuando encuentran razones para oponerse a la prevención general.

Deben destacarse dos puntos más.

En primer lugar, que lo importante es la combinación de los argumentos discutidos anteriormente. Si se contempla aisladamente los resultados de las investigaciones, el proceso de comunicación o bien el asunto moral, podría decirse que la argumentación es débil. La clave es que los tres grupos de argumentos *apuntan en una misma dirección*. En la vida social se produce a menudo un conflicto entre consideraciones de eficacia y de moralidad: las de eficacia tiran en una dirección, y las de moralidad, en otra. Sin embargo no es este el caso; todo lo contrario.

Esto significa que todo el énfasis de la argumentación estipula determinadas limitaciones cuando se llega al uso del castigo como método estatal de control y gobierno. Todo el énfasis de la argumentación sugiere con firmeza un acento en métodos alternativos de gobierno.

En segundo lugar, y en particular, la argumentación estipula determinados límites respecto del uso de los métodos de castigo más dolorosos, como puede ser, en Occidente, sobre todo *la sanción de cárcel*, que es el foco de atención de este libro.

Es imposible hallar argumentos contundentes, en términos de prevención general, que sirvan de base para el desarrollo internacional de la sanción de la cárcel que se está produciendo en nuestros días (ver capítulo I).

Los poco claros e imprecisos resultados de la investigación no son suficientes para sustentar argumentos contundentes. Lo que sabemos teórica y empíricamente sobre el proceso de comunicación tampoco es suficiente para sustentarlos. La reflexión sobre la moralidad tampoco lo es.

En cambio, si uno ve la cuestión desde el punto de vista de la prevención general, existen varias razones para reducir el sistema carcelario, disminuyendo su uso.

Los resultados poco claros e imprecisos de la investigación, lo que sabemos teórica y empíricamente sobre el proceso de comunicación y la reflexión moral, de hecho llevada hasta su límite extremo, adquieren mayor importancia como argumento para avalar dicha reducción, más aún cuando el tema concierne el uso de una sanción tan perjudicial y dolorosa como es la de encerrar gente en la cárcel.

Si bien se *puede* sostener que la combinación de los acentos en los resultados marginales, las deficiencias en la comunicación y las consideraciones morales no resultan tan gravosas con respecto a sanciones menos dolorosas y por lo tanto menos significativas, sí se torna muy gravosa –y algunos dirían decisiva– cuando se trata de la perjudicial y dolorosa sanción de la cárcel.

En resumen, también en términos de prevención general, la cárcel es escasamente defendible. Cuando concluíamos el capítulo sobre rehabilitación, citamos una autorizada fuente sueca, que con mucha fuerza insistía en que el efecto de rehabilitación de la cárcel es ilusorio. La misma fuente continuaba con una afirmación igualmente contundente sobre los efectos de la condena a cárcel en referencia con la prevención general. Nuevamente podemos concluir con una cita textual:

En consonancia con lo que hemos dicho antes [sobre lo ilusorio de la rehabilitación por medio de la privación de la libertad, TM], el punto de partida debe ser que el empleo de la cárcel como castigo sólo puede estar motivado por lo que generalmente se llama prevención general, y en parte por opiniones relativas a la protección de la sociedad. Sin embargo, los efectos de la condena a cárcel son, en estos aspectos, en gran medida inciertos.

Tanto los resultados de la investigación como las comparaciones internacionales muestran que el desarrollo del delito no está relacionado –de ninguna forma definida– con el nivel argüido en términos de cifras de encarcelamientos y duración de éstos... En realidad, no es exagerado decir que la significación de la política criminal para el desarrollo del delito es, en este sentido, bastante menor. Así se desprende efectivamente de la comparación con la política familiar y escolar, laboral y social, con la organización del sistema de justicia penal y su funcionamiento en un sentido amplio, así como –naturalmente– con la estructura económica y la visión del hombre en la sociedad.

En general, se puede decir que los esfuerzos por crear una sociedad solidaria con una mejor y más justa distribución de ingresos, vivienda, educación, medio laboral y cultura son apropiados para evitar los riesgos de desajuste social que a menudo generan condiciones que *favorecen el delito*. Por lo tanto esos esfuerzos son, por cierto, más importantes que las sanciones penales contra los delitos que ya han sido cometidos. (Ley de gobierno 1982/83, N° 85:30; traducida del noruego al inglés por el autor de este libro.)

Es razonable exigir que las autoridades tomen hoy con seriedad su propia y cabal visión de las cosas y la pongan en práctica.

CAPÍTULO IV

OTRAS TEORIAS DE DEFENSA SOCIAL

Otras teorías de prevención especial

Como se mencionara varias veces, las teorías de la defensa social por lo general se agrupan en dos: prevención especial y prevención general. Más arriba tratamos una teoría importante de prevención especial: la teoría que considera a la cárcel como rehabilitadora (capítulo II) y las teorías sobre la prevención general (capítulo III).

Como se mencionó anteriormente (p. 18), este orden no es accidental. A medida que la teoría de la prevención especial en términos de rehabilitación comenzó a verse seriamente amenazada y finalmente descartada de la controversia ideológica durante la década de 1970, las teorías de prevención general crecieron en importancia, tanto en el plano nacional como internacional. Pero las teorías de la prevención general también estuvieron expuestas a la crítica. En consecuencia, la década de 1980 fue testigo del redescubrimiento de la prevención especial en términos de inhabilitación y, en cierta medida, en términos de disuasión personal.

Las teorías son antiguas, pero han recibido nuevo impulso durante la década de 1980. En resumen, ya que la teoría prevaleciente ha sido cuestionada o descartada, el sistema de justicia penal y sus investigadores han producido nuevas variedades de antiguas teorías de defensa social.

Inhabilitación

La "inhabilitación" se transformó en un concepto criminológico importante durante la década de 1980. El concepto

implica que la "habilidad" del delincuente para cometer nuevos delitos debe ser impedida concretamente o bien reducida a través de la condena a cárcel. La idea básica es que el delincuente debe ser inhabilitado mediante su exclusión de la convivencia social. Es precisamente por eso que se usa la cárcel, o cárcel prolongada, para inhabilitar.

A pesar de que a veces hallamos la idea de inhabilitación combinada con la noción de rehabilitación, la teoría de la inhabilitación, en su forma pura, está despojada de ideales humanitarios que resaltan la ayuda a los encarcelados. Debido a que la rehabilitación había pasado a ser tan obsoleta en la década de 1980, a menudo encontramos la noción de inhabilitación en su forma descarnada o pura.

A continuación presentaremos primero, en términos generales, dos cuestiones básicas que surgen en conexión con la inhabilitación: *la cuestión de la precisión* y *la cuestión de los principios*. Cada una de éstas tiene, a su vez, dos aspectos que trataremos.

Luego presentaremos, más concretamente, dos variedades de investigación y esfuerzos en el área de inhabilitación, que pueden ser llamadas inhabilitación colectiva y selectiva. Veremos las dos variedades en relación con las dos cuestiones básicas de precisión y principios.

Finalmente, elaboraremos algunas conclusiones.

Dos cuestiones básicas

La cuestión de la precisión. En primer lugar, la teoría de la inhabilitación plantea esta importante pregunta: ¿con cuánta precisión se puede predecir quién cometerá delitos en el futuro? Cuanto mayor sea la precisión, tanto mejor funcionará el encierro en cárcel como método de inhabilitación. Cuanto menor sea la precisión, peor funcionará.

La cuestión de la precisión contiene dos subcuestiones. Cuando la precisión es menor, pueden surgir dos tipos de problemas.

Por un lado, se puede no usar la cárcel, o cárcel prolongada, cuando se trata de personas con un alto riesgo de reincidencia. En otras palabras, se puede no encarcelar –o encarcelar sólo durante un breve período de tiempo– a personas que corran gran riesgo de cometer nuevos delitos.

En la literatura internacional, este problema ha sido llamado el problema de los “falsos negativos”: la predicción es negativa, en el sentido de que se declara que el delincuente *no* reincidirá, pero la predicción es falsa porque se produce la reincidencia.

Por otra parte, uno puede usar de hecho la cárcel, o cárcel prolongada, cuando se trata de personas con bajo riesgo de reincidencia. En otras palabras, se puede de hecho encarcelar –o encarcelar durante un largo período de tiempo– a personas que no corren gran riesgo de cometer nuevos delitos. En la literatura se ha llamado a este problema el problema de los “falsos positivos”: la predicción es positiva, en el sentido de afirmar que el delincuente *reincidirá*, pero la predicción es falsa porque no se produce la reincidencia.

En Noruega, el criminólogo Nils Christie ha prestado cuidadosa atención a la cuestión de la precisión. En una declaración en disidencia hecha en un Informe del Consejo Penal de 1974 acerca del tratamiento de los llamados delincuentes anormales, examinó la literatura internacional pertinente de la que se disponía entonces (Straffelovrådet, Informe del Consejo Penal, NOU 1974, N° 17:126-46).

Christie distinguió entre delitos estándar y menos graves como, por ejemplo, aquellos tradicionales contra la propiedad, y los delitos más inusuales y graves, como los delitos de violencia y los sexuales. En este sentido sostenía que es posible predecir con un grado bastante alto de certeza que quienes han cometido delitos contra la propiedad tradicionales a menudo vuelven a cometerlos. La predicción es mucho más difícil para los delitos más inusuales y más graves físicamente hablando (Informe del Consejo Penal, NOU 1974, N° 17:128, traducido del noruego al inglés por el autor de este libro): “Ante esta realidad, debe afirmarse claramente que hoy no tenemos ninguna base sólida para predecir conductas peligrosas posteriores”.

A Christie le preocupaba especialmente el problema de los falsos positivos. Así lo decía con sus propias palabras (Informe del Consejo Penal, NOU 1974, N° 17:128): "En particular, no podemos dejar de capturar un gran número de personas que quizás en el futuro demuestren no ser peligrosos... Si queremos capturar algunos individuos peligrosos, tenemos que encerrar a un gran número que probablemente no cometa en el futuro nada peligroso".

La cuestión de los principios. Para Christie y muchos otros, el problema de los falsos positivos –el hecho de que muchos que en realidad no son peligrosos deban ser detenidos para detener a algunos que sí lo son– constituye una grave cuestión de principios: ¿cómo se justifica el encerrar a tantos que en realidad no son peligrosos para así protegernos de unos pocos que sí lo son?

Como veremos más adelante, esta cuestión permanece aún abierta. Pero con esto no se agota la cuestión de los principios. Además, e independientemente de la precisión, la noción de inhabilitación plantea otro problema fundamental de principios.

El problema es el siguiente: ¿con qué base, en términos de principios, se condena a cárcel por actos que, de otra manera, sin la condena, pueden suceder o sucederán en el futuro? La prevención de actos futuros aquí no es un objetivo formulado más o menos vagamente, sino *el fundamento o la razón explícita* para la condena particular. ¿Sobre qué base se sustenta una condena por actos futuros?

Esta es una cuestión de principios muy real. Ello se evidencia en la organización del código penal.

El código penal contiene normas que conciernen a los actos que son considerados delictivos en nuestra sociedad. Las normas tienen dos rasgos básicos. En primer lugar, brindan instrucciones respecto de castigos por actos que el individuo ha cometido *en el pasado*. El código penal, y el sistema penal en general, tiene una clara orientación hacia el pasado. Son los actos del pasado los que dan la base para el castigo.

En segundo término, las normas brindan instrucciones respecto del castigo por actos *en un sentido estricto* cometidos por el individuo. Es el acto mismo el que sirve de base para la

sentencia. Se eliminan las llamadas circunstancias irrelevantes, aquellas que, en mayor o menor medida, van más allá del acto. En la práctica condenatoria se pone énfasis en las circunstancias atenuantes y agravantes: la edad, por ejemplo, a veces es considerada como circunstancia atenuante. Pero el principio más importante está claro: por lo que *se lo condena* a uno es por el acto en un sentido estricto.

El problema fundamental inherente a la teoría de la inhabilitación es que insiste en condenar a cárcel por actos que, sin la condena, pueden ser cometidos o serán cometidos en *el futuro*, e insiste en hacerlo sobre la base de un examen del individuo y su situación, en un *sentido* más o menos *amplio*.

Procediendo de este modo, la teoría de la inhabilitación rompe fundamentalmente con los principios básicos del derecho penal. La teoría de la inhabilitación transforma tanto la ponderación de actos futuros como las especulaciones en torno al individuo y sus circunstancias en sentido amplio. Estas pasan así de ser consideraciones aceptadas como fundamentales para una minoría de casos muy especiales (como en Noruega, en el uso de la prisión preventiva para los llamados delincuentes anormales y más que cuestionables: ver Aubert, 1958; Christie, 1962; Mathiesen 1965a; Ellingsen, 1987; Kongshavn, 1987), a ser consideraciones que deben ser tomadas como fundamentales y normales para el uso de la cárcel en general.

Muchos abogados comprenden los problemas inherentes al empleo de una base como esa para condenar, y a menudo se orientan hacia la eficacia más de lo que lo hacen políticos y administradores. Los abogados señalan que este énfasis quebranta principios importantes del "imperio de la ley".

Estrictamente hablando, muchas de estas mismas objeciones fundamentales podrían formularse a la prevención general y a la noción de rehabilitación. Estas teorías también entrañan la presunción de que el delincuente debe ser condenado en parte por actos futuros –los actos de otros o los propios del delincuente que deben ser evitados– y que la condena se funda en un conjunto de amplias evaluaciones.

En contadas oportunidades las objeciones básicas son muy explícitas con relación a estas teorías. Creo que las razones de ello son, por una parte, que la prevención general tiene un asidero ideológico muy fuerte y amplio y, por la otra, que la rehabilitación presupone dar a la cárcel un contenido significativo que trascienda el mero encarcelamiento. El asidero ideológico de la prevención general, y el contenido significativo que se atribuye a la cárcel, hacen más difícil percibir los problemas inherentes a la orientación hacia el futuro. Pero ciertamente están allí.

He dicho que la teoría de la inhabilitación quebranta algunos de los principios básicos del código penal y del sistema penal. En el sistema penal, los principios que mencionamos son tan importantes como, por ejemplo, el principio que sostiene que nadie debe ser considerado culpable hasta que no haya sido condenado. Por lo tanto no es una exageración decir que la noción de inhabilitación quebranta la "ética" del derecho penal. Los principios básicos que declaran que nadie debe ser condenado por un acto no cometido aún, y que es el acto y no las circunstancias exteriores al acto por lo cual se condena a la persona, son parte de las normas básicas del sistema penal.

Así pues la noción de inhabilitación plantea dos cuestiones básicas: la cuestión de la precisión y la cuestión de los principios.

En cuanto a la cuestión de la precisión, puede decirse, en general, que es una cuestión de *eficacia*, a pesar de que, como hemos visto, también plantea la cuestión fundamental de los "falsos positivos": aquellas personas de quienes erróneamente se predice que volverán a delinquir, y que por ello son incluidos en el programa de inhabilitación. La cuestión de principios puede decirse que es una cuestión de *moralidad*.

Debe advertirse con claridad que las dos cuestiones principales son cuestiones de grado. La precisión varía. Lo mismo sucede con la violación de los principios: cuanto más se tome el énfasis unilateral sobre los actos futuros como base para condenar, y cuanto más amplias las circunstancias predisponentes, tanto más se violan los principios en cuestión. Las violaciones serían gravísimas si la persona condenada no

hubiese sido hallada culpable de delitos en el pasado, sino que fuera condenada por actos futuros, y si no se fijasen límites a las circunstancias predisponentes, sino que se las considerase relevantes a todas.

En cuanto al sistema penal, nuestra sociedad no ha llegado aún tan lejos: debe existir al menos un veredicto de culpabilidad por un delito cometido en el pasado para arribar parcialmente a una condena, para que se inicie el proceso en el sistema penal. Pero, como veremos más adelante, la investigación aporta ejemplos de violaciones bastante graves de los principios. Quizás estemos en camino hacia una postura extrema.

Ahora proseguiremos examinando las variedades concretas de investigación y los esfuerzos que se realizan en el área de la inhabilitación.

Variedades concretas

Como mencionáramos antes, podemos diferenciar dos variedades principales de investigación y de esfuerzos en el área de la inhabilitación: inhabilitación “colectiva” y “selectiva”. Esta distinción, que es una división aproximada, es utilizada, por ejemplo, por Andrew von Hirsch en un libro de reciente aparición sobre inhabilitación y justicia en el sistema penal (von Hirsch, 1986; ver también por ejemplo Blumstein *et al.*, 1986).

Inhabilitación colectiva. La inhabilitación colectiva es la más sencilla de las dos. El punto básico es que las condenas a prisión –quizás prolongadas– se imponen a amplias categorías de personas –acusados condenados por delitos graves, acusados que han reincidido un cierto número de veces–, sin intentar hacer una predicción de quiénes son, entre ellos, los individuos de alto riesgo. Cuando se saca de circulación a todas las personas de esa categoría, durante determinados períodos de tiempo –quizás particularmente prolongados– presumiblemente se producirá un efecto inhabilitante.

En el ámbito internacional, la idea de la inhabilitación colectiva estuvo en el primer plano en ciertos sectores de la criminología a mediados de la década de 1970. Por lo tanto esta variedad de la teoría de la inhabilitación estaba parcialmente

combinada con ideas sobre la prevención general. Con la primera edición de su libro *Thinking About Crime* (Wilson, 1975: 173-4, 198-200) James Q. Wilson, criminólogo conservador estadounidense, pasó a ser por aquel entonces el exponente internacional más importante de la teoría de la inhabilitación colectiva.

Wilson sostenía que, al concentrarnos en inhabilitar a una mayor proporción de ladrones condenados, especialmente los consuetudinarios, se podía esperar una reducción de al menos un 20% de los robos graves (Wilson, 1975:199).

Wilson, quien daba argumentos muy abstractos, basaba su postura vagamente en un modelo estadístico desarrollado por Reuel y Shlomo Shinnar (Shinnar y Shinnar, 1975; Wilson, 1975:200-202; ver también von Hirsch, 1986:116).

En resumen, el punto básico del argumento parece ser este: establecimiento de una medida que represente la frecuencia delictiva del individuo, es decir, el índice promedio anual de los delitos que delincuentes individuales cometen en la comunidad ("*lambda*"). Se suponía un elevado índice promedio de delincuencia. Basándose en esta estimación, se podía predecir efectos importantes de reducción de delitos en el encarcelamiento general de determinados grupos de delincuentes.

Sin embargo *se desconoce* el índice de comisión de delitos por parte de delincuentes individuales (si bien existe una convergencia en los cálculos para ciertos tipos de delitos, ver Blumstein et al., 1986, Vol. 1:4). Cuando se estimó un índice menor, el efecto calculado en términos de reducción del delito disminuyó drásticamente. No se obtuvo prueba de un índice mayor o menor. "Ante la aparición de estas dificultades, el entusiasmo por la inhabilitación colectiva decreció" (von Hirsch, 1986:116).

Hace pocos años, las autoridades suecas introdujeron una reforma que no pretendía arrojar luz sobre la inhabilitación, pero que en la práctica lo hizo. Dicha reforma ilustraba bien los problemas inherentes a la inhabilitación colectiva. Por lo tanto, le echaremos un vistazo.

El 1 de julio de 1983, Suecia introdujo, para la mayor parte de los presos suecos, la libertad bajo caución juratoria. Tal

libertad era automática y a mitad del tiempo de la condena. La excepción principal a la nueva regla la conformaban los delincuentes condenados al menos a dos años de cárcel por "delitos particularmente graves" que fuesen contra la vida y la salud o bien trajesen aparejado un riesgo para ellas, siempre y cuando se pudiese suponer un riesgo importante de reincidencia en el mismo tipo de delito después de la liberación.

En esos casos, se tenía que cumplir dos tercios de la condena antes de la libertad bajo caución juratoria. Todo otro preso debía ser liberado bajo caución juratoria a la mitad del tiempo. Estos últimos conformaban la gran mayoría, entre los que se contaban muchos con delitos graves, precisamente porque en Suecia dos años de cárcel significa ya una larga condena. La reforma fue introducida en parte para reducir la presión en las cárceles (ver capítulo I) y tuvo un efecto considerable en un gran número de presos en Suecia.

Durante el período fiscal 1982/1983, había un promedio de 4.024 presos en las cárceles suecas (sin incluir los de la prisión preventiva). Para el período fiscal 1983/1984 la cifra correspondiente fue 3.505: una disminución de 519, vale decir, un 13%. Si comparamos las cifras en dos fechas representativas, 1 de junio de 1983, un mes antes de que la reforma entrase en vigencia, y 1 de junio de 1984, la disminución rondó el 17%. La reforma constituyó un intento importante e interesante de reducir el número de presos en el país, y "achicar" las cárceles.

Como era de esperar, surgió la cuestión de si la reforma había tenido algún efecto en el índice de delincuencia sueco. El Consejo Sueco de Prevención de Delitos realizó un estudio para arrojar luz sobre la cuestión (Ahlberg, 1985).

En primer lugar, los investigadores hicieron una estimación de los "meses en libertad" para los delincuentes encarcelados durante la segunda mitad de 1983, comparándola con la cantidad que habría habido de no haberse producido la reforma del 1 de julio de 1983. La comparación demostró que el país había recibido un "agregado" de alrededor de 3.200 meses en libertad.

Los investigadores calcularon luego el número de delitos informados por cada "mes en libertad" que la persona encarcelada normalmente comete durante el primer año después de su liberación.

El cálculo se basó en un estudio de los documentos disponibles para una muestra de individuos liberados durante un período anterior a la reforma. La razón para la elección de la muestra fue que los individuos que habían sido liberados debido a la reforma no habían tenido todavía "tiempo" para ser registrados por delitos, aún cuando fuesen reincidentes.

Al relacionar los 3.200 "meses en libertad" -agregados después de la reforma- con la cantidad promedio de delitos cometidos por mes que fueran informados, se obtuvo el número esperado de delitos adicionales durante la primera mitad del año después de la reforma.

El número total ascendió a poco más de 4.000 delitos informados.

Los llamados "robos de casas" fueron importantes en el análisis. Durante la segunda parte de 1983 se produjo en Suecia un verdadero aumento en la cantidad de robos de casas. El aumento fue calculado en un total de 2.000 delitos. Hubo varias razones para ese aumento. El aporte de la reforma, estimado como lo mencionamos antes, alcanzó alrededor de 800 delitos, vale decir, aproximadamente un 40% del aumento total, lo cual no es una proporción insignificante.

¿Qué nos dice esto sobre la inhabilitación colectiva? Aquí, la duración del encarcelamiento fue *reducida*, mientras que normalmente esperamos que aumente cuando se trata de la inhabilitación. Por lo tanto, la reforma expresa algo "negativo" sobre la inhabilitación, algo sobre lo que puede haber *perdido* Suecia en cuanto a efecto inhabilitante.

A primera vista, puede parecer que se ha producido una gran pérdida. Aproximadamente 4.000 delitos durante medio año no es poca cosa. Tampoco lo es el aporte de un 40% en el aumento de los robos de casas. Pero la primera impresión es engañosa. El aumento de 4.000 delitos, y el aporte de un 40% en el aumento de los robos de casas, se produjo *después de una liberación colectiva importante de presos exactamente al*

mismo tiempo; más precisamente, después de la liberación colectiva e inmediata de 13-17% de los presos del país.

Una liberación de tal magnitud representa una desviación muy importante, un hecho único; lo que debemos hacer es estudiar el efecto de la inhabilitación con relación al aumento normal en el mecanismo de liberación, distribuida a través del año.

Si procedemos de esa manera, percibiremos que el efecto inhabilitante (perdido) es *mínimo*. En consonancia con este fenómeno, el informe de Ahlberg concluía que cuando se normalizara la liberación, y se distribuyera a lo largo del año, los efectos serían tan pequeños que casi no serían advertidos en las estadísticas criminales.

Probablemente el nivel delictivo futuro podría ser un poco más elevado, pero el efecto, a su vez, podría ser secundario. El informe formulaba esta importante conclusión con las siguientes palabras:

Ahora bien, los efectos sobre la cantidad de delitos informados es un fenómeno que pasará con bastante rapidez. Al ser liberados simultáneamente tantos condenados a prisión, se generó una acumulación de delitos de ciertos tipos durante un período limitado. Con el tiempo, cuando el mecanismo de liberación vuelva a ser normal y se distribuya uniformemente a lo largo del año, los efectos serán de una dimensión casi imperceptible en las estadísticas. Debido a la existencia de un efecto de inhabilitación (el efecto sobre el delito, producido cuando la gente es encerrada, por ejemplo, en la cárcel), el índice futuro —sin importar cuán marginal sea— será algo mayor que en el caso de que los plazos de cárcel no hubiesen cambiado (Ahlberg, 1985, traducido del noruego al inglés por el autor de este libro).

A modo de resumen, en relación con la reforma antes mencionada, las condenas a cárcel se volvieron considerablemente más breves para la gran mayoría de los presos. Incluso esta importante reducción en la duración del encarcelamiento sólo tuvo efectos inhabilitantes secundarios una vez transcurrido el período de transición.

Puede agregarse que el material proveniente de EE.UU. muestra resultados similares, si bien centran más la atención

en el incremento del delito que en la disminución en las cifras carcelarias.

El Panel sobre Investigación de Carreras Criminales, presidido por Alfred Blumstein y auspiciado por el Instituto Nacional de Justicia, publicó su importante informe en dos tomos en 1986 (Blumstein *et al.*, 1986).

El panel prestó mucha atención al tema de la inhabilitación. Entre 1973 y 1982, en EE.UU. casi se duplicó la cantidad de presos de cada estado y la de los presos dependientes de la órbita federal, "una suerte de experimento en inhabilitación colectiva" (Messinger y Berk, 1987:774)... sin embargo, el índice de delitos aumentó un 29%.

En cuanto a la presunta frecuencia de delincuencia individual ("*lambda*"), los cálculos de los que disponía el panel sugerían que el índice habría sido un 10 o 20% más alto si no se hubiese producido el casi 100% de aumento en las cifras carcelarias (Blumstein *et al.*, 1986, Vol. 1: 124-8; ver especialmente la nota 8 en la p. 125). Esto puede considerarse como un modesto beneficio, pero en verdad es muy importante, dado el drástico aumento de la población carcelaria. Una mayor reducción "requeriría al menos un 10 o 20% de aumento en las poblaciones de internos por cada 1% de reducción del delito" (Vol 1:128). En resumen, se vuelve a demostrar el efecto secundario de la inhabilitación colectiva.

Permitaseme agregar que un estudio importante sobre inhabilitación colectiva de los llamados delincuentes peligrosos de EE.UU. (Columbia) obtuvo resultados comparables en términos de efecto estimado. Se compararon las políticas penales de varios grados de severidad en cuanto a un probable beneficio en términos de inhabilitación.

Incluso la política más severa -muy poco viable en la práctica debido a los costos que implica- sólo demostró un efecto inhabilitante secundario. Tal política no aumentaría además la seguridad de los ciudadanos de manera significativa (Conrad, 1985, capítulo V).

Sin embargo cabe agregar que el estudio sueco ayudó a impulsar una propuesta para volver a la liberación normal bajo caución juratoria al cumplirse los dos tercios de la conde-

na (más allá de la propuesta de reducción parcial de condenas; *Fängelsestraffkommittén*, el Informe de Comisión Sueco SOU 1986, N° 13-15; ver más adelante el capítulo V).

La reforma a mitad de tiempo generó un importante debate público con alegatos sobre el incremento de los índices de delitos. Dichos alegatos se basaban, en parte, en el efecto de la liberación colectiva que se produce inmediatamente después de la reforma.

No se tuvieron en cuenta las conclusiones sobre el efecto a largo plazo. Esto muestra cómo el debate público puede influir en la política criminal en virtud del filtrado y del enfoque que realizan los medios masivos de comunicación (ver pp. 65-6).

¿Qué puede decirse, en resumen, sobre la inhabilitación colectiva en cuanto precisión y principios?

Como se dijo anteriormente, la inhabilitación colectiva no intenta formular una predicción sobre los individuos de alto riesgo en la categoría dada; no obstante, implica un cierto tipo de predicción "colectiva" sobre la reincidencia. Por lo tanto, la cuestión de la precisión es relevante.

Ya hemos visto que los defensores de la inhabilitación no han sido capaces de demostrar empíricamente la frecuencia delictiva de cada individuo. Esto hace que el efecto sea demasiado impreciso e implica que la precisión resulte, a lo sumo, incierta, y que no existan garantías contra los muchos "falsos negativos" o "falsos positivos".

Agreguemos a ello los importantes estudios realizados en Suecia (Ahlberg, 1985) y los Estados Unidos (Conrad, 1985). Estos señalan que incluso las diferencias importantes en la duración del encarcelamiento sugieren sólo efectos secundarios a largo plazo sobre el índice de delincuencia y sobre la seguridad de los ciudadanos. Asimismo indican beneficios muy modestos -incluso suponiendo la mejor de las "*lambdas*"- generados después de un muy drástico incremento en la población carcelaria de los Estados Unidos (Blumstein *et al.*, 1986). El estudio sueco da a entender muy directamente que el aporte al índice de delito total de todos aquellos que están encarcelados en un mismo tiempo, es tan pequeño que

incluso marcadas diferencias en la duración de la condena muestran sólo un efecto marginal.

Pero ¿qué pasaría si, por arte de magia, lográsemos incrementar la "precisión colectiva", por ejemplo, encontrando criterios que definan en términos más precisos la naturaleza de los grupos particulares que reinciden?

Hace poco, algunos criminólogos suecos sostuvieron, bastante hipotéticamente, que esto podría ser posible (Persson, 1987). Confiando en lo que ellos llaman "conjeturas iniciadas", y basados en los cálculos de EE.UU. que sugieren que la frecuencia de delincuencia del individuo está distorsionada de tal forma que un porcentaje pequeño de delincuentes comete un gran número de delitos (Blumstein *et al.*, 1986:4), sostuvieron que la proporción del número total de robos de casas, robos de autos, y cosas por el estilo, cometidos por un pequeño grupo de reincidentes consuetudinarios, es tan grande que la reclusión de este grupo reduciría, de hecho, el índice de delitos. ¿Y si estuviesen en lo cierto?

La policía noruega, inspirada por el pensamiento sueco, ha instituido (en 1988/89) lo que se ha dado en llamar una política "de los diez de arriba", utilizando vastos recursos para rastrear un pequeño pero bien definido grupo persistente de activos criminales reincidentes. La policía sostiene que el índice de delitos irá disminuyendo por esta política. ¿Y si la policía noruega estuviese en lo cierto?

Los criminólogos suecos -y peor aun, la policía noruega- parecen olvidar que la actual generación de delincuentes no es la última. Nuevas generaciones de delincuentes aparecerán en las calles. Esto significa que una disminución en el índice de delitos, si la hay, pronto se desvanecerá.

Naturalmente, el experimento de la inhabilitación colectiva podría renovarse y ser continuado en la siguiente generación o generaciones. Ahora bien, dada su persistencia, todas las generaciones tendrían que ser encarceladas durante un largo tiempo. Y este sería el caso aun cuando la actividad criminal disminuyese con la edad. Pero nunca lograríamos la drástica disminución del índice de delitos a la que se ha aludido, precisamente por el ingreso constante de las nuevas generaciones.

De este modo, podríamos acabar enfrentando la siguiente situación: grandes cantidades de presos en nuestras cárceles -presos a quienes no sabríamos exactamente cuándo liberar-, y la presencia continua del delito en las calles debido a las nuevas generaciones. De hecho, los criminólogos suecos en cuestión admiten este estado de cosas (Persson, 1987:25), pero no se la toma en consideración a la hora de realizar proclamas políticas.

Hasta aquí, pues, las cuestiones relacionadas con la precisión. Los problemas de principios también están presentes. La inhabilitación colectiva implica que enteras categorías de delinquentes sean sentenciadas en masa a condenas prolongadas de cárcel a raíz del cálculo de probabilidad de comisión de delitos futuros. Dicho en otros términos, este pensamiento implica poner un énfasis muy considerable en los actos aún no cometidos como fundamento principal de la condena. Implica asimismo poner un cierto acento en una amplia evaluación del pasado: aun cuando no se hagan pronósticos para individuos de alto riesgo en particular, la gente con muchos delitos anteriores constituye, como ya hemos visto, un grupo particularmente importante (Wilson, 1975:199).

Ahora bien, poner énfasis en un antecedente penal no es poco frecuente dentro de los sistemas penales occidentales, y constituye un tipo de evaluación no muy amplia. El tema cobra mayor urgencia al tomar en cuenta otros factores sociales. Regresaremos pronto a este punto, al enfocar la inhabilitación selectiva.

Pero el mayor énfasis en el antecedente penal, implícito en tantas corrientes de pensamiento en torno a la inhabilitación colectiva, representa efectivamente una desviación del estrecho punto de partida. El tema moral se clarifica al proponer la posibilidad contraria: un antecedente penal y una conducta criminal persistente bien podrían verse como circunstancias atenuantes más que agravantes. Se podría decir que, dado que los delinquentes consuetudinarios han sufrido ya tanto, sus condenas deberían ser mucho más leves (Christie, 1981). Sin embargo, jamás se presta atención a este argumento.

Repito, pues, que existe un énfasis muy importante en actos que todavía no fueron cometidos como fundamento de la condena.

Agréguese a esto que los individuos así condenados son, en gran medida, gente pobre, socialmente minusválidos y estigmatizados, por lo cual se agudiza el problema moral.

Inhabilitación selectiva. Pasemos ahora a la inhabilitación selectiva. El punto clave es la predicción de individuos de alto riesgo dentro de grupos dados, y el uso selectivo para ellos del encarcelamiento o encarcelamiento prolongado. La idea es que se identifique individualmente a los delincuentes frecuentes, contando con suficiente información sobre su conducta anterior y otras características. Se ha sostenido que las estrategias de inhabilitación selectiva pueden llevar a reducciones significativas en los delitos, sin aumentar las cifras totales de delincuentes encarcelados (Greenwood, 1982: xix).

La noción de inhabilitación selectiva tiene una larga historia, que se remonta a los primeros intentos de predecir el delito, hechos en las décadas de 1920 y 1930 (ver, por ejemplo, Hart, 1923, en contraste con Warner, 1923; Glueck y Glueck, 1937; para una excelente revisión que utilizamos aquí, ver von Hirsch, 1986:105-7).

Por lo general, los primeros estudios de predicción tomaban como punto de partida la información recogida sobre muestras de delincuentes. Usando técnicas de estadística se estudió la relación entre varios factores de fondo tales como, por una parte, los antecedentes delictivos, la historia laboral y social y, por otra, la reincidencia ulterior. Por lo común se medía la reincidencia por el reencarcelamiento o bien la revocatoria de la libertad bajo caución juratoria (von Hirsch, 1986:105). Sobre esta base se establecieron los índices predictivos que utilizan los factores que muestran la mayor relación con la reincidencia. Vale decir, entonces, que el índice predictivo podía ser utilizado para nuevas muestras de delincuentes.

Por lo general, los estudios señalaban que algunos factores —la historia delictiva, la historia laboral y similares— podían combinarse y ser utilizadas como instrumento para predecir a los individuos de alto riesgo. No obstante, las correlaciones eran, al mismo tiempo, débiles y con un alto porcentaje de error en las predicciones. Fueron importantes las proporciones de falsos negativos, vale decir, de aquellos de quienes se predijo erróneamente que no reincidirían.

Importantes fueron asimismo las proporciones de falsos positivos, vale decir, de aquellos de quienes se predijo erróneamente que reincidirían. El índice de falsos positivos fue especialmente elevado en los pronósticos referidos a la criminalidad grave (von Hirsch, 1986:106). Un informe de los cinco estudios principales de predicción de violencia por parte de delincuentes violentos liberados de instituciones reveló lo siguiente: mientras la proporción de falsos negativos era relativamente baja en algunos estudios y elevada en otros (las proporciones variaban entre 8 y 31%), las proporciones de falsos positivos variaban del 59 al 86% (Monahan, 1981, capítulo III). Los estudios en cuestión utilizaron predicciones clínicas (en oposición a la metodología "actuarial" o estadística utilizada en muchos otros estudios) y contemplaron prolongados períodos de seguimiento (tres a cinco años). Si bien la muy elevada proporción de falsos positivos podía explicarse, en gran medida, como resultado de la criminalidad oculta (es decir, los falsos positivos habían cometido delitos violentos que no fueron detectados), la tendencia general no podía ser explicada de esta manera (Monahan, 1981:82-7). El problema estribaba en que los delitos violentos son raros. Cuanto más raro el hecho, "mayor la tendencia a exagerar la predicción" (von Hirsch, 1986:106-7).

Además, los intentos de reducir los problemas de los falsos negativos aumentaron el problema de los falsos positivos, y viceversa (von Hirsch, 1986:107). El problema de los falsos negativos podía reducirse con una definición más amplia de los probables repetidores, de los "muy riesgosos". De este modo, la certeza de haber incluido a los "muy riesgosos" sería más alta. Pero esto aumentaba dramáticamente la ya elevada proporción de falsos positivos. Por el contrario, el problema de los falsos positivos podía ser reducido restringiendo más la definición de los "muy riesgosos". Pero esto aumentaba la cantidad de falsos negativos.

En pocas palabras, los resultados de los primeros estudios predictivos no daban mucho pábulo al entusiasmo. Sin embargo, durante los primeros años de la década de 1980 se desarrolló una nueva variedad de estudios predictivos que sugerían la posibilidad de la llamada inhabilitación selectiva.

Con algunas excepciones, los antiguos estudios de predicción habían intentado mayormente predecir dos categorías de conducta: la reincidencia en oposición a la no-reincidencia, haciendo caso omiso de la cantidad o tipo de delito (ver, por ejemplo, la conclusión principal en Glueck y Glueck, 1937, en particular la tabla de la p. 141 y el texto de la p. 142, así como las conclusiones elaboradas sobre la base de la columna 1, en oposición a las otras columnas de las tablas de las pp. 139-40).

Sin embargo, la inhabilitación selectiva toma en cuenta la reincidencia en los delitos *graves* –tales como el robo y otros delitos de violencia– e intenta establecer de quién se podría esperar la comisión futura de *muchos* de esos delitos. En la literatura se los llama “ladrones de alta frecuencia” o “predadores violentos”. Estos son los delincuentes a quienes hay que predecir e inhabilitar.

Los estudios más importantes de la inhabilitación selectiva han sido hechos en la Rand Corporation en EE.UU. (Greenwood y Abrahamse, 1982; Chaiken y Chaiken, 1982). Los estudios Rand se basan en entrevistas con una muestra de internos de cárceles y presidios de California, Michigan y Texas.

Por un lado, se preguntó a los internos sobre su historia penal, historia laboral, consumo de drogas y otras cosas. Por otra parte, se les pidió que informaran la frecuencia con la cual habían cometido delitos graves tales como robos. Se estableció un índice de predicción basándose en esos factores de fondo asociados a una alta frecuencia de delitos graves informados por ellos mismos.

Los estudios Rand han provocado algo así como una gran sensación en ciertos sectores de la criminología internacional. Así, por ejemplo, James Q. Wilson, quien fuera un exponente de la inhabilitación colectiva en la primera edición de su influyente libro *Thinking about Crime* (Wilson, 1975; ver p. 84 arriba), adhirió a la inhabilitación selectiva en la segunda edición (Wilson, 1983, capítulo 8).

Sin embargo, aparentemente los problemas de precisión son todavía muy importantes. Como ya vimos, en los primeros estudios predictivos la asociación entre factores relevantes de trasfondo y consecuente criminalidad era débil. Aparente-

mente dicha asociación tampoco es muy fuerte en los estudios Rand. La proporción de falsos negativos sigue siendo importante. Greenwood indica una proporción muy baja de falsos positivos, la cual llega a alcanzar un 4% (Greenwood y Abrahamse, 1982:59-60).

Sin embargo, von Hirsch ha demostrado en forma concreta que el resultado surge de la utilización de puntos de intersección cuestionables en el material. Vale la pena citar a von Hirsch (1986:110-11):

Greenwood señala un índice sorprendentemente bajo de falsos positivos, en el orden del 4%. Lo hace considerando como falsos positivos sólo a aquellos delincuentes de quienes se predice que serán delincuentes de alta frecuencia. Estos, de hecho, tuvieron los porcentajes informados más bajos, es decir, estuvieron dentro de la categoría más extrema de falsos positivos. Greenwood no considera como falsos positivos a aquellos de quienes predice una conducta delictiva de alta frecuencia, y que posteriormente alcanzan porcentajes medios, a pesar de que, según sus propias propuestas, podían recibir condenas inhabilitantes más prolongadas. Cuando uno se pregunta qué porcentaje de delincuentes supuestamente de alta frecuencia fueron tan erróneamente clasificados de este modo, el índice de falsos positivos se incrementa drásticamente. En su muestra, de los delincuentes de quienes se había predicho —empleando su índice— que serían de alta frecuencia, menos de la mitad efectivamente lo fueron. El resto mostró índices medios o bajos. El índice de falsos positivos fue de 56%, lo que señala un escaso incremento sobre los estudios anteriores. El índice de falsos negativos fue también importante.

Chaiken y Chaiken informan sobre problemas similares. En particular, comunican de manera muy franca que el problema del falso positivo es muy importante. De hecho no se informaron robos de parte del 30% de quienes fueron identificados como ladrones de alta frecuencia. Así pues arribaron a la conclusión de que “este margen de error permite muchas identificaciones falsas de ciertos delincuentes como ladrones de alta frecuencia; lo cual deja de ser un mero problema de investigación si el sistema de justicia penal actúa sobre la base de esas identificaciones” (Chaiken y Chaiken, 1982:23).

A pesar de que Chaiken y Chaiken participan en los estudios Rand, en realidad su conclusión se acerca más a lo que sería un golpe mortal a la precisión de las predicciones.

Después de haber señalado que sus hallazgos “sugieren que los predadores violentos son los candidatos más apropiados para estrategias de inhabilitación” debido a que la “gravedad de sus delitos, los altos índices que alcanza la comisión de delitos, y la violencia de los mismos, tienen un efecto desmesurado sobre el delito en nuestra sociedad” (Chaiken y Chaiken, 1982:26), estos autores llegan a la siguiente conclusión:

No obstante, no podemos recomendar ahora basar sobre estas conclusiones la política condenatoria. Probablemente resulte beneficioso imponer condenas menos graves a los delincuentes menos peligrosos (sobre la base del costo de los encarcelamientos por delito evitado). Además, todo error en la identificación arroja como resultado sólo una benignidad injustificada (que también está presente en las etapas pre-condenatorias del sistema de justicia penal). Sin embargo, la utilización de modelos para identificar a los predadores violentos –incluso si se limita a los encarcelados por delitos graves– potencialmente puede dar como resultado una verdadera injusticia. En nuestra opinión, los modelos harían demasiadas identificaciones falsas (Chaiken y Chaiken, 1982:27).

Agrego aquí que estudios daneses sobre delincuencia juvenil arriban a una conclusión idéntica. En el capítulo sobre prevención general, me referí a un estudio de Flemming Balvig, que muestra que un grupo relativamente pequeño y con una amplia gama de problemas sociales y personales es responsable de la mayor parte de la delincuencia juvenil más grave (Balvig, 1984c; ver p. 68).

En otro estudio, Balvig detecta una clara relación entre condiciones materiales particulares durante la adolescencia y posterior criminalidad (Folmer Andersen y Balvig, 1984). Balvig sostiene que es posible identificar categorías de jóvenes con una alta probabilidad de posteriores condenas por delitos penales si se cuenta con información sobre las condiciones materiales de los mismos. Pero pone énfasis en que “las asociaciones no son lo suficientemente sólidas como para hacer siquiera pronósticos individuales aproximados” (Folmer Andersen y Balvig, 1984:12). Las asociaciones llevaron a Balvig

a una conclusión sobre el bienestar más que a una sobre la inhabilitación. Se subraya la importancia de cambiar y abolir las condiciones que muestran una vinculación con la conducta criminal.

Volvamos ahora a los estudios Rand. Hasta aquí sólo hemos revisado las partes más importantes de la crítica metodológica que han surgido contra los estudios Rand. Estas consideran muy cuestionables la precisión de las predicciones. Además se debe mencionar brevemente la siguiente –y bien fundada– crítica metodológica (de von Hirsch, 1986, capítulos 9 y 10):

En primer lugar, el hecho de que los estudios Rand se basen en muestras de *internos*, y que sostengan haber hallado un instrumento de predicción de los robos informados por los propios *internos*, constituye un problema grave.

A partir de una serie de estudios sabemos que aquellos que terminan en la cárcel no son representativos de quienes cometen delitos en la comunidad (pp. 70-2).

Quienes acaban en la cárcel y quienes informan una gran cantidad de robos y otros delitos graves –el grupo para el cual el estudio Rand intenta hallar factores predictivos– no son por lo tanto necesariamente representativos de los ladrones en general, ni siquiera de los de alta frecuencia. Esto se apoya en el hecho de que es baja la probabilidad de ser detectado y encarcelado por robo.

Greenwood señala una probabilidad muy baja para el Estado de California (Greenwood, 1982:xvii), y von Hirsch indica que la posibilidad es incluso menor en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses (von Hirsch, 1986:108; para Noruega la probabilidad es mayor, pero aún así es bastante baja: en 1984 el índice de esclarecimiento era 28% para robos y extorsión conjuntamente).

La baja probabilidad de detección y encarcelamiento aumenta la probabilidad de que los ladrones que terminan en la cárcel no sean representativos de todos los ladrones.

Von Hirsch comenta que “el método de Greenwood tiene reminiscencias del investigador que realiza ‘hallazgos’ sobre

hábitos de droga en adictos de una comunidad, estudiando las historias de adicción de un número limitado de adictos internados en centros de tratamiento para la drogadicción.

Del mismo modo, hallazgos similares serían de escaso o ningún valor, debido a que los adictos en tratamiento podrían no ser representativos en absoluto de la población general que consume drogas (von Hirsch, 1986:118). También podría ser cierto que no existen en grandes cantidades delincuentes de alta frecuencia que nunca hayan sido atrapados y castigados.

Sin embargo, como lo señala von Hirsch (1986:119), esto no agota las posibilidades de desafiar el diseño de Greenwood. En primer lugar, aquellos que mostraron una acumulación de factores predictivos en la muestra de Greenwood –desempleo, historia de adicción, y demás– también mostraron altos índices anuales de robo.

Pero si se hubiera examinado a los delincuentes no encarcelados y que presentaban las mismas características, el resultado podría haber sido que “muchos de tales individuos nunca tuvieron elevados índices de robo ni habían perdido la iniciativa criminal desde entonces” (von Hirsch, 1986:119). En otras palabras, esa elevada correlación podría aparecer como un constructo del procedimiento de muestreo.

Otra de las razones: Greenwood supuso una probabilidad uniforme de arresto y detención para ciertos robos. Pero, en realidad, dicha probabilidad puede variar considerablemente al tomarse en cuenta características de fondo tales como historia criminal o adicción a las drogas. Asimismo los delincuentes ocasionales pueden ser responsables de una mayor proporción de robos de lo que reconocen. Si es así, “el efecto de control de delitos que tiene el confinamiento en los ladrones que no se ajustan a este índice de predicción será mucho más modesto de lo que se sostiene” (von Hirsch, 1986:120).

En segundo término, los estudios Rand son, hablando en rigor, estudios de “posdicción” más que de “predicción”, pues la conducta criminal que se debe predecir ya ha sido cometida, y es informada en la entrevista.

Entrevistas de este tipo pueden ser poco confiables. Y los registros públicos quizás sean menos confiables aún. Más

bien, el problema básico de la “posdicción” consiste en lo siguiente: en la investigación, la información sobre la historia laboral, la historia de adicciones, etc., se obtiene mediante entrevistas, a fin de “posdecir” la probabilidad de conducta delictiva.

Pero aun cuando los factores de fondo fueran de tal naturaleza que permitiesen realizar una “posdicción”, la consecuencia obligada no sería que se ha desarrollado un instrumento de predicción práctico.

¿Cómo podríamos, en la práctica real del proceso condenatorio, buscar la información de antecedentes necesaria?

Habría dos posibilidades. Una sería realizar –como los investigadores de Rand– una entrevista a los acusados sobre su historia laboral, consumo de drogas, etc., predecir y seguidamente condenarlos sobre esa base. Podemos imaginar con facilidad cuán dispuesto estará el acusado a brindar información correcta cuando se sepa el uso que se hace de ella. Obviamente, su disponibilidad sería muy poca y el instrumento predictivo bastante inútil.

Otra sería basarse –a diferencia de los estudios Rand– en los registros públicos. Pero sabemos que los registros públicos de la historia laboral, consumo de drogas y cosas por el estilo son muy poco confiables, y nuevamente el instrumento de predicción sería también bastante inútil.

Vale decir entonces que aun cuando la precisión del instrumento predictivo hubiera sido alta, la “traducción” de los resultados de tales estudios a la verdadera práctica sería muy difícil, si no imposible.

Todos los problemas mencionados aquí hacen muy problemática la noción de la inhabilitación selectiva. El punto fundamental es que los problemas de precisión son aún muy grandes.

La baja precisión predictiva se funda en muchas otras fuentes.

Christy Visser ha emprendido un nuevo y extenso análisis de la encuesta Rand realizada a los internos, arribando a la siguiente conclusión: si bien “en todas las jurisdicciones exa-

examinadas la escala de certeza es mejor que la casualidad, se esperaría mejoras en cualquier escala; mejoras que corroboren a quienes realizaron la predicción, que efectivamente aventajan a la casualidad y que además se ajusten a los datos obtenidos de la muestra. No existe ninguna señal de que la escala de Greenwood –incluso en California– arrojaría mejores resultados que cualquier otra escala utilizada operativamente” (Visher, 1986:205).

Visher descubrió que, usando una escala de siete ítems y una política de condena que duplicase la duración de las condenas para delincuentes de alta frecuencia, el efecto más favorable que se pudo lograr fue alrededor del 13%. Este efecto se demostró en California. Visher continúa diciendo:

la escala utilizada para identificar a los delincuentes de alta frecuencia es más sensible a los atributos de los delincuentes de California que a los atributos de los delincuentes de alta frecuencia de otros lugares. Si se aplicase en Michigan y Texas la misma práctica de condena y escala de predicción, el índice de delitos probablemente *crecería*, debido a las diferencias en la actual práctica de justicia penal y las poblaciones de delincuentes en los tres Estados (1986:205).

Incluso en California la reducción de delitos descendería más aún si, por ejemplo, se reemplazara la amplia información brindada por los mismos internos –que utilizan los estudios Rand– por registros oficiales completos. O bien si el modelo se aplicase a cualquier población nueva y especialmente a una donde todos fuesen delincuentes condenados más que presos (Visher, 1986:205-6).

El nuevo análisis de Visher se realizó dentro del contexto del Panel sobre Investigación de Carreras Criminales. Como ya se mencionó (pp. 86-7), el panel prestó especial atención al tema de la inhabilitación. Las conclusiones del panel muestran que la inhabilitación selectiva presenta un sinnúmero de problemas. Los índices son ciertamente elevados a pesar de que los índices de falsas predicciones varían entre las diversas escalas de clasificación.

Además “con las escalas estadísticas disponibles, los avances logrados en cuanto a eficiencia del control del delito mediante la inhabilitación selectiva serían a lo sumo modestos:

una reducción del 5 a 10% en los robos cometidos por adultos, por ejemplo, con un incremento del 10-20% en la cantidad de ladrones condenados que son encarcelados" (Blumstein *et al.*, 1986, Vol. I:195-6).

Se debe mencionar también otros informes recientes sobre predicción de la violencia, los cuales indican con claridad que nuestras capacidades de predicción son muy exiguas en relación tanto con los jóvenes (Hopson, 1987) como con los adultos (Steadman, 1987).

Peter Greenwood, de la Rand Corporation, parece sostener aún que los datos disponibles son suficientes para abordar acciones, si bien ahora aparentemente se inclinaría por una rehabilitación anterior más que por una inhabilitación posterior (Greenwood, 1987).

Hasta ahora sólo hemos tratado los problemas de precisión generados por la inhabilitación selectiva, y de un modo general los temas de eficacia. Damos por sentado que la noción es aceptable en términos morales. Sin embargo, el tema es muy discutible.

En primer lugar, la inhabilitación selectiva subraya muy claramente que la condena debe estar basada en la probabilidad de prevenir delitos futuros. De ahí que una orientación hacia el futuro sea un fundamento importante para la práctica condenatoria.

En segundo lugar, la inhabilitación selectiva insiste muy claramente en hacer una evaluación general del pasado: sobre la base de las circunstancias pasadas –que ya están muy lejos del dominio usual de un tribunal– debe realizarse la predicción de individuos de alto riesgo.

La insistencia en realizar una evaluación general del pasado se aprecia con mayor claridad en la variedad de la inhabilitación selectiva y no tanto en la colectiva.

Para ilustrar el problema moral veremos con mayor detalle los factores de fondo que utilizan los estudios Rand. El instrumento de predicción de Greenwood comprende siete factores (Greenwood, 1982:50):

1. Condena a cárcel anterior por el mismo tipo de delito.

2. Encarcelado más del 50% de los dos años anteriores.
3. Condenado antes de los 16 años.
4. Cumplió condena en un establecimiento juvenil del Estado.
5. Consumo de droga en los dos años anteriores.
6. Consumo de droga durante la juventud.
7. Empleado menos del 50% de los dos años anteriores.

Con los factores mencionados arriba, Greenwood establece tres categorías de índices de delitos predecibles: baja, media y alta. Los de bajo riesgo no tienen ninguno de estos factores, o sólo uno; los de mediano riesgo, dos o tres; y los de alto riesgo, cuatro o más.

¿Cuál es la base moral para confiar en factores como estos a la hora de determinar una condena?

Probablemente la condena anterior por el mismo tipo de delito *no sea tan cuestionable, por estar cerca del mismo delito en sí.*

Tanto una condena carcelaria anterior, como una por delincuencia juvenil o el tiempo cumplido en un establecimiento juvenil están más atrás en el tiempo, y podrían servir también como circunstancias atenuantes. Aquí sólo tienen una función de agravantes. El consumo de drogas, y especialmente el desempleo, nos remiten a circunstancias que están muy lejos del hecho que se trata, y que deberían servir sólo como circunstancias atenuantes.

¿Es razonable imponer una condena a cárcel con un trasfondo, por ejemplo, de desempleo? Una práctica de este tipo generaría un importante problema de principios, y sería muy cuestionable en términos éticos.

El desempleo es un rasgo estructural de la sociedad; un rasgo que indica de modo relevante la pobreza de un individuo. Si el desempleo fuese utilizado como una base parcial para la condena a cárcel, constituiría un gran apoyo para las tendencias acumulativas en la sociedad, por ejemplo, las tendencias hacia la acumulación de más pobreza entre los que ya son pobres.

Peor aun, una vez emprendido este camino, nos puede llevar más lejos todavía: ¿Debería incluirse la raza entre los factores predictivos que deben utilizarse en la práctica condenatoria? Las postergaciones de la inhabilitación selectiva niegan –aparentemente por motivos éticos– la inclusión de este último factor (Wilson, 1983:158).

Pero si resultara que la raza fuese efectivamente un factor predictivo, ¿cuál sería el razonamiento lógico que lleva a excluirla mientras que no se suprime el desempleo?

La verdadera razón de por qué la raza ha sido excluida hasta ahora quizás surja al separar la cuestión de la proporción de población que comete delitos o participa en ellos, de la cuestión de la frecuencia con la cual los cometen quienes participan en ellos. A pesar de que la raza es un factor demográfico que diferencia en términos de *participación* en el delito, los estudios hasta el momento parecen sugerir que no diferencia en términos de *frecuencia* individual de delincuencia (Blumstein et al., 1986, Vol. 1:3-5). Esto implica que hasta ahora no se ha detectado que la raza sea un factor predictivo útil para la inhabilitación selectiva.

El tema puede formularse también de otro modo. A la luz de la praxis actual se aprecia que existe una clara relación entre uso de la cárcel y factores como consumo de drogas, desempleo y –en EE.UU.– raza de los encarcelados.

Ponemos detrás de las rejas a los sectores poblacionales más pobres. Esta relación constituye en sí misma un serio problema ético en lo que concierne a la utilización de la cárcel. El problema ético se agudizaría si se extendiese esta práctica haciendo un uso consciente y planificado de esos factores en la práctica condenatoria.

Conclusiones sobre la inhabilitación. Ambas, la inhabilitación colectiva y la selectiva, presentan problemas importantes tanto en términos de precisión como de principios. Los dos tipos de problemas de precisión –el de los falsos negativos y el de los falsos positivos– están presentes en las dos variedades de inhabilitación.

Asimismo en ambas variedades se detecta uno de los dos problemas éticos más importantes: el de la condena fundada

en actos futuros. El otro problema ético –ampliación de la base de la praxis condenatoria mediante la inclusión de factores sociales tales como el consumo de drogas, desempleo y, quizás, la raza– es particularmente importante en la inhabilitación selectiva, en la cual se agudiza.

En relación con los problemas de precisión, cabe preguntarse por último por qué los mismos son tan grandes y, en particular, por qué somos tan poco capaces de predecir la “peligrosidad”.

La razón probablemente radique en que la “peligrosidad” es, en gran medida, situacional. Los individuos, con características individuales, cometen actos peligrosos. Pero sus actos se generan, o se exteriorizan, dentro de un contexto o situación dados. Si la situación hubiese sido distinta, el acto quizás –o probablemente– no se hubiese llevado a cabo o bien hubiese tomado un curso distinto.

El hecho de que distintos actos sean resultado de un encuentro entre el individuo y la situación, hace muy difícil predecir quién cometerá actos peligrosos y quién no. Partiendo de una muestra en una situación (por ejemplo, en la situación de una institución) resulta también muy difícil predecir la peligrosidad en una muestra equivalente pero en una situación distinta (por ejemplo, después de la liberación; ver Monahan, 1981:87).

Gente de la cual se podría suponer la comisión de actos peligrosos, de hecho no los cometen. En cambio hay otra gente que acaba en situaciones que la convierten en peligrosa.

A veces esta última se hace muy numerosa. La situación de guerra es un ejemplo extremo: durante una conflagración, la mayoría de los hombres jóvenes de grupos etarios jóvenes son peligrosos o potencialmente peligrosos.

¿Deberíamos entonces inhabilitar a nuestra juventud o partes de ella? Si así lo hiciésemos, ciertamente no eliminaríamos la amenaza de la guerra.

Disuasión

Hasta aquí hemos enfocado la inhabilitación. Antes de finalizar el capítulo, cabe agregar algo sobre la "disuasión" como prevención especial. En la moderna teoría penal la teoría de la disuasión como prevención especial no ocupa un lugar comparable al de la inhabilitación, no obstante merece algunas palabras.

Algunos argumentos utilizados contra la cárcel como método de prevención general (capítulo III) pueden ser utilizados también contra la noción de la cárcel como medio para disuadir al delincuente individual.

Lo que dijimos sobre "la estructura del signo" como contexto del individuo para la interpretación de mensajes, resulta particularmente importante (pp. 67-8).

Habíamos señalado ya que cuanto más cerca estemos de grupos que por otras razones se encuentran criminalmente activos, tanto menos eficiente será el castigo como método de prevención general: el contexto de interpretación reviste tales características que la señal pierde eficiencia y el mensaje no es comprendido como el emisor lo ha querido. Lo mismo puede decirse respecto del efecto de disuasión sobre el delincuente individual.

Aquí también disponemos de una gran cantidad de datos empíricos que apoyan nuestra generalización. Como mencionáramos en el capítulo II (pp. 41-6), tanto antes como después de la Segunda Guerra Mundial apareció una importante serie de estudios sociológicos sobre la organización de la cárcel y la comunidad de los presos.

Los estudios de la estructura y la cultura de la cárcel y de la comunidad de presos no sólo explican por qué no se produce la rehabilitación en la cárcel, sino que además sugieren claramente que no se produce la disuasión, salvo en casos individuales excepcionales.

Los estudios han descubierto procesos de carcelización u otros modos de defensa contra la situación y el sistema carcelario (ver pp. 43-5), pero a la vez han demostrado, desde el principio, que la cárcel genera un profundo descreimiento y

una acentuada hostilidad hacia el sistema carcelario y sus representantes.

Así pues, la cárcel, definida culturalmente como "rechazo de los rechazados", probablemente no constituya un trasfondo ni un contexto adecuados para la disuasión. En cambio existen fundadas razones sociológicas y psicológicas para suponer que el "rechazo de los rechazados" provoca sobre todo frustración y amargura, lo cual, a su vez, produce el efecto contrario.

Como en el caso de la prevención general, los defensores de la cárcel discuten sobre la disuasión individual apelando al "sentido común", lo que implica que sus argumentos se apoyan sobre la "experiencia personal".

Pero estos defensores se valen de un contexto de interpretación completamente diferente del que genera el ambiente de la cárcel. Razonar fundamentándose en la "experiencia personal" resulta, por lo tanto, un método muy precario en el área de la disuasión individual.

Seguramente se puede mencionar algunos estudios de reincidencia para apoyar la tesis de un cierto efecto disuasivo. Pienso en particular en el estudio realizado por Murray y Cox sobre delincuentes juveniles de Chicago expuestos a distintos grados de restricción en el tratamiento (Murray y Cox, 1979, citado en Wilson, 1983:171-7).

Lo que Murray y Cox hicieron tenía reminiscencias de lo hecho —en su propio contexto— por los investigadores de la inhabilitación selectiva: más que enfocar la reincidencia en oposición a la no reincidencia, enfocaron la *frecuencia* de la conducta por unidad de tiempo, y descubrieron, dicho en pocas palabras, una asociación entre el grado de restricción y la ulterior frecuencia de arresto.

Cuanto más restringido el tratamiento, menor la frecuencia de arresto. Sin embargo el estudio ha sido muy criticado metodológicamente, e incluso James Wilson, quien intenta sacar el mayor provecho del mismo, concluye que "no puede ser considerado como un estudio definitivo" (Wilson, 1983:175). "Primero —dice Wilson— quisiéramos saber qué sucede con estos delincuentes en un lapso mucho más prolongado... También saber

más sobre los tipos de delito por los cuales estas personas fueron arrestadas, antes y después de la intervención del tribunal (quizás cambien radicalmente la forma de la conducta criminal). Pero sobre todo quisiéramos que otros estudiosos repitiesen un estudio como este en otros contextos" (Wilson, 1983:175).

Por otra parte, en oposición al estudio de Murray y Cox tenemos los estudios de reincidencia como el de Ulla Bondeson (1977). Se trata de un estudio muy cuidadoso desde el punto de vista metodológico que versa sobre la prevención del delito en la comunidad. En pocas palabras, Bondeson demuestra nuevamente que la restricción se relaciona inversamente con la reincidencia, aún cuando se apele a controles muy cuidadosos de una cantidad de factores de fondo. Vale decir que cuanto menos restrictivo sea el tratamiento, menor será la reincidencia.

En dicho estudio, Bondeson hizo un seguimiento de 413 condenados durante un periodo de dos años. La muestra estaba constituida por hombres, seleccionados al azar, que cumplían una condena de un año, por uno de los tres tipos de sanciones en tres de las llamadas "áreas de supervisión" de Suecia (que comprenden trece tribunales distintos).

Estas tres sanciones eran las siguientes: supervisión combinada con tratamiento institucional, supervisión sin tratamiento institucional y una sencilla condena condicional. Se llevaron a cabo amplios controles con ayuda de un instrumento de predicción que comprendía treinta y seis variables. Estas estaban divididas en seis subíndices, los que a su vez cubrían una amplia gama de características individuales y sociales.

Al controlar cuidadosamente las categorías de riesgo, de modo que los individuos pertenecientes a las mismas categorías fueran comparados entre sí en cuanto a los tres tipos de sanción, se obtuvieron los siguientes resultados: los individuos sometidos a supervisión con tratamiento institucional registraron el índice de reincidencia más elevado; por su parte, aquellos con supervisión sin tratamiento institucional registraron un índice menor; y finalmente los que tenían condena condicional exhibieron el índice más bajo.

Se estudió una serie de fuentes posibles de error, sin que se produjese cambio alguno en los resultados. La autora arriba a esta conclusión (p. 335, traducido del sueco al inglés por el autor de este libro): "Así pues hallamos nuevamente que una intención positiva en términos de prevención especial parece llevar a efectos *negativos* en términos de prevención especial... Los resultados en cuanto a prevención especial negativa deberían conducir, al volcarse a la práctica, a una invalidación sistemática del sistema penal global, es decir, *despenalización*". (Ver también Bondeson, 1989, y Bondeson y Kragh Andersen, 1986; Robison y Smith, 1971:71-2; Trasler, 1976:12-13.)

Desde el punto de vista de la disuasión individual, los estudios mencionados a lo sumo se anulan mutuamente, de modo tal que nada podemos concluir respecto de la disuasión.

Esto significaría que no estaríamos en condiciones de usar la disuasión individual como argumento a favor de la cárcel. Debido a lo cuidadoso del estudio de Bondeson, parece más razonable concluir que, desde el punto de vista de la disuasión individual, la restricción en realidad anula su propio propósito.

¿Es defendible la cárcel desde la inhabilitación y la disuasión individual?

Tanto el problema de la precisión como los problemas éticos constituyen poderosos argumentos contra la inhabilitación como argumentos a favor de la cárcel.

La desconfianza y hostilidad que se generan en la cárcel—condicionadas culturalmente—, también descalifican el argumento de la disuasión individual.

Habíamos concluido los capítulos 2 y 3, sobre la prevención especial mediante la rehabilitación y la prevención general, citando una fuente sueca en particular, la Ley de Gobierno 1982/83, N° 85 (ver pp. 47, 48 arriba). De modo similar, este capítulo puede concluir con citas sobre la inhabilitación y la disuasión provenientes de otra fuente sueca autorizada: el Informe de Comisión SOU 1986, N° 13-15, que es un informe

importante de la comisión carcelaria de Suecia. La comisión resume su visión de la inhabilitación con las siguientes palabras:

La *inhabilitación* como base para determinar la duración de la condena ha sido cuestionada a raíz de sus dudosos efectos preventivos, como también –y quizás sea más importante– desde el punto de vista de la justicia... A nuestro entender, dentro del contexto de la práctica normal condenatoria, está completamente al margen de esta cuestión explayarse a favor de la inhabilitación del individuo. (*Fängelsestraffkommittén*, SOU 1986, N° 14:71-2, traducido del sueco por el autor de este libro)

La comisión resume su visión sobre la disuasión de la siguiente manera:

En nuestra opinión no debería permitirse que influyeran en la fijación de la condena las consideraciones sobre qué castigo se necesita para *disuadir* del crimen continuo al individuo condenado. La única situación en la cual esta tesis podría ser defendible es la de ciertos casos de actividad criminal recurrente (*Fängelsestraffkommittén*, SOU 1986, N° 14:71).

De este modo, la comisión sólo da un apoyo muy limitado al argumento de la disuasión, y no se brinda ningún apoyo a la inhabilitación en lo que hace a la práctica condenatoria.

La comisión resume su posición frente a la prevención en general –la rehabilitación, la inhabilitación y la disuasión– con las siguientes palabras:

A modo de síntesis, creemos que, en el momento de fijar la condena en el caso individual, no se debe asignar ningún significado independiente a la prevención especial –es decir, la inhabilitación, la disuasión individual o la necesidad de cuidados y tratamiento– (*Fängelsestraffkommittén*, SOU 1986, N° 14:72).

Sobre este trasfondo cabe preguntarse lo siguiente: una vez que las autoridades más competentes de un país han rechazado todos los argumentos de prevención especial y también, en gran medida, el argumento de la prevención general, ¿cómo puede ese país –en este caso, Suecia– seguir utilizando la cárcel como método principal en la política criminal?

Volveremos sobre esta cuestión en el capítulo siguiente.

CAPÍTULO V

JUSTICIA

El círculo de teorías

Lo que queda es la justicia.

De vez en cuando se puede tener la sensación de que las teorías de la política criminal se mueven en círculo. Las teorías “absolutas” del castigo, en las cuales el objetivo principal es satisfacer las demandas de la retribución justa, son probablemente las teorías más antiguas. La ley del Tali3n (en la cual el tema es la proporcionalidad entre da3o y castigo, ver p. 17), y el principio de culpabilidad (en el cual el tema es la proporcionalidad entre culpa y castigo, ver nuevamente p. 17), constituyen algunas de las ideas m3s antiguas.

Estas teorías del castigo fueron reemplazadas por las teorías “relativas”, cuyo objetivo primordial es la defensa de la sociedad, en parte mediante la prevenci3n individual y, en parte, mediante la prevenci3n general.

A medida que las teorías de defensa social se dejaban de lado o eran cuestionadas, se fue cerrando el círculo de las teorías de la justa retribuci3n.

Concluimos el capítulo precedente planteando la siguiente pregunta: en un pa3s como Suecia, que ha rechazado casi todas las ideas sobre la defensa social, ¿c3mo se puede seguir utilizando la prisi3n como m3todo principal en la pol3tica criminal?

La respuesta es: precisamente volviendo a cerrar el círculo con las teorías de justicia, si bien, como veremos, sin lograr dejar *por completo* la defensa social. En el conjunto se incluye todavía una dosis de defensa social, bajo la forma de preven-

ción general. Como intentaré demostrar, dicha dosis funciona, sin embargo, sobre todo como apéndice subalterno

La teoría moderna de justicia

Antiguo y nuevo clasicismo

Las raíces de la nueva teoría de la justicia en la política penal, la teoría de la década de 1980, se remonta a la era del Iluminismo, a la época de Rousseau y Voltaire. Por entonces se ponía el acento en dos exigencias: en primer lugar, debía haber *poca* regulación de la conducta humana, lo menos que fuera posible; en segundo lugar, esta regulación que debía existir, tenía que estar minuciosamente *especificada de antemano*. La relación entre delito por un lado y castigo por el otro, debía ser precisa, y estar determinada por la gravedad del delito.

Se ha llamado “clasicismo” al pensamiento penal del Iluminismo. El desarrollo de este pensamiento estuvo avalado por el crecimiento de la burguesía. Para la creciente burguesía era vital la cuestión de una efectiva defensa contra los amplios poderes discrecionales de los señores feudales y de la nobleza. El clasicismo se transformó en parte de esta defensa.

El punto clave era que tanto al ciudadano como al noble se debía imponer la misma condena *cuando se hubiese cometido* el mismo delito. “Para asegurar esta igualdad, previamente se fundamentaba detalladamente la condena en la gravedad del delito y no en el *status* del perpetrador ni en la discreción del juez” (Christie, 1980:116).

En la historia más reciente, encontramos el antecedente de la teoría moderna de la justicia en el llamado neoclasicismo de la década de 1970. El neoclasicismo tuvo su origen en el clasicismo del Iluminismo.

Los cuáqueros estadounidenses lanzaron el neoclasicismo a comienzos de la década de 1970, en un importante informe de comité (*American Friends Service Committee*, 1971).

En el s. XIX, gran parte del soporte ideológico de las cárceles de Filadelfia –las penitenciarias donde debía aislarse al

preso para hacer penitencia— se nutría del pensamiento cuáquero. Como hemos visto, dentro de los parámetros de su tiempo, las penitenciarias estaban orientadas hacia la rehabilitación del individuo. Pero ahora los cuáqueros promovían una postura casi diametralmente opuesta a la anterior: determinar condenas fijadas sobre la base de la gravedad del delito. Durante la década de 1970 fueron publicados también otros informes importantes que hacían hincapié en esa misma visión (ver por ejemplo von Hirsch, 1976).

¿Y los países nórdicos? En ellos el pensamiento neoclásico cobró importancia en varias instituciones estatales de planificación. La influencia fue menos notable en Dinamarca y Noruega, y muy pronunciada en Finlandia y Suecia. En estos países, la influencia pudo apreciarse en dos informes gubernamentales importantes sobre los principios básicos y la organización del sistema penal (*Kommittébetänkande*, 1976, N° 72, en Finlandia; en Suecia informe BRÅ, 1977, N° 7).

Un tópico importante en ambos informes era la *proporcionalidad* entre delito y castigo; otro, las *escalas de castigo*; y finalmente la *gravedad del delito*. La noción básica en los dos informes era la siguiente: el castigo debía ser proporcional a la gravedad del delito. A través de la proporcionalidad, los delincuentes obtenían el castigo que “merecían”.

Este era el mensaje central de la justa retribución en ambos informes. Sobre esta base debían construirse escalas de castigo para los distintos delitos. De este modo habría de desarrollarse un sistema penal justo y predecible.

La teoría de la justicia de la década de 1980

Las ideas modernas sobre la justicia en el pensamiento penal constituyen, en la década de 1980, una elaboración más minuciosa del neoclasicismo de la década de 1970. Encontramos estas ideas en las políticas de estado, por ejemplo, en Suecia, en un reciente y amplio conjunto de reformas penales, partes de las cuales están en estos momentos en su etapa de implementación.

Las proposiciones están contenidas en el informe de comisión SOU 1986, N° 13-15, "Sobre las escalas de castigo, la elección de la sanción, y la libertad bajo caución juratoria, etc.". Tendremos bastante que decir sobre este informe de comisión, porque es probablemente el conjunto de propuestas neoclásicas de iniciativa estatal más amplio y mejor desarrollado hasta la fecha.

Intentemos, en primer lugar, resumir los argumentos a favor de la justicia en *Fängelsestraffkommitén*, SOU 1986, N° 13-15 (de aquí en adelante, los tres tomos se designarán 1, 2 y 3). La esencia de las propuestas es la noción de "castigo como merecido" o "justos merecedores" tal como se formula, a modo de resumen, en el primer tomo:

Así pues, hemos llegado a la conclusión de que al desarrollarse las escalas de castigo para los diversos delitos no deben enfatizarse ni las consideraciones de prevención general ni las de prevención individual. A nuestro entender, las escalas de castigo de los delitos deberían basarse, por el contrario, en la gravedad o la objetabilidad de los delitos en cuestión. Vale decir entonces que, al determinar las escalas de castigo, la evaluación de lo que los delitos en general merecen en términos de castigo constituye un muy razonable punto de partida. Para discernir las escalas de castigo que corresponden a los distintos delitos, hay que tomar como base alguna forma de pensar la justicia. Aquí la proporcionalidad y la equivalencia se convierten en conceptos importantes. Por proporcionalidad se entiende que la escala de castigo debe estar determinada guardando proporción con la gravedad del delito. Equivalencia implica que castigos igualmente graves deben ser utilizados para tipos de delito equivalentes, y se puede decir que es consecuencia de la noción de proporcionalidad (T. 1:15, traducido del sueco al inglés por el autor de este libro).

Tomando esto como punto de partida, se asigna a los distintos delitos un "valor de castigo", y se hace una distinción entre valor de castigo abstracto y concreto:

Por *valor de castigo* de un delito se entiende la gravedad del delito en relación con otros delitos. El valor de castigo mide cuán grave es un delito. El valor de castigo que se expresa en las escalas de castigo es el valor de castigo abstracto de los delitos en cuestión. El valor de castigo de un

delito dado –efectivamente cometido–, constituye el valor de castigo concreto (T. 1:19).

Los valores de castigo se determinan sobre la base de la gravedad o la objetabilidad de los delitos. A continuación brindamos lo que el informe dice sobre tomar como fundamento la objetabilidad:

Como se mencionó antes, nuestra opinión es que a la hora de desarrollar escalas de castigo para diversos hechos, no podemos recurrir a la argumentación basada sobre la prevención general o individual. Por el contrario, a nuestro entender la evaluación de los valores de castigo debería basarse en la objetabilidad de los diversos delitos. De este modo, el punto de partida cuando se trata de decidir las escalas de castigo para los diversos delitos, debe ser lo que el delito en términos generales merece en términos de castigo. Para lograrlo será necesario seguir alguna forma de pensar la justicia, y preguntarse así qué es lo que merecen –hablando en general– los diversos delitos en términos de castigo (T. 1:19).

Las escalas de castigo deben ser desarrolladas sobre esta base:

Así pues, la escala de castigo debe determinarse en proporción a la gravedad del delito, y deben utilizarse castigos igualmente severos para tipos de delitos equivalentes (T. 1:19).

Las citas son complejas. Se aconseja al lector posponer el estudio de sus detalles: más adelante volveremos sobre ellas.

Aquí el punto principal es que se especifica una serie de valores de castigo y escalas de castigos tomando como fundamento una noción de proporcionalidad. Los valores de castigo para delitos comunes contra la propiedad –dice el informe– son por lo general muy elevados y deberían tener un lugar más bajo. Por el contrario, el valor de castigo para los delitos contra las personas, especialmente delitos de violencia, debería ser más elevado. Y lo mismo vale para el valor de castigo para los delitos contra el medio ambiente y los relacionados con drogas.

En conjunto, las propuestas implican una cierta reducción en el nivel de castigo general. Sobre este trasfondo, se propone para la mayoría de los delincuentes la abolición de la liberación automática bajo caución juratoria una vez cumplida la mitad de la condena (ver pp. 84-5).

Se propone un regreso a los dos tercios del tiempo cumplido. La idea es que la reducción del nivel de castigo hará de contrapeso al aumento del tiempo en prisión que se genere a partir de la medida mencionada más arriba. Obviamente, queda pendiente la cuestión de si se produce tal contrapeso.

¿Está sola la justicia?

Antes de evaluar el razonamiento sobre la justicia que hemos analizado aquí, hay que plantearse el siguiente interrogante: ¿Está completamente sola la justicia?

La respuesta es: casi, pero no del todo. También encontramos una cierta acentuación en la defensa social –combinada con nociones de justicia– y especialmente en la prevención general.

La formulación de la prevención general presenta ciertas variaciones según los distintos documentos. Sin embargo, las características principales siguen siendo las mismas. Tanto los rasgos comunes como las variaciones aludidas se distinguen claramente al repasar el *American Friends Service Committee* de 1971, el comité von Hirsch de 1976, el informe BRÅ 1977, N° 7, y SOU 1986, N° 13-15 –además de un libro de reciente aparición, von Hirsch, 1986 (que también tratamos en el capítulo IV, debido a que von Hirsch critica las teorías de inhabilitación)–.

Los rasgos comunes son los siguientes: establecimiento de una distinción entre *razón de la existencia del castigo en la sociedad*, es decir, la fundamentación de por qué ciertos actos son criminalizados, y la *razón de la concreta organización y uso del sistema penal*, vale decir, la legislación concreta en términos de escalas de castigo y fijación de sanciones mediante una amplia gama de reacciones y condenas.

La razón de que exista el castigo en la sociedad, el por qué ciertos actos son criminalizados, debe buscarse en la prevención general, o al menos en gran medida en la prevención general.

Los argumentos sobre la justicia probablemente parecen muy fríos y descarnados; debe añadirseles una cierta utilidad

social para justificar el hecho de infligir intencionalmente un dolor a la gente (ver *American Friends Service Committee* 1971:61, 66, 149-59; von Hirsch 1976:37-44; el informe BRÅ 1977, N° 7:199-200; SOU 1986, N° 13-15 T. 1; 14-15; T. 2:67-8; von Hirsch, 1986:47-60).

La razón de la organización concreta y del uso del sistema penal no debe buscarse, sin embargo, en la prevención general ni en ninguna otra utilidad social. Todos los trabajos antes mencionados son claros con respecto a este punto. La razón de la organización y del uso del sistema penal, la razón de las escalas de castigo y la determinación concreta de las sanciones, debe buscarse en los principios de la justicia descritos más arriba. El hecho de que la razón no se encuentre en la prevención general, es, por ejemplo, evidente en la siguiente y tajante declaración de SOU 1986, N° 13-15:

Los resultados de la investigación sobre los efectos del encarcelamiento en términos de prevención general tampoco inspiran grandes esperanzas en cuanto a la posibilidad de modificar el volumen de delitos mediante ajustes en el uso del encarcelamiento.

Las comparaciones internacionales no han demostrado ninguna tendencia que indique que penas más severas traigan aparejado un menor nivel de delitos. De este modo, el mayor uso del encarcelamiento no es una herramienta efectiva para disminuir la criminalidad ni para evitar un aumento en el delito. Si realmente es posible disminuir la criminalidad, las medidas que se necesitan deberían ser entonces de índole muy distinta. De esto se desprende que nada sugiere que una disminución razonable en el uso del encarcelamiento en general tenga importancia para el volumen de los delitos (T. 1:16).

La distinción entre la razón de tener un sistema penal —que primordialmente debería buscarse en la prevención general—, y la razón de la concreta organización y uso del sistema penal —que a su vez debería buscarse en los principios de la justicia—, es fundamental en todos los trabajos a los que nos hemos referido.

Dentro de este contexto de consenso existen también algunas variantes entre ellos. Las variantes no son tan importantes para nuestros propósitos, pero habría que señalar una de ellas.

En algunos de los trabajos, en particular en el informe BRÅ, se intenta crear una unidad entre la razón de la prevención para tener un sistema penal, y la razón de la justicia para la organización y uso del sistema penal.

En el informe BRÅ, la unidad y la interrelación se establece sobre todo mediante un énfasis en el aspecto educativo de la prevención general. Si se hubiera recalcado el aspecto disuasivo de la prevención general –consigna el informe– la condena concreta tendría que haber tomado en cuenta la tentación de cometer el acto.

Por otra parte, si se subraya el aspecto educativo, ha de ponerse énfasis en el valor de castigo del delito; a su vez la sanción debe acentuar la gravedad o la objetabilidad del delito (precisamente en lo que deberían basarse las escalas de castigo y la condena concreta). Queda implícito el hecho de que si no se acentuaran estos principios de la justicia, el sistema carecería de credibilidad moral y además no tendría función educativa. De esta forma se establece la unidad entre los dos niveles (informe BRÅ 1977, N° 7:200). También el seguimiento del informe BRÅ, SOU 1986, N° 13-15, enfatizó el aspecto educativo de la criminalización, y presenta una argumentación similar a la empleada por el informe BRÅ (T. 2: 64-6).

Otros trabajos no intentan establecer esta clase de unidad entre los dos niveles. Los dos niveles aparecen más o menos nítidos. El de la prevención general es precursor necesario de la confianza que tiene la justicia en la condena concreta: si no fuera por el efecto preventivo del sistema como tal, podríamos haber abolido toda condena. En efecto, debido al efecto preventivo, la condena sigue existiendo, y es impartida en términos de justicia estricta.

Hasta donde alcanzo a discernir, esta es la línea principal de razonamiento, por ejemplo, en el trabajo reciente de von Hirsch (1986:47-60).

¿Cómo debemos considerar el renovado énfasis en la prevención general? En primer lugar, en la literatura aquí reseñada, prácticamente no se encuentra una argumentación detallada a favor de la prevención general –con o sin acentua-

ción en lo educativo— como razón válida para la existencia del castigo y la criminalización.

El efecto preventivo, visto como una afirmación o axioma inmotivados, es incluso más pronunciado aquí que en la literatura común sobre la prevención general (ver capítulo III arriba). Prácticamente todo el esfuerzo intelectual se encauza en la argumentación detallada a favor de la justicia como razón para la organización concreta y uso del sistema penal, en lo cual los diversos informes y libros ponen todo su énfasis.

Un ejemplo del carácter axiomático o sobreentendido de la prevención general puede encontrarse en SOU 1986, N° 13-15, T. 1: 14-15: “A nuestro parecer —sostiene lisa y llanamente el informe— las consideraciones sobre la prevención general obviamente son de fundamental importancia para las decisiones sobre la *criminalización*, es decir, decisiones sobre el empleo del castigo para ciertos actos” (ver, en el mismo sentido, T. 2: 67, donde se hace referencia al “sentido común” como la razón de mayor peso).

En varios de los trabajos citados hemos encontrado, en segundo lugar, una abundante y sincera argumentación que en gran medida deja entrever que el efecto preventivo del sistema como tal es, de hecho, limitado o incluso cuestionable. Nuevamente, SOU 1986, N° 13:15, puede servir de (quizás muy claro) ejemplo. El informe presenta sus deliberaciones generales sobre el castigo de la siguiente manera:

La tarea principal de la política criminal es... prevenir el delito. Sin embargo, en este aspecto el sistema penal [*straffsystemet*] no es un instrumento particularmente efectivo. Tanto la experiencia realizada en Suecia como en el exterior avala esta posición. No existe relación entre las sanciones penales prolongadas y estrictas y el nivel de delito (T. 1: 14).

La primera parte de esta afirmación habla bastante directamente sobre la existencia misma del castigo, el sistema penal —*straffsystemet*— como tal. En la última oración, en cambio, la afirmación es moderada, refiriéndose más bien al nivel de castigo que a la existencia misma del castigo. Ahora bien, tomadas en conjunto, una afirmación como esta al menos se acerca a la tesis de que el efecto de la existencia del castigo es cuestionable.

En tercer lugar, al menos en el SOU 1986, N° 13-15, encontramos ejemplos de cambios imperceptibles en las formulaciones. Dichos cambios van desde la afirmación sobre el efecto preventivo de la existencia del castigo o criminalización como tal, hasta la afirmación de que nosotros, a pesar de todo, encontramos un efecto preventivo de la organización concreta del sistema penal.

Después de haber declarado que las consideraciones sobre la prevención general son de una importancia fundamental y obvia a la hora de decidir sobre la criminalización (ver cita arriba), el SOU 1986, N° 13-15, ahonda más en el tema, sosteniendo, entre otras cosas, que la prevención del delito es “ante todo una responsabilidad del legislador, cuya tarea es dar forma [*som har att utforma*] al sistema penal de modo tal que se otorgue el debido crédito a los aspectos preventivos, sin mengua de las demandas de legalidad y uniforme ejecución de la justicia” (T. 1: 15).

Aquí la organización concreta de la legislación, que debía estar motivada sólo por argumentos sobre la justicia, pasa a estar motivada también, de forma repentina y por efecto de un cambio imperceptible, por la prevención general. La cuestión del efecto preventivo de la organización concreta y de los detalles de legislación es, sin embargo, muy distinta de la cuestión del efecto preventivo de la existencia misma del castigo o criminalización.

Hoy es mucho más fácil obtener apoyo para una respuesta afirmativa a la última cuestión; pero no resulta tan sencillo obtenerlo para la primera. Al cambiar sutilmente el énfasis de la segunda a la primera, la idea de que hasta los detalles de la legislación tengan efecto preventivo es sostenida –también sutilmente– como parte del argumento.

De modo solapado y bastante efectivo se mantiene viva la idea de que la organización concreta de la legislación es útil también desde el punto de vista de la prevención.

A modo de resumen se puede decir que en los trabajos neoclásicos la orientación de la justicia no está completamente sola, sino combinada con una cierta acentuación de la defensa social lograda mediante la prevención general.

La justicia descarnada no puede sostenerse por sí misma. Pero el énfasis en la prevención general es muy limitado, especialmente en lo que concierne a la fundamentación de la existencia de la criminalización, de la existencia del castigo. La presión de la investigación, la discusión profesional y el tiempo han arrinconado la teoría de la prevención general.

Pero incluso en esta situación no se encuentra muy cómoda. Está en el rincón, como un axioma no avalado por una argumentación detallada, próxima a ser incoherente consigo misma y con una tendencia intrínseca e imperceptible a cambiar de nivel cuando se realice la argumentación.

Tomando este estado de cosas como trasfondo, podemos pasar ahora a hacer una revisión más detallada de la justicia —el contenido principal del mensaje— como fundamento para el uso de la cárcel. El SOU 1986, N° 13-15 es una de las principales fuentes ideológicas promovidas por el Estado, y por lo tanto nos concentraremos en él. Pero también haremos referencia al aporte internacional más reciente: el libro de von Hirsch, también de 1986.

Los límites de la justicia

En primer término, podría ser útil definir con mayor precisión el tipo de filosofía de la justicia que propone el razonamiento neoclásico.

¿Qué tipo de justicia?

En su importante trabajo sobre la justicia, Torstein Eckhoff distingue dos tipos básicos de justicia (Eckhoff, 1971/1974, capítulo 2).

Traduciendo de la edición noruega (la terminología en la edición inglesa es algo diferente), uno de esos tipos puede ser llamado "justicia de la balanza en equilibrio".

En términos generales, la justicia de la balanza en equilibrio trata del *intercambio* de valores; un intercambio que debe estar equilibrado, como la balanza de la diosa de la justicia.

Eckhoff señala cuatro variedades concretas de tal intercambio. No nos ocuparemos en detalle de ellos; aquí el punto principal es que las dos características siguientes son comunes a todas esas variedades y, además, a la justicia de la balanza en equilibrio en general.

En primer lugar, implican un derecho o deber a alguna forma de retribución (1974:31): "Con esto quiero decir un derecho o deber que está condicionado por una transferencia y que sirve como base para una nueva transferencia en la dirección opuesta o bien con valores contrarios".

En segundo lugar, implican un cierto tipo de igualdad. Esta pone de relieve que los valores intercambiados deberían tener igual peso. Aquí Eckhoff se refiere directamente a la balanza de la diosa de la justicia (1974:31):

Los principios se basan también en ideas de *igualdad* que exigen que el intercambio de valores tenga igual peso para así restablecer el equilibrio.

La balanza que sostiene la diosa de la justicia simboliza esta idea. Si la balanza no está equilibrada, debe agregarse peso al platillo que se ha vuelto demasiado liviano, pero no más que el necesario para restablecer el equilibrio.

El otro tipo básico de justicia es el llamado "justicia distributiva".

En términos generales, como el nombre sugiere, la justicia distributiva se ocupa de la *distribución* de valores. Esta se basa también en una noción de igualdad, pero más que acentuar el igual peso de los valores intercambiados, enfatiza el igual tratamiento de los receptores de ciertos valores.

Un tratamiento igualitario significa, a veces, igualdad absoluta. Se puede discutir, por ejemplo, que los receptores de una determinada distribución deberían tener o recibir porciones de igual tamaño de la torta, o bien el mismo número de meses de servicio militar, etcétera.

En otros casos, se requiere la igualdad relativa. Por ejemplo, puede discutirse que la relación entre culpa y castigo deba ser la misma para todos. Mientras que la justicia de la balanza en equilibrio está referida siempre a una relación

entre dos partes, la justicia distributiva, en principio, no se ciñe a ese límite.

Es posible ubicar la ideología moderna de justicia dentro de la teoría penal (concretamente, el pensamiento en el SOU 1986, N° 13-15) en relación con los tipos principales de justicia. En el SOU 1986, N° 13-15, una justicia de balanza en equilibrio parece ser fundamental. En efecto, cuando habla de "proporcionalidad" entre castigo y delito, el informe presupone —claramente— un intercambio de valores que sea de igual peso, un intercambio balanceado.

La justicia distributiva es algo que probablemente *se concreta cuando se ha instituido una justicia de la balanza en equilibrio*: cuando se ha establecido el equilibrio entre castigo y delito, se producirá un tratamiento igualitario en el sentido de que el mismo castigo será utilizado para delitos equivalentes.

Podemos citar una vez más el siguiente extracto de un fragmento citado anteriormente (T. 1: 15; ver p. 105 arriba):

Aquí la proporcionalidad y la equivalencia se vuelven conceptos importantes. Por proporcionalidad se entiende que la escala de castigo debe estar determinada en proporción a la gravedad del delito. La equivalencia implica que se debe utilizar castigos igualmente severos para tipos equivalentes de delitos, y puede decirse que es una consecuencia de la noción de proporcionalidad.

La cuestión crucial entonces, es: ¿es sostenible la argumentación a favor de una justicia de balanza en equilibrio, la creación de un equilibrio entre delito y castigo?

Las formulaciones que hace la justicia sobre la defensa de la cárcel dan la impresión de suma confiabilidad y precisión. Usando conceptos tales como "proporcionalidad", "valor de castigo", "escalas de castigo" y "medición", la ideología de la justicia da la impresión de que es posible llegar a estipular estricta y analíticamente la duración y severidad del castigo, en presunto contraste con la evaluación vaga e imprecisa de la prevención individual y general.

En primer lugar, la presentación da la impresión general de que el razonamiento se basa en una rigurosa lógica científica.

En segundo lugar, la presentación da la impresión de que una de las dos partes en el cálculo de la proporcionalidad –la gravedad o la objetabilidad del delito– puede ser evaluada sobre la base de estándares fijos.

En tercer lugar, la presentación da la impresión de que la otra parte en el cálculo de la proporcionalidad –la severidad del castigo que debe equilibrar el delito cometido– puede ser evaluada sobre la base de estándares absolutos.

En cuarto lugar, la presentación da la impresión de que las dos partes de la operación de restablecimiento del equilibrio –el dolor del delito y el dolor del castigo– son entidades comparables.

Las cuatro impresiones son falsas. Tomadas una por una, posiblemente su falsedad podría ser corregida o pasada por alto. Pero las encontramos juntas. Consideradas en su totalidad, asestan un golpe terrible a la defensa de la prisión por parte de la justicia.

Trataremos con más profundidad los cuatro puntos.

El razonamiento y el argumento circular

Repito, la presentación de la defensa que hace la justicia da la impresión general de que el razonamiento se basa en una estricta lógica científica. Contrastando con esta impresión en forma contundente, el razonamiento en el SOU 1986, N° 13-15 está construido sobre un argumento que es fundamentalmente circular.

El lector debe tener presente que la siguiente sección, contiene mi interpretación.

Como ya lo mencionamos, el valor de castigo de un delito se determina según la objetabilidad o gravedad del delito. La objetabilidad del delito (*förkastlighet*) se relaciona principalmente con la culpabilidad del delincuente, y la gravedad (*svårhet*) está relacionada con el daño o el peligro que el acto haya causado.

No se hace una distinción precisa entre estos dos aspectos, y a veces resulta difícil percibir la distinción en el texto. Sin

embargo, aquí dejamos de lado este aspecto. El punto que queremos recalcar es el hecho de que la objetabilidad/gravedad es la base para el valor de castigo del delito.

Como ya lo citáramos en la p. 106 (del T. 1: 19): “En cambio, nuestra opinión es que la evaluación de los valores de castigo debería fundarse en la objetabilidad de los distintos delitos”. Esta cita está tomada del debate general sobre los valores de castigo. El hecho de que sea así como se deba determinar los valores de castigo, también puede inferirse de la discusión sobre la determinación de sanciones:

El punto de partida es el valor de castigo del delito cometido, que se determina según la gravedad del delito –con especial referencia al daño o peligro que el acto haya implicado– y la culpabilidad del delincuente tal como se expresa en el hecho (T. 1:22).

No existen dudas, entonces, de que el punto de partida para la determinación del valor de castigo es la gravedad o la objetabilidad del delito.

Dado que la determinación de los valores de castigo sirve de fundamento para la determinación de las escalas de castigo, la objetabilidad o gravedad del delito se convierte también en punto de partida para las escalas de castigo. Esto también se expresa directamente en el informe, tal como se citara anteriormente en la p. 106 (T. 1: 19): “Así pues, la escala de castigo debe determinarse en proporción con la gravedad del delito...” ¿Cómo hacer entonces para determinar la objetabilidad o gravedad del delito? A la luz de todo lo expresado hasta ahora, la cuestión se torna decisiva.

Hallamos algo sobre esto en el T. 1, en una sección que también citamos en la p. 105 (T. 1: 19; ver también T. 2: 131): “Por *valor de castigo* de un delito se entiende la gravedad del delito en relación con otros delitos”. Esto, entonces, significa que la objetabilidad o gravedad (aquí la gravedad) del delito individual se evalúa poniéndolo en relación con otros delitos (determinándose así el valor de castigo).

En otras palabras, se considera el delito individual dentro de un contexto de otros delitos, y se determina la objetabilidad o gravedad del delito individual mediante una comparación.

Por supuesto, estas comparaciones están muy en regla. Por ejemplo, la gravedad de entrar a una casa para robar bien puede determinarse tomando como referencia el robo o la violación. Pero la solución es sólo provisoria; porque todavía no se nos ha dicho cómo se debe determinar la objetabilidad o gravedad de esos otros delitos con los cuales se compara un delito en particular.

En efecto, aún no se nos ha dicho cuál es el estándar de la gravedad o la objetabilidad. De ahí que debemos replantear la pregunta: ¿cómo determinar con mayor precisión la objetabilidad o la gravedad?

La respuesta es sensacional: la gravedad o la objetabilidad del delito –que constituyen la base para determinar el valor de castigo y por ende su escala– se determinan a su vez por *lo que el delito merece en términos de castigo*, es decir, por el valor de castigo.

Como se citó antes (p. 106), del T. 1: 19, inmediatamente después de la oración “en cambio, opinamos que la evaluación de los valores de castigo debería basarse en la objetabilidad de los distintos delitos”, nos enteramos de que “de este modo, el punto de partida, a la hora de decidir las escalas de castigo para los diversos delitos *debe ser lo que el delito en términos generales merece en términos de castigo*” (el destacado me pertenece).

El hecho de que la gravedad/censurabilidad del delito, que sirve de base para determinar el valor de castigo y por lo tanto de la escala de castigo, esté determinada, a su vez, por el valor de castigo, aparece claramente en otras partes en el informe. Como se citó antes (p. 105), inmediatamente después de la oración “en nuestra opinión, las escalas de castigo de los delitos deberían, por el contrario, basarse en la gravedad o la objetabilidad de los delitos en cuestión”, nos enteramos de que (T. 1: 15) “de este modo, consideramos la evaluación de *lo que los delitos en general merecen en términos de castigo* como un muy razonable punto de partida a la hora de determinarse las escalas de castigo” (el destacado me pertenece).

En las dos citas, las palabras “de este modo” (en sueco dos palabras: *således* y *nemligen*) son decisivas. Ellas unen direc-

tamente las oraciones que dicen que el valor de castigo/escala de castigo debe basarse en la gravedad/objetabilidad del delito, con las oraciones que dicen que la escala de castigo debe determinarse por lo que los delitos merecen en términos de castigo, *lo que implica que las últimas son explicaciones o ampliaciones de las primeras.*

Una interpretación más favorable del informe podría ser esta: el informe trata de decir que el valor de castigo debería basarse en la objetabilidad/gravedad del delito; que a su vez las escalas de castigo deben basarse en valores de castigo, y que "de este modo" quiere decir "por".

El cambio de objetabilidad/gravedad a valor de castigo es importante "por" el consecuente cambio de valores de castigo a escalas de castigo. Pero en el contexto resulta más complicado. Las dos citas, que pueden ser halladas *in extenso* más arriba (pp. 105, 106), muestran, creo, que el informe es, a lo sumo, muy confuso en este punto crucial, y que la interpretación circular está, al menos, muy próxima.

Hay que destacar que debe establecerse un equilibrio entre delito y castigo. El valor de castigo es determinado por la objetabilidad/gravedad del delito. La objetabilidad/gravedad es determinada por lo que el delito "merece en términos de castigo", vale decir, el valor de castigo.

Del hecho que el valor de castigo sea determinado por la objetabilidad/gravedad y la objetabilidad/gravedad por el valor de castigo, se desprende entonces que la tarea de determinar qué es un "equilibrio" entre castigo y delito no es tan ardua.

Posiblemente pueda decirse que en el tratamiento más detallado de estos temas, en el T. 2 (capítulos 11 y 12), el argumento circular parece menos agresivo. Pero ciertamente está presente. Al comienzo del capítulo principal que se ocupa de los valores de castigo (T. 2, capítulo 11), se nos informa que el valor de castigo concreto de un delito cometido "se considera como medida de la gravedad de un cierto acto criminal cometido" (T. 2: 131).

En otras palabras, el argumento circular se esgrime muy directamente. Además la discusión de las medidas independientes de la objetabilidad/gravedad es breve y extremadamen-

te general. Es una discusión básica y sólidamente fundada en principios (T. 2: 147-9), expresada en términos de los intereses o valores que necesitan protección, hecho admitido por el informe ("Es poco posible de manera general detallar con mayor detalle cómo deberían producirse las evaluaciones de los valores de castigo", T. 2: 149).

Para ser justos debería agregarse, como circunstancia atenuante para el SOU 1986, N° 13-15, que la lógica del argumento circular no comenzó con ese informe. El argumento circular es, más o menos explícitamente, tan antiguo como las mismas teorías penales absolutas, y un criterio importante tanto para el antiguo como para el nuevo clasicismo.

Hasta donde es posible ver, la obra neoclásica que presenta menos rastros de esto es el libro de von Hirsch (1986). En él, el autor intenta establecer criterios independientes de seriedad. Ahora bien, el establecimiento de tales criterios trae aparejado sus propios problemas, sobre los que regresaremos. Aquí el punto central es que aparentemente se intenta limitar el argumento circular.

Pero tampoco von Hirsch lo evita completamente. Después de haber tratado en un plano general la cuestión de cómo determinar la gravedad de un delito, añade consejos prácticos para el legislador. Además de acentuar otros criterios más independientes, sugiere que "al menos en lo concerniente a los delitos típicos de hurto, violencia y fraude, es posible desarrollar una evaluación general de sus consecuencias *utilizando la definición legal del delito* y el conocimiento común disponible de sus probables efectos" (von Hirsch, 1986:74, el destacado me pertenece). Parece casi imposible evaluar "la definición legal del delito" sin tener en cuenta el valor de castigo.

En favor del SOU 1986, N° 13-15, debe decirse que éste aboga por una reducción en el uso del castigo. También lo hacen otros trabajos orientados hacia la justicia, desde el informe Quaker 1976 en adelante. Más concretamente, el SOU 1986, N° 13-15 cree que las nuevas escalas de castigo propuestas redundarán en una reducción comparable a 300 de las 4.200 plazas de las cárceles de Suecia. Una reducción de este tipo no sería un mal resultado, aunque podríamos aspirar a más.

El punto, sin embargo, es que exactamente el mismo tipo de razonamiento podría haber llevado a una demanda de castigos más estrictos y por lo tanto a un aumento en las cifras carcelarias. El argumento circular puede conducir a una liberalización en nombre de la justicia, pero también puede conducir a lo opuesto, y en el mismo nombre.

Esto, de hecho, parece estar sucediendo en Suecia, donde actualmente se está dando pasos para prolongar las condenas de los reincidentes. Ello se hace en nombre del neoclasicismo y de la justicia. Pero el verdadero trasfondo probablemente sea la demanda popular de inhabilitación colectiva de los reincidentes consuetudinarios, que se ha desarrollado en Suecia durante los últimos años (ver pp. 88-9).

La circularidad del razonamiento neoclásico hace posible que esa demanda alimente e inflencie la planificación del sistema penal; y siempre en nombre de la justicia, la cual adquiere la forma de ajustes de las escalas de castigos.

En este sentido, las llamadas teorías penales "absolutas" son quizás, en realidad, las menos "absolutas" de todas.

Para que la idea de justicia en equilibrio (proporcionalidad entre delito y castigo) conserve su sentido propio, debe definirse, por un lado, la gravedad/objetabilidad del delito y, por otro, la severidad del castigo, y no como partes integrantes de un círculo. En caso de lograrse esa separación surgirán, sin embargo, otros problemas que generan grandes dificultades para administrar justicia equitativamente.

Gravedad, objetabilidad y moralidad

A partir del SOU 1986, N° 13-15, y otros documentos neoclásicos, es evidente que el delito también se evalúa en *términos morales*. En efecto, palabras como "gravedad" y especialmente "objetabilidad" (utilizadas en el SOU 1986, N° 13-15) son términos morales, que comprenden el daño o perjuicio y la culpabilidad o culpa.

La moralidad como estándar para evaluar el delito es, como punto de partida, un criterio independiente que rompe con la conclusión circular tratada anteriormente. Sin embar-

go, como estándar, no es fija sino sumamente variable, modificándose por una serie de factores e índices sociales y sociopsicológicos (ver, por ejemplo, Kutchinsky, 1972). Por lo tanto, resulta una base muy compleja para establecer la proporcionalidad.

Esto es importante porque, como mencionamos más arriba, el segundo rasgo de la ideología de la justicia es la impresión general que brinda sobre la existencia de estándares fijos a una de las partes de la operación de equilibrio: el lado de la gravedad/objetabilidad. Aquí se dará énfasis a dos variaciones. Cada una de ellas a su vez aparece en dos variedades.

En primer lugar, la evaluación moral –y con ella la percepción de la gravedad o la objetabilidad del delito– varía con el tiempo.

Por un lado, encontramos muchos ejemplos de cambios históricos de largo aliento en la evaluación y percepción moral de la conducta delictiva. La evaluación de la blasfemia y de la homosexualidad son casos concretos.

Por otra parte, también hallamos en lapsos más breves ejemplos de cambios drásticos en la evaluación moral, los así llamados pánicos morales.

El pánico moral tiene un trasfondo complejo. Por lo general, primero se producen ciertos tipos particulares de conducta que generan intereses importantes; luego, representantes de las estructuras de poder y autoridad reaccionan ante tal conducta; a continuación, los medios masivos de comunicación (u otros sistemas de comunicación predominantes) descubren lo que está sucediendo. Esto a su vez enardece aún más los intereses iniciales, lo que a su vez puede hacer que las estructuras de poder y autoridad reaccionen aún más, y así sucesivamente: una reacción moral de pánico en forma de espiral.

Stanley Cohen (1972) ha descripto como pánico moral la reacción ante los llamados “mods” y “rockers” en la década de 1960 en Inglaterra. Las reacciones ante los alcohólicos vagabundos en la década de 1970 y frente a los jóvenes consumidores de drogas en la década de 1980 en Noruega han sido descriptos con una terminología similar (Mathiesen, 1975;

Christie y Bruun, 1985). Los tres ejemplos resultan interesantes en la medida en que tuvieron repercusiones legales. En Inglaterra, en la década de 1960, la policía trató a los *mods* y a los *rockers* –después de un cierto tiempo– recurriendo a formas que reemplazaban las normas usuales de la ley.

Los vagabundos noruegos en la década de 1970 –que ya no eran encarcelados en campos de trabajos forzados después de la abolición de éstos en 1970– fueron abordados con un pánico que casi re-estableció el sistema de trabajo forzoso y dio pie a una revisión de las normas existentes sobre el “tratamiento forzoso”.

En cuanto a los consumidores de droga, el pánico se volvió, de hecho, muy importante en términos de penalización: en Noruega en pocos años, la pena máxima para los delitos relacionados con drogas aumentó de 10 a 15 o 21 años. La pena máxima tiene como objetivo a los distribuidores profesionales de droga. Casi siempre se atrapa a consumidores menores y vendedores ambulantes... los cuales reciben severas condenas.

En segundo término, la evaluación moral, y con ella la percepción de la gravedad/objetableidad, varía en el espacio.

Por un lado, encontramos muchos ejemplos que ilustran que la evaluación moral y la percepción del delito varían en las distintas sociedades. Un ejemplo: la opinión sobre la conducción en estado de ebriedad probablemente sea muy distinta en EE.UU. y en Noruega. Contextos culturales diferentes producen diferencias en la definición.

Por otra parte, hallamos muchos ejemplos que muestran que la evaluación y la percepción varían entre grupos o subsistemas de una sociedad.

En un estudio llevado a cabo en padres e hijos –estos últimos de entre 15 y 18 años de edad– en un área típica “de clase media” y “trabajadora” de Oslo, hallé diferencias significativas, tanto entre las generaciones como entre las clases, a la hora de evaluar y percibir conductas desviadas y delictivas. En primer lugar, los padres sistemáticamente aceptaban menos tal conducta y se mostraban más restrictivos que sus hijos. En segundo lugar, dejando ya de lado la generación a la

que se pertenece, aquellos provenientes de clase trabajadora sistemática y significativamente aceptaban menos esa conducta y eran más restrictivos que los provenientes de clase media.

Las preguntas fueron formuladas de tal modo que se plantease espontáneamente el tema de la evaluación moral: se preguntaba a los entrevistados si personalmente consideraban que la conducta en cuestión estaba "bien" o "mal" (Mathiesen, 1966:23).

Estudios de otros países, en especial de EE.UU. e Italia, ponen de manifiesto similares diferencias entre las distintas clases (Kohn, 1969). Además de las preguntas directas sobre la opinión personal, se preguntaba a los entrevistados *qué pensaban ellos sobre cuál sería la opinión de otros*. Las preguntas apuntaban a detectar algunos indicios sobre el clima moral del ambiente.

A los padres se les preguntó cuál pensaban que sería la opinión de los jóvenes de la edad de sus hijos y otros padres; por otra parte, a los hijos se les planteó cuál pensaban que sería la opinión de qué creían que pensarían jóvenes de su misma edad y sus padres.

Tanto entre los padres como entre los hijos, la gente de la clase trabajadora experimentaba bastante sistemáticamente el clima moral del medio como un clima de menor aceptación y mayor restricción para con la conducta desviada y delictiva de lo que experimentaba la gente de clase media.

Lo que hemos dicho aquí sobre las variaciones a lo largo de periodos prolongados, y las variaciones entre diferentes sociedades, es probablemente menos importante que las diferencias en periodos breves y entre subgrupos y subsistemas dentro de una sociedad. Puede decirse con cierta razón que la tarea de lograr el equilibrio, propia de la justicia, debe ser juzgada dentro del contexto del período histórico concreto, y dentro del contexto de la sociedad concreta en cuestión.

Sin embargo, es considerablemente más difícil sostener que se puede permitir que la justicia varíe en periodos breves, y que sea aceptable tener opiniones bastante distintas sobre

la retribución penal dentro de una sociedad e incluso entre clases.

Permítaseme recalcar lo siguiente: lo que hemos dicho aquí no quiere decir que todo lo moral varíe. Repito que en el estudio antes mencionado de padres e hijos, detecté diferencias sistemáticas entre grupos. Sin embargo, la mayoría de los entrevistados tanto entre los padres y los hijos, como entre las clases media y trabajadora, era de la opinión de que el acto delictivo más claro que se pedía que evaluaran estaba "totalmente mal".

En otras palabras, las variaciones entre grupos residían aquí en las *diferencias de tamaño de la mayoría*. En varios estudios estadounidenses se ha demostrado tendencias similares hacia el consenso, a pesar de que en este punto existe un debate continuo sobre la dimensión del consenso (ver von Hirsch, 1986:65).

El grado de consenso probablemente varíe también entre las distintas sociedades. En una revisión de estudios estadounidenses y fineses —en estos últimos se halló un consenso más alto sobre la gravedad relativa de varios tipos de delito según los define la ley, los tribunales, los jueces y el público— Kutchinsky ha sugerido que las variaciones entre sociedades pueden ser explicadas por diferencias sociológicas de heterogeneidad, conflicto cultural, movilidad y cambio social (Kutchinsky, 1973).

Sea como fuere, la evaluación moral de la gente está lejos de ser completamente flexible. Pero tampoco es completamente fija. Varía lo suficiente, incluso en periodos cortos y entre grupos, como para complicar la evaluación moral de gravedad y objetabilidad.

De ser cierto que un menor consenso se produce a partir de una mayor heterogeneidad, conflicto social y cambio social, entonces muchos países occidentales pueden esperar un aumento de las variaciones en los años venideros.

Antes de continuar, debe mencionarse que en su libro sobre los "*just deserts*"¹ (1986), Andrew von Hirsch ha intentado superar estas dificultades en un análisis sobre la gravedad del delito. Como es habitual en la teoría penal absoluta, su punto de partida es, en parte, el daño (el daño o lesión infligida o intentada por el acto delictivo) y, en parte, la culpabilidad (la culpa o intención, motivo y circunstancia) que determinan la magnitud de la responsabilidad del delincuente.

En sintonía con Richard Sparks, von Hirsch sostiene primeramente que lo que la gente *piensa* sobre el delito no debe ser la base para evaluar el daño, debido a que la gente puede *creer* por ejemplo que el daño producido a partir de ciertos actos es mayor de lo que en realidad es.

La propuesta es que el daño debe ser evaluado sobre la base del daño efectivo, y que hasta cierto punto el daño efectivo puede ser estudiado empíricamente. Sin embargo, von Hirsch agrega una calificación importante: esa "investigación empírica del daño criminal debe complementarse con juicios de valor" (von Hirsch, 1986:66).

Los diferentes delitos lesionan distintos intereses los cuales –afirma von Hirsch claramente– deben ser sometidos a evaluación. "También queda –prosigue– el otro elemento igualmente importante en cuanto a gravedad: la culpabilidad del delincuente por los actos que comete" (von Hirsch, 1986:66). De esto se desprende que también este último elemento incluye juicios de valor.

Von Hirsch se pregunta entonces cómo pueden formularse tales juicios de valor. Prosiguiendo con su reflexión, desarrolla un sistema para calibrar la gravedad, en parte poniendo énfasis en el daño mediante un listado de varios tipos de intereses lesionados y, en parte, poniendo énfasis en la culpabilidad mediante un listado de diversos grados de la falta (von Hirsch, 1986:63-76).

¹ En el original inglés "*just desert*", expresión que se emplea en algunos ámbitos de la criminología estadounidense para significar "lo que una persona merece en términos de criterios de justicia", de aquí en adelante se traducirá por "justo merecedor" o "justo merecido" (*N. de la T.*).

De este modo, von Hirsch intenta dar un carácter fáctico a la determinación de la gravedad del delito. Visto positivamente, debe decirse que de esta manera von Hirsch gana en precisión. Pero también debe recalcar, con mucha claridad, que coloca un gran acento en los “juicios de valor” tanto en relación con el daño como con la culpabilidad.

Al hacerlo, *se involucra necesariamente en la cuestión de la evaluación moral del delito*. Resulta muy difícil de entender la manera como von Hirsch, o bien el hipotético legislador, elude la evaluación moral con todos sus problemas a menos que sea cayendo en el enmascaramiento: dándole la apariencia de algo que no es evaluable. Ya hemos citado anteriormente algo de lo que se expone a continuación, pero ahora podemos consignarlo enmarcándolo en un contexto:

Pienso que un cuerpo legislativo puede dar varios pasos prácticos que le permitirán establecer una escala práctica –si bien no perfecta– de gravedad, a la cual recurrir para trazar sus lineamientos. Al menos en cuanto a los delitos típicos de hurto y fraude, se puede proponer una evaluación aproximada de sus consecuencias mediante la definición legal de delito y el conocimiento común disponible sobre sus posibles efectos. También se puede hacer juicios morales basados en el sentido común [*sic*] sobre la importancia relativa de los derechos e intereses que los distintos delitos lesionan. Se puede graduar la culpabilidad teniendo en cuenta si implicó una conducta intencional, imprudente o negligente... (von Hirsch, 1986:74).

La evaluación moral está claramente en el conjunto.

Agréguese ahora, a los elementos antes mencionados, variaciones de tiempo y grupos, la gran cantidad de drásticas diferencias en recursos y oportunidades de vida que existen entre individuos y grupos en la sociedad.

Como ya mencionáramos en otro contexto (p. 93), quienes se mantienen en el delito y acaban con condenas prolongadas en nuestras cárceles, presentan un cúmulo de problemas: alcoholismo, drogadicción, falencias de educación, desempleo, etc. Estos individuos provienen, en gran medida, de los estratos más bajos de la clase trabajadora. Los actos que son evaluados como particularmente graves y objetables, y que a su vez sirven de fundamento para largas condenas a prisión, son

cometidos por personas extremadamente pobres en el sentido lato de la palabra.

Cuanto más conocemos su pobreza, tanto más difícil resulta sustentar la evaluación de sus actos como muy reprochables. ¿Merece tal o cual condena un acto cometido en circunstancias de carencia material? *Cuando se toma en cuenta condiciones de vida como estas, se torna muy ardua la evaluación de la gravedad y la objetabilidad, complicadas ya por el hecho de que la evaluación moral varía en tiempo y espacio.*

El enfoque clásico, por ejemplo en el SOU 1986, N° 13-15, en gran medida desecha esas consideraciones, mencionándolas sólo como circunstancias atenuantes o “razones de equidad” (T. 1: 22). Sin embargo, si dejamos que “calen”, la evaluación moral como tal se hace muy difícil.

Sabemos que cuanto más cerca estamos de la vida de aquellos que llenan nuestras cárceles, tanto más claramente apreciaremos su pobreza en términos de recursos y oportunidades de vida. De ello se desprende que la posición privilegiada, más precisamente, la proximidad a quien ha cometido el acto, es una dimensión importante. La importancia de la posición privilegiada se torna decisiva cuando continuemos tratando la severidad del castigo.

Severidad y posición privilegiada

En tercer lugar, la ideología de la justicia, repito, da la impresión general de que la otra parte en la operación de equilibrar la justicia proporcionada –la severidad del castigo– puede evaluarse sobre la base de estándares absolutos. Sin embargo, aquello que constituye un castigo severo, o más o menos severo, está ligado, depende, se relaciona con la posición privilegiada que se tenga; dicho con mayor exactitud, con la distancia que tenga uno de la situación y del individuo en cuestión.

Con el correr de los años, se ha ido publicando un gran número de estudios que miden los puntos de vista de las personas sobre la severidad del castigo. Desde nuestra perspectiva, son interesantes los resultados de un estudio hecho en Noruega.

En una encuesta de opinión pública realizada a escala nacional sobre la política criminal para la delincuencia juvenil (Mathiesen, 1965 b), se planteó la siguiente pregunta general: "¿Piensa usted que en la actualidad los delincuentes juveniles son tratados, por lo común, muy severamente, no tan severamente, o bastante bien?".

La distribución de las respuestas mostró una actitud altamente punitiva: sólo un 2% opinó que el tratamiento era muy severo; una gran mayoría, 67%, opinó que no era suficientemente severo; un 21% opinó que estaba bastante bien, y finalmente un 10% no contestó.

Sin embargo, al ahondar en el tema, la respuesta cambia. Así pues se planteó la siguiente pregunta, algo más detallada: "Por cada una de las medidas consignadas en esta tarjeta, me gustaría saber si Ud. opina que dicha medida se aplica a los delincuentes juveniles con demasiada frecuencia, con la debida corrección, o bien demasiado poco". En la tarjeta se exponía una lista con los siguientes ítems: "retiro de los cargos, no hay juicio"; "reformatorio, institución para jóvenes"; "tratamiento médico, psicológico, y cosas por el estilo", y "castigo con prisión".

En otras palabras, la pregunta fue detallada en términos de las posibles medidas, pero el tema todavía seguía siendo "delincuentes juveniles" en general.

Las respuestas a esta segunda pregunta presentaron más matices que las respuestas a la primera, una pregunta totalmente general: 49% consideró que el castigo con prisión era usado muy raramente. Pero un porcentaje apenas mayor de encuestados, 51%, consideró que el tratamiento médico, psicológico, y cosas por el estilo, eran empleados en raras oportunidades. Por último, un porcentaje considerable, 31%, consideró que el reformatorio y las instituciones para jóvenes eran utilizados en raras ocasiones. Incluso el retiro de cargos o la inexistencia de juicio recibieron una proporción importante en comparación con las respuestas a la primera pregunta, de índole muy general: 20% consideró que el retiro de los cargos, etc., se utilizaba con muy poca frecuencia.

Si se profundiza más en los detalles, las respuestas presentarán más matices. En una tercera pregunta, pedimos no sólo detalles respecto de las medidas, sino también una evaluación de varios tipos de "delincuentes juveniles".

Entre los tipos de delincuencia mencionados, los delitos contra la propiedad/hurtos de automotor son más frecuentes entre la gente joven; los robos son, de manera clara, menos frecuentes; y la violación, al menos como delito informado, es rara.

Respecto de los tipos de delincuencia más frecuentes, encontramos que las medidas que no sean el castigo con prisión/castigo indeterminado, ocupan un lugar muy destacado, y la gente tiene opiniones bastante liberales sobre ellas. Tanto para el "robo de casas" como para el "hurto de automotor" con un valor de 2000 coronas noruegas (coronas con el valor de 1962), se menciona la compensación más a menudo que el castigo con prisión/castigo no especificado.

Para "robo de casas", se menciona la advertencia, el retiro de los cargos, la reprimenda y la condena condicional con más frecuencia que el castigo con prisión/castigo no especificado; y para "hurto de automotor" esas reacciones –que deben ser consideradas como muy liberales– son mencionadas al menos por un gran porcentaje de encuestados.

Resulta valioso advertir que incluso entre aquellos que respondieron "no lo suficientemente severo" a la pregunta más general sobre las reacciones (67%, ver arriba), el castigo con prisión/castigo indeterminado no se menciona con mayor frecuencia que otras medidas, sino que debe compartir el primer lugar con otros.

Existen muchos problemas ligados a la interpretación de respuestas como estas. Pero los resultados al menos sugieren, con bastante claridad, que cuanto más cerca están los entrevistados de la situación y del individuo inserto en ella, mayor es la cantidad de matices y más liberal el punto de vista.

Se puede agregar que si desplazamos un poco más esa posición privilegiada, y pasamos de una muestra representativa de la población que hace afirmaciones sobre el tratamiento de otros, a una muestra de prisioneros en las cárceles noruegas

encuestados sobre su propio tratamiento, la tendencia advertida antes se hará aún más clara.

En un estudio entrevista/cuestionario, una de las preguntas que se hicieron en Noruega a los internos de las dos cárceles existentes para el cumplimiento de condenas prolongadas, fue la siguiente: ¿Piensa Ud. que la condena que le dieron era justa comparada con el acto que cometió? Un 75 y 65% en las dos cárceles dijo "no" (Mathiesen, 1965a:160).

A pesar de que algunos de los entrevistados posiblemente haya querido sugerir que la condena era demasiado leve, la mayoría de ellos posiblemente quiso decir que era demasiado severa. Se puede comparar los porcentajes con el otro extremo: la proporción de la población que dijo que el tratamiento de los delincuentes jóvenes era demasiado severo. Recordemos que el último porcentaje era de 2%.

Estudios internacionales sugieren la misma tendencia en cuanto al punto de vista. En un estudio realizado sobre una muestra al azar de individuos entre 18 y 75 años en la ciudad sueca de Malmö en 1975, Ulla Bondeson formuló una pregunta general sobre las opiniones de los entrevistados respecto del castigo en el país.

El 8% respondió que los castigos eran muy severos; el 55%, que era muy leve; el 22%, que estaban bastante bien, mientras que 18% dio otras respuestas o no respondió (Bondeson, 1979:135).

A continuación se formuló a los entrevistados una serie de preguntas concretas sobre varios tipos de conducta que, o estaban criminalizadas o bien podrían considerarse objetables moralmente hablando. Entre otras cosas, se preguntó a los entrevistados cuáles podrían ser -en el plano personal- las sanciones para estos tipos de conducta. En este nivel las respuestas de los entrevistados presentaron aún más matices.

Teniendo presente la afirmación de Kutchinsky de que puede haber diferencias nacionales en el grado de consenso entre ley, tribunales, jueces y público (Kutchinsky, 1973, ver p. 119), cabe citar el resumen de la misma Bondeson acerca de sus hallazgos:

El espacio impide una revisión de las diversas preguntas, pero puede señalarse ciertas tendencias. Hablando en términos generales, puede decirse que el público tiene una visión legal bastante matizada. En efecto, considera ciertos tipos de conducta como más graves de lo que lo hace la legislación y la práctica tribunalicia, mientras que consideran otros como menos graves. Vale decir que las respuestas no brindan una base sólida a la pretensión de Illum de que la conciencia social está desestructurada o falta de contenido. Pero tampoco podemos decir que brinden una base sólida a la tesis de que el público -hablando en general- demanda "medidas más estrictas contra los criminales" (Bondeson, 1979, traducido del noruego al inglés por el autor de este libro).

Resulta nuevamente instructivo agregar una comparación con una encuesta hecha entre internos. En el estudio de Ulla Bondeson que enfoca los internos de una serie de instituciones suecas, el 51% respondió que los castigos en general eran muy severos, mientras que el 6% respondió que eran muy leves (Bondeson, 1974:438, ver también Bondeson, 1975: 135).

Los porcentajes pueden ser comparados con las proporciones de población de Malmö que respondió que los castigos eran muy severos (8%) o bien demasiado leves (55%). Los resultados son diametralmente opuestos. Debe mencionarse también la comparación sistemática realizada por Bondeson de las visiones sobre el castigo entre los estudios escandinavos de prisioneros y de poblaciones (Bondeson, 1974:439-41).

A pesar de que existen variaciones entre estudios y entre subgrupos dentro de las muestras de población, estas variaciones son claramente menores que la diferencia entre las muestras de internos por una parte y las muestras de población por otra.

Bondeson llega así a la conclusión de que existen "marcados contrastes" (Bondeson, 1974:440) entre muestras de prisioneros y de población, y precisamente en el sentido que aquí se discute.

En resumen, a pesar de que existen tendencias hacia un consenso en lo que respecta a la severidad del castigo, existen también importantes variaciones y muy significativas. En particular, las opiniones varían con la visión privilegiada, es

decir, con la cercanía/distancia de la situación y del individuo insertado en dicha situación.

Mi interpretación de estas diferencias es la siguiente: cuanto mayor la distancia, más superficiales nos volvemos, y menos comprendemos el dolor del castigo. Por el contrario, cuanto menor la distancia, más comprendemos.

Esta interpretación está avalada por los resultados de otras investigaciones realizadas en otros contextos. Stanley Milgram (1965) observó, en una situación experimental, que cuanto mayor era la distancia creada entre la persona a la que se ordenaba infligir un cierto tipo de dolor y la víctima destinataria de tal acción, tanto más dispuesta estaba la primera a seguir dichas órdenes.

Nils Christie demostró que cuanto mayor la distancia que durante la Segunda Guerra Mundial lograron generar los guardias noruegos en los campos de concentración noruegos, entre ellos mismos y sus prisioneros, más dispuestos estaban a abusar del poder y llegar incluso a la tortura (Christie, 1972). Esto no significa que relaciones cercanas no impliquen represión y violencia. Esto lo sabemos a partir de la esfera privada, especialmente de la familia.

Si la cercanía conduce o no a la comprensión, probablemente ello dependa del contexto. En la esfera pública –a menudo estatal– donde la base está constituida por relaciones impersonales burocratizadas, la mayor proximidad de la víctima hará más fácil la comprensión.

En el área de la política criminal, una conclusión política que se podría extraer aquí sería la reducción de la distancia, de modo que la gente pudiese *ver* la situación de cerca y fuese capaz de sentir empatía: una conclusión que es fácil de hacer en principio, pero que, en nuestra sociedad, resulta más difícil de llevar a la práctica.

En resumen, es complicado evaluar, en términos morales, la gravedad y la objetabilidad del delito (ver sección anterior). Considerándolo aisladamente, esto sería probablemente una complicación con la cual uno podría vivir, también porque existe, después de todo, un gran nivel de consenso respecto de la evaluación moral de los distintos delitos.

Sumado a esto, sin embargo, se presenta el carácter relativo de la severidad del castigo, especialmente su dependencia de la visión privilegiada. Esto significa que también es difícil, incluso muy difícil, evaluar cuál es el valor de castigo "correcto" en lo que hace a la severidad. Tomadas en conjunto, las dos "partes" en el "castigo como merecido", implican, por lo tanto, importantes problemas intrínsecos.

Antes de continuar, debe mencionarse que von Hirsch (1986) ha intentado una argumentación que, a mi entender, supone neutralizar la importancia de la visión privilegiada para la severidad del castigo y, con ella, la importancia de lo relativo.

Anteriormente (pp. 119-20) vimos cómo intentó también neutralizar los problemas de moral y de valores implícitos en la evaluación de la gravedad/objetabilidad del delito. Por este camino trata, aparentemente, de neutralizar asimismo los problemas existentes en ambas "partes" de la ecuación equilibrada entre gravedad/objetabilidad y severidad.

Respecto de la severidad del castigo, von Hirsch confía en una distinción entre las llamadas magnitudes de castigo "cardinales" –o básicas– y "ordinales" –u ordenadoras–

El tema de las magnitudes cardinales de castigo se ocupa de cuáles son los niveles absolutos de severidad que deberían ser elegidos para "anclar" la escala de penalidad. El tema de las magnitudes ordinales se ocupa de cómo deben ser castigados los delitos relacionando unos con otros.

Según von Hirsch, lo primero que debe realizarse es hallar las magnitudes cardinales –vale decir, los puntos de anclaje de la escala de castigos–. Una vez hecho esto, puede determinarse las magnitudes ordinales –vale decir, los grados de la escala–, dentro de los límites de los puntos de anclaje cardinales.

La presentación da la impresión de que las magnitudes cardinales son objetivas o absolutas. La palabra "anclar" tiene la clara connotación de que los puntos de partida de la escala de castigo pueden ser anclados como un barco en el puerto.

¿Cómo encontrar pues las magnitudes cardinales que sirvan de anclaje? A esta pregunta von Hirsch no brinda una respuesta satisfactoria.

En primer lugar, von Hirsch afirma que la justicia, o el "justo merecido", es sólo un principio restrictivo para decisiones que conciernen a las magnitudes cardinales; pero es un principio determinante para decisiones que conciernen a las magnitudes ordinales dentro de los límites de la escala. La idea de que el "justo merecido" es un principio restrictivo para los valores cardinales, significa que los puntos cardinales pueden no ser determinados con precisión cuando se toma como base la justicia. Estos puntos sólo están restringidos (y no pueden ir más allá de tal limitación) por aquello que resulta razonable en términos de proporcionalidad.

Pero ¿cómo se fijan esos límites a lo que es razonable en términos de proporcionalidad?

Sobre este particular, von Hirsch no ofrece más que pistas vagas; de hecho, puede decirse que la cuestión ha quedado bastante abierta (von Hirsch, 1986:43-4). A pesar de ciertos intentos realizados por von Hirsch para hallar el camino valiéndose de algunos ejemplos, no encontramos ningún método real que el legislador pueda usar en la práctica.

Además, el hecho de que la justicia sólo deba ser un principio restrictivo y no determinante para la fijación de las magnitudes cardinales implica —como lo admite abiertamente von Hirsch—, que existen otras consideraciones que también afectan la elección de magnitudes.

¿Qué consideraciones? Principalmente una: recursos para cárceles, disponibilidad de espacio carcelario. Según von Hirsch, deberíamos ser capaces de tener simultáneamente en cuenta tales recursos junto con los "juicios normativos sobre la proporcionalidad cardinal" (von Hirsch, 1986:96; ver también 100-101).

La clave está en fijar primero, tentativamente, las magnitudes cardinales sobre la base de la disponibilidad de espacio en la cárcel. Vale decir, entonces, que habría que examinar si esta "línea, fijada provisionalmente, es coherente con las restricciones de proporcionalidad cardinales" (von Hirsch, 1986:96).

La existencia de poco espacio carcelario que cumpla con estándares de aceptabilidad redundaría en que, en algunos casos, no se penalice delitos graves con encarcelamiento. A la luz de estas consideraciones se desprendería la necesidad de aumentar el espacio carcelario. En otros casos, en los que existen grandes instalaciones carcelarias de modo que hasta las infracciones más pequeñas son castigadas con prisión, la cárcel debería ser reducida del mismo modo.

Sin embargo, confiar de esa manera en el espacio carcelario como criterio adicional equivale a introducir una norma –espacio carcelario– determinado por la historia económica y política de un país o estado (von Hirsch habla de estados en EE.UU.). Pero esto resulta muy insatisfactorio como punto de partida a la hora de fijar los pilares de anclaje básicos –absolutos, cardinales– para una escala de castigo.

En efecto, si se tomase como punto de partida el espacio carcelario en Italia, Alemania o Noruega, se arribaría a puntos de anclaje absolutos cardinales muy distintos de los de EE.UU., de manera que tales puntos tendrían en realidad muy poco de absolutos, de cardinales o de anclaje.

Pero existe además un aspecto muy importante: al agregar “juicios normativos sobre las restricciones cardinales”, o una ubicación más precisa de las magnitudes cardinales “coherentes con las restricciones de proporcionalidad cardinal”, von Hirsch sencillamente está motivando el planteo de la cuestión que nos ocupa: estas restricciones de proporcionalidad son exactamente lo que se debe determinar; son las magnitudes cardinales que estamos buscando. Así pues, en realidad nos quedamos con las manos vacías.

Seguramente von Hirsch tendría conciencia de estos problemas. De hecho, manifiesta la siguiente reserva en relación con la cuestión de las magnitudes cardinales: “Es verdad; no existe una única solución correcta para el anclaje de la escala penal” (von Hirsch, 1986:100). Sin embargo, él piensa que consideraciones de esta índole hacen que el procedimiento sea “racional en el sentido de ser coherente y estar sustentado por razones basadas en una concepción general de castigo merecido” (von Hirsch, 1986:101).

Ahora bien, la evaluación de los límites impuestos a lo que es proporcionalmente razonable (y que las magnitudes cardinales no pueden sobrepasar) sigue siendo muy problemática y no se le ha dado aún respuesta. Por otra parte, los criterios complementarios mencionados con anterioridad son muy problemáticos. Por todo ello, estas consideraciones hacen que el proceso *parezca* racional.

El procedimiento sugerido oculta la realidad. En definitiva, los problemas de la visión privilegiada y la relatividad conservan su vigencia.

El contenido del encarcelamiento

En cuarto lugar, tal como se mencionara anteriormente, la ideología de la justicia da la impresión general de que las dos partes en la operación de equilibrio entre delito y castigo –el dolor del delito y el dolor del castigo–, son entidades comparables.

Las dificultades asociadas con esta premisa y con el establecimiento de una justicia proporcionada en general, se agudizan al examinar con mayor detenimiento el verdadero contenido del encarcelamiento.

Los padecimientos del encarcelamiento. Curiosamente, los criminólogos de hoy pasan por alto los padecimientos del encarcelamiento en la gran cantidad de estudios sobre inhabilitación, daño y culpabilidad, magnitudes cardinales y ordinales, etcétera.

No obstante, la descripción y análisis de los padecimientos del encarcelamiento tienen una tradición en la criminología y la sociología.

Gresham Sykes brindó hace más de treinta años una de las primeras descripciones –todavía hoy una de las mejores– en su libro *The Society of Captives* (La sociedad de los cautivos, 1958). Hay razones para volver sobre este trabajo y tenerlo en cuenta (ver también Christie, 1981; Foucault, 1977).

Sykes utiliza la palabra "padecimiento" para evitar la tendencia a considerar el sufrimiento como algo perteneciente al pasado y limitado sólo a lo corporal.

El primer padecimiento que enfoca Sykes es el de la privación misma de la libertad. "De todos los estados dolorosos impuestos a los internos de la prisión del Estado de Nueva Jersey, ninguno es más obvio que la pérdida de la libertad" (Sykes, 1958:68).

Una cosa es el hecho de que los movimientos de una persona estén restringidos. Pero mucho más grave es el hecho de que el interno se vea aislado de su familia, parientes y amigos. Cuando el interno está afuera no siempre hace uso de la libertad de iniciar y cultivar esas relaciones. Pero la libertad de hacerlo *existe*: ese es el punto principal. Su ausencia "es dolorosamente privativa o frustrante en términos de relaciones afectivas perdidas, de soledad y tedio" (1958:65).

Peor aún, el confinamiento representa un "rechazo moral deliberado del criminal por parte de la comunidad libre" (1958:65). Tal rechazo se convierte en una amenaza constante a la concepción que el interno tiene de sí mismo. Podríamos agregar aquí que la privación de la libertad constituye un sistema "a manera de cebolla", vale decir, que presenta mecanismos de aislamiento dentro de la prisión, y aislamiento dentro del aislamiento de la prisión.

El segundo padecimiento que trata Sykes es el de la privación de bienes y servicios. Por lo general en la cárcel se satisface las necesidades materiales mínimas. "Pero un estándar de vida construido en términos de tantas calorías por día, tantas horas de recreación, tantos metros cúbicos de espacio por individuo, etc., no satisface en realidad la cuestión central" (1958:68).

En la cultura occidental moderna, las posesiones materiales constituyen un aspecto tan esencial de la concepción que el individuo tiene de sí mismo "que ser despojado de ellas es ser atacado en los estratos más profundos de la personalidad" (1958:69).

Es verdad que la pobreza material experimentada dentro no es siempre mayor que la pobreza que el interno experi-

menta cuando está inserto en la sociedad exterior. Pero la *privación* sistemática de bienes y servicios adentro constituye un ataque sistemático y una gran amenaza a la concepción que tiene el individuo de sí mismo.

El tercer padecimiento es la privación de relaciones heterosexuales. Obviamente, este problema constituye mucho más que un problema fisiológico: "los problemas psicológicos creados por la falta de relaciones heterosexuales pueden ser mucho más graves" (1958:71).

Se cuestiona la condición de hombre -o mujer-. Básicamente, se aísla al interno de personas del sexo opuesto, vale decir, se lo priva de aquella polaridad que da mucho de su sentido al mundo del sexo propio. Dado que en parte buscamos nuestra identidad en la imagen de nosotros mismos reflejada en los ojos de los otros -el "estante espejo" de Cooley-, pesa entonces sobre la imagen propia que tiene el prisionero una amenaza vaga pero seria (1958:72).

En cuarto lugar, existe la privación de autonomía. El prisionero es privado de autonomía al estar "sometido a un amplio corpus de normas y prescripciones destinadas a controlar su conducta hasta el mínimo detalle" (1958:73).

Ciertamente, en varios ámbitos de la vida se nos niega la autodeterminación; pero las normas impuestas por personal burocrático se experimentan de manera distinta de aquellas impuestas por la costumbre. La pérdida de la autonomía es total y es impuesta, y por estas razones es menos soportable. Nuevamente se torna central el tema de la concepción que de sí mismo tiene el individuo: las normas minuciosas y a menudo inexplicables "que emanan del personal burocrático implican una tremenda amenaza a la imagen que el prisionero tiene de sí mismo, porque lo reducen al estado de debilidad, indefensión y dependencia propio de la niñez" (1958:75).

En quinto lugar, existe la privación de seguridad. Al "individuo preso se lo expone a una prolongada intimidad con hombres que, en muchos casos, tienen una larga historia de conducta violenta, agresiva" (1958:77). Es una situación que provoca ansiedad, incluso para el curtido reincidente. Al menos en Noruega, la ansiedad se refleja en el hecho de que una

cantidad de prisioneros desean expresamente vivir en celdas de aislamiento. El aislamiento, entonces, parece ser el mal menor.

Además, existe la ansiedad generada por la convivencia con el personal carcelario: patrullas de búsqueda, requisas e interrogatorios repentinos por parte de la policía de narcóticos, etcétera.

"El encarcelamiento, entonces, es doloroso" concluye Sykes (1958:78). A menudo, los textos de criminología de hoy enumeran estos padecimientos del encarcelamiento considerándolos –en el mejor de los casos– como simples datos comunes y de dominio público. Al considerarlos pues de dominio público, frecuentemente la criminología los deja al margen de su foco de interés.

Esta es la razón por la cual nos hemos ocupado de ellos con mayor detalle. Ciertamente existen variaciones entre las cárceles de los distintos países y entre las mismas cárceles; no obstante tales privaciones básicas y generales subsisten en ellas en menor o mayor medida.

A la lista de padecimientos se agrega el *poder* con el cual la prisión maneja la vida de los presos. La cárcel controla un amplio espectro de beneficios y cargas tanto formales como informales. En la vida de los presos tales beneficios y cargas son importantes y a veces se tornan vitales (resulta curioso que Gresham Sykes los haya desechado arguyendo su escasa importancia).

Visto desde afuera, se podría pensar que los beneficios y cargas controlados por la prisión *no son tan importantes*. Visto desde afuera, la diferencia entre una celda de aislamiento y una celda común puede parecer pequeña; como también puede parecer exigua la diferencia entre seis y ocho coronas al día como dinero de bolsillo.

Sea como fuere, la celda es estrecha y el dinero de bolsillo, escaso. Sin embargo, visto desde adentro, las cosas se ven distintas. Visto desde adentro, las diferencias que parecen pequeñas desde afuera son, por lo general, sobredimensionadas o amplificadas, asignándoseles, en parte, una importancia vital.

La amplificación que genera la visión desde adentro de las diferencias que parecen insignificantes al ser contempladas desde afuera, ha sido enfatizada en muchos estudios carcelarios hechos, en parte, sobre cárceles pequeñas y relativamente abiertas (Mathiesen, 1965a) y, en parte, sobre cárceles más grandes y cerradas (Kristofersen, 1986).

Kristofersen, un antropólogo social noruego que trabajó como guardia en la cárcel del distrito de Oslo, ha dado a su disertación el significativo título de *The Tyranny of Trifles* (La tiranía de las futilidades). Las amplificaciones desde adentro se van generando a medida que el contexto de la cárcel se va convirtiendo en el marco de referencia comparativo del preso.

Mientras los prisioneros logren mantener la comunidad exterior como marco de referencia, también podrán conservar la visión que tiene el exterior de las diferencias existentes adentro. En la medida en que no consigan hacerlo, sino que tomen la prisión como marco de referencia, también adoptarán la visión de adentro. Este es el proceso normal, al menos en las cárceles de tiempo prolongado (Mathiesen, 1965a:76-80). De ahí que la diferencia entre seis y ocho coronas sí cobre importancia.

A esto se agrega el hecho de que la cárcel controla los beneficios y las cargas que los observadores externos deberían ser capaces de interpretar como significativas. La correspondencia sometida o no a censura; los permisos autorizados o denegados; la libertad bajo caución juratoria o la prisión continua, etc., son todos beneficios y cargas vitales, controlados por la cárcel o por autoridades superiores. Esto no significa que desde el punto de vista del personal funcionen como premios y castigos efectivos; en realidad el objetivo del personal es tener "a raya" a los presos (razón por la cual Sykes, desde el punto de vista del poder, los descarta). En cambio a ojos del preso, cuyos objetivos son diferentes, ciertamente el control del personal sobre ellos implica poder (Mathiesen, 1965a; ver también Goffman, 1961).

Es importante advertir que el sistema de toma de decisiones de la cárcel es, en gran medida, discrecional. Una buena parte de las normas por las cuales debe regirse la cárcel es elástica (en terminología noruega informal se las llama "de banda elástica").

Es por esta razón, en parte, que los presos carecen de recursos legales efectivos para controlar y limitar la toma de decisión de la cárcel. *En otro pasaje he caracterizado el poder de la prisión como patriarcal*: en el contexto de las posibilidades discrecionales, dicho poder pertenece al mismo tipo básico del poder existente en una estructura feudal y detentado por los señores feudales.

Dicho en otros términos, dentro de la estructura de la burocracia moderna de sustento legal, las herencias decisivas del pasado conservan su vigencia (Mathiesen, 1965a, capítulo 6).

Habida cuenta de los importantes y a menudo vitales beneficios y cargas controlados por la cárcel, la estructura discrecional y patriarcal de toma de decisiones de ésta, implica, a los ojos de los internos, un enorme potencial de poder.

La justicia y el contenido del encarcelamiento. En esta sección hemos tratado algunos de los padecimientos que trae aparejado el encarcelamiento y, como implicancia de ello, el poder y su puesta en práctica. La suma de éstos hace que la cárcel se vuelva padecimiento plasmado en un sistema.

Nos planteamos la siguiente pregunta: ¿Cómo “compensar” tal padecimiento en la operación de equilibrio de la justicia proporcional?

El punto es que no es factible la “compensación” de un conjunto de padecimientos por medio de otros. Ciertamente puede decirse que el delito expone a otros al padecimiento. Es posible afirmarlo así cuando las víctimas son individuos, y especialmente en el caso de aquella minoría víctima de delitos violentos.

Como ya hemos visto, aquellos que acaban en la cárcel por tales actos son expuestos también al padecimiento. Las dos “versiones” del padecimiento son, sin embargo, *entidades no mensurables. Por lo tanto, no es posible “compensar” una con la otra, como si estuviésemos manipulando un par de platillos de balanza, con el trasfondo de una construcción de valores de castigo, escalas de castigo y una proporcionalidad final o equilibrio.*

Por una parte, se roba un auto, se ingresa a una casa con intención de robo, quizás se ha producido un robo. Las personas han sido privadas de bienes y, en algunos casos, de su integridad y salud. Por otra parte, si se encarcela a la persona que ha cometido tal acto, se la priva entonces, sistemáticamente, de libertad, bienes y servicios, heterosexualidad, autonomía y seguridad, exponiéndola asimismo a un formidable ejercicio de poder hasta en los mínimos detalles su vida.

No estoy diciendo que sea insignificante el padecimiento sufrido por la víctima –debo confesar que en un buen número de casos creo que es así–. Tampoco estoy diciendo que los padecimientos a los que se expone al preso sean mayores que los sufridos por la víctima –si bien nuevamente debo confesar que en un buen número de casos creo que es así–. Lo que quiero decir es que los padecimientos son tan *diferentes* que no pueden ser comparados, al menos no de una manera tan precisa como para servir de sustento a los valores, escalas y proporcionalidad o equilibrio del castigo.

¿Cuánta privación de libertad, servicios médicos, autoestima y autonomía personal se necesita para equilibrar el ingreso a una casa con intención de robo o el vandalismo en una casa veraniega? En este ejemplo hipotético, las dos “versiones” del padecimiento contienen factores tan complejos y una dosis tan importante de subjetividad, que la justicia proporcional, la justicia de la balanza equilibrada, se desmorona.

¿Es defendible la cárcel en la justicia?

Hemos ido enfocando una serie de temas. Intentemos ahora conectarlos a todos entre sí.

Cuando el castigo físico fue reemplazado por la cárcel, se produjo una transformación del castigo: este se redujo a una cuestión de *tiempo que se le quita al individuo*. La premisa básica para la idea de imponer una justicia proporcional mediante la cárcel es la noción de que el valor de castigo asignado a los actos delictivos puede ser medido en términos de *tiempo que se le quita al individuo*. De tal premisa se derivan dos características.

En primer lugar, el tiempo es considerado como entidad objetiva, en el sentido de que es intersubjetivo –vale decir, cuenta de la misma manera para todos nosotros–. En nuestra sociedad hemos acordado una medida de tiempo: segundos, minutos, días y años.

En segundo lugar, el tiempo es considerado como una escala de proporción. Por lo general, los cursos de metodología operan valiéndose de cuatro niveles de escala. En primer lugar, operan en el nivel nominal, en el cual la medida sólo implica que las unidades están clasificadas como categorías mutuamente excluyentes; por ejemplo, el género. En segundo lugar, operan en el nivel ordinal, en el cual las unidades también están ordenadas por rango; por ejemplo, el *status* social. En tercer lugar, operan en el nivel intervalo, en el cual la unidad de medida también hace posible medir la distancia entre las categorías; por ejemplo, la temperatura medida según la escala Celsius. Finalmente operan, en cuarto lugar, en escalas de proporción, las cuales tienen también un punto de cero absoluto, de modo que pueda compararse la proporción entre las distintas unidades; por ejemplo, el peso, por el cual se puede decir que diez libras es el doble de cinco libras (Hellevik, 1977).

El tiempo de cárcel supone un punto de cero absoluto, como en el caso del peso. Por lo tanto, se supone que tiene sentido decir, por ejemplo, que una condena a 10 años es el doble de una condena a cinco años.

Así pues, cuando se considera el tiempo que se le quita a un preso como algo objetivo y se lo mide en el nivel de las proporciones, es posible desarrollar un sistema de proporcionalidad, una justicia en equilibrio. En este sentido, un determinado acto será castigado con tres años de prisión como retribución; otro, seis años. Del mismo modo, se ha dicho que el segundo acto duplica al primero en cuanto a gravedad y objetabilidad, y que se ha establecido un equilibrio entre crimen y castigo.

Las dos premisas básicas relativas al tiempo en prisión, sin embargo, se desmoronan.

En primer lugar, el tiempo de prisión no es objetivo ni intersubjetivo. En efecto, no existe acuerdo sobre lo que significa el tiempo en prisión. El delito está ligado a las convicciones morales y varía según éstas. La severidad del castigo está ligada y relacionada con la posición privilegiada, especialmente con la proximidad. Por lo tanto, desde el punto de vista moral, el significado del tiempo en prisión, el significado de dos meses, dos años o veinte años de cárcel, es relativo, y relativo en términos de perspectiva. Este hecho se refleja en las grandes diferencias internacionales que existen respecto de la evaluación de la importancia del tiempo en prisión. Si el tiempo en prisión fuese objetivo, varias naciones deberían converger hacia los mismos tiempos de castigo.

En cambio, sabemos ciertamente que no convergen, sino que presentan diferencias drásticas.

En segundo lugar, el tiempo, en realidad, no constituye una escala de proporción: el contenido del encarcelamiento está caracterizado por el padecimiento y por la aplicación del poder. El padecimiento y el poder no tienen un punto cero absoluto. Por lo tanto, no tiene sentido comparar y decir que tal padecimiento es dos veces más doloroso que tal otro; o que tal aplicación de poder es dos veces mayor que tal otra.

Si, tal como debería hacerse, se considera seriamente el contenido del encarcelamiento, se observará que el encierro baja descendiendo a través de la serie de niveles de la escala. Ni siquiera nos enfrentamos con una escala intervalo; a lo sumo se percibirá que el padecimiento y la aplicación de poder están ordenados en rangos de "mayor" o "menor". Es aquí también donde cautos analistas, como Andrew von Hirsch, quieren ubicar, en teoría, la justicia del castigo (ver p. 126, sobre las magnitudes ordinales). Pero en la legislación y en la práctica condenatoria reales, se presupone claramente una escala de proporción que es insostenible; y resulta imposible prever cómo discusiones como la de von Hirsch evitarán que legisladores y jueces sigan presuponiendo tal escala.

De hecho, el carácter pseudocientífico de la discusión es probable que la fomente. Más aún, ni siquiera nos enfrentamos con una escala ordinal, sino con una puramente nominal: catorce días en una celda de aislamiento son diferentes

de un permiso denegado o de la censura de correspondencia, pero no necesariamente "mejores" o "peores" que un permiso denegado o la censura.

Esta realidad se pone de manifiesto cuando pasamos de evaluar castigos como éste en términos rotundos y generales, a evaluarlos sobre el trasfondo de la información concreta concerniente a la situación de los internos.

Esa situación varía, lo que implica que el aislamiento puede ser terrible en una determinada situación, mientras que la denegación de permisos y la censura pueden serlo en otra. Vale decir que las diferencias en el contexto hacen a menudo de la escala nominal la única correcta.

Para utilizar el tiempo como castigo, legisladores y jueces pasan por alto todos esos temas, haciendo del tiempo una abstracción. De este modo se podría aseverar que el tiempo es tratado como una categoría despojada de contenido.

Los matemáticos pueden considerar el tiempo de esta manera, precisamente porque para ellos el tiempo es abstracto. En cambio cuando los legisladores y jueces hacen lo mismo, abstraen el tiempo de las realidades involucradas: variaciones en la evaluación del crimen; importancia del lugar privilegiado para evaluar la severidad del castigo; padecimiento y aplicación de poder. De todo ello se desprende la no mensurabilidad del crimen y del castigo.

Cuando los legisladores y jueces hacen esto, enmascaran la realidad, dando la impresión de que la prisión es defendible en una justicia de platillos equilibrados.

Todos estos factores mencionados apuntan en la misma dirección, demostrando que la prisión, de hecho, no es defendible en la justicia.

CAPÍTULO VI

EL FUTURO DEL ENCARCELAMIENTO

Las teorías de la prevención individual –rehabilitación, inhabilitación, disuasión individual– no son capaces de defender la cárcel. Tampoco pueden hacerlo ni la otra gran teoría de la defensa social (la de la prevención general) ni, por último, la de la justicia. La cárcel es indefendible; la cárcel es un fiasco en cuanto a sus propios propósitos.

Esto es lo que hallamos cuando *evaluamos* la cárcel con cuidado y en detalle. Inexorablemente se plantea la pregunta de qué debe hacerse entonces con la cárcel. Antes de intentar responderla, es necesario enfocar otro interrogante: ya que la cárcel es un fiasco en cuanto a sus propios propósitos, ¿por qué tenemos cárceles?

La ideología de la cárcel

En un sentido muy general, puede decirse que tenemos cárceles a pesar del fracaso de éstas, precisamente porque en nuestra sociedad existe una persistente y omnipresente *ideología de la cárcel*.

Las ideologías son sistemas de creencias que dan sentido e infunden legitimidad a la vida social. Existe una ideología de la cárcel por la cual la prisión como institución cobra significación y legitimidad. La ideología de la cárcel entraña dos componentes principales: uno de apoyo y otro de negación.

El elemento de apoyo

Hacia mediados de la década de 1970, yo sostenía que la cárcel servía a cuatro funciones ideológicas importantes en las sociedades capitalistas del estado de bienestar (Mathiesen, 1974:76-78).

Designé a la primera *función purgatoria*, considerando la cárcel como una institución en la cual alojar, controlar un porcentaje de la población improductiva de las sociedades capitalistas, y además olvidarlo convenientemente. Desde esta perspectiva, consideré la cárcel como parte de un sistema purgatorio mucho mayor, que abarcaba una amplia gama de instituciones y disposiciones institucionales.

La segunda función era la *función consuntiva de poder*. Los purgados –sostenía yo– son ubicados en una situación estructural en la que permanecen como personas improductivas no contribuyentes al sistema que los contiene. A diferencia de la dependencia que experimenta una fábrica en relación con la contribución de sus obreros –lo que a su vez da poder a estos últimos, ya que pueden retirar dicha contribución– la cárcel no depende de la contribución de sus internos.

La tercera función era la *función distractora*. Cada vez con mayor frecuencia individuos y clases con poder en la sociedad cometen actos socialmente peligrosos. Ahora bien, los que son capturados por la máquina de castigar, y especialmente los que van a parar detrás de las rejas son, en gran medida, delincuentes tradicionales de las clases trabajadoras más bajas. La aplicación de la cárcel con mano dura contra ellos –sostenía yo por entonces–, desvía nuestra atención de los peligros a los que nos exponen quienes detentan el poder.

La cuarta y última función era la *función simbólica*. Consideraba que la función simbólica estaba íntimamente ligada a la función distractora, pero con una diferencia: cuando se encarcela a los capturados por la máquina de castigar, se les pone el sambenito. El resto de nosotros, por el contrario, podemos definirnó, desde afuera, como más exentos de tales culpas, a pesar de que ciertamente, en mayor o menor medida, se nos podría también colgar un sambenito.

En dicho análisis, una noción fundamental subyacente era que, si bien existían otros tipos de instituciones y disposiciones institucionales que cumplían, también tienen tales funciones, la cárcel las combina a todas de manera única. Por lo tanto, la cárcel sobrevive, incluso en situaciones en las cuales se desecha otros tipos de instituciones.

Asimismo, estimaba que estas funciones eran ideológicas en el sentido mencionado anteriormente. En ningún otro lugar podemos apreciar con mayor claridad que las funciones ideológicas tienen soportes materiales (Mathiesen, 1980).

En términos de consecuencias observables, la cárcel ayuda físicamente a dividir la sociedad entre “productivos” e “improductivos”; instala una estructura que, ostensiblemente, coloca a los presos en una posición en la cual carecen de poder; arma una estructura que pone a los miembros de una clase en una situación que favorece el desvío de la atención que podría ponerse sobre los miembros de otra clase; y finalmente utiliza una variedad de métodos físicos –y no sólo físicos– para estigmatizar a los miembros de la clase mencionada en primer lugar. Pero las funciones en cuanto tales son ideológicas: hacen aparecer a las cárceles como significativas y legítimas.

Más de quince años después de la presentación de ese análisis, no tuve conocimiento de estudios ni datos que contradijeran fundamentalmente la importancia de las funciones aquí resumidas. Hoy agregaría una quinta función –quizás igualmente importante– a la que llamaría *función ejecutiva*: la cárcel, y el encarcelamiento, es el tipo de sanción más visible en nuestra sociedad. En otros tiempos, el castigo más observable era el corporal.

Ahora bien, nuestra sociedad ha ido más allá de esa sanción. La cárcel, sin embargo, continúa siendo igualmente visible, no en el plano individual sino como entidad institucional. En este sentido existe continuidad y cambio entre los dos tipos de sanciones.

Son similares en el sentido de que las dos “sobresalen” como signos positivos y visibles de que se hace algo. Son distintos en el sentido de que la sanción antigua se hace patente en individuos, mientras que la otra se pone de manifiesto en

el establecimiento de una estructura material que aloja grandes cantidades de personas.

En una sociedad de cambios, éstos son también continuos: la sociedad moderna, vasta y compleja, requiere soluciones colectivas. De este modo, confiando en la cárcel, construyendo más y más cárceles, sancionando leyes con condenas a prisión cada vez más prolongadas, los agentes políticos de nuestros tiempos cuentan con un recurso para demostrar que *actúan sobre el delito como categoría de conducta*, que supuestamente se está haciendo algo contra el delito y por la ley y el orden –para citar el título de un libro de reciente aparición–. Ninguna otra sanción cumple tan bien esta función.

Este análisis puede ser puesto en conexión con la discusión introductoria del capítulo 1. Allí subrayábamos que las tres etapas más importantes en el desarrollo de las cárceles podían ser consideradas como otros tantos intentos institucionales de disciplinar categorías de población molestas o amenazadoras. Tales intentos se habrían generado a partir de turbulencias en la sociedad, y de una importante crisis contemporánea de legitimidad por parte del Estado (ver pp. 11-14).

Las diversas teorías del castigo y la cárcel reseñadas hasta ahora en los capítulos precedentes son formulaciones ideológicamente aceptables y racionalizadas para expresar una necesidad de disciplina claramente detectada. Las funciones aquí introducidas explican por qué la cárcel sigue existiendo y creciendo a pesar del hecho de que no se satisfacía esa necesidad formulada muy aceptable y racionalmente.

El componente de negación

Las funciones ideológicas tratadas anteriormente constituyen un componente ideológico “de apoyo” en el sentido de que brindan a la cárcel algo positivo. La cárcel realiza algo. La ideología de la prisión también entraña lo que podemos denominar un componente de negación, es decir, un elemento mediante el cual se niega el fracaso de la cárcel.

Esta negación se da en tres importantes ámbitos públicos de la sociedad: el más amplio está representado por toda la

gama de los modernos medios de comunicación. En un segundo nivel, más restringido, se ubican las instituciones directamente comprometidas con la prevención del delito, tales como policía, tribunales, fiscales y finalmente las cárceles en sí mismas. Por último, y conformando un ámbito más restringido aún, se hallan los grupos profesionales especializados como, por ejemplo, los investigadores.

Estos tres ámbitos públicos son, al mismo tiempo, sistemas que supuestamente llevan a cabo un examen y control constantes de instituciones tales como la cárcel.

El primer ámbito puede designarse circuito de retroalimentación “externo”; el segundo, circuito de retroalimentación “interno”; y el tercero, circuito “central”. Por lo tanto, la negación del fiasco de la cárcel es particularmente grave.

En el primer ámbito público o circuito de retroalimentación se produce la negación mediante lo que llamaré “no reconocimiento”; en el segundo, mediante lo que puede llamarse “pretensión” y, en el tercero, mediante la “despreocupación”.

En el ámbito público más amplio –o circuito de retroalimentación “externo”– se produce constantemente el *no reconocimiento* del fracaso de la cárcel. En efecto, tanto en los periódicos como en la televisión y toda la gama de medios masivos de comunicación, no se reconoce a la cárcel como un fiasco, sino como método necesario –si no siempre totalmente exitoso– para alcanzar sus supuestos objetivos. Se toma la solución de la cárcel como paradigmática (ver pp. 48-51), considerándose que un incremento del índice de delitos es un signo más de la necesidad de más cárceles.

En el ámbito público más estricto o circuito “interno” (policía, tribunales y demás) existe también un importante no-reconocimiento del fracaso. Pero se lo reconoce parcialmente, tal como lo demuestran las variadas citas anteriores, procedentes de fuentes suecas de autoridad.

Son muchos los que lo saben dentro de la policía, los tribunales y las autoridades fiscales. Pero triunfa la *apariencia*: los participantes aparentan que la cárcel es un éxito, si bien, de hecho, no lo es, y ellos lo saben a medias. En este sentido la *apariencia* puede hallarse también en toda la policía, los

tribunales y demás. ¿Por qué? Porque sin ella, mucho del trabajo realizado por las personas e instituciones dentro de este ámbito, carecería de sentido y sería contraproducente.

Es importante darse cuenta de que los límites entre el ámbito más amplio y el más estricto están “perforados”, de modo que la apariencia en el circuito “interno” alimenta el patrón del no-reconocimiento en el circuito “externo”, quizás creándolo de muchas maneras, o al menos apoyándolo. Existe, en otras palabras, una importante interacción entre los dos ámbitos.

En el ámbito público más estricto o circuito de retroalimentación “central”, conformado por grupos de profesionales tales como investigadores y otros, existe probablemente el no-reconocimiento así como la apariencia. Pero para los profesionales, e incluso para los investigadores, es más difícil no reconocer el fracaso; y basándose en una muy tradicional ética profesional y de investigación resulta más difícil aparentar o simular que reina el éxito cuando, de hecho, se reconoce el fracaso.

Pero aquí impera en parte el *desentendimiento*: se pasa por alto la ineficacia de la cárcel y los profundos problemas –muy bien conocidos– que implican impartir justicia equitativa. Sencillamente no se los discute ni se los trata en el contexto del funcionamiento del sistema penal en su integridad. Y así en algunos debates la cárcel como tal es olvidada por conveniencia.

Nuevamente existe interacción entre los diversos ámbitos: el límite entre el ámbito más estricto y los otros dos está perforado, de modo que el desentendimiento en el ámbito más estricto se difunde por los otros dos. Dicho desentendimiento avala con fuerza tanto la apariencia como el no-reconocimiento. El desentendimiento de los hechos del fracaso fomenta la generación de mitos en los otros ámbitos, cuando no los crea directamente (lo cual otorgaría demasiada influencia a los investigadores).

Quiero insistir en que no se puede afirmar rotundamente que toda investigación se desentiende de la realidad. Existe, por cierto, un importante corpus de investigación crítica y abocada a la búsqueda de hechos; de no ser así, no se hubiera podido escribir este libro.

Ahora bien, debe reconocerse que los centros de recepción de información en los otros ámbitos (periodistas, jefes de policía, jueces, etc.) buscan en realidad confirmación más que información, de manera tal que el mensaje de desentendimiento se proyecte bastante *selectivamente* sobre los otros dos ámbitos, en consonancia con las convicciones y necesidades de esos ámbitos. Esto redundará en una mayor responsabilidad por parte de quienes ignoran los hechos del fracaso.

Aún cuando el no-reconocimiento en el ámbito más amplio y la apariencia en el más estricto sean probablemente nociones aceptadas racionalmente por muchos lectores de un libro como el presente, el proceso de desentendimiento en el ámbito más estrecho (especialmente en la rama de investigación de éste) requiere un análisis más minucioso. Volveremos en breve sobre dicho análisis.

¿Qué se debe hacer?

En cierto sentido, lo que debe hacerse es algo simple: el fracaso de la prisión requiere, desde lo racional, una reducción de la cárcel y una eventual abolición de ella. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, la cuestión no es obviamente tan sencilla. El problema estratégico es decisivo.

Al abordar la cuestión es esencial tener presente el carácter *ideológico* de las funciones y defensas de la cárcel. Las funciones purgatoria, consuntiva de poder, distractora, simbólica y de significación de acciones de ella la hacen aparecer como significativa y legítima. Asimismo, en todo el espectro de los ámbitos públicos o circuitos de retroalimentación, una mistificación ideológica continua envuelve aún más esta legitimidad.

Tomando esta realidad como punto de partida, seguiremos con el bosquejo de los pasos posibles, teniendo presente que este es el comienzo de un análisis y no un análisis final.

¿Desde dónde?

En primer lugar, ¿de dónde puede esperarse un ataque contra la defensa ideológica de la cárcel? Pienso en países

como Noruega, Suecia y Gran Bretaña. En un sentido amplio, desde la izquierda, la democracia social, y hacia la izquierda. ¿Por qué? Porque la izquierda, en este sentido amplio, promueve una ideología que ataca directamente la solución de la cárcel y que –tomada con seriedad– desafiaría radicalmente la presunta significación y legitimidad de ella.

Pienso en los componentes ideológicos *solidaridad* y *compensación*, comunes a los socialistas –en un amplio sentido– y a los socialdemócratas.

La solidaridad se refiere a las relaciones instrumentales –orientadas a la tarea– y expresivas –empatías afectivas– entre dos o más agentes, en un grupo o un estrato o clase social. La solidaridad también implica incluir miembros política o económicamente débiles del grupo, del rango o clase, en el sentido de que las tareas deben ser realizadas en su beneficio y debe brindárseles también apoyo afectivo.

La compensación se refiere a los mecanismos que llevan a la práctica concreta de la solidaridad. El proceso de la “acumulación” –el “principio de San Mateo” (Mt. 13:12), por el cual el rico se hace más rico y el pobre más pobre– es fundamental en la estructura social capitalista de este tiempo. La acumulación vista de esta manera puede apreciarse en diversos estratos de la sociedad. La compensación es el proceso opuesto, por el cual la debilidad es compensada de manera que el proceso de acumulación se reduzca o revierta (Aubert, 1976).

La postura de un socialista de izquierda afirmaría que la democracia social en sociedades como la noruega, sueca o británica, está fallando en cuanto a solidaridad y métodos efectivos de compensación. Un socialista de izquierda afirmaría que la efectiva solidaridad y compensación requiere cambios fundamentales en la economía y el sistema de producción de mercado capitalista, por ser este un sistema y una economía que sostienen con mucha fuerza la tendencia no solidaria e irrefrenable a la acumulación.

Pero la democracia social al menos alimenta *la ideología* de la solidaridad y la compensación, importante aquí para nuestros propósitos. Como se señaló, la ideología corre en dirección opuesta a la solución de la cárcel, desafiando su legitimidad.

Simplifiquemos por ahora los tópicos; desechemos los temas de los delitos sin víctimas, etc., y concentrémonos en el llamado delito "tradicional". Esta es una categoría un tanto vaga, pero significativa, ya que se refiere a los tipos de actos cometidos por quienes colman nuestras cárceles.

Los hechos definidos como delito tradicional implican dos partes: la víctima y el victimario. Una amplia gama de resultados de investigaciones sugiere que a pesar de que existan variaciones, las dos partes pueden ser caracterizadas en gran medida como *débiles política y socialmente*. Este es el caso de los hechos acaecidos en ciertas áreas de los barrios céntricos de ciudades de Gran Bretaña, en determinados sectores de Estocolmo, o entre los consumidores de droga del río Aker, en Oslo. En gran medida el delito tradicional es una confrontación entre débiles.

La solución de la cárcel *no* es, en primer lugar, solidaria *ni con la víctima ni con el victimario*; en segundo lugar, *no* es compensatoria *ni con la víctima ni con el victimario*.

No sorprende que carezca de relaciones de solidaridad y compensación para con el victimario, a quien se considera lisa y llanamente la parte culpable, sometiéndoselo a un dolor previsto. Lo que más sorprende, o al menos resulta más contrario a la teoría, es la falta de solidaridad y de voluntad compensatoria para con la víctima. Se habla mucho de la víctima, pero se hace poco, y la cárcel como tal no le brinda nada.

Así ocurre en lo que concierne a las víctimas. Pero también en lo que concierne a las víctimas potenciales; precisamente debido a que la cárcel no rehabilita ni disuade ni inhabilita. Vale decir, entonces, que la cárcel es, en ambas direcciones, un arreglo fundamentalmente no solidario y no compensatorio, en total contradicción con los dogmas socialistas y socialdemocráticos básicos.

Por otra parte, la ideología política conservadora –que coloca un acento particular más en la iniciativa individual que en la solidaridad y más en la regulación por las fuerzas de mercado que por la compensación– no sólo no está reñida con la solución de la cárcel sino que, en realidad, está de acuerdo con ella.

Por lo tanto, sólo la izquierda alienta una ideología que se opone a la cárcel; y la lucha contra la ideología de la cárcel sólo puede comenzar entonces desde este sector.

¿De qué fuentes del saber?

En segundo lugar, ¿de qué fuentes del saber puede inspirarse la izquierda para atacar la ideología de la cárcel? En mi opinión, existen dos importantes fuentes posibles: la primera de ellas, en el contexto británico, ha sido llamada "realismo de izquierda". Pasemos a enfocarla:

¿Realismo de izquierda? El realismo de izquierda puede ser considerado como una escuela de criminología y pensamiento sobre el delito y el control del mismo desarrollado en la década de 1980.

Históricamente comenzó como una reacción contra tendencias dentro de la criminología radical, crítica y de izquierda. Consideraba, y aún lo hace, como "idealismo de izquierda" lo bueno de esa criminología, abogando por la alternativa de una orientación realista –recordemos, todavía de izquierda–.

A pesar de que el término "realismo de izquierda" sea británico, tiene paralelos en otros países europeos. Sin embargo, se trata de una escuela que parece estar más consolidada en Gran Bretaña que en otro lugar. En términos de intenciones manifiestas, el realismo de izquierda se dedica a la causa del socialismo, y por lo tanto constituye una fuente de conocimientos accesible para socialistas y socialdemócratas empeñados en atacar la cárcel como solución.

En el contexto británico, una de las primeras publicaciones importantes que anticipaba las posturas del realismo de izquierda fue *Law and Order, Arguments for Socialism* (Taylor, 1981). A este libro le siguió una serie de publicaciones durante la década de 1980, entre ellas *What is to be Done about Law and Order?* (Lea y Young, 1984); *Losing the Fight against Crime* (Kinsey et al., 1986); *Confronting Crime* (Matthews y Young, 1986), así como muchos otros trabajos (ver Taylor, 1982; Lea, 1987; Matthews, 1987; Young, 1987; Young, 1988).

Frecuentemente los argumentos más importantes para los neorrealistas se repiten en las publicaciones más importantes, y pueden ser resumidos, sin simplificarlos demasiado, en unos pocos dogmas básicos.

En primer lugar, se sostiene enérgicamente que la izquierda –incluyendo buena parte de lo que se ha dado en llamar “criminología crítica”– minimiza el problema del delito convencional cometido por miembros de la clase trabajadora (ver, por ejemplo, Lea y Young, 1984:11, 102-3; Kinsey *et al.*, 1986:59-60). También existe una opinión contraria, la de derecha, que dramatiza sin sentido crítico el índice de delitos. Por su parte, los realistas de izquierda insisten en que una criminología realista debe navegar entre estas dos corrientes.

Con todo, se presta particular atención a lo que se considera una minimización idealista de la importancia del delito por parte de la izquierda. Se sostiene que una “posición idealista de izquierda” considera el delito cometido por integrantes de la clase trabajadora más o menos como un espejismo, “pergeñado por la clase gobernante para generar pánico moral, y así distraer a la población de los problemas reales que la afligen” (Lea y Young, 1984:102-3), y asimismo como “hechos instigados por los medios masivos sin ninguna base racional” (Young, 1987:338).

Dentro de este contexto, se presta mucha atención a la cuestión de las causas del delito tradicional. Esta cuestión se afirma, entre otras cosas, en la teoría subcultural y las teorías de privación relativa (más que absoluta) (Lea y Young, 1984), y finalmente en la “deconstrucción” del delito en varios aspectos del proceso penal (Young, 1987).

Se sostiene que el dogma más fundamental de la llamada criminología realista es ser “fiel al fenómeno que se está estudiando” (Young, 1987:338), es decir, al delito; sin embargo, se recalca que el problema de la criminología es que no puede explicar el delito (Young, 1987:338).

En el contexto del tema de la etiología del delito, se sostiene asimismo que la izquierda considera erróneamente el delito tradicional, por ejemplo, entre jóvenes negros, como parte de una lucha política –colonial–. Esto también es una idealización.

zación del delito. En efecto, “aquellos” –se dice– “que se refieren a la naturaleza ‘social y política’ de la criminalidad de una minoría de jóvenes negros, tienen que demostrar todavía su aporte a la lucha por la justicia social en oposición a la desmoralización y el debilitamiento de la lucha” (Lea y Young, 1984:134).

En segundo lugar, en publicaciones importantes se sostiene enérgicamente, o se deja implícito, que la fuerza policial tiene que ser la institución central en una política criminal socialista.

Sin embargo, insisten los autores, esta debe ser una policía reorganizada, alejada del estilo de una policía de talante militar. Insisten además en una presencia policial mínima y un control democrático local, lo que redundará también en que el público se interese activamente por brindar a la policía la información necesaria para luchar contra el delito.

Se sostiene que “sólo una política socialista informada, que implique el reestructuramiento de las relaciones entre policía, comunidad local y gobierno local, logrará que nuestras ciudades lleguen a ser lugares aptos para que en ellas viva gente de la clase trabajadora” (Kinsey *et al.*, 1986:36). Además se asevera que “sólo una reorganización de la policía y sus objetivos y métodos, junto con el control democrático de las fuerzas policiales por parte del gobierno local, brindará una salida en la lucha contra el delito” (Kinsey *et al.*, 1986:56).

El acento en la policía y la insistencia en que esta institución puede cambiar de la manera sugerida, nos remite a una cierta visión del estado. “Para los idealistas de izquierda”, se dice, “el estado es instrumento directo de la clase gobernante” (Lea y Young, 1984:101). Así pues, el estado asumiría mucho más un papel constructivo.

En tercer lugar –y último en esta enumeración de puntos salientes–, se hace hincapié en “una continuidad en la criminología radical desde sus primeros días, pasando por el idealismo de izquierda y hasta el realismo” (Young, 1988:175).

Esta continuidad existe. Y ello a pesar de las fallas básicas enumeradas anteriormente en lo que se proclama como idealismo de izquierda, y a pesar también de otras fallas de dicho

idealismo: idealización de los grupos oprimidos; falta de voluntad para abordar constructivamente el positivismo sociológico; tendencia a ver el delito como mero fenómeno concomitante de mecanismos de control social; y, por último, falta de voluntad para tratar la reforma (Young, 1988:174-5).

El factor generador de continuidad parece ser el siguiente: a pesar de no haber desaparecido, las tendencias idealistas han sido desautorizadas y desechadas por el llamado realismo de izquierda, el cual incorpora elementos importantes del pasado sin abordar sus nociones extremadamente simplificadas.

Desde el punto de vista político, se afirma que el realismo de izquierda no está restringido. Esta no restricción es lo que hace posible rastrear el delito hasta llegar a aspectos particulares de la estructura social y además encarar –de ser necesario– una crítica cabal de la política y de otras facetas de la administración de justicia.

En efecto, el realismo de izquierda es sensible al hecho de que las estadísticas delictivas son, en parte, productos de las estrategias y evaluaciones que implementan y hacen las agencias de control. Asimismo adhiere a la visión de que la etiología del delito tiene además un componente subjetivo, en particular en lo que atañe a la experiencia de justicia e injusticia. Hace suya, finalmente, la actitud de advertir que tanto las causas del delito como la confección de estadísticas delictivas y la intervención exitosa en cada caso no pueden lograrse sin tener en cuenta la política y la moralidad (Young, 1988:175-6).

En suma, el realismo de izquierda parece haber asumido la tarea de desarrollar un *paradigma* realista. Este se generaría combinando un énfasis en una apreciación realista del delito –visto como problema– y el control policial contra el delito con un énfasis en las nociones históricas aportadas por la criminología crítica; nociones expurgadas de lo que se considera excesos y exageraciones no realistas (interpretación de Young, 1988). El nuevo paradigma intenta competir tanto con la criminología administrativa (del Ministerio del Interior en Gran Bretaña) como con la criminología realista de la derecha conservadora (de James Q. Wilson, ver pp. 84, 91, 99, 100). Ambas vertientes de la criminología confluyen supuestamente en

el llamado idealismo de izquierda al concentrarse en el control social más que en la etiología del delito.

¿Cómo evaluar el intento de los llamados realistas de izquierda? Se puede formular tres objeciones –o conjuntos de objeciones– importantes.

En primer lugar, mucho de lo que se dijo del llamado idealismo de izquierda es *falso o muy exagerado*.

Quizás sea cierto que alguna vez (durante el surgimiento de la criminología crítica internacional) el impacto de la conducta definida como delito tradicional fue subestimado; que el delito tradicional fue considerado meramente como parte de una lucha política; y que por último el Estado –incluyendo la policía– fue considerado instrumento directo de la clase dirigente.

Sin embargo, y en primer lugar, estas subestimaciones, opiniones y consideraciones fueron –en la medida en que se detectaron– modalidades fecundas de cambiar rotundamente las visiones tradicionales y el conocimiento convencional que se tenía sobre el delito y la policía. En su crítica, los llamados realistas de izquierda pasaron por alto la importancia histórica de las abruptas fracturas paradigmáticas. En efecto, resulta curioso constatar que algunos de ellos pasaron por alto su propio papel histórico en fracturas anteriores.

Por otra parte, en caso de haber existido tales exageraciones en un momento dado, por cierto ya han sido mitigadas. Ahora bien, los realistas de izquierda prosiguen escribiendo sin rigor documental como si el *statu quo* fuera el de 1968 y no el de fines de la década de 1980 (ver, nuevamente, Young, 1988).

Como lo ha señalado Maeve McMahon (en lo que concierne a la supuesta subestimación del delito) “el retrato de Young es más bien una caricatura” que “encubre la complejidad, diversidad y revelaciones de las criminologías críticas” (McMahon, 1988a:113).

Se debe hacer una referencia en particular a la supuesta naturaleza conspirativa de los análisis de izquierda. Supuestamente –repito– se considera el delito como un total espejismo “pergeñado por la clase gobernante para generar pánico moral” (Lea y Young, 1984:102; ver arriba).

El concepto de "pánico moral" (Cohen, 1972) ha demostrado ser muy útil para el análisis de las corrientes de opinión sobre delito y desviación. En efecto, ha sido empleado para indicar con toda precisión el proceso por el cual, bajo ciertas condiciones, intereses incluso muy divergentes (por ejemplo, dentro de una comunidad) comienzan a interactuar de manera tal que se impulsa a esos intereses a desarrollarse en una dirección particular, generando finalmente un movimiento de opinión abarcador. Todavía no he tomado conocimiento de algún análisis que, utilizando el concepto de pánico moral, considere el delito sencillamente como un espejismo generado a propósito por un grupo gobernante con el objetivo explícito de crear pánico.

Asimismo hallamos argumentos que sostienen que "el estado es el instrumento directo de la clase gobernante" (Lea y Young, 1984:101; ver arriba). Tales argumentos contradicen palmariamente los importantes y serios intentos por analizar, por ejemplo, las complejidades y divisiones dentro del estado mismo como sistema de control (ver, por ejemplo, Scraton, 1987).

En segundo lugar, mientras que esa visión tergiversada de la criminología crítica discurre por todos los planos de los dogmas del realismo de izquierda ya bosquejados, *los distintos dogmas -y su interrelación- presentan problemas específicos de fondo*. Ahora bien, estos problemas son más importantes que cualquier visión tergiversada por parte de oponentes. En pocas palabras, los así llamados realistas de izquierda sostienen que el delito en barrios céntricos sólo puede explicarse basándose en una teoría de la privación relativa combinada con la teoría subcultural.

La privación relativa se refiere al exceso de expectativas por encima de las oportunidades. Las soluciones subculturales aparecen como productos de relativa privación bajo condiciones de marginalización. Ciertamente estos conceptos y las perspectivas teóricas emanadas de ellos han sido útiles -especialmente en el ámbito de la sociología estadounidense- para explicar en parte la desviación.

Young y colaboradores acentúan un punto importante cuando sostienen que la frustración surgida de la privación relativa, puede ayudar a explicar, por ejemplo, la diferencia entre la dé-

cada de 1930 –signada por una ausencia relativa de disturbios (pero con un alto grado de politización), a pesar de los altos índices de desempleo– y el presente período (Lea y Young, 1984:218-19).

El equipo de estos últimos autores comprueba fehacientemente que el delito es endémico en el capitalismo tardío. Sin embargo la notoria insistencia en que la privación absoluta no reviste importancia a la hora de entender el delito acaba convirtiéndose en un problema. Y en ello se revela una actitud de arrogancia: en tanto y en cuanto el pobre no conozca nada mejor y no tenga nada para comparar, se supone que no habrán de surgir problemas. Así se lo puede inferir a pesar de no ser lo que los llamados neorrealistas admiten.

Y lo que es más importante aún: la insistencia en la poca importancia de la privación absoluta parece subestimar la significación sociológica que reviste semejante privación: por ejemplo, el papel de la pobreza absoluta y la falta de estructuración concreta de aspectos de la vida urbana que podrían generar conductas delictivas.

Finalmente, tal insistencia tiende a desechar con facilidad la posibilidad de que la interacción diferencial entre privación absoluta y privación relativa pueda producir resultados diferenciales. En efecto, la privación relativa bajo condiciones de carencia extrema puede producir un tipo de patrón de conducta, mientras que la privación relativa en una situación de abundancia puede dar pie a otro distinto.

En suma, los llamados realistas de izquierda critican a otros sectores de izquierda haciendo gala de una confianza simplista en la privación absoluta y en la pobreza como factor explicativo; pero ellos mismos parecen estar atrapados en una simplificación similar al insistir unilateralmente en la privación relativa.

Los llamados realistas de izquierda sostienen que el crecimiento de los índices de delito derivados de la marginalidad económica y la privación relativa, conforman un círculo vicioso que tiende hacia una política militar. Esta es la razón por la cual los realistas de izquierda reclaman responsabilidad policial y policía mínima controladas por la comunidad. Un

libro importante que detalla cómo llegar a este objetivo es el de Kinsey *et al.*, 1986.

En ninguna otra parte parece ser más adecuado el uso del término idealismo. Los autores reclaman una reorganización radical de la policía y la limitación de sus poderes, junto con un sistema policial adecuado a las necesidades públicas. Pero en lugar de diseñar una estrategia concreta para alcanzar ese objetivo, encontramos –en gran medida– un bosquejo del ideal que se tiene de ella.

Y así pues se nos dice que mediante una combinación de cambios legales, políticos y organizativos se puede lograr, por un lado, máxima iniciativa pública del accionar policial y máximo acceso a la policía y, por otro, mínima acción iniciada por la policía y mínimo uso de la coerción (Kinsey *et al.*, 1986:189). Pero los cambios legales, políticos y organizativos sugeridos quedan relegados a un plano de mera declamación de ideales. El marco legislativo de la policía mínima –nos dicen– “buscaría definir los límites de la mínima coerción necesaria”, “definir la extensión precisa de los poderes de la policía”, y “minimizar el papel del accionar iniciado por la policía, maximizando al mismo tiempo el del público” (Kinsey *et al.*, 1986:193). La minimización de la intervención de la policía en la vida pública –se argumenta– “sólo puede lograrse mediante una reestructuración fundamental de las condiciones de trabajo del funcionario uniformado” (Kinsey *et al.*, 1986:199). Para el éxito de la policía mínima es “esencial” –se añade– establecer dentro de las fuerzas policiales una práctica de lo que podríamos llamar “política genérica” (Kinsey *et al.*, 1986:201). Y se prosigue argumentando en esta línea...

La declaración de ideales puede ser muy importante en coyunturas específicas. En este mismo capítulo, más adelante, tendremos ocasión de tratar los ideales esgrimiendo el siguiente argumento: reviste suma importancia en la actualidad la restauración de los ideales en el área de la política criminal y del control de delitos. Pero la referencia a los ideales se torna muy problemática cuando se hace un análisis que procura desembozadamente soslayar ideales (y que, en realidad, también se mofa de ellos), y postula su reemplazo

por algo que pretende ser lisa y llanamente pasos operacionales para obtener un cambio organizativo.

Existe además una relación sumamente problemática entre la parte “delictiva” del argumento de los llamados realistas de izquierda y la parte “policial”. A mi entender, esta relación problemática apunta al mismo núcleo. La parte del argumento referida a los delitos ofrece un análisis de su etiología social.

En nuestro análisis hemos considerado ya brevemente algunas de las dificultades específicas, pero hagámoslas por ahora a un lado. Aquí el tema principal es que, a la hora de las soluciones, sencillamente se olvida el análisis de la etiología y la insistencia constante que se hace en un análisis de esa índole, así como la crítica a otros análisis por no insistir suficientemente sobre ese aspecto. Las soluciones residen casi exclusivamente en el control de los delitos mediante la policía.

Repito que “... sólo la reorganización de la policía y de sus objetivos y métodos... permitirá dar un paso hacia adelante en la lucha contra el delito” (Kinsey *et al.*, 1986:56; ver arriba). Se hace referencia a la etiología del delito como, por ejemplo, cuando se toca el tema de la falta de una política alternativa para la juventud marginalizada (Lea y Young, 1984:270-73). Sin embargo tales referencias no tienen particular relevancia. Lo relevante es la policía: *a pesar de todo el análisis de la causación social.*

Así, pues, el análisis se escinde: allí donde el examen de la etiología social debería llevar a soluciones sociales, lleva en cambio a más policía, y a un control social más formal. Como lo formula Maeve McMahon “El descubrimiento de la victimización a que es sometida la clase trabajadora redundante en el reclamo de una acción policial más intensa en ese medio social.” (McMahon, 1988a:119).

En tercer lugar, en todo el así llamado realismo de izquierda *prácticamente no existe ni el tratamiento del sistema de sanciones ni el de la cárcel.* Esta omisión es decisiva: implica que no se nos dice cómo tratar a aquellos que son llevados al sistema de justicia penal mediante un accionar policial más

intenso. Esta falencia nos remite a la motivación central de este libro.

El interés en la cárcel ha sido una característica de hondo arraigo en la crítica criminológica, mientras que en el llamado realismo de izquierda parece haber disminuido con el transcurso del tiempo.

En el comienzo de su libro sobre derecho, orden y argumentos en favor del socialismo, de 1981, Ian Taylor se ocupaba todavía de este tema. En efecto, gran parte del capítulo titulado "Reconstrucción de la criminología socialista", enfocaba el movimiento carcelario en Gran Bretaña y Escandinavia, centrándose en temas tales como rehabilitación, justicia y abolición (Taylor, 1981:125-46). Libros posteriores, en cambio, le han dispensado menor atención a este tópico.

En una obra capital de 1984 se trata lo que debe hacerse en relación con el derecho y el orden (Lea y Young, 1984). Pero en realidad se encuentra muy poco material sobre el tema: sólo unas pocas páginas hacia el final (Lea y Young, 1984:266-7), tituladas "Debemos tomar seriamente el control del delito". En lo concerniente al control del delito, en dichas páginas se expone que el realismo de izquierda está en desacuerdo fundamental tanto con los enfoques convencionales como con aquellos de los idealistas de izquierda. Los grupos de presión en el área del derecho y del orden que proponen penas draconianas, sólo logran empeorar las cosas, y probablemente los idealistas –se nos dice– den la espalda al problema.

Un programa de control del delito atribuible a realistas de izquierda –se arguye–, debe incluir alternativas a la cárcel que ayuden a integrar al delincuente, disuasión preventiva más que intervención mediante castigo después de consumados los hechos, y uso mínimo de la cárcel, la cual sólo debería emplearse "en circunstancias en las que exista peligro extremo para la comunidad" (Lea y Young, 1984:267).

El libro no se ocupa de las dificultades inherentes a la introducción de alternativas efectivas para la cárcel ni –dado el caso– qué significarían tales "alternativas", ni las estrategias para lograr la propuesta minimización de la cárcel ni –por

último- los lineamientos para las "circunstancias" en las cuales recurrir a ella (y en particular, nada sobre la vasta labor a la hora de abordar las dificultades de la predicción del peligro, ver más arriba pp. 89-96).

Obras ulteriores se ocupan aún menos de este tópico. En el libro de 1986 sobre la posibilidad de perder la lucha contra el delito (Kinsey *et al.*, 1986) se hacen escasas y erráticas referencias a la cárcel: una queja inicial sobre el ineficiente servicio penitenciario que registra hoy la mayor población carcelaria en la historia británica (Kinsey *et al.* 1986:2); un comentario sobre el hecho de que "condenas más severas son, en gran medida, ineficaces como factor disuasivo" (Kinsey *et al.*, 1986:57) y finalmente comentarios sobre el "repliegue" que debe hacer el estado en áreas en las cuales su efecto es perjudicial, tales como centros de detención y cárceles para condenas prolongadas (Kinsey *et al.*, 1986:205).

Estas referencias erráticas revelan nada más que una antipatía por la cárcel. En el libro sobre cómo enfrentar el delito, también de 1986 (Matthews y Young, 1986), ciertamente se tratan temas como desempleo, delito, encarcelamiento y superpoblación carcelaria (Matthews y Young, 1986:72-96), pero sus autores, Steven Box y Chris Hale, difícilmente puedan ser identificados con la escuela. A diferencia de los realistas de izquierda, quienes afirman que los negros están efectivamente cada vez más implicados en el delito callejero, Box y Hale sugieren que las condenas de jóvenes negros desempleados se han vuelto cada vez más severas.

Salvo este caso en particular, en los libros más importantes sólo se hacen breves referencias, lo cual constituye un buen ejemplo de cómo "se desentiende" del fracaso de la cárcel mencionado anteriormente. Un fracaso que también se detecta en el ámbito público más estricto de la investigación y de la ciencia (ver pp. 140-1).

El aporte que más se aparta de lo que podría ser un desentendimiento parece ser un opúsculo de Roger Matthews (Matthews, 1987), en el cual se expone que "entre los temas formulados por el realismo de izquierda pero que aún no ha tratado de manera adecuada" se encuentra, entre otros, "la cuestión del castigo" (Matthews, 1987:379). Se llama la aten-

ción sobre la presión a la que se somete al realismo radical para que éste brinde una alternativa viable. Pero también se dice que “de una u otra manera el encarcelamiento seguirá constituyendo el futuro previsible” (Matthews, 1987:393). Se dice además que la simple enumeración de los límites del encarcelamiento puede llevar a un falso sentimiento de seguridad. Se pueden hacer dos observaciones en este punto.

En primer lugar se nos dice que “lo que habitualmente se omite en las sempiternas críticas a la cárcel es un conjunto de principios racionales para la organización del castigo y un análisis sistemático de cómo tales principios podrían determinar quién va a la cárcel, con qué propósito y por cuánto tiempo” (Matthews, 1987:393).

El autor, en otras palabras, pide que se justifique el encarcelamiento y se estipulen las correspondientes condiciones. Pero lo hace sin referencia alguna al sinnúmero de dificultades que entrañan, por ejemplo, los abordajes del castigo tanto neoclásico como aquel orientado a la inhabilitación, los cuales procuran precisamente establecer esas justificaciones y condiciones (ver capítulos 4 y 5 arriba), aseverando, en la página siguiente, que el “modelo de justicia” ha introducido un sistema cada vez más injusto de castigo (Matthews, 1987:394). De ahí la confusión a la hora de reclamar principios que determinen quién irá a la cárcel, por qué y por cuánto tiempo.

En segundo lugar, y debido a que la cárcel tiene invariablemente un efecto negativo sobre los encarcelados –lo que de hecho contribuye a mantener un elevado índice de delito (Matthews, 1987:393-4)– se nos dice que es “necesario volver a ocuparse de la rehabilitación” (Matthews, 1987:394). “Existe entonces una necesidad urgente” –continúa– “de reafirmar la rehabilitación e investigar formas de encarcelamiento que ...puedan brindar formas de castigo constructivas que en definitiva ayuden a reintegrar a los delincuentes a la vida social... Tal énfasis en la rehabilitación implica no sólo diseñar formas [de] encarcelamiento más constructivas y reformadoras sino también asegurar que el encarcelamiento sea utilizado sólo cuando no se disponga de otra alternativa válida” (Matthews, 1987:394).

El autor expone este retorno a la ideología de la rehabilitación, formulado tan vagamente, contraponiéndose levemente a la amplia gama de pruebas contundentes respecto de la rehabilitación en la cárcel (ver capítulo 2 arriba). Lo hace sin tocar ni siquiera los problemas inherentes a la combinación de rehabilitación y administración prevista de dolor, ni sugerir tampoco los principios para establecer los programas de rehabilitación en cuestión.

Esta es la lucha que libra Roger Matthews contra el "imposibilismo" de los llamados realistas de izquierda.

A modo de resumen y conclusión podemos decir lo siguiente: en muchos aspectos, el así llamado neorrealismo es un mal representante de la criminología crítica. En efecto, tanto su intento por explicar el delito como su propuesta de un modelo para el accionar policial mínimo y responsable presentan graves problemas.

Existe una relación problemática, y también una cesura, entre el acento en la etiología social del delito y la acción policial concebida como *la* solución al problema del delito.

En lo que respecta a la solución de la cárcel, existe un mayor o menor grado de desentendimiento del tema o bien un acento de vaga formulación en el plano conceptual –y que no hace mucho fuera seriamente cuestionado por la investigación carcelaria– que supuestamente podría reivindicar la solución de la cárcel.

Los últimos dos puntos son los más serios. El fuerte acento colocado en el accionar policial –no obstante la innovación en las formas– impulsa al argumento hacia un renovado control formal. Tal impulso cobra una fuerza adicional mayor por el hecho de que la cárcel, en cuanto soporte y parte consecuente del sistema de justicia penal, queda intacta y/o presuntamente rejuvenecida. Es difícil no coincidir con Stanley Cohen, quien ha dicho que la escuela ha hecho una regresión "a las presunciones de la modalidad estándar del derecho penal sobre el control social" (Cohen, 1986:131).

Con mira a un abordaje adecuado de la problemática del delito, foco de atención de la escuela, ese impulso nos advierte que en caso de recorrer un camino muy tradicional, el fu-

turo que nos espera será ominoso y poco prometedor. Esta es la manera específica de cómo dicho impulso ofrece su aporte frente al fracaso de la cárcel.

¿Hay otras fuentes de conocimiento en las cuales puede inspirarse la izquierda para su ataque a la ideología de la cárcel? Existe una: la historia.

Historia Al situarnos en el contexto del presente, este se nos aparece fácilmente como inmutable y permanente.

Pero al situarnos fuera de él, observamos que se vuelve pasado; y que presente y presente anterior –pasado–, pueden diferir.

En efecto, sabemos que con el transcurso del tiempo, el presente anterior –o pasado–, puede diferir (y con frecuencia lo hace) drásticamente del presente presente. Existe continuidad en la historia; pero también cambio.

Hay abundantes pruebas de esta realidad en el área de la política penal, tanto en periodos breves como prolongados. La historia nos aporta concretamente pruebas empíricas de que los principales sistemas penales han sido *congelados* y reducidos en cuanto tamaño, y *parcial* y *totalmente* *abolidos*.

Estas cuatro posibilidades existen porque el desarrollo de los sistemas penales, y sus respectivas poblaciones, no constituye un reflejo automático de cambios externos tales como variaciones en el índice de delitos (ver pp. 8-9 arriba), sino que está determinado por elecciones políticas (dejando de lado los condicionamientos a los que éstas puedan estar sujetas, tales como estructuras y procesos en el medio).

Repasemos someramente el material que demuestra la viabilidad de las cuatro posibilidades aludidas.

En 1985, en una sesión plenaria del 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes, se presentó el concepto de *congelamiento* en la construcción de cárceles (Mathiesen, 1985). El antecedente de tal propuesta fue el crecimiento, en muchos países de las cifras carcelarias y los grandiosos proyectos de construcción.

Se recalcó la necesidad de hacer un alto y repensar la situación. La reacción entre los delegados fue reveladora: si bien la iniciativa no suscitó propuestas ni sugerencias, sí en cambio concitó un amplio interés e incluso *–inusual en el contexto de la ONU–* aplausos. Quizás el aplauso provino sobre todo de los sectores más jóvenes de las delegaciones. Sea como fuere, la propuesta directa de *congelamiento de la construcción de cárceles* fue acogida como un alivio dentro del contexto burocrático de las Naciones Unidas. Varios delegados pidieron más información, la cual pudo ser suministrada sin más ni más.

En el capítulo 1 vimos que las cifras carcelarias están aumentando también en países europeos más pequeños, tales como Suecia, Dinamarca y Noruega, y que ese aumento se produce a pesar de los esfuerzos en sentido contrario. Para los propósitos del presente capítulo resultan de cierto interés los detalles más finos de tales esfuerzos.

Repito (pp. 84-86) que en la práctica Suecia congeló su población carcelaria en 1983. Para ello introdujo, para la mayor parte de esa población del país, la libertad bajo caución juratoria a la mitad de la condena. Como ya lo expusimos (p. 86), esto sucedió sin provocar mayores problemas a la sociedad. Tal medida dio como resultado que durante varios años de la década de 1980, la población carcelaria en Suecia permaneciera por debajo de las cifras de 1982.

Hemos visto que la reforma generó un debate (p. 87) *–sustentado en bases de escasa validez–* que puede revertirse.

Debe recalcar que a comienzos de 1989 las cifras carcelarias sobrepasaban, nuevamente, las de 1982. Sin embargo este fenómeno no invalida el hecho de que en la práctica era posible instituir algo así como un congelamiento durante algunos años.

En Dinamarca se vivió una experiencia similar, si bien utilizando métodos diferentes. En 1982, Dinamarca introdujo reducciones a los castigos máximos para una serie de delitos contra la propiedad, redujo el tiempo mínimo para la libertad bajo caución juratoria y liberalizó las normas atinentes a la conducción en estado de ebriedad.

Las reducciones a los máximos en las condenas para los delitos contra la propiedad pretendían reducir en un tercio el nivel general de condena. El promedio diario total de presos, en aumento desde 1977, cayó en 1982 estabilizándose en un nuevo nivel durante el siguiente año. Sin embargo esta experiencia fue efímera: las nuevas normas sobre los grados de condena permitían un amplio margen de discreción a los cuerpos competentes, y las cifras volvieron a aumentar.

Pero es revelador el hecho de que pudiera producirse una estabilización, lo que muestra concretamente que medidas relativamente poco drásticas pueden producir una diferencia en las poblaciones carcelarias.

Los detalles de las experiencias sueca y danesa mencionadas aquí sugieren que, infundiendo más fuerza a algunas propuestas y poniendo un mayor acento en las normas mandatorias más que en las discrecionales, sería posible estabilizar ciertas poblaciones carcelarias durante un período más prolongado, o al menos estabilizarlas o controlar su crecimiento.

Ejemplos notables sugieren que es posible lograr reducciones importantes en las poblaciones carcelarias en períodos prolongados de tiempo.

En un significativo aporte titulado *Prisons and the Process of Justice*, Andrew Rutherford examina tres instancias históricas de reducciones importantes (Rutherford, 1986): Inglaterra 1908-1938, Japón 1950-1975, y los Países Bajos 1950-1975.

En efecto, durante los períodos mencionados, en esos tres países se redujeron significativamente las poblaciones carcelarias manteniéndose en un nuevo nivel bajo.

En el análisis de Rutherford surgen dos condiciones explicativas:

En primer lugar, en los tres países, "los personajes clave con poder de decisión compartían un profundo escepticismo respecto de los beneficios derivados -si los había- del encarcelamiento" (Rutherford, 1986:145). Se hace una revisión detallada de este escepticismo y cuestionamiento en los tres países.

En el caso de Inglaterra, se ofrece un curioso relato del singular papel que le cupiera a Winston Churchill.

En segundo término fueron importantes "las respuestas al delito por parte de los funcionarios intervinientes en todo el transcurso del proceso de justicia penal" (Rutherford, 1986:146).

En los Países Bajos y Japón, los tribunales no sufrieron el impacto del creciente número de delincuentes debido a las medidas tomadas por los fiscales, especialmente a la tendencia de estos últimos a desestimar cargos.

Además se suscitó una marcada intolerancia frente a la superpoblación. En Inglaterra, por otra parte, la táctica de intervenir críticamente conformó un movimiento que en la práctica condenatoria no avaló la custodia por parte de los tribunales. De este modo se involucraron distintos sectores de personal. Pero en la práctica el papel de éstos, en todo el sistema, constituyó un común denominador.

Queda abierta la pregunta de si fue importante la *combinación* del escepticismo de los funcionarios depositarios del máximo nivel de decisión y las actividades de las bases populares del sistema.

Quizás una constante reducción haya sido posible gracias a que los dos niveles actuaron en la misma dirección. El escepticismo en el nivel superior quizás redunde con bastante facilidad en reducciones o paralizaciones transitorias, mientras que una reducción sostenida requiere que los dos niveles actúen integradamente.

También existen notables ejemplos históricos de *aboliciones parciales* de los sistemas penales. En este sentido, pueden mencionarse dos ejemplos:

El primero es la abolición del trabajo forzoso en Noruega (para mayores detalles, ver Mathiesen, 1974:90-97). Como se menciona en el capítulo I, la reforma noruega de 1970 que descriminalizaba la ebriedad en público sólo tuvo un efecto transitorio en las cifras carcelarias. Pero a los fines de este capítulo, los detalles más minuciosos de los hechos reviste, nuevamente, cierto interés.

El trabajo forzoso, introducido por la llamada ley de vagancia de 1900, que criminalizaba la ebriedad en público, fue utilizado sobre todo contra los alcohólicos vagos, e implicaba que éstos podían pasar años en instituciones dentro del sistema carcelario.

La última parte de la década de 1960 se caracterizó por tendencias más bien conservadoras en la política penal. Sin embargo, en este periodo se detectó un incremento de la crítica al sistema de trabajo forzoso proveniente de grupos profesionales de la medicina, el derecho y la criminología. Se lo caracterizaba como injusto además de ineficiente. La organización noruega de presos fue bastante hábil a la hora de recoger y canalizar esta crítica, que hizo llegar hasta los cuerpos de toma de decisión y a las bases del sistema de justicia penal.

En 1970, un *Storting* (Parlamento) decidió por unanimidad abolir el sistema, una decisión que, en ese entonces, significó una importante reducción de la población carcelaria (250 de los 2.000 presos del país). Si bien posteriormente la abolición fue neutralizada en términos de cifras carcelarias totales; sin embargo, esta categoría particular de personas –alcohólicos sin hogar, especialmente empobrecidos y desamparados– *nunca volvió al sistema*; un resultado importante en el contexto actual.

El éxito relativo del ejemplo de la ley de vagancia en Noruega puso de manifiesto un aspecto importante: la abolición de esa parte del sistema exigió no sólo escepticismo frente al sistema en el nivel superior, sino, además, un amplio apoyo y una significativa presión para lograr el cambio de parte de grupos profesionales fuera del sistema. La abolición triunfó en el clima creado por la interacción entre estos tres pilares. Pero también debe advertirse que la presión para el cambio provino principalmente de los sectores profesionales. La amplia comunidad lega no estuvo tan intensamente involucrada. Más adelante volveremos sobre el punto.

Noruega es un país pequeño, con un sistema de pequeña escala. El segundo ejemplo concierne a un gran país con un gran sistema: la disolución de las escuelas de capacitación para jóvenes delincuentes en Massachusetts. La historia ha sido relatada anteriormente, y es muy conocida (Rutherford, 1974; ver también Rutherford, 1986:121).

Aprovechando un período anterior de fuerte crítica a las escuelas de capacitación o cárceles para jóvenes, un comisionado del Departamento de Servicios Juveniles –Jerome Miller– cerró las escuelas estatales en 1972 y fue capaz de lograr una reducción importante y sostenida en las poblaciones institucionales.

Examinando este caso es posible establecer algunos patrones similares a aquellos que caracterizaron la abolición de las normas sobre vagancia en Noruega: uno de ellos es la fuerte crítica previa en el ambiente. De modo semejante al caso de la vagancia, Jerome Miller contó aparentemente con un respaldo político superior y fue capaz de comunicar y canalizar su mensaje a través de los medios de comunicación masivos más importantes.

Los aspectos contextuales de la situación así como las relaciones políticas favorecieron la abolición abrupta por parte del comisionado.

Nos hemos referido al congelamiento o detención, la reducción, las aboliciones parciales. Ahora bien, ¿existen ejemplos de abolición total, en el cual sistemas penales o sancionatorios hayan sido abolidos por completo? Sí; existen. Y se lo aprecia al tomar un poco más de distancia de nuestro propio presente.

En una curiosa obra en la cual se rememoran victorias abolicionistas del pasado, el criminólogo alemán Sebastian Scheerer nos recuerda que “nunca se generó una transformación social importante sin que haya sido calificada previamente como irreal, estúpida o utópica por parte de la mayoría de los expertos, incluso pocos años antes de que lo impensable se volviera realidad” (Scheerer, 1986:7).

En este sentido, Scheerer señala la vastedad del Imperio Romano, las victorias de su ejército frente a los hunos... veinticinco años antes del derrumbe. “Y cuando –afirma este autor– en agosto del 476, se ordenara al último de los emperadores romanos de Occidente que se retirara, no se produjeron cambios drásticos en la vida cotidiana, aún cuando ese gesto significase el fin de un imperio que había perdurado por más de

un milenio y al cual se creía invencible" (Scheerer, 1986:7). ¿Quién, en su época, podía advertir este proceso?

Scheerer expone otro ejemplo, más cercano a nuestro tema: Lo mismo puede decirse –sostiene–, de la esclavitud moderna. Entre los siglos XV y XIX alrededor de 15 millones de africanos fueron traídos al Nuevo Mundo. La esclavitud se volvió un factor indispensable del comercio mundial. A comienzos de 1800, unas pocas décadas antes de la abolición formal de la esclavitud (en EE.UU. en 1865), "los abolicionistas eran aún pocos y se los consideraba tipos molestos" (Scheerer, 1986:7).

La esclavitud había logrado mantenerse muy estable casi hasta las vísperas de su colapso. ¿Quién hubiera pensado, en ese entonces, que iba a ser eliminada por completo? Las condiciones que precipitaron la abolición de la esclavitud son complejas. Probablemente no han sido desentrañadas por completo; pero sí se sabe que estuvieron muy ligadas a elecciones y decisiones políticas.

Un tercer ejemplo que debe agregarse aquí es el de la caza de brujas europea. En 1487, cuando Heinrich Institor Krämer y Jakob Spränger publicaron su importante trabajo teológico y dogmático-jurídico sobre las brujas, *Malleus Maleficarum* (o *El martillo de las brujas*), ¿quién hubiera pensado que la institución de la caza de brujas desaparecería un día como lo haría también la Inquisición?

En contraste con los casos del Imperio Romano y de la esclavitud, en el de Krämer y Spränger estamos en presencia de la primera fase del período en cuestión.

Antes de escribir su importante obra, habían encauzado todo su entusiasmo y energía en lograr que la mayor cantidad posible de brujas fuera a la hoguera. Sin embargo habían hallado gran resistencia: en parte por afirmar que era necesario ejecutar un gran número de brujas, y en parte por ponerse en tela de juicio su propia competencia como magistrados.

Los dos inquisidores tuvieron que soportar incluso que las autoridades seculares protegiesen en algunos casos a las brujas (Alver, 1971:25). Abreviando esta larga historia, en su desconcierto se dirigieron a Roma, donde residía el Papa Inocencio VIII, para quejarse. Así pues, el 5 de diciembre de 1484, Ino-

cencio publicó la bula *Summis Desiderantes Affectibus*. Esta bula se ocupaba de las brujas y daba la venia eclesial a la cacería de brujas. Afirmados en esta bula como autoridad máxima, los dos inquisidores escribieron *El martillo de las brujas*, que era esencialmente un manual sobre la caza de brujas.

El trabajo incluía una argumentación dogmática que avalaba la existencia de las brujas, con alegación de pruebas (sin olvidar una contraprueba del *Canon Episcopi* papal, de 1100, en el cual se expresaba la opinión de que los viajes nocturnos por obra de demonios y para encontrarse con ellos era fruto de la imaginación), un tratamiento minucioso de los actos de profanación cometidos por las brujas y, por último, un manual jurídico sobre la caza de brujas.

En un lapso de treinta años se hicieron catorce ediciones de este libro (la segunda incluía una reimpresión de la bula del Papa Inocencio), convirtiéndose en una obra importantísima como base teológico-jurídica para las cacerías de brujas que tendrían lugar en Europa. ¿Quién hubiera pensado, en ese entonces, que un día todo eso habría de desaparecer?

Más aún, hacia fines del período de las cacerías de brujas, la extinción de tal institución debe de haber sido difícil o imposible de imaginar para muchos, en parte porque la creencia popular en las brujas seguía siendo fuerte. En un importante trabajo, el historiador danés Gustav Henningsen describió y analizó el comienzo del fin de las cacerías de brujas en la región norte de España, a comienzos del 1600 (Henningsen, 1981; ver también Henningsen, 1984; Lea, 1906/1966, Vol. IV, Cap. IX).

En efecto, en esta región, el comienzo del fin llegó 100 años antes que en el resto de Europa. La Inquisición, establecida primero en el s. XIII como fuerza especial para combatir la herejía, y organizada en España hacia fines del s. XV, estaba en el apogeo de su poder.

Con un punto de partida en Navarra, en el norte de España, Henningsen describe la rama española de la fuerza especial como una gigantesca araña con una amplia red de servicios de inteligencia, fuerzas policiales secretas, autoridades condenatorias y arrestos, organizada en diecinueve (posteriormente

veintiún) tribunales en todo el vasto imperio español. Los tribunales integraban una red de líneas de comunicación definidas y burocráticas dependientes de la superaraña de Madrid, la *Suprema*, el Consejo de la Inquisición. El comienzo del fin sobrevino, de hecho, entre los burócratas de esta enorme organización.

Cuando los miembros del tribunal local estaban de acuerdo, la *Suprema* raras veces intervenía. Pero cuando había desacuerdo, se producía una intensa comunicación con la autoridad central. Henningsen describe en detalle cómo a comienzos del s. XVII los inquisidores liberales del norte de España, en especial cierto inquisidor Alonso de Salazar Frías, comenzaron a alimentar dudas sobre ciertos aspectos de la obsesión por las brujas y las reiteradas y furiosas cacerías.

El antecedente fue un auto de fe en Logroño, en 1610, suscripto también por Salazar, en el cual se quemaron once brujas ante 30.000 espectadores. Después del auto de fe, y por iniciativa de la *Suprema*, Salazar y sus ayudantes llevaron a cabo una importante investigación sobre las brujas vascas, entrevistando a más de 1.800 personas.

Para Salazar la cuestión de la prueba era capital, y no halló ninguna prueba de brujería. En cambio encontró que la mejor arma contra la aparición de gran cantidad de brujas era el *silencio* ("Deduzco la importancia del silencio y la reserva del hecho de que no hubo brujas ni embrujados hasta que se comenzó a hablar o escribir sobre ello"; Salazar citado en Lea, 1906/1966, Vol. IV: 234). Pero los otros miembros del tribunal local no estaban de acuerdo, y tal disidencia debía ser comunicada a la *Suprema*. Esta tenía una larga tradición de temperancia a la hora de condenar a brujas (como lo hacía, de hecho, la Inquisición italiana: las persecuciones europeas se produjeron predominantemente en áreas ubicadas fuera de la jurisdicción de la Inquisición), con una práctica de perdonar a quienes fueran sentenciados por tribunales locales a la hoguera.

De este modo, las posiciones liberales hallaron eco en la *Suprema*. Había comenzado a sembrarse la duda sobre el tema. Finalmente la *Suprema* decidió seguir la recomendación de Salazar de suspender los casos de brujería y solicitó a

este último que preparase un nuevo *corpus* de instrucciones para el abordaje de casos de brujas. Las instrucciones fueron adoptadas casi sin cambios por la Suprema en 1614.

Así pues un inquisidor liberal, avalado por instancias superiores, se convirtió en instrumento en la obra de abolir la quema de brujas y luego también su cacería. Y lo fue de una manera que recuerda el papel desempeñado por los profesionales comprometidos en la reducción y abolición de la cárcel en tiempos más modernos, mencionados anteriormente en este capítulo.

Obviamente, además de estos inquisidores existieron fuerzas sociales importantes que desempeñaron un papel decisivo a la hora de preparar el terreno para la abolición. Sin embargo no sabemos mucho sobre estas fuerzas (Henningsen, 1984:37) que trabajaron de modo distinto de las operantes hacia fines del siglo XV.

Se debería poner un énfasis mucho mayor en examinar las condiciones sociales que favorecieron tales aboliciones. Sería un valioso y nuevo elemento para nuestro acervo de conocimientos sobre cómo lograr resultados hoy en día. Sin embargo, el punto capital estriba en que elección y acción políticas fueron nuevamente parte del proceso, y que la desaparición de las cacerías de brujas (y, como lo dije, de la Inquisición misma, abolida finalmente en España en 1820), da testimonio del *realismo* presente incluso en la abolición total de importantes sistemas sancionatorios penales completos.

Pero antes de concluir esta sección cabe plantearse los siguientes interrogantes: a pesar de haberse derrumbado el Imperio Romano, ¿acaso no han emergido nuevos imperios?; a pesar de haberse eliminado la esclavitud, ¿acaso no existen la discriminación y la represión?; a pesar de no existir más las antiguas cacerías de brujas, ¿acaso no han aparecido nuevas?

Sí; es innegable que han aparecido equivalentes funcionales a patrones ya desaparecidos. A pesar de ser de escala mucho mayor, ellos suponen algo así como volver a nuevas tendencias de encarcelamiento –quizás de otros grupos–, tal como lo vimos en los ejemplos más acotados de congelamiento, reducción y

abolición parcial. Sin embargo, debe llamarse la atención sobre tres puntos:

En primer lugar, existen grados de diferencia entre la antigua y la nueva caza de brujas. En efecto, existe cierta diferencia entre ser quemado en la hoguera en la Europa del s. XVI y ser perseguido políticamente por simpatizar con la izquierda en la Europa de 1980.

En nuestro tiempo estos grados distintos quizás no constituyan una parte importante de nuestra fenomenología. Pero al tomar un poco de distancia, advertimos su significación. No se pretende postular esta teoría como una teoría que apunta a introducir mejoras en una única dirección. Porque la Europa de mediados del s. XX nos advierte lo problemática de una teoría de esa naturaleza. Sin embargo esta teoría toma en cuenta la importancia de tales grados de diferencia.

En segundo lugar, en lo atinente al desarrollo de patrones equivalentes a otros abolidos, yo sugeriría que ello es parte del proceso histórico y por lo tanto de la lucha política considerada como actividad incesante. Ciertamente, la contienda política consiste en trabajar duramente procurando la victoria y el cambio, pero no preocupándose de la finalidad. La victoria y el cambio (posteriormente mitigado o neutralizado) no invitan a la desesperación sino a librar nuevas luchas políticas en un nuevo plano.

En tercer lugar, quizás pueda hacerse algo más para evitar el regreso a condiciones de tiempos pasados. Posiblemente esta sea también, de hecho, una de las lecciones de la historia. Más tarde volveremos sobre el punto.

¿Mediante qué pasos?

Basándonos en la historia como fuente importante de conocimiento e inspiración para la búsqueda de otro rumbo viable, nos preguntamos finalmente: ¿qué pasos concretos dar para lograr un curso diferente de acción?

De algún modo quizás tales pasos dependan del rumbo en particular que se tome. En efecto, Andrew Rutherford probablemente esté en lo cierto al decir que una política de congela-

miento o detención no es una alternativa viable a largo plazo en sistemas expansivos de cárcel, sino que constituye más bien un alivio en el corto plazo para las presiones de la población carcelaria (Rutherford, 1986:172). Esto estaría además en consonancia con la prueba sobre la expansión de la cárcel presentada en el capítulo I. Y es en parte por esta razón que el rumbo elegido debería ser más radical.

En 1986 Rutherford propuso alcanzar para 1990 una reducción del 50% de la población carcelaria inglesa. Los tres ejemplos de disminución de la cárcel que analizara Rutherford (ver arriba) lograron la reducción esperada, al punto de alcanzar una disminución de la cantidad de presos ingleses por cada 100.000 habitantes a un nivel de 35 (Rutherford, 1986:174).

Este es un objetivo muy práctico dadas las grandes variaciones existentes entre los distintos países europeos en términos de números de presos per cápita (varios países llegan a tener 50 presos por 100.000 habitantes).

Recientemente he fijado como objetivo algo que se acerca a una total abolición del sistema carcelario noruego para el 2010; precisamente el año en que nuestros vecinos suecos habrán de cerrar su última usina de energía nuclear (Mathiesen, 1987).

Al considerar las fuerzas opositoras este objetivo aparece como menos práctico; sin embargo es, en principio, alcanzable. De cualquier modo, en países como Gran Bretaña, Noruega y Suecia, el fin de los socialistas y de los socialdemócratas podría ser muy bien *una reducción de dos tercios de la población carcelaria* en los próximos años. Los pasos por los cuales se alcanzará este objetivo pueden discutirse en dos planos: el legislativo y el que podría llamarse "preparación política". La preparación política incluye los temas más complejos y requerirá nuestra mayor atención.

Plano legislativo. La legislación concreta dependerá del país respectivo y de su contexto legal y penal. Ahora bien, existen dos caminos legislativos esenciales y complementarios: *ampliar el espectro de los delitos no encarcelables* y, en segundo lugar,

circunscribir el objetivo del derecho penal. De este modo se brindaría una solución y remedio más bien civil que criminal.

Al primer camino se lo llama con frecuencia "despenalización" y, al segundo, "descriminalización". Rutherford ha llamado la atención sobre el primero (Rutherford, 1986:182-3), mientras que el criminólogo holandés Louk Hulsman acentúa muy decididamente el segundo (Hulsman, 1986; ver también Rutherford, 1986:183-4).

Otros importantes métodos complementarios de estas importantes vías legislativas serían, asimismo, medidas legales tales como disminución de condenas máximas, aumento de medidas de libertad anticipada, y un estricto programa de cierre de cárceles. Este programa de cierre sería de crucial importancia para evitar el regreso a políticas carcelarias anteriores.

Debe tenerse en cuenta un peligro particularmente grave: la proclividad de la legislación a generar consecuencias no deseadas. En efecto, existen abundantes pruebas que sugieren que la introducción de las llamadas "alternativas a la cárcel" pueden, de hecho, tener un efecto de "ampliación de red": más que sacar a muchas personas de las cárceles, pueden conducir a nuevas personas hacia un sistema de control más amplio (Pease *et al.*, 1977; Blomberg, 1977, 1978, 1980; Klein, 1979; Chan y Ericson, 1981; Dittenhoffer y Ericson, 1983; Chan y Zdenskowski, 1985; para discusiones teóricas, ver Cohen, 1979, 1985).

El proceso es casi inevitable y una nueva evaluación de datos canadienses —entre otros— sugiere mitigar la conclusión general (McMahon, 1988b). Pero hay que tener siempre en cuenta el peligro que se corre. Dicho proceso sugiere además que el ataque a las cárceles debe realizarse *antes* y no tanto después de presentar las alternativas. Las alternativas a la cárcel deben estar *precedidas* por la despenalización y/o descriminalización.

Como lo ha señalado Rutherford, esto revoluciona los conocimientos convencionales sobre las sanciones alternativas de las cuales se opina "que cuando se las implemente se ocurrirá menos a la custodia" (Rutherford, 1986:168).

Puede advertirse que, en las dos principales aboliciones parciales mencionadas anteriormente en este libro (la abolición del sistema de trabajo forzado en Noruega y de las escuelas de capacitación en Massachusetts), se siguió explícitamente esta “estrategia de objetivo profundo”, que ataca ante todo la solución carcelaria. Pruebas indirectas sugieren que las otras aboliciones importantes en la historia han seguido un curso similar (Henningsen, 1981).

Preparación política. La preparación política abarca la preparación social y política de la comunidad en general o sociedad para el cambio en cuestión. Cuanto más radical sea el cambio propuesto, tanto más decisiva la preparación política. Sin ella, la legislación necesaria se agotará en buenas intenciones de azaroso cumplimiento o bien de mero cumplimiento que no genera un cambio duradero.

Se observa una falta de continuidad en el largo plazo de tales reducciones o aboliciones importantes del pasado. Ello se explica en parte por la falta de preparación política del contexto social más amplio. Como vimos, muchas de ellas (incluso la abolición de la cacería de brujas en España) fueron promovidas “desde arriba” por profesionales y grupos profesionales claves, sin que se intentase una importante y sistemática preparación de la comunidad.

La preparación política implica el planteo preparatorio del tema en la comunidad. Un planteo que trascienda dichos grupos profesionales ya iniciados en esta problemática. Esto puede realizarse, en parte, mediante la preparación de la actitud y además (lo que es más significativo) introduciendo medidas que satisfagan mejor las necesidades relevantes de la comunidad.

Cuando se debate la preparación política, imagino un gobierno socialista/socialdemócrata en el poder que dispone de los considerables recursos necesarios para el trabajo preparatorio. Esta no es la situación de Gran Bretaña al momento de escribirse el presente libro, pero sí la de Suecia y también lo ha sido recientemente en Noruega, siendo obviamente una opción posible en el futuro británico.

A la luz de la situación política actual y del desarrollo de la socialdemocracia –al menos en Suecia y Noruega–, el lector quizás piense que estoy exigiendo mucho de un gobierno de ese tipo. Pero debemos exigir un poco; tenemos derecho de hacerlo.

La preparación política debe remontarse a la *ideología de la cárcel* y a la *ideología socialista* (tratadas ya en su calidad de marcos ideológicos básicos y conflictivos en la primera parte de este capítulo) y ser consciente de todo lo que ellas entrañan.

En suma, se debe *contrarrestar* la ideología de la cárcel, mientras que la socialista ha de *construirse*.

La ideología de la cárcel contiene –como ya se dijo–, un elemento de apoyo que se traduce en una serie de funciones ideológicas que la cárcel cumple, y un elemento de negación que se pone de manifiesto en una serie de negaciones del fracaso de la cárcel en varios ámbitos públicos.

Los dos elementos principales de la doctrina apuntan a la necesidad de implementar dos tipos de trabajo para *contrarrestar* la ideología: “trabajo contra-funcional” y “trabajo contra-negación”.

En primer lugar, unas palabras acerca del *trabajo contra-funcional*. Las funciones purgatoria, consuntiva de poder, distractora y, por último, la simbólica y significativa de la acción, son todas funciones del ámbito público; y ello se desprende de la índole ideológica de las funciones.

Asimismo constituyen, en cierto sentido, una serie de *manejos de imagen*. En efecto, sin esas funciones, aquellos a quienes desearíamos ver en un proceso de purgación serían visibles para nosotros; harían más ruido; no permitirían que nos distrayésemos tan fácilmente de los peligros reales que nos acechan en la sociedad; no seríamos tan proclives a vernos impecables; no nos sentiríamos falsamente aliviados por saber que presuntamente se está haciendo algo contra el delito.

El trabajo contra-funcional implicaría una asignación masiva de recursos a campañas de información y de formación de actitud respecto de la existencia de estas funciones no autorizadas y de ponerlas en tela de juicio: dudar de la segre-

gación de personas a las cuales se coloca en condiciones que sólo aumentan la propensión al delito; dudar del silenciamiento al que se las condena; dudar de la opinión que las considera el mayor peligro; dudar de la actitud de creernos impecables y sentirnos falsamente aliviados porque se está haciendo algo.

¿Resulta fácil de comunicar todo esto? Obviamente, no. La investigación en el área de la comunicación nos dice que la comunicación de los medios masivos –que tendría que ser muy utilizada– es más eficiente cuando se trata de confirmar las actitudes ya existentes que a la hora de cambiarlas (Kappler, 1960; Mathiesen, 1986).

Sabemos también que las actitudes *pueden* ser cambiadas. Esta posibilidad es viable cuando los medios de comunicación son complementados intensamente por las comunicaciones interpersonales: en el lugar de trabajo, en el lugar donde se vive, en las escuelas, etc. Debería asimismo convocarse a los sindicatos, parte integrante de la causa socialista y la socialdemócrata y constructores de la ideología. En efecto, tendrían que invertirse importantes recursos en la comunicación en este nivel.

Vital para el esfuerzo de comunicación es la tarea de *hacer que los presos sean visibles a nuestros ojos*. Como se mencionó antes en este libro (pp. 121-5), la cercanía crea molestias pero fomenta la comprensión. Es la invisibilidad del preso lo que hace posible mantener las funciones ideológicas de la cárcel. De ahí que la visibilidad del preso sea el talón de Aquiles de tales funciones.

El *trabajo de contra-negación* significa a la vez una labor en el ámbito público. Por él se busca contrarrestar efectivamente la gama de mecanismos de negación: el no reconocimiento, la apariencia y el desentendimiento respecto del fracaso de la cárcel.

Las campañas de información y de formación de actitudes sugeridas más arriba tendrían que incluir también esta labor. El trabajo de contra-negación debería contener además dos componentes principales.

En primer lugar, sería necesario denunciar *la negación* y hacer públicos sus mecanismos. Esta denuncia podría ser dolorosa para aquellos que participan activamente en el no reconocimiento, la apariencia y (quizás especialmente) en el desentendimiento frente al fracaso de la cárcel. En este sentido habría que estar preparado para el conflicto político.

En segundo lugar, y paralelamente, sería vital denunciar el *real fracaso* de la cárcel. Ya se ha hecho algo al respecto. Al menos en los países escandinavos se ha efectuado una denuncia concreta del fracaso de la rehabilitación de la cárcel. Ciertamente resultan menos conocidos los profundos problemas y fracasos en el campo de la prevención general, la inhabilitación y la justicia.

Precisamente en estos temas cobra particular importancia la *negación* en sus varias formas. La denuncia debería efectuarse en la amplia variedad de contextos de comunicación ya mencionados. Por otra parte se debería asignar abundantes recursos para el éxito de este emprendimiento.

No sólo habría que integrar el trabajo contra-funcional y el trabajo contra-negación, sino fusionarlos, a su vez, con el segundo elemento importante de la preparación de la política: la construcción de la ideología socialista en esta área.

Como ya dijimos, la ideología socialista abarca, *grosso modo*, dos componentes principales: la solidaridad y la compensación. Esta última se refiere a los métodos para practicar la solidaridad.

Vital importancia reviste la construcción de la solidaridad mediante la compensación. En efecto, al contrarrestar la ideología de la cárcel a través del trabajo contra-funcional y del trabajo contra-negación, estamos negando la cárcel, le estamos diciendo "no". Es poco probable que la negación tenga éxito por sí misma. En cambio, complementada por la construcción de la solidaridad y la compensación, tiene una mayor posibilidad de éxito, precisamente porque —en marcado contraste con la solución de la cárcel— brindará algo importante a las partes principales del conflicto, vale decir, tanto a la víctima como al victimario.

Las dos partes necesitan imperiosamente de solidaridad y compensación, ya que, desde el punto de vista político y social, las dos son –como lo hemos visto– débiles. De aquí se desprenden dos tipos extensivos de trabajo: uno con la “víctima” y otro con el “delincuente”.

El *trabajo con la víctima* puede centrarse en las víctimas “actuales” y en las “potenciales”, vale decir, trabajar con ambas.

En los países escandinavos surgieron iniciativas que proponían la asignación de más recursos para asistir a las víctimas individuales, especialmente en la forma de compensación económica para ciertos tipos de delitos. Pero tales iniciativas avanzaron muy lentamente y en pequeña escala. Se pueden prever tres tipos principales de compensación solidaria para las víctimas actuales.

En primer lugar, una compensación material automática y total. Automática, en el sentido de que debe ser efectuada inmediatamente; y total, en el sentido de que debe ser utilizada por entero y en toda la gama de delitos.

En vista de la pobreza de los delincuentes, una compensación de ese tipo tendría que ser deber del estado. Resulta admirable que estados socialdemocráticos avanzados como Noruega y Suecia introdujeran el seguro automático desde no hace mucho tiempo. Ahora bien, este seguro contra el delito rige desde el nacimiento del beneficiario, pero la cuestión de la aseguración en sí misma ha quedado librada a la iniciativa privada del individuo. Poco dinero, como parte del paquete impositivo, sería suficiente para cubrir los costos.

Además se necesita una compensación simbólica: nuevos ritos de tristeza y dolor, recursos para elaborar o sobreponerse a lo sucedido, nuevas formas de suministrar lo que puede llamarse una “compensación de *status*”, vale decir, una compensación por la dignidad perdida.

Por último, se requiere establecimientos que configuren una red de contención social para las víctimas. Estos pueden ser, por ejemplo, refugios materiales, quizás diseñados según el modelo de los centros de emergencia para mujeres en los países escandinavos.

Muchas de las víctimas se contentarán con la compensación económica; otras querrán mucha compensación social y, además, un apoyo social en alguna de las formas sugeridas aquí.

Hasta ahora los socialistas y los socialdemócratas han hecho gala de poca creatividad a la hora de desarrollar la solidaridad compensatoria en estos aspectos.

Dos son las principales formas que puede asumir la solidaridad con las víctimas potenciales. La primera es, en sentido amplio, paralela a la compensación material para las víctimas actuales; la segunda, a su vez, es paralela a la compensación simbólica y el apoyo social.

En primer lugar, debe acentuarse lo que podemos llamar "mitigación de la vulnerabilidad". Si bien la probabilidad estadística promedio de ser víctima de un delito en la vía pública en general es muy pequeña, algunos grupos de población son más vulnerables que otros.

Puede mitigarse esta vulnerabilidad mediante una serie de disposiciones concretas, medidas de organización comunitaria e innovaciones en el plano de la vía pública. Esto constituiría un trabajo orientado a la prevención del delito en la vía pública que reemplazaría la ineficiente prevención general e inhabilitación por parte de la cárcel.

Ahora bien, de acuerdo con la ideología socialista, el trabajo debería presentar un perfil estructural sociológico más que político.

Asimismo cobraría mucha importancia lo que podemos llamar "paliar la ansiedad". En efecto, la ansiedad por el delito se ha convertido en un grave problema del estado de bienestar, y esto quizás ocurre especialmente en algunos grupos que no son tan vulnerables.

La causa más profunda de esta situación ha de buscarse en una dependencia selectiva de imágenes que actualmente difunden los medios de comunicación, en la carencia de canales de comunicación alternativos y en los estallidos de pánico moral en torno de ciertos eventos. En todo esto subyacen semillas de verdad que deben ser contrarrestadas procurando mitigar la vulnerabilidad sugerida más arriba.

Los socialistas y socialdemócratas prácticamente no han hecho nada en relación con estas realidades de cariz irracional, con la tarea de paliar la ansiedad. Ahora bien, la mitigación de la ansiedad puede lograrse mediante algunos de los mismos mecanismos de comunicación y tipos de medidas que utiliza el trabajo con víctimas actuales y la mitigación de la vulnerabilidad de víctimas potenciales.

Hasta aquí se ha hablado sobre el trabajo con la víctima. De modo similar al caso del trabajo con la víctima, *el trabajo con el delincuente* puede orientarse también a los delincuentes “actuales” y a los “potenciales”, vale decir, trabajar con ambos grupos.

Los delincuentes actuales que terminan en la cárcel –foco de la atención del presente estudio– tienden a mostrar signos de extrema pobreza en tres áreas generales, paralelas a las dimensiones de la pobreza que se detecta entre las víctimas. Por lo común su situación material es crítica y está asociada a enfermedad, drogadicción y miseria. La posición simbólica que ocupan es, a sus ojos y a los ojos de los demás, la más baja de todas. Y su condición social se caracteriza además por el aislamiento y la pobreza cultural.

Haciendo hincapié especialmente en este trasfondo de pobreza extrema y generalizada de la gran mayoría de los capturados y encarcelados, los así llamados neorrealistas claman por una intensificación del debate político, ya que el único o principal método para combatir el delito se ha vuelto bastante insensible y poco compasivo.

La situación material de estas personas puede ser modificada significativamente por medio de aportes materiales relativamente sencillos y modestos. El simbolismo de esos aportes y su lugar en la sociedad requieren una mayor creatividad.

Asimismo pueden preverse ritos que confieran nueva posición y *status* tanto en las fases primera como también en la media y final del desarrollo del individuo. Un pequeño ejemplo: en un estudio sobre asesinos noruegos (Leer-Salvensen, 1988), el capellán noruego Leer-Salvensen sugiere que el aislamiento radical usual a que se somete a los asesinos durante la prolongada fase de prisión preventiva es probablemente lo

más dañino que pueda infligirse a un individuo que tiene una gran necesidad de elaborar la tristeza y reencontrar un *status*.

Este es un ejemplo tomado del ámbito interno de la cárcel. En cuanto al ámbito externo -nuestro foco de atención- los ritos que confieren una posición y un *status* abarcan desde patrones de interacción reorganizados y no-burocráticos con agencias del estado y municipales hasta el establecimiento de redes que confieren nuevo *status* a aquellos individuos que lo necesiten.

¿En qué consistiría el trabajo con el delincuente potencial? Existe mucho conocimiento acumulado sobre los correlatos sociológicos de la conducta delictiva intensiva. Como mencioné anteriormente, existen pruebas aportadas por la investigación que sugieren decididamente que un grupo relativamente pequeño de jóvenes con una amplia gama de serios problemas sociales y socio-personales, es responsable de una proporción considerable de la delincuencia juvenil grave (Balvig, 1984c; p. 93 arriba).

Esta prueba constituiría un importante punto de partida. En efecto, la tarea de implementar mecanismos compensatorios con vista a eliminar los correlatos en el plano de la comunidad sería aceptable tanto para socialistas como para socialdemócratas. Esto implicaría una política habitacional, una política educativa y una política juvenil nuevas, por mencionar algunos ejemplos.

Otro enfoque sería la intensificación del accionar policial, lo cual traería aparejado una intensificación del control policial "proactivo", vale decir, del control realizado antes de que se produzca el delito.

Ciertamente pocas personas objetarían la presencia de oficiales de policía que patrullen rutinariamente las calles. En cambio, una política de control policial proactivo como estrategia importante, sería contraria a los principios básicos de seguridad social apreciados también por el pensamiento socialista moderno, y perturbaría -incluso generaría conflictos- a sectores importantes de la comunidad.

En realidad son la estructura de la comunidad y sus fundamentos materiales y sociales los que necesitan un cambio.

Correlatos no significan necesariamente causas. Debe admitirse abiertamente que no sabemos lo suficiente sobre los efectos de los correlatos sociológicos sobre la conducta definida como delito, ni tampoco sobre los efectos de la alteración de tales correlatos. Pero esta alteración entraña en sí misma un valor de bienestar: es igualmente importante para socialistas y socialdemócratas. Además todas las pruebas indican (pp. 55-7) que es poco lo que se resuelve con un control policial intensificado. Por lo tanto la política sensata es abordar la alternativa.

Es decir -para usar una frase predilecta de los llamados realistas de izquierda-: hay que tomar en serio el delito.

Los tipos de preparación política sugeridos anteriormente (con el propósito de preparar una reducción importante del sistema carcelario en pocos años) deberían *acompañar* tal reducción, *contextualizarla* y reforzarla a medida que la reducción vaya cobrando fuerza mediante la legislación concreta.

Sería costoso; pero redundaría en ahorros futuros. El negocio de la cárcel es muy oneroso. Los ahorros así generados podrían invertirse en contrarrestar la ideología de la cárcel y en el afianzamiento de la ideología del socialismo; en el trabajo contra-funcional y en el trabajo contra-negación; y finalmente en el trabajo con la víctima y con el delincuente.

En la etapa inicial habría más gastos que ahorros, porque las cárceles aún no habrían sido cerradas (y también para permitir un período necesario para la jubilación del personal). Hacia el final de este período el presupuesto podría equilibrarse, salvo en un aspecto importante: el trabajo con el delincuente potencial. Este trabajo, que implicaría políticas habitacionales, educativas, etc., totalmente nuevas, sería costoso. Pero esto sería parte de una política socialista abarcadora que, como ya dije, tendría valor en sí misma e iría más allá de la prevención del delito.

Conclusión: corto y largo plazo

Más arriba hemos tratado el futuro próximo.

Permítasenos, por última vez, recurrir a la historia y volver a recordar que los sistemas represivos más importantes mantuvieron su estabilidad casi hasta el día en que colapsaron. Teniendo presente este dato, pensar que la preparación política pueda detonar en el futuro próximo un mayor efecto sobre un futuro más lejano, puede ser más que una buena intención.

Ciertamente el trabajo con la víctima y el trabajo con el delincuente demostrará ser más eficaz que la cárcel, de tal modo que podemos prever una mayor reducción de la cárcel, y posiblemente su abolición.

Esto estaría en consonancia con todas las pruebas aducidas contra la cárcel. En realidad, cualquier otra cosa equivaldría a caer en la irracionalidad. Ahora bien, el tema de la abolición total merecería quizás que nos explayásemos más en nuestras reflexiones, apuntando hacia una reestructuración más cabal de nuestro pensamiento sobre el delito.

En este libro, y en este capítulo, he utilizado el concepto de delito, dando por supuesto la continua existencia de la criminalización, si bien más circunscripta. Sin embargo puede argüirse que para que la cárcel pierda por completo su poder irracional, el concepto mismo de "delito" debe ser abandonado como herramienta.

Existen -según Louk Hulsman- situaciones problemáticas que hoy en día son criminalizadas. Tales situaciones presentan una etiología y un desarrollo que les son propios. Y pueden ser manejadas de diversas maneras y mucho más civilizadamente de lo que se acostumbra hoy.

Esto, obviamente, se encuentra aún en estado germinal. Pero el ejercicio de pensar menos en el delito como herramienta conceptual y estar abiertos a un nuevo pensamiento creativo sobre el tratamiento global de las situaciones problemáticas, debería despertar la curiosidad de los especialistas en disciplinas sociales.

Y debería constituir asimismo, un desafío para los políticos.

APÉNDICE

Este libro fue escrito originalmente entre los años 1985-86, y publicado en mi lengua materna, el noruego, en 1987. Luego apareció en danés, sueco, alemán, inglés e italiano. Al momento de escribir estas páginas está siendo traducido al español. La edición inglesa fue publicada por primera vez en 1990, y era una edición actualizada y revisada del volumen noruego original. Tuvo dos reimpresiones durante la década de 1990.

El presente apéndice actualiza la edición inglesa de 1990, destacando lo que ha ocurrido durante esa década en cuanto al desarrollo e investigación carcelarios. Es justo afirmar que los argumentos contra la cárcel son hoy aún más relevantes de lo que fueron diez años atrás; y así lo sugieren dos importantes tendencias de desarrollo.¹

¹ Anteriormente (pp. 143-52) he tratado con bastante detalle la llamada posición "realista de izquierda" en la criminología británica. Para ser justo, debe decirse que las personas clave entre los "realistas de izquierda" han evolucionado. De especial importancia es el libro de Jock Young *The Exclusionary Society. Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*, Londres: Sage Publications, 1999. Young trata los procesos de exclusión y también los de inclusión que se desarrollaran a finales de la modernidad. A comienzos de la modernidad –vale decir, las décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial– se aprecia una sociedad inclusiva (ideal y típicamente) que cuenta con instancias (entre otras, instituciones del estado de bienestar intervencionista) que intentaban al menos incluir a los descarriados, integrándolos a carriles más amplios de la vida. En cambio, la fase final de la modernidad, signada por el neoliberalismo y los mecanismos de mercado que se desarrollan por sí mismos, se caracteriza por la exclusión.

Tanto la inclusión como la exclusión contribuyen a lograr un resultado excluyente: por ejemplo, la "creciente clase media de gente de raza negra, alentada por una política que promovía la igualdad de oportunidades, accedió a empleos –frecuentemente en la administración estatal– abandonando así el ghetto por los suburbios y dejando atrás un pueblo postergado, sin oportunidades económicas, segregado espacialmente tanto por la clase como por la raza" (p. 83). A pesar de seguir existiendo rastros de la postura del "realismo

La cárcel en expansión²

Debe observarse, en primer lugar, que en general el uso de la cárcel como principal recurso de castigo ha seguido expandiéndose. Las tendencias claramente observables hacia fines de la década de 1980 –tratadas minuciosamente en el capítulo I del presente libro– persisten en la actualidad.

En países importantes e influyentes, las cifras carcelarias han sufrido un incremento impresionante. En otros países dicho incremento es menos drástico pero asimismo notable. Este es el panorama general.

Ofrecemos a continuación algunas cifras de Europa Occidental y Norteamérica: a través de los años 1979, 1989 y

de izquierda”, el libro contiene varias ideas útiles. Así pues, en su capítulo sobre *The Criminology of Intolerance*, Young argumenta sólidamente (y bien) contra la política de “tolerancia cero”, mostrando con claridad que las supuestas relaciones entre el modelo de tolerancia cero de la policía de Nueva York y la reducción del índice de delitos en esa ciudad son falsas (entre muchas otras cosas referidas al simple hecho de que el delito denunciado cayó drásticamente durante el mismo periodo en muchas otras ciudades de EE.UU. que no aplicaban una política de tolerancia cero).

Lo más importante para los propósitos de este libro es la existencia de un gran debate sobre la solución carcelaria para el delito. En dicha confrontación Young realiza una sólida argumentación en contra del experimento carcelario estadounidense. Entre otras cosas, arguye convincentemente, oponiéndose a Charles Murray, que el estado de bienestar genera una “dependencia del bienestar”, una cultura dependiente en la cual se socava la responsabilidad legal por la conducta, y finalmente “una simple relación entre el riesgo de encarcelamiento y el índice de delitos” (p. 143; a pesar de sostener la existencia de una relación).

En cuanto al experimento carcelario estadounidense (p. 147), Young extrae la siguiente conclusión: “Aquellos europeos amigos de la democracia estadounidense, necesitamos ante todo aclarar nuestras dudas y no importar sus errores. Nuestros políticos, cualquiera sea su extracción, van y vienen cruzando el Atlántico para aprender de ese gran experimento carcelario. Pero intentar aprender el control de los delitos a partir de la experiencia estadounidense equivaldría casi a viajar a Arabia Saudita para aprender sobre los derechos de la mujer. En realidad la enseñanza que debe extraerse es la de no transitar este sendero de castigo y darse cuenta de que si se requiere un gulag para mantener una sociedad en la que ‘el ganador se queda con todo’, entonces en lugar de incrementar el recurso carcelario, habría que cambiar la sociedad”.

² El título de esta sección ha sido tomado de un importante libro de David Cayley *The Expanding Prison. The Crisis in Crime and Punishment and the Search for Alternatives*, Toronto: House of Anansi Press 1998.

1993, las cifras carcelarias en EE.UU. subieron respectivamente de 230 a 426 y hasta 532 por cada 100.000 habitantes. Hacia 1998 las cifras subieron aún más, llegando a 645 por cada 100.000. En Inglaterra/Gales los guarismos respectivos fueron 85, 96 y 95, con un crecimiento drástico hasta 125 en 1998. En los Países Bajos –famosos por sus bajas cifras carcelarias– fueron 23, 44 y 52, con un incremento relevante hasta 85 en 1997. En Canadá, fueron 100, 111 y 125, con una leve baja hasta 115 en 1998. En España fueron 37, 80, 117, y una leve reducción hasta 110 en 1998. En Dinamarca 63, 66 y 67, con 65 en 1998. En Noruega fueron 44, 56 y 62, con una reducción hasta 55 en 1997. En Suecia fueron 55, 58 y 66, con una disminución hasta 60 en 1997.

En resumen, los tres países escandinavos (y algunos otros países) mostraron una curva en forma de U invertida entre finales de la década de 1970 y fines de la década de 1990, terminando todos ellos, sin embargo, con cifras que hacia finales de dicho período eran algo mayores que al comienzo del mismo. El único país nórdico que registró una disminución sostenida es Finlandia, de 106 a 68 hasta 67 e incluso hasta 55 en 1997. Ahora bien, téngase en cuenta que Finlandia tuvo un punto de partida excepcionalmente alto.³

Permítaseme agregar que la disminución sustancial registrada en las cifras carcelarias durante la década de 1980 en Alemania Occidental (señalada como un caso esperanzador en el capítulo I de este libro) hoy ya es historia. En efecto, durante la década de 1990, la antigua Alemania Occidental

³ Mi fuente de información para 1979, 1989 y 1993 es el libro de Nils Christie *Crime Control as Industry. Towards Gulags, Western Style?* Londres: Routledge 1994. Fuente de información para 1997/1998, Roy Walmsley: "World Prison Population List", *Research Findings* No. 88, Home Office Research, Development and Statistic Directorate, puesta amablemente a mi disposición por Christie. Este último agrega el importante dato de que las cifras también han aumentado en un gran número de países de Europa Oriental. Con tales guarismos puede obtenerse una curva "en forma de U" –con una disminución durante los cambios políticos de 1989/90 y un nuevo incremento sustancial después de tales eventos–.

En 1998 la mayor tasa de población carcelaria del mundo se registraba en Rusia, con alrededor de 685 por cada 100.000 (Walmsley, p. 1), seguida por EE.UU.

fue testigo de un nuevo incremento sustancial en las cifras carcelarias.⁴

Es necesario hacer la siguiente advertencia: las diferencias en las prácticas de clasificación entre los países, los cambios en tales prácticas con el correr del tiempo, así como las diferencias entre las fuentes, dificultan un análisis y comparación detallados de cifras como estas. Pero la tendencia general es muy clara.

En resumen, entre fines de la década de 1980 y mediados/fines de 1990, la cárcel como instrumento de castigo ha crecido aún más en importancia, consolidando así su posición. Solamente en el mundo occidental de hoy, son millones las personas que han estado –o bien están– detrás de las rejas

Más de 8 millones de personas están en instituciones penales de todo el mundo, ya sea en calidad de detenidos por prisión preventiva o bien ya condenados. De todos ellos 1,7 millones están en EE.UU.; 1,4 millones en China y 1 millón en Rusia.⁵ Esto ocurre a pesar de la gran cantidad de literatura de investigación que demuestra el fracaso de la cárcel en cuanto a los objetivos que ella misma se ha fijado.⁶

⁴ Información obtenida del criminólogo alemán Johannes Feest, Bremen. En 1997 la nueva Alemania contaba con alrededor de 90 presos por 100.000.

⁵ Walmsley *op. cit.*, p. 1.

⁶ En el capítulo I de este libro (pp. 8-9), hice mención de los índices delictivos como probable causa del aumento de las poblaciones carcelarias, y sostuve, basado en la información disponible por entonces, que no existía “ningún reflejo automático del índice delictivo general en las cifras carcelarias” (p. 8). Esta conclusión parece corroborarse hoy nuevamente. En efecto, investigaciones recientes indican que la relación entre índices de delitos denunciados e índices carcelarios es, a lo sumo, muy compleja, y muy probablemente ni siquiera exista. Lars Westfelt ha analizado las tendencias en el delito y las poblaciones carcelarias en Europa entre 1950 y 1995. Observando los índices delictivos, identifica tendencias uniformes para varios delitos en nueve países europeos, mientras que en términos de índices carcelarios, esos mismos países presentan tendencias variables. Westfelt agrupa a estos nueve países en cuatro categorías: neto aumento en los índices carcelarios (Inglaterra y Francia); estabilidad relativa (países escandinavos); aumento en forma de U (Holanda con aumento desde 1975 y Alemania con aumento desde comienzos de la década de 1990); y finalmente una neta disminución en los índices carcelarios (Finlandia y Austria). Un análisis estadístico lo lleva a la hipótesis de que las tendencias delictivas y las tendencias de población carcelaria evolucionan, en términos generales, con independencia una de la

Esto me lleva a la segunda tendencia importante de desarrollo. Dicha tendencia sugiere que los argumentos contra la cárcel presentados en este libro revisten hoy mayor importancia que en el pasado.

Investigación sobre la cárcel

En lo que hace a cantidad de libros y artículos especializados, la investigación sobre la cárcel se ha expandido desde la primera publicación de este libro en 1990. Sin embargo, en lo atinente a resultados de investigación que pongan de manifiesto efectos más positivos de la cárcel, la expansión es verdaderamente insignificante.

En el resumen de recientes trabajos de investigación que se ofrece a continuación, me atengo al esquema central del libro mismo, concentrándome en la investigación en las áreas de rehabilitación, prevención general, inhabilitación colectiva y selectiva, y justicia.

Rehabilitación

La literatura de investigación sobre rehabilitación ha ido en aumento. Pero los meta-análisis más importantes –vale decir, los análisis que incorporan y brindan una visión general sobre un gran número de estudios empíricos de tipo similar– arrojan en su mayoría resultados sumamente negativos en lo que hace a la cárcel. Se puede mencionar algunos aportes de singular importancia.

En un libro llamado *In Defense of Prisons*⁷, el sociólogo norteamericano Richard A. Wright brinda un cuidadoso y actualizado panorama de los principales estudios estadounidenses y meta-análisis sobre estudios de rehabilitación. El panorama que ofrece del tema es tanto más importante porque en él intenta, como lo demuestra su título y como veremos más adelante, reunir un catálogo de argumentos en *defensa* de la

otra. Ver Lars Westfelt: "Western European Trends in Crime and Prison Populations –What's the connection?" Trabajo preparado para el 1998 *Annual Meeting of the American Society of Criminology*, Washington, D.C., 11-14 de noviembre de 1998.

⁷ Westport: Greenwood Press, 1994.

cárcel. La conclusión global a la que arriba es un rechazo total de la rehabilitación como defensa de la cárcel. Particular importancia reviste su cuidadosa crítica metodológica de un grupo de meta-análisis descaminados que arrojan más resultados positivos en términos de rehabilitación.

El segundo aporte que mencionaremos es el importante artículo de 1991 de Gene G. Kassebaum y David Ward "Analysis, Reanalysis and Meta Analysis of Correctional Treatment Effectiveness; Is the Question What Works or Who Works"⁸. Kassebaum y Ward llegan a la misma conclusión general que Wright. Consideran los intentos de revitalización de la filosofía del tratamiento como una estrategia promovida por los profesionales del área para defenderse de la realidad. Precisamente porque para las profesiones relacionadas con el tratamiento tal realidad "ha sido una pesadilla en las últimas dos décadas". Estos autores señalan que EE.UU. posee un sistema de justicia penal con más de un millón de prisioneros, cientos de miles con condenas condicionales y otros varios millones en libertad bajo caución juratoria, además de un personal responsable de los tratamientos muy mal capacitado para la tarea. Dentro del contexto carcelario burocrático, autoritario e inhumano, el tratamiento se torna imposible.

Una tercera revisión en la tradición del meta-análisis es el llamado proyecto CDATE.⁹ Es una amplia y detallada revisión de la investigación sobre la evaluación de la rehabilitación de delincuentes. Los investigadores reunieron, anotaron y meta-analizaron los estudios llevados a cabo desde 1968 para evaluar los efectos de las intervenciones correccionales sobre una cantidad de medidas de resultado, tales como la reincidencia y el consumo de drogas. Se rastrearon estudios en bibliografías computarizadas o consignadas en libros y artículos; se examinaron todos los temas de los principales periódicos, así como libros y monografías; se solicitaron documentos, es de-

⁸ *Sociological Practice Review*, 1991.

⁹ Frank S. Pearson *et al.*: "Rehabilitative Programs in Adult Corrections: CDATE Meta-Analyses", trabajo presentado en la *Annual Meeting of the American Society of Criminology*, San Diego, 22 de noviembre de 1997; ver también Frank S. Pearson *et al.*: "Some Preliminary Findings from the CDATE Project", trabajo presentado en la *Annual Meeting of the American Society of Criminology*, Chicago, 20 de noviembre de 1996.

cir, mediante grupos de noticias en red, se efectuó una búsqueda de informes inéditos, etc. Se identificaron 300 informes en lengua extranjera (es decir, no escritos en inglés). Se realizó una cuidadosa evaluación de criterios de inclusión y exclusión (criterios importantes para la exclusión fueron estudios incompletos o bien que no generasen datos de comparación/control). Un análisis preliminar de un gran porcentaje de datos referidos a correcciones en adultos arrojó la siguiente conclusión (Pearson *et al.* 1997, p. 17, bastardillas en el original):

Al focalizar la atención sobre los componentes correccionales clasificados como los principales componentes del tratamiento en cada estudio, las intervenciones de *encarcelamiento y castigo* no fueron, en promedio, efectivas para reducir la reincidencia. La *supervisión en la comunidad* (definida operativamente aquí como una batería de intervención muy heterogénea que abarca la libertad condicional y la libertad bajo caución juratoria; los hogares grupales; y finalmente la supervisión intensiva y la libertad bajo caución juratoria) no tuvo, en promedio, un buen desempeño. En cambio la batería de tratamiento *orientación de grupo* tuvo, considerada en su conjunto, un mejor desempeño, si bien la magnitud del efecto es todavía bastante reducida.

La conclusión debe ser entendida como un golpe contra la efectividad de los métodos de tratamiento estándares en el contexto penal circunscripto al área de la reincidencia (criterio de efecto crucial). Sin embargo, continúa la conclusión,

el resto de los meta-análisis detectaron magnitudes de efecto promedio positivas que parecen ser significativas en términos prácticos (es decir, según la medida *Binominal Effect Size Display*).

Los programas de abuso de drogas y alcohol alcanzaron *per se* magnitudes de efecto de correlación de Pearson de alrededor de +.1, con una recaída (reducida) en el abuso de tales sustancias. Los programas TC-Milieu registraron un promedio de magnitud de efecto aún mayor (es decir, +.12). Ahora bien, los métodos de investigación utilizados en esta área han sido, por lo general, de mediocre calidad.

Vale decir que pueden registrarse algunos efectos en lo que hace al abuso de drogas. Pero lo que debemos advertir claramente es que los coeficientes de correlación de Pearson pro-

medios, a los que nos estamos refiriendo, son muy bajos, y los detalles del estudio demuestran que una gran cantidad de programas no sólo fueron ineficaces, sino incluso contraproducentes, produciendo coeficientes de correlación negativos.¹⁰

Son escasos los estudios que muestran un efecto positivo en cuanto a las habilidades sociales y la reincidencia. En muchos de los meta-análisis reviste importancia la llamada "capacitación en competencia cognitiva", con énfasis en las habilidades sociales adquiridas mediante estrategias para desarrollar la resolución de problemas, en las habilidades de toma de decisiones y, finalmente, en la comprensión de otras personas. De este modo, Pearson *et al.* concluyen de la siguiente manera (1996, p. 22): "Durante años, muchos investigadores (incluyendo Andrews *et al.*) han clasificado a los programas conductistas cognitivos como bastante exitosos, en promedio. Hemos codificado hasta ahora 25 evaluaciones de investigación de programas de aprendizaje cognitivo-conductista-social, y parece que, en promedio, revelan *niveles modestos de éxito* para reducir la reincidencia" (el énfasis es mío).

Naturalmente no habría que pasar por alto estudios como estos. Téngase presente también, sin embargo, que los resultados son modestos y los programas son sólo algunos entre una gran cantidad de estudios que muestran la ineficacia de los programas de tratamiento y rehabilitación en el contexto carcelario. Para utilizar un dicho popular, los estudios que arrojan resultados positivos son tan difíciles de encontrar como "una aguja en un pajar"¹¹.

¹⁰ Los programas con componentes punitivos basados en una filosofía de la disuasión, han mostrado constantemente coeficientes de correlación negativos. Esto da mayor sustento a lo dicho en el capítulo 4 (pp. 98-100) sobre la disuasión individual. Para un análisis comparativo profundo de un programa de disuasión, ver James O. Finckenauer y Patricia W. Gavin, con Arild Hovland y Elisbet Storvøll: *Scared Straight. The Panacea Phenomenon Revisited*, Prospect Heights: Waveland Press, 1999.

¹¹ Otro hallazgo modestamente positivo relacionado con la reincidencia en el proyecto CDATE hace referencia a los "programas de desafío de experiencias"; ver Frank S. Pearson *et al.*: "A Review and Meta-Analysis of the Effects of Experiential Challenge Programs", trabajo presentado en el *Annual Meeting of the American Society of Criminology*, Washington D.C. 14 de noviembre de 1998. Los psicólogos D. A. Andrews y James Bonta son más optimistas en cuanto a las oportunidades de tratamiento, ver D. A. Andrews y James Bon-

Es verdaderamente preocupante que la capacitación en competencia cognitiva sea considerada como *lo primordial* por las autoridades carcelarias en varios países, incluyendo Noruega y Gran Bretaña. En ambos países la noción de que “la cárcel funciona”, así como la ideología de tratamiento, están nuevamente en auge. Se olvida las lecciones de la década de 1970, cuando el tratamiento en la cárcel fuera atacado con firmeza como inútil en lo que hace a evitar la reincidencia.

También se olvida las lecciones de un gran número de estudios y meta-estudios recientes. La capacitación en competencia cognitiva ha permitido salvar las apariencias. Para un elogio de la capacitación en competencia cognitiva, que ha

ta: *The Psychology of Criminal Conduct*, Cincinnati: Anderson Publishing Co., primera edición 1994, segunda edición 1998.

En un amplio estudio de comparación de tratamientos (en el cual se realizó una codificación de los mismos utilizando los predicados “inadecuado”, “no especificado” y “adecuado” según los principios de riesgo, necesidad y respuesta) el efecto promedio del tratamiento “adecuado” fue significativamente mayor que el efecto de los tratamientos “no especificado” e “inadecuado”. Su conclusión es que “la importante correlación (rayana en los 0,70) entre tipo de tratamiento y magnitud del efecto del tratamiento siguió manteniéndose firme ya que se introdujeron controles para varias consideraciones metodológicas” (edición de 1994, p. 191; edición de 1998, p. 264).

Sin embargo, utilizando un método algo distinto para codificar lo “adecuado”, Pearson *et al.* hallaron (trabajo de 1996 *op. cit.*), a diferencia de los resultados obtenidos por Andrews y Bonta, que el coeficiente de correlación cayó al 0,34. Algunas otras correlaciones fueron incluso más bajas (aproximadamente 0,20). “La diferencia refleja –siguen diciendo Pearson *et al.*– desconfianza en la codificación de la variable llamada *tratamiento correccional adecuado*... Simplemente puede ocurrir que exista una cuota importante de ambigüedad en cuanto a la adecuación de las categorías de tratamiento. Este aspecto, combinado con la diversidad de programación presente en los programas que funcionan en el mundo real, lleva a los codificadores de un proyecto a codificar muchos estudios de una determinada manera, mientras que otros, en un proyecto distinto, codifican los mismos estudios de una manera diferente” (p. 17; además sugieren también que los resultados de Andrew y Bonta pueden estar acotados históricamente). En otras palabras, cambios muy sutiles en los criterios generaron grandes diferencias en los resultados. Esto significa, en esencia, un golpe a este tipo de investigación. A pesar de conocerse los trabajos de Pearson *et al.* antes de que apareciera la segunda edición del libro de Andrew y Bonta, casi no hubo respuesta en la segunda edición –sólo una breve declaración en el sentido de que “pensamos que esto puede explicarse por la dificultad que tienen para separar los estudios sobre drogadictos de alto riesgo de aquellos que se abocaban a delinquentes de bajo riesgo”– (p. 341).

causado impresión en Noruega, ver Porporino *et al.*, 1991.¹² Respecto de Gran Bretaña, Andrew Rutherford dice lo siguiente (Rutherford 1999, p. 13¹³):

De este modo, nos han hecho retroceder decididamente a la época de Grandes Expectativas: un retrotraernos al tiempo de una escena que encontré en la *California Youth Authority* de hace treinta años, en el cual se "diagnosticaba" y luego "trataba" a hombres jóvenes según su nivel de madurez interpersonal o nivel de inteligencia.

Y continúa diciendo (p. 14):

... Me he explayado sobre el actual renacimiento de la cárcel como posibilidad de rehabilitación. Este último desarrollo se presenta bajo la apariencia de una misión moralista, si bien moderna. Pero cuando los equipos de acreditación de habilidades cognitivas han hecho mutis por el foro y se han ido con la música a otra parte, la cárcel sigue siendo lo que siempre ha sido: un lugar de dolor y degradación.

Agréguese a esto la "segregación punitiva y su cruda expresión, tal como se evidencia en la mayor parte de EE.UU." y "la traducción de la justicia penal en un 'sistema' administrado mayormente en términos de productos eficientemente entregados", con lo cual el panorama futuro se presenta desolador.¹⁴

¹² Frank Porporino *et al.*: "Kognitiv oplæring i canadiske fængsler" (Capacitación cognitiva en las cárceles canadienses), *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab*, Vol. 78 1991, pp. 137-51.

¹³ Andrew Rutherford: "Perennial Challenges for Prison Reductionists", trabajo presentado en el congreso para conmemorar el décimo aniversario del Master en Criminología, Universidad Autónoma de Barcelona, 10-11 de junio de 1999.

¹⁴ Un reciente meta-análisis sigue -hasta cierto punto- la otra dirección. Mark W. Lipsey llevó a cabo un meta-análisis de 400 estudios de investigación sobre el tratamiento de delincuentes juveniles, hallando un escaso efecto promedio a corto plazo en la reincidencia (Mark W. Lipsey: "What do We Learn from 400 Research Studies on the Effectiveness of Treatment with Juvenile Delinquents?" En J. McGuire (ed.): *What Works: Reducing Reoffending. Guidelines from Research and Practice*. Nueva York: Wiley 1995): durante un periodo de alrededor de seis meses siguientes al tratamiento, los grupos de control no tratados (o "tratados de la manera usual") tuvieron un promedio de aproximadamente 50% de reincidencia, mientras que el promedio de jóvenes tratados fue aproximadamente 45%; en otras palabras, se registró una diferencia del 5%. Tal reducción producida en una línea de base del 50% da como resultado, dice Lipsey, una reducción total del 10% en la reincidencia, lo que en su opinión no es despreciable. También en cuanto a otros tipos de

Si aún estuviésemos en la época de los tinteros y plumines, yo hubiera escrito con la tinta más negra que la falta de resultados o los escasos resultados de la rehabilitación *no deberían ni deben ser utilizados como excusa para eliminar de las cárceles los servicios médicos y servicios pedagógicos tales como programas escolares, etc.* Mientras tengamos cárceles,

resultados –resultado psicológico, acomodamiento interpersonal, etc.– los grupos de tratamiento mostraron efectos de mejoría en oposición a los grupos de control, si bien hubo poca relación entre esos resultados y los resultados en términos de reincidencia. El efecto no estuvo influenciado por las características de los delincuentes, sino más bien por el tipo de programa de tratamiento. Dichos programas abarcan un espectro que va desde aquellos con efecto muy positivo (programas concretos orientados hacia la conducta, la capacitación laboral, etc.) hasta programas con efectos muy negativos (por ejemplo, la terapia de desafección), por los cuales la reincidencia se incrementó notoriamente. Sin embargo, como señala el criminólogo noruego Per Hage (en su *"Blindveiar, omveiar og utveiar i kriminalitetsforebygging"* (Callejones sin salida, desvíos y salidas en la prevención del delito). *Consejo noruego para la prevención del delito*, Oslo 1996), no resulta claro si el meta-análisis incluye tanto el tratamiento institucional como el no institucional. Si bien parece probable que se haya incluido el tratamiento institucional en la cárcel, no sabemos cómo los diversos programas de tratamiento –que varían en cuanto a efecto positivo, neutral y negativo– se distribuyen en la variable institucional/no-institucional.

Este es el punto crítico en el meta-análisis. En todo caso, aún aceptando un escaso efecto de tratamiento del 5%, y un 10% de reducción total en la reincidencia como representativos del tratamiento de presos jóvenes, subsisten dos problemas fundamentales: en primer lugar –repito– sabemos que en los países occidentales un inmenso número de cárceles –tanto para jóvenes como para adultos– no cuenta con nada que se parezca a programas de tratamiento, y nunca lo lograrán debido a la estructura y al funcionamiento de las cárceles. En segundo lugar, si bien un efecto promedio de tratamiento del 5% puede ser considerado irrelevante, un efecto de este tipo no puede ser utilizado, naturalmente, como elemento legitimante de las cárceles.

En Andrews y Bonta *op. cit.*, edición de 1998 pp. 259-262 podemos encontrar una evaluación más positiva del trabajo de Lipsey. Ahora bien, la cuestión radica en que el diseño y los procedimientos de investigación influyen sobre los cálculos del efecto de tratamiento con independencia de las variaciones en el tratamiento estudiado.

Así pues, algunos tipos de estudios y de tratamiento estuvieron asociados a efectos más relevantes sobre la reincidencia. Esta conclusión no contempla los siguientes aspectos: por una parte, muy pocas cárceles en países como EE.UU., Gran Bretaña y Noruega cuentan con tales programas de tratamiento y, por otra, legitimar la cárcel sobre esta base sería algo manifiestamente ilegítimo. Si bien Andrews y Bonta no defienden explícitamente la solución de la cárcel para el delito, el hecho de que no realicen una crítica sistemática de tal solución trae aparejado el peligro de que su investigación adquiera una función legitimante.

los presos obviamente deben gozar no sólo de los mismos derechos que los demás ciudadanos a dichos servicios, sino de más derechos aún, en vista de sus antecedentes de pobreza general y de las condiciones carcelarias inhumanas en las cuales viven.

Ahora bien, tales servicios deberían ser prestados precisamente como *derechos* que los prisioneros tienen y deberían tener, y como parte de una política sensata, ilustrada y humana.

Los servicios no deberían prestarse con la condición de lograr la rehabilitación porque, de ser así, podrían ser eliminados con mucha facilidad cuando se obtiene sólo magros resultados; tampoco pueden ni deben ser usados como argumento ideológico a favor de la cárcel.¹⁵

Prevención general

Hacia fines de la década de 1980 y a lo largo de la de 1990 se ha confeccionado una gran cantidad de informes de investigación sobre el área de la prevención general –la disuasión, la formación de hábitos y la persuasión moral de otros que no están (aún) en la cárcel–. Pero, nuevamente, los resultados fueron magros.

Uno de los libros más importantes en este campo es el estudio antes mencionado de Richard Wright *In Defense of Prisons*, que ofrece una revisión amplia de la investigación reciente sobre la prevención general. El libro de Wright es importante para nuestros propósitos, precisamente debido a que el autor considera como tarea propia la *defensa* de la cárcel. Sus hallazgos son, sin embargo, bastante escasos.

Wright revisa la gran cantidad de estudios transversales (es decir, estudios comparativos llevados a cabo en un determinado momento) sobre los efectos que tienen en el delito tanto la probabilidad *real* de castigo (Wright y otros utilizan a

¹⁵ En cuanto a fundar los servicios brindados a los internos sobre los valores y la moralidad más que sobre el efecto y la eficiencia, ver Hedda Giertsen: "Gir den nye kriminalmeldingen 'om bekjempelse av kriminalitet' noe nytt?" (¿Aporta alguna novedad el nuevo Informe de la Comisión de Política Criminal "Sobre el Combate del Delito"?), trabajo presentado en la vigésima Conferencia Anual de KROM –la Asociación Noruega para la Reforma Penal–, Spåtind, Noruega, 9-12 de enero de 1992.

menudo el término “certeza” como sinónimo de probabilidad) como la severidad *real* del castigo; y también repasa estudios de experimentos naturales (es decir, estudios sobre los efectos de los cambios en la legislación). Asimismo examina los estudios transversales sobre los efectos que tienen sobre el delito las diferencias en la probabilidad subjetivamente *esperada* y la severidad del castigo subjetivamente *esperada*; y por último pone bajo la lupa los estudios de panel en los cuales se compara las expectativas que albergan las personas sobre la certeza y la severidad del castigo en un determinado momento con los delitos denunciados en un momento posterior.

Los estudios de panel son importantes porque evitan un problema metodológico inherente a los estudios transversales: en ellos se pregunta *simultáneamente* a la gente tanto sobre sus expectativas en cuanto a la probabilidad y la severidad del castigo como sobre las actividades delictivas espontáneamente denunciadas.

Esto significa que uno estudia y compara las expectativas *actuales* sobre el castigo respecto de un delito cometido *en el pasado* y denunciado espontáneamente. Por lo tanto el delito denunciado en el pasado puede influir efectivamente sobre las expectativas presentes en cuanto al castigo y viceversa.

Los estudios de panel que comparan las expectativas presentes sobre el castigo con el delito futuro, eluden este problema. Además, Wright revisa los pocos estudios cualitativos existentes, incluyendo entre éstos los econométricos, basados en modelos económicos de conducta. Sus hallazgos pueden resumirse de la siguiente manera:

1. *Una relación negativa moderada entre la probabilidad de castigo esperado y real, y la conducta delictiva; es decir, cuanto mayor la probabilidad real y esperada de ser capturado y castigado, menor la proclividad a cometer un delito.*

2. *Los cambios repentinos en la política delictiva que aumentan la probabilidad esperada de castigo tienen un efecto inicial moderado sobre la conducta delictiva, pero muy reducidos a largo plazo.*

3. *No existe relación entre severidad real y esperada del castigo y el delito.*

4. Por otra parte, los estudios de panel metodológicamente importantes sobre los efectos de las expectativas que tiene la gente en cuanto a la probabilidad y severidad del castigo *no revelan efecto alguno sobre el delito posterior*. Repito que esto vale también para la probabilidad de castigo.

Incluso a los optimistas favorables a la prevención general, estos hallazgos deben caerles como jarros de agua fría. La revisión hecha por un investigador que intenta defender la cárcel *no brinda base alguna para creer en ningún efecto preventivo de la severidad del castigo. Esto vale tanto para la severidad real como para la esperada*.

El libro de Wright trata precisamente sobre ese tema: la severidad del castigo en la forma de cárcel. En cambio la revisión que hace el autor ofrece algún fundamento para creer que la *probabilidad* de castigo real y esperado tiene un escaso efecto. Sin embargo los estudios de panel invalidan este efecto.

Como quedó señalado en el capítulo sobre la prevención general, una vez más enfrentamos el hecho de que en la sociedad moderna y urbanizada resulta por lo menos muy difícil imaginar que una mayor detección policial redunde en un aumento sustancial en la probabilidad de castigo.

En áreas urbanizadas con elevados índices de delito, el índice de detección –y por lo tanto la probabilidad esperada de castigo– indudablemente seguirá siendo reducido.¹⁶

He visto varios estudios sociológicos recientes no incluidos en la revisión de Wright que apuntan exactamente en la misma dirección. Por ejemplo, los descubrimientos de un estudio sociológico complejo realizado en EE.UU. por Raymond Paternoster, en el marco de la “tradición de elección racional”, arrojan resultados similares¹⁷. Se trataba de un amplio cues-

¹⁶ La política de “tolerancia cero” en Nueva York es un ejemplo en el cual la probabilidad de castigo, el índice de detección, ha aumentado en gran medida. Este fenómeno parece tener incluso un efecto restringido: para una crítica convincente de la política de “tolerancia cero” y su supuesta efectividad, ver Young 1999, *op. cit.*, obra también mencionada en la nota 1 de este Apéndice.

¹⁷ Raymond Paternoster: “*Decisions to Participate in and Desist from Four Types of Common Delinquency: Deterrence and the Rational Choice Perspective*”, *Law & Society Review*, 1989.

tionario aplicado a un universo de 2.700 estudiantes de nueve escuelas públicas de enseñanza media, en una ciudad de mediano tamaño en la región sudeste de EE.UU.

Los investigadores lograron encuestar a un 99% de la muestra. El estudio se concentró en delitos y actividades juveniles típicos, tales como consumo de hachís y alcohol, hurtos menores y vandalismo.

Una vez más, el estudio comprobó la *inexistencia* de efectos de la percepción que se tiene de la severidad del castigo y la existencia de efectos *secundarios* de la percepción de la probabilidad de castigo. Los jóvenes prestaban mucho mayor atención a otras consideraciones (tales como los costos sociales asociados al delito) que a la probabilidad del castigo.

Los resultados son casi idénticos a los informados por Schumann y colaboradores en su vasto estudio sobre los jóvenes alemanes, ver capítulo III de este libro (pp. 54-5).

Hallé un solo trabajo en el cual se señala un efecto reducido no sólo de la probabilidad sino también de la severidad del castigo: *Economics of Crime. Deterrence and the Rational Offender*, del economista noruego Erling Eide y su libro *Kriminaløkonomi* (La economía del delito)¹⁸. Como lo sugiere el título, se aplica un modelo económico de seres humanos guiados por una elección "racional" entre costos del castigo y beneficios del delito. Eide trabaja en el marco de una tradición que proviene del economista Gary Becker, y resume grandes segmentos de la investigación realizada dentro de dicha tradición.

¿Cuáles son los hallazgos de Eide? Los más relevantes pueden resumirse como sigue (1994b): sobre la base de estudios estadísticos del delito registrado en diversos países, se calculan las estimaciones promedio de la variación del cambio en la cantidad de delitos a partir de un incremento del 1% en una variable de castigo. En 23 estudios basados en un modelo de racionalidad económica de la *probabilidad de arresto*, el delito se reduce en promedio (cálculo promedio) alrededor de

¹⁸ Amsterdam: North-Holland 1994a y Rogaland: Rogaland Mediesenter 1994b respectivamente; ver también esto en "*Kriminaløkonomi - De ukjente studier av almenprevensjon*" (La economía del delito: Los estudios desconocidos de prevención general), *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, N° 1-2 1999, pp. 77-99.

0,52% después de un aumento del 1% en la probabilidad de arresto.

En 55 estudios de la *probabilidad de castigo*, el delito se reduce en alrededor de 0,70% después de un aumento del 1% en la probabilidad de ser condenados.

En 42 estudios de *duración promedio de condena carcelaria*, el delito se reduce en alrededor de 0,45% después de un aumento del 1% en el nivel de castigo. En otras palabras, la severidad del castigo tiene el efecto más reducido. Sin embargo, se debe tener en mente varios problemas en relación con la revisión que hace este autor:

En primer lugar, los efectos de un incremento del 1% en las variables de castigo son insignificantes. La gente no llegaría a advertir la diferencia siquiera. Ahora bien, en el modelo, la elección de un 1% de incremento en la variable de castigo es una elección hecha al azar. En el modelo podría haber sido muy bien 10%, 20% o cualquier porcentaje. Incrementar el 1% a –digamos– 20% por supuesto incrementaría los efectos significativamente... *en el modelo*. Sin embargo, cuando se incrementa el porcentaje de este modo, uno es confrontado –en cuanto a la realidad social y por lo tanto en términos de la utilidad del modelo– por una serie de problemas sociológicos de entidad. Entre ellos está el aligeramiento del efecto cuando se incrementa el nivel de castigo, y en general los efectos contraproducentes de cambios en gran escala en el nivel de castigo. Por ejemplo, es mayor la probabilidad de que un incremento en la severidad del castigo en un área sencillamente canalice la actividad delictiva hacia otra. Como dijo una vez un colega: “Los modelos viven sus propias vidas sólo en el mundo de los modelos”.

En segundo lugar, el efecto de la severidad del castigo que se detecta, se torna tanto más cuestionable cuando tomamos en cuenta la distribución de los resultados.

Dado que una reducción de 0,45% es un cálculo promedio, la mitad de los estudios muestran un efecto menor, y la otra mitad uno mayor. Y dado que la revisión abarca 42 estudios, entendemos que más de 22 de ellos muestran un efecto menor y más de 22 muestran uno mayor. De todo ello

se desprende entonces que los resultados varían en una franja que va de una reducción calculada de 1,14% en los delitos después de un aumento del 1% en el nivel de castigo, hasta una estimación de *aumento* del 0,39% en el delito después de un aumento del 1% en el nivel de castigo. En resumen, no surge un claro efecto sino más bien un panorama de gran ambigüedad e incertidumbre.

En tercer lugar, existen áreas importantes de delito que muestran desembozadamente una falta de efecto del nivel de castigo también dentro de esta línea de pensamiento.

Un ejemplo clave son los delitos relacionados con el consumo de drogas. Incluso la drástica intensificación de la severidad del castigo introducida en Noruega en relación con las drogas (que alcanza hoy en día un castigo máximo de 21 años), parece haber tenido muy poco efecto, si lo tuvo, sobre los delitos graves relacionados con el consumo de drogas. De hecho, tal medida pudo haber intensificado el carácter clandestino y organizado del delito en esta área. Así lo admite Eide (Eide 1999 *op. cit.*, pp. 105/108) e intenta enmarcar este fenómeno dentro de una teoría de racionalidad orientada al mercado. Finalmente extrae, con tono rimbombante, conclusiones bastante generales sobre el tema (traducido del noruego al inglés por el autor de este libro; p. 108):

En realidad, esto no se limita al mercado de las drogas. En cuanto a la legislación y otras instancias normativas, desafortunadamente existe incertidumbre respecto de los efectos que se producirán en los mercados. Una causa importante de tal incertidumbre es que no se ha hecho un análisis de cómo se acomodan los agentes racionales. Normalmente estos agentes tienen una capacidad problemática para acomodarse a la intervención pública de una manera que no se corresponde con la intervención, y es inesperada para muchos.

En cuarto lugar, siguen sin solución los problemas relacionados con el uso de modelos económicos para explicar la conducta delictiva o humana en la vida práctica. Jürgen Frank (ver pp. 52-3 arriba) y otros han señalado varios de tales problemas. Es verdaderamente cuestionable el supuesto básico de que la conducta humana se guía siempre por una elección *racional* entre *costo* de castigo y *beneficio* del delito, tal como lo definen las autoridades y los investigadores,

Así ocurre especialmente en el área de la conducta delictiva, en la cual la gente se guía a menudo por valores subculturales completamente diferentes, por preferencias colectivas e individuales y por impulsos psicológicos. Naturalmente los conceptos *costo* y *beneficio* podrían ampliarse e incluir dichos valores y preferencias (Eide intenta hacerlo). Vale decir entonces que la noción de elección racional entre *costos* y *beneficios* incluye todo y no explica nada.

Es cuestionable el supuesto básico de que todos los tipos de *beneficios* incluidos en las "estimaciones costo-beneficio" de la gente se pueden traducir en factores calculables como el dinero y el tiempo. Efectivamente, el *status* en una subcultura, o un deseo vehemente de heroína, no pueden ser traducidos de esta manera.

En una revisión general de la investigación en el área de la prevención general, Andrew von Hirsch y colegas han llegado a conclusiones que coinciden con los resultados generales a los que llegué y que expuse más arriba (Andrew von Hirsch *et al. Criminal Deterrence and Sentence Severity*, Hart Publishing 1999). Existe una relación negativa estadísticamente significativa entre la *probabilidad* esperada (nuevamente, los autores utilizan el concepto de certidumbre como sinónimo) del castigo y el índice de delitos, pero en general no existen relaciones estadísticamente significativas entre la *severidad* del castigo y el índice de delitos. De los tres estudios econométricos que los autores examinaron, dos utilizaron una medida que no pudo distinguir la probabilidad de la severidad. El tercero, que *podría* ser leído como una sugerencia de una correlación bastante negativa entre una medida de (menor) severidad (poblaciones carcelarias reducidas debido a la superpoblación, ordenada por los tribunales y llevada a cabo mediante las liberaciones tempranas) y los índices de delito, confundía los efectos de la disuasión con los efectos de inhabilitación: el incremento en los índices de delito bien podría haber sido causado por delinquentes que aún están activos a quienes se libera después de un breve periodo (a pesar de que debemos advertir que los efectos de la inhabilitación en el caso particular de las liberaciones en masa no tendrían que ser generalizadas a la inhabilitación en general, véase von Hirsch *et al.*, p. 30).

En cuanto a los llamados efectos disuasivos marginales, la historia es más o menos la misma. Los "efectos disuasivos marginales" se preguntan cuánto efecto *extra* se logra incrementando la probabilidad y la severidad del castigo. Nuevamente, existen correlaciones negativas estadísticamente significativas entre la *probabilidad* de ir preso y los índices delictivos.

A pesar de ser idénticos a los estudios anteriores, los nuevos estudios no logran revelar asociaciones significativas y coherentes entre los niveles de *severidad* y los índices delictivos. Los incrementos pequeños parecen no tener efecto. Los grandes aumentos *podrían* tener algún impacto, pero si lo tienen y en qué medida lo hacen, depende —entre otras cosas— de los umbrales de los delincuentes, y pueden tener efectos contraproducentes con respecto a los delitos más graves. En una afirmación reveladora, los autores llegan a concluir (p. 47):

Los Estados Unidos han contado con condenas más severas que Inglaterra en la última década y media, y los índices de delito de los EE.UU. por lo general han disminuido o se han mantenido estables mientras que los de Inglaterra (al menos hasta hace poco) han ido en crecimiento. Sin embargo, un análisis más pormenorizado de las tendencias, como se advirtió, por lo general no muestra las importantes correlaciones negativas entre los niveles de condena y los índices de delito. Estas cifras, por lo tanto, dan un apoyo muy escaso a las afirmaciones recientes de que las penalidades más severas en América han probado ser un gran éxito para detener el delito.

En resumen, la cárcel no halla una buena defensa en la prevención general¹⁹.

¹⁹ En el cap. IV, he tratado esporádicamente la postura del profesor noruego de derecho Johs. Andenæs sobre la prevención general. Para ser justo, debería agregar aquí que, a pesar de que Andenæs siga creyendo en la prevención general como fundamento del sistema de control criminal como tal, durante la década de 1990 ha revertido, en gran medida, su postura sobre la importancia del nivel de castigo para varios tipos de delitos.

De este modo, se ha convertido en un gran crítico del severo nivel de castigo, por ejemplo, para los delitos relacionados con drogas, argumentando que su efecto es mínimo y que la condena debe ser mucho más benigna. Su opinión está en franca oposición al pensamiento oficial y político sobre el tema drogas en Noruega. Ver *Straffen som problem* (El castigo como problema), Halden: Exil Publishers 2ª edición, 1996.

Inhabilitación

A la inhabilitación no le ha ido mejor.

En lo que concierne a la *inhabilitación colectiva*, la experiencia estadounidense lo muestra con claridad. El enorme incremento de las cifras carcelarias puede ser considerado, como lo han señalado Sheldon Messinger y Richard Berk, algo así como un experimento de inhabilitación colectiva.

Más arriba, en el capítulo IV (p. 87) he examinado los resultados informados por *The Panel on Research on Criminal Careers*, presidido por Alfred Blumstein y auspiciado por el *National Institute of Justice*, y publicados en su informe de dos tomos en 1986.²⁰

El panel prestó mucha atención al tema de la inhabilitación, y detectó –para decirlo en pocas palabras– sólo efectos secundarios de inhabilitación colectiva (para detalles, ver p. 87). Reviste particular importancia agregar y advertir que el efecto también es secundario en lo que hace a delitos de violencia²¹.

Los investigadores suecos han intentado calcular el efecto de los hipotéticos y excepcionalmente drásticos incrementos. Por ejemplo, Jan Andersson observa que si se introdujese una condena a prisión no condicional de dos años para todas las personas que cometen su segundo delito –en la práctica una propuesta imposible– se evitaría el 28% de todas las condenas por delitos²².

Pero ello implicaría un crecimiento de 500% de las poblaciones carcelarias, con lo cual Suecia alcanzaría el liderazgo mundial en poblaciones carcelarias por cada 100.000 habitantes. Más importante aún, el efecto menguaría pronto. Andersson basa sus estimaciones en tres supuestos que sabemos son

²⁰ Alfred Blumstein *et al.* (eds.): *Criminal Careers and "Career Criminals"*. Washington D.C.: National Academy Press, 1986.

²¹ Ver Albert J. Reiss y Jeffrey A. Roth (eds.): *Understanding and Preventing Violence*. Panel sobre la comprensión y el control de la conducta violenta. Washington D.C.: National Academy Press, 1993.

²² Jan Andersson: *A Longitudinal Simulation Study of Incapacitation Effects*. Estocolmo: Departamento de Sociología, Universidad de Estocolmo, 1993.

insostenibles: en primer lugar, se supone que todos los delincuentes corren el riesgo de ser detectados y condenados. Sabemos que esto no es así.

En segundo lugar, se supone que los delitos que se evitan no son sustituidos por otros delitos. Sin embargo sabemos, nuevamente, que esta no es la realidad –especialmente en áreas con un alto nivel de castigo, como la de las drogas–, ya que nuevos delincuentes y nuevos delitos toman el lugar de los anteriores.

En tercer lugar, se supone que la cárcel no tiene ningún efecto perjudicial sobre la reincidencia después de la liberación de aquellos que fueron encarcelados. Basados en una gran cantidad de estudios sobre rehabilitación, sabemos que tampoco este es el caso.

Finalmente, es muy importante tener presente el hecho trivial de que todos los años nacen nuevas generaciones, y otras que alcanzan la edad de la “madurez criminal”. En otras palabras, el *reclutamiento delictivo* no cesa. Esto significa que cualquier efecto residual de los experimentos drásticos de inhabilitación colectiva como el sugerido por Andersson (o la experiencia estadounidense) desaparecería pronto.

A fin de mantener el efecto, habría que encarcelar nuevas tandas de delincuentes sin liberar a aquellos delincuentes activos “antiguos”. Las cárceles se atestarían aún más, pero debido a que el reclutamiento continúa, el efecto volvería a desaparecer, y así en más, generándose un círculo vicioso. Esto es precisamente lo que está sucediendo en EE.UU. en la actualidad.

¿Y la inhabilitación especial?

Se han inventado numerosas medidas nuevas de predicción. Se ha intentado refinar las antiguas. Las proporciones de falsos positivos (así como de falsos negativos) todavía son muy altas. Incluso Richard Wright lo admite, en su intento por defender la cárcel. Este autor hace referencia a una serie de instrumentos de predicción estadounidenses.

Dos de ellos son quizás de particular importancia: el instrumento creado por INSLAW Incorporated, desarrollado en

un estudio retrospectivo sobre la reincidencia a lo largo de un periodo de cinco años, tomándose un universo de 1.700 presos en cárceles federales liberados en 1970, y el *Salient Factor Score*, desarrollado en un estudio de dos años con un universo de 900 prisioneros federales liberados durante los seis primeros meses de 1970.

En el caso de INSLAW, entre aquellos internos de los cuales se pronosticó que serían "delincuentes crónicos", se detectó un 15% de falsos positivos en un periodo de cinco años, una proporción inusitadamente baja. Sin embargo este instrumento no ha sido revisado suficientemente en cuanto a la metodología aplicada, y los resultados están en franca contradicción con todos los otros instrumentos de predicción que conozco.

Así, por ejemplo, el *Salient Factor Score*, usado en un estudio de una muestra de 3.400 presos federales liberados durante los seis primeros meses de 1978, reveló un índice de falsos positivos del 34,5% entre aquellos clasificados como altamente proclives a la reincidencia (ver el libro de Wright, pp. 122-23).

En el libro antes mencionado de 1993, Jan Andersson desarrolló un instrumento de predicción sobre la base de un estudio de todas las personas nacidas en 1953 que vivían en Estocolmo en 1963.

Partiendo de la premisa de imponer una condena de dos años por su siguiente delito a todas las personas de quienes se predijo serían delincuentes de alto riesgo, Andersson estima que se evitaría el 7% de todas las condenas por delitos, pero soportando un aumento del 78% en la población carcelaria.

Esta estimación se funda en las mismas premisas insostenibles de su cálculo de los efectos de la inhabilitación colectiva (ver arriba), y pasa por alto el efecto del nuevo reclutamiento. Pero lo que resulta más importante aún, el estudio de Andersson muestra, una vez más, un índice muy elevado de falsos positivos -44,5% (Andersson 1993, p. 64). Jan Andersson aparentemente está a favor de la inhabilitación especial (y colectiva).

Como lo dijo el criminalista sueco Henrik Tham al comentar el trabajo de Andersson: "Andersson ha demostrado convincent-

temente que la inhabilitación no es un camino transitable en la política criminal".

Agréguese a esto las cuestiones morales ligadas a la inhabilitación especial, y se tendrá un cuadro completo. La imprecisión predictiva en sí constituye un problema moral de importancia si se implementan los instrumentos²³.

Debemos considerar, sin embargo, varios argumentos propuestos recientemente *en defensa del bajo poder predictivo y las bajas correlaciones en el área de la violencia, la peligrosidad y el riesgo*. Supuestamente, las predicciones pueden ser aceptables y útiles a pesar de su imprecisión.

²³ Andrews y Bonta subrayan (*op. cit.*, edición 1998) un principio de "necesidad" como base para seleccionar qué internos deben recibir tratamiento específico y quiénes pueden constituir un universo para propósitos predictivos. Desde el punto de vista de la predicción, estos autores informan sobre un elevado nivel de éxito en la predicción de verdaderos negativos, es decir, delincuentes que son considerados de bajo riesgo y en consecuencia no se espera que reincidan y que, efectivamente, no lo hacen. Informan asimismo que los niveles de éxito para esta categoría sobrepasan el 90% (Andrews y Bonta 1994, p. 172; 1998, p. 232). Y consideran que esta es una base sensata para seleccionar delincuentes que deben ser derivados a casas intermedias abiertas.

Es posible que sea así, pero, al mismo tiempo, se registran proporciones muy elevadas de falsos positivos, es decir, delincuentes considerados de alto riesgo y de quienes, en consecuencia, se espera que reincidan, pero que de hecho no lo hacen (comunicación oral de James Bonta en un seminario en Trondheim, Noruega, invierno [boreal] de 1998; ver también Andrews y Bonta 1994, p. 172, donde los autores comunicaron resultados de más del 50% de los delincuentes de alto riesgo que completaron exitosamente su estadía en casas intermedias; este dato significativo, hasta donde puedo ver, no está registrado en Andrews y Bonta 1998). En otras palabras, abundan los errores en la predicción, y la gran proporción de falsos positivos –determinada con la exactitud que tendría arrojar una moneda a cara o cruz– hace surgir dilemas éticos fundamentales. Al menos, cuando nos apartamos de temas como derivación a casas intermedias y pasamos a la imposición de condenas, el empleo de tales resultados predictivos se vuelve muy difícil. Desplazarse del nivel de prevención agregado al nivel de imposición de condena individual traería aparejado graves injusticias. La investigación de este tipo debería fomentar una discusión de la ética del papel profesional del psicólogo, planteando la cuestión de quién es el cliente del psicólogo: si el público o el individuo. Sobre este punto, y para una crítica de los enfoques "actuario/estadístico" que emanan de este tipo de investigación, ver Maeve McMahon: "Assisting Female Offenders: Art or Science?" Comentario de Chairperon sobre la Conferencia Anual de 1998 de la International Community Corrections Association, Arlington, Virginia, EE.UU., 27-30 de septiembre de 1998.

En primer término nos enfrentamos al argumento de Richard Wright de que las predicciones, a pesar de ser imprecisas, son mejores que el azar y, al menos, mejores que las predicciones fortuitas y no informadas de los fiscales, jueces y trabajadores sociales en los tribunales.

Estos argumentos presentan cuatro falencias.

En primer lugar, hay quienes definen los hallazgos de predicción como no mejores que el azar. Robert Menzies y colaboradores escriben (p. 9)²⁴: "Ahora disponemos de [una] pequeña biblioteca de investigación para documentar las escasas correspondencias entre conducta violenta por un lado, y categorías y condiciones personales como estado psiquiátrico, historia criminal y clase social, por otro ... Inclusive los factores que tienen un mayor efecto -por ejemplo edad, género y violencia anterior- son notablemente deficientes en cuanto a poder predictivo. ... Los juicios intuitivos de los psiquiatras en ejercicio y otros expertos resultan, a su vez, poco promisorios... Los instrumentos estadísticos y los psicométricos, a pesar de ser mucho menos imprecisos, son, sin embargo, de poco valor práctico en la clasificación clínica o penal de las personas peligrosas..."

Menzies y colaboradores consideran muy difícil hallar coeficientes de correlación de 0,40%.

En segundo lugar, incluso si los instrumentos fuesen un poco mejores que el azar, este último no es un estándar relevante ante el tribunal.

La comparación con el azar es irrelevante ante el tribunal porque el azar no es un estándar importante en éste. La comparación con el azar es irrelevante en el tribunal porque la práctica legal no está ni debe estar basada en consideraciones fundadas en el azar.

Si alguien apareciera diciendo: "Pues bien, esta prueba contiene, a todas luces, muchas predicciones falsas, pero al menos es mejor que echar una moneda a cara o cruz", con

²⁴ Robert Menzies *et al.*: "Risky Business: The Classification of Dangerous People in the Canadian Carceral Enterprise". En L.A. Visano y K.R.E. McCormick (eds.): *Canadian Penology: Advanced Perspectives and Applications*. Toronto: Canadian Scholars Press, 1992.

todo derecho el tribunal rechazaría el argumento como completamente irrelevante, porque en el tribunal no se arroja una moneda a cara o cruz.

En tercer lugar, la predicción configura sólo uno de los muchos aspectos en la evaluación total que un tribunal debe realizar. Otros aspectos cruciales son, por ejemplo, las consideraciones sobre el pasado, las circunstancias atenuantes y agravantes, consideraciones humanitarias y de equidad, etcétera.

Dicho en otros términos, la toma de decisiones en el tribunal constituye una evaluación total de valores. Incluso si las predicciones de los administradores de justicias son azarosas y no informadas, la confianza en los instrumentos de predicción desplazaría radicalmente la evaluación total del tribunal hacia la dirección unilateral y estricta de la predicción.

Finalmente, y más importante aún, todos los instrumentos de predicción, en mayor o menor medida, se basan en factores sociales: historia laboral, historia familiar, historia de drogadicción, etcétera.

Se anticipa que los fracasados en el plano laboral, familiar, o por motivo de drogadicción, etc. no representan un grave riesgo. Como ya lo señalara minuciosamente en el capítulo sobre inhabilitación, desde el punto de vista ético resulta absolutamente inaceptable confiar en factores de las predicciones que impliquen encarcelamiento prolongado y un castigo particularmente prolongado.

En segundo término, nos confrontamos con el argumento de que las bajas correlaciones en el área de la violencia, la peligrosidad y el riesgo son supuestamente justificables y aceptables en virtud de que las correlaciones son bajas en la investigación médica en general²⁵. El hecho de que las correlaciones sean bajas en general podría servirnos de aliciente en lo que hace a las correlaciones en el área de violencia, peligrosidad y riesgo.

²⁵ Declaración oral realizada en el XXI Congreso Internacional sobre Derecho y Salud Mental, Tromsø, 1995.

El argumento pasa por alto el hecho de que, a diferencia de la situación normal en la investigación médica en general, las bajas correlaciones en el nivel agregado en el área de la violencia, etc., implican infligir dolor en forma de castigo y de sanciones penales, de manera intencional y en el plano individual.

El núcleo inaceptable en este tema es precisamente la transformación de bajas correlaciones y evaluaciones de riesgo en dolor intencional y castigo en el plano individual.

Este último punto podría reformularse de la siguiente manera: como lo señaló Robert Castel,²⁶ cuando se enfoca los atributos individuales de las personas peligrosas (y, podría agregarse, cuando la predicción se presenta en términos dicotómicos), resulta fácil probar con mucha facilidad que los expertos están equivocados.

Expresándolo con un lenguaje que destaque la probabilidad o el riesgo –especialmente cuando se enfoca categorías o grupos– la actividad predictiva es menos vulnerable a este tipo de crítica, y presuntamente más aceptable.

Sin embargo, cuando se aplica, por ejemplo, en la sala de audiencias como base de una decisión judicial, la predicción probabilista en el nivel agregado corre exactamente el mismo riesgo de ser desacertada a la hora de tomar decisiones en el plano individual.

El experto es menos vulnerable al ataque, pero las consecuencias para el individuo son exactamente las mismas. Además, como señala Castel, el cambio de peligrosidad a riesgo o probabilismo pueden, a la manera de Foucault, ampliar la red carcelaria e incrementar la normalización de la predicción de riesgo.

Al considerar predicciones manifiestamente erróneas, el bajo poder predictivo de los instrumentos de predicción y las bajas correlaciones, cabe preguntarse: ¿por qué insistir en la empresa? ¿Por qué tantos nuevos instrumentos de predicción

²⁶ Robert Castel: "From Dangerousness to Risk", en G. Burchell *et al.* (eds.): *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*, Chicago: Chicago University Press 1991, pp. 281-98.

que sólo mejoran marginalmente las correlaciones? ¿Por qué tanta argumentación en defensa de las bajas correlaciones?

Pienso que una parte importante de las respuestas reside en la cultura de la investigación en criminología y psicología social del delito, las cuales, a pesar de haber sido alguna vez disciplinas críticas, en los últimos quince años se han sujetado cada vez más a las veleidades del *establishment*.

Para usar la terminología de Pierre Bourdieu²⁷, la criminología que una vez fuese “heterodoxa” –vale decir, herética y crítica– se ha vuelto cada vez más “ortodoxa”, contenida dentro de límites “aceptables” y basados en condiciones “aceptables” o incluso “dóxicas”; constituyéndose en parte de la “doxa” misma, la norma de lo que se da por sentado, por ejemplo, la racionalidad evidente de la predicción.²⁸

En la actualidad, una de las legitimaciones más importantes del sistema carcelario y asimismo del enorme crecimiento que vemos internacionalmente en nuestros diversos sistemas, es la inhabilitación, en su variante colectiva, pero fusionada con su variante especial.

El modelo “la tercera es la vencida”²⁹ es la cruda versión presidencial estadounidense de la variante colectiva. A su vez la variante especial –centrada en la predicción de violencia, peligrosidad y riesgo– agrega un elemento importante de presunta racionalidad científica al proyecto de inhabilitación como totalidad. Y los investigadores se suman a la corriente porque les proporciona dinero, prestigio y cierta sensación de poder.

²⁷ Pierre Bourdieu: *Outline of a Theory of Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977, cap. 4.

²⁸ En el artículo “Selective Incapacitation Revisited”, *Law and Human Behavior*, Vol. 22, N° 4, 1998, pp. 455- 69 (trabajo presentado en el XXI Congreso Internacional sobre Derecho y Salud Mental, Tromsø 1995) he bosquejado minuciosamente la idea de que la cultura de la investigación puede explicar la preocupación permanente por mejorar y defender la predicción a pesar de los resultados secundarios.

²⁹ N. de la T.: En el original: “three strikes and out” (“tres golpes y afuera”, más literalmente) expresión tomada del ámbito del béisbol y que popularizara el presidente Clinton al referirse al castigo.

Justicia

Finalmente, unas palabras sobre el argumento de la justicia a favor de la cárcel. La nueva contribución más importante a la justicia o modelo de los "justos merecedores" es el libro de Andrew von Hirsch de 1993 titulado *Censure and Sanctions*.³⁰ En gran medida, esta obra contiene la defensa de von Hirsch frente a varias críticas lanzadas contra el modelo de los "justos merecedores". Dos son los puntos que revisten particular importancia.

En primer lugar, en su búsqueda de un equilibrio preciso entre seriedad del delito y gravedad del castigo –principal propósito de todo el proyecto de los "justos merecedores"–, von Hirsch intenta una vez más encontrar un camino afirmándose en la *base moral para juzgar la gravedad de los distintos delitos*.

Como se señalara más arriba en el capítulo V, en referencia a la justicia, la base moral para juzgar la gravedad de los delitos plantea un problema importante para la teoría de los "justos merecedores", ya que la moral es relativa y mutable en términos de tiempo y espacio.

Como ya se señalara también, en su libro de 1986 von Hirsch intenta evitar el problema recalando el carácter fáctico del daño, que puede ser estudiado empíricamente. Sin embargo agrega una aspecto importante: la investigación empírica del daño criminal debe ser complementada por juicios de valor.

Además, agrega que el otro elemento importante para estimar la gravedad –la culpabilidad– permanece, lo que implica que este último elemento incluye también juicios de valor. De este modo, al hacer hincapié en los juicios de valor no evita la cuestión de la evaluación moral del delito.

En su libro de 1993, von Hirsch intenta hallar una nueva vía para resolver el problema. El concepto de daño se agrega al "estándar de vida" de la gente. Este concepto abarca, en el uso que hace von Hirsch, intereses tanto económicos como no-económicos.

³⁰ Oxford: Clarendon Press, 1993.

Según von Hirsch, la gravedad puede ser graduada según la reducción del estándar de vida de una persona. A mi entender hay mucho de cierto en la idea de que el delito reduce el estándar de vida de la gente, también en el sentido amplio del término.

El problema de *graduar* delitos sobre la base de este criterio es, sin embargo, muy difícil. El robo de una casa afecta de muy distintos modos el estándar de vida del obrero no especializado, del empleado de oficina de clase media y del adinerado dueño de un yate.

¿Debería diferenciarse y graduarse esos robos de acuerdo con lo dicho? Una tal graduación podría tener un cierto fundamento –probablemente el robo en la casa de un obrero sea más grave que el perpetrado en la casa de un empleado de oficina de clase media, el cual, a su vez es más grave que el cometido en la casa del adinerado dueño de un yate– *pero por cierto se contrapone por completo al tipo de graduación exacta de delitos que acentúa el modelo de los “justos merecedores”*. Sí exige, en cambio, un tratamiento de los delitos muy individual y variable, y no el uso de simples tablas para “justos merecedores” que permitan calcular un castigo adecuado al delito. En general, se mantiene la dimensión moral, si bien relativa y cambiante. “Estándar de vida” es, en sí, un concepto normativo.

En segundo término, von Hirsch enfoca una vez más el elemento castigo en la ecuación delito/castigo, formulando la pregunta de *cómo anclar la escala de castigo*.

Más arriba, en el capítulo V, que trata sobre la justicia, vimos que, en su libro de 1986, von Hirsch intentaba anclar la escala y fijar las llamadas magnitudes cardinales utilizando la disponibilidad del espacio carcelario como criterio introductorio.

Según este libro de 1986, habría que examinar entonces si esta línea –localizada tan provisoriamente– está en consonancia con las limitaciones de proporcionalidad cardinal.

En algunos casos, en los cuales el espacio carcelario acorde a estándares aceptables es escaso, de tal modo que incluso delitos graves quedan sin penalización carcelaria, tales

consideraciones implicarían que el espacio carcelario debería ser incrementado.

Y en otros casos, en los cuales existen grandes establecimientos carcelarios, de tal modo que se castiga con la cárcel incluso delitos menores, el espacio carcelario debería ser reducido del mismo modo.

En mi capítulo anterior, critiqué ese depender del espacio carcelario como algo equivalente a introducir un criterio determinado por la historia económica y política particular de un país o estado.

Ahora bien, este criterio resulta muy insatisfactorio cuando se trata de fijar los puntos básicos de anclaje –absolutos, cardinales– necesarios para confeccionar una escala de castigo. Además resulta, en cierto sentido, accesorio a la hora de imponer castigo, y está realmente lejos del tipo exacto de medida que implica el modelo “justos merecedores”.

Tal como sostuve entonces, los “puntos de anclaje” tendrían muy poco de anclaje absoluto, cardinal. Es interesante que, en su libro de 1993, von Hirsch rechace el espacio carcelario como criterio. Así escribe (p. 40): “En suma, la capacidad del sistema penal es una cuestión de política que debería depender de cómo se ancle la escala penal, y no al revés”.

¿Qué es lo que sugiere como alternativa? La respuesta resulta interesante: reparar en consideraciones de prevención general. Dicho con mayor exactitud, no recurrir al tipo tradicional de prevención que “optimiza”, que fija el nivel de castigo sobre la base de conjeturas sobre el efecto preventivo máximo. Más bien se propone una estrategia de “decremento”, por la cual se reduce el castigo hasta llegar supuestamente a un “piso”, más allá del cual –por razones de prevención– no se debería ir, porque ello redundaría en un aumento en el delito.

Entiéndase que von Hirsch quiso decir que este debería ser el punto de anclaje más bajo en el cual fijar la escala de castigo. Estoy muy de acuerdo con el énfasis de von Hirsch en bajar el nivel de castigo. Sabemos que una estrategia “optimizante”, que apunta a un efecto preventivo máximo, no tiene otro efecto que aumentar la miseria humana y el dolor para los delincuentes de largo plazo.

También estoy de acuerdo con su opinión (implícita) de que es posible bajar el nivel de castigo sin exponer de ninguna manera a la sociedad a un incremento del delito. Repito que el índice de delitos sube (o baja) por razones ajenas al nivel de castigo.

Existen, sin embargo, dos problemas básicos asociados al enfoque de von Hirsch en lo que hace al modelo de los “justos merecedores”: en primer lugar, las consideraciones sobre prevención general. En su libro de 1986 (pp. 47-60; ver mi capítulo sobre justicia) y en la primera parte de su libro de 1993 (pp. 12-13) estas son contempladas sólo como una motivación complementaria y prudente para justificar la existencia del castigo en la sociedad, y no como una motivación para la organización y uso concreto del sistema penal.

Pues bien, tales consideraciones preventivas se han convertido ahora en el centro de esa organización y uso: el punto de anclaje de la escala de castigo concreta y fundamental para los “justos merecedores” en la práctica.

En segundo término queda abierta la cuestión de cómo fijar el “piso” preventivo (concepto que da una falsa impresión de precisión); en realidad se podría cuestionar la existencia de un “piso” preciso. Este argumento resulta demoledor a la hora de recurrir al uso de un “piso” preventivo como punto de anclaje de la escala de castigo: precisamente porque el punto de anclaje es vago, y flota.

Esto significa además que el punto de anclaje –y, por lo tanto, la escala de castigo– puede ser fácilmente influenciado por el clima generado por la opinión pública, los cambios políticos en la sociedad, etc. Cuando, como en nuestros días, en muchos países occidentales soplan vientos de derecha, las opiniones sobre lo que es un necesario “piso” de castigo se endurecerán con facilidad, y el nivel de castigo tenderá más bien a subir que a bajar, lo que contradice francamente la intención de von Hirsch.

Es cierto que el nivel de castigo puede aumentar drásticamente en nombre de un “punto de anclaje” presuntamente

exacto", porque la escala de castigo está en realidad fundada sobre arena.³¹

Así pues, la teoría de los "justos merecedores" puede ser considerada como un intento de defender la cárcel de una manera limitada. Los recientes avances en la teoría casi no aportan mejoras a esa defensa.³²

¿Las alternativas se vuelven agregados?

En resumen, las cifras carcelarias, que han aumentado drásticamente en muchos países durante los últimos años, y la investigación carcelaria reciente —que no ha mejorado sustancialmente la defensa de la cárcel— hacen que los argumentos contra la cárcel presentados en este libro sean aún más relevantes hoy de lo que lo eran hace algunos años. ¿Qué debe hacerse entonces?

³¹ Resulta interesante advertir que la base lógica para "justos merecedores" ha sido combinada también con la base lógica de la peligrosidad (si bien von Hirsh no lo hace), con el fin brindar un mayor sustento a la predicción. Así, Norval Morris (en su artículo "Dangerousness' and Incapacitation", en A. Duff y D. Garland (eds.): *A Reader on Punishment*, Oxford: Oxford University Press 1994, pp. 241-60) ha sostenido que los límites superior e inferior del castigo "merecido" establecen el rango dentro del cual se integran los valores utilitarios. Para Morris, los valores utilitarios incluyen la misericordia y la comprensión humana, pero también la predicción de la peligrosidad: "Siempre y cuando se respete la limitación anterior, las predicciones de peligrosidad pueden influenciar correctamente las decisiones sobre condenas" (p. 254). El argumento pasa por alto el hecho de que a pesar de los grandes esfuerzos, nadie ha sido capaz hasta el momento de "anclar" con éxito los límites superior e inferior o los valores cardinales del castigo "merecido". Por lo tanto, los límites superior e inferior pueden, ciertamente, ser aumentados, por ejemplo, por razones de inhabilitación, manteniendo a la vez el nombre y la terminología de "justicia" y "justos merecedores". De este modo, el concepto de "justos merecedores" puede transformarse en un manto legitimante para la inhabilitación.

³² Para una crítica de las "tablas de condenas" que no toman en cuenta los factores sociales, que han surgido de la teoría de los "justos merecedores" y que se hicieron famosas en los Estados Unidos, ver Christie *op. cit.* Cap. 8 ("Modernidad en decisiones"). Escribe, por ejemplo (p. 136): "En virtud de su sencillez, se convierte en una teoría muy útil para una justicia rápida y para una despersonalización del delincuente durante el proceso penal".

Mi respuesta a esta cuestión puede encontrarse en el último capítulo del libro. Sin embargo en este apéndice quisiera agregar dos consideraciones a ese capítulo.

La primera consideración tiene que ver con la cuestión de las posibles alternativas para la cárcel. En el capítulo final, ofrecí argumentos contra la confianza en el desarrollo de alternativas tradicionales tales como servicio comunitario, varios proyectos de despenalización de delitos, etcétera.

Sostuve asimismo que las "alternativas" tienden a convertirse en alternativas no verdaderas para el uso de la cárcel, sino en agregados a ese sistema. Estos redundan más bien en una expansión y no tanto en una contracción del sistema de control formal total, y en un aval al sistema carcelario como tal.

A la luz del reciente y extraordinario incremento de las poblaciones carcelarias en todo el mundo occidental, esta posición parece tener aún gran validez. Los experimentos con "alternativas" para la cárcel, en la medida en que existan, no están haciendo una contribución importante al cambio de la tendencia carcelaria.

Sin embargo, investigaciones recientes han sugerido que el desarrollo de alternativas quizás no deba ser descartado tan de plano como yo lo hiciera en el capítulo final. Pienso en la importante contribución a la investigación en esta área realizada por la criminóloga irlando-canadiense Maeve McMahon, en su libro *The Persistent Prison? Rethinking Decarceration and Penal Reform*³³ (anticipado en McMahon 1988b; ver p. 161 arriba).

En su libro, McMahon brinda un nuevo análisis empírico de segmentos importantes de información (especialmente, información de Canadá) sobre la cual Stanley Cohen y otros fundaron su crítica de las "alternativas" (ver el capítulo VI, arriba).

El nuevo análisis demuestra convincentemente que el uso de varias alternativas desinstitucionalizadoras tuvo efectivamente un cierto impacto limitado en el uso de la cárcel, inclu-

³³ Toronto: University of Toronto Press, 1992.

so en ciertos períodos redujo en alguna medida el sistema carcelario. Este es un hallazgo importante.

A pesar de que el aporte de McMahon debe ser tomado en cuenta en la política criminal, y a pesar de que finalmente debería conducir a una mayor apertura frente al “enfoque de alternativas” en la política penal, tal apertura debe seguir siendo crítica, porque aún es grande el peligro de que las “alternativas” puedan convertirse más bien en agregados que amplíen la red de la cárcel y no tanto en verdaderas alternativas para ella. Muchos ejemplos internacionales sugieren con claridad que esto es así.

Incluso alternativas exitosas son limitadas en cuanto a sus efectos, contribuyendo sólo a reducciones menores en el uso de la cárcel. Téngase presente otra vez el extraordinario aumento de la población carcelaria registrado en este último tiempo. Asimismo, existen otras alternativas cuestionables desde el punto de vista ético, por ejemplo, el uso de equipo electrónico moderno para controlar personas en la sociedad. El control electrónico como parte del control criminal puede expandirse a otras áreas y transformarse en un tipo general e importante de vigilancia. Ya se puede observar una tendencia en esta dirección.

Estas razones hacen necesarias medidas mucho más contundentes como las sugeridas en el capítulo VI, arriba.

Espacio público alternativo

Mi segunda consideración gira en torno de la resistencia. La expansión de los sistemas carcelarios en todo el mundo occidental (y en otros lugares también) generó en nuestras sociedades un nuevo nivel de control social represivo que no beneficia en absoluto ni al delincuente ni a la víctima y constituye una amenaza para las tradiciones democráticas de nuestras sociedades. La situación requiere resistencia de nuestra parte.

Un análisis completo de las estrategias de resistencia excede los límites de este capítulo (para un debate sobre el tópico ver

Makt og motmakt (Poder y contrapoder), de mi autoría ³⁴); aquí veremos algo sobre una línea de pensamiento.

Mi punto de partida es el ámbito del debate público y el diálogo en la sociedad occidental moderna. Hoy, ese ámbito está casi completamente dominado por los medios masivos. Ya he enfocado el tema de los medios (al tratar los llamados "ámbitos públicos") mediante los cuales se niega el fracaso de la cárcel (pp. 139-140).

Pero a medida que transcurrieron los noventa, la importancia de los medios masivos –con la televisión moderna a la cabeza y como modelo– se hizo mucho más patente.

La televisión pone énfasis en el sensacionalismo y las historias espeluznantes de delitos, utilizando instrumentos dramáticos y estrategias muy sofisticados para producirlos. En este sentido, no resulta demasiado descabellado considerar la televisión como una condición importante para la promoción de la cárcel.

Esas historias espeluznantes son presentadas, en parte, como historias y, en parte (lo que es más importante) como "información" y "noticias". La televisión se ha transformado en una industria gigantesca del entretenimiento que echa mano del delito y la cárcel como ingredientes clave; pero también filtra información y noticias y finalmente fomenta el "infotainment" [información+entretenimiento].

El crecimiento carcelario se produce en países sin medios masivos ni televisión de estilo occidental. Los medios masivos, por lo tanto, no son condición necesaria para el crecimiento carcelario en toda situación.

Pero en las circunstancias que se viven en Occidente sí pueden constituir una condición necesaria. En efecto, lo son en la medida en que reiteran continuamente –de forma explícita o implícita–, el "lado bueno" y el "lado malo" en la "batalla" contra el delito, la "necesidad" de (más) cárceles y policía, y las cárceles y la policía como la única salvación para nuestra sociedad.

³⁴ Oslo: Pax Publishers, 1982; también publicado en alemán AG Spak Bücher en München, 1986.

Los políticos y otras personas responsables de la toma de decisiones deben hacer su juego teniendo en cuenta las metáforas creadas por los medios.

Lo que he dicho hasta aquí no es ni nuevo ni original.³⁵ Lo importante es que la resistencia frente al poder de los medios masivos reviste, dentro del contexto occidental, una importancia decisiva. ¿Cómo resistir? La palabra clave es, en noruego, *alternativ offentlighet*; en alemán, *Alternative Öffentlichkeit*; y finalmente, en inglés la frase –mucho más compleja– *alternative public space* (espacio público alternativo).

La clave es contribuir a la creación de un espacio público alternativo, ubicado fuera de la órbita de los medios de comunicación, y especialmente de la televisión, en el cual la argumentación, la crítica bien fundada y el pensamiento basado en principios representen valores predominantes.

Puedo avizorar el desarrollo de un espacio público crítico alternativo, dirigido contra la situación carcelaria u otros temas. Dicho espacio debería contar con tres componentes:

En primer término, liberación de lo que yo llamaría el poder absorbente de los medios masivos. Ya en otras obras me he referido brevemente al tema³⁶: definir la situación que plantea que la existencia de una persona depende del interés que los medios tengan en ella, de la cobertura mediática que le otorguen, en particular la cobertura televisiva.

Sin cobertura televisiva, al guardar silencio los medios, se da por supuesto que no existo, que mi organización no existe, que el encuentro no ha tenido lugar. Al aceptar esa definición de la situación, el agente es ineludiblemente absorbido en la industria del entretenimiento de los medios como única alternativa a la no-existencia, con lo cual el contenido del mensaje del agente se esfuma en aras de su valor como entretenimiento.

³⁵ Así ha sido señalado anteriormente por investigadores de los medios de comunicación, ver, por ejemplo, *Makt og medier* (El poder y los medios), de mi autoría, Oslo: Pax Publishers, 1993.

³⁶ Ver el artículo "Driving Forces Behind Prison Growth: The Mass Media", de mi autoría, en *Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab* Vol. 83, 1996, pp. 133-43.

Probablemente en la sociedad occidental sea imposible abstenerse completamente de la participación en los medios. En ciertas circunstancias decisivas uno se enfrenta al siguiente conflicto: si no digo algo en televisión, otros de la opinión contraria ocuparán ese espacio vacío.

Ciertamente es posible ser muy selectivo y decir "no" a los muchos *talk shows* y "debates" de tipo entretenimiento que saturan varios canales de televisión. Más importante aún, es en verdad posible no permitir que la definición de éxito y existencia de uno dependan de la cobertura de los medios.

El segundo componente es el restablecimiento de la autoestima y del sentimiento de valía por parte de los movimientos de base. No es cierto que los movimientos de base, que subrayan la organización en redes y la solidaridad como base, se hayan extinguido. Lo que ha sucedido es que con el desarrollo de los medios masivos, con la televisión como punta de lanza, estos movimientos han perdido fe en sí mismos.

Un ejemplo importante de la historia noruega reciente ilustra la verdadera vitalidad de los movimientos de base: en 1993, miles de noruegos comunes y corrientes participaron en un amplio movimiento para brindar asilo a largo plazo en las iglesias noruegas de todo el país a los refugiados de Kosovo-Albania. El movimiento finalizó con una victoria parcial, ya que todos los casos de refugiados kosovo-albaneses fueron revisados nuevamente por el Ministerio de Justicia. Este ejemplo sugiere que la solidaridad de base -incluso con grupos "distantes" como el de los refugiados- no se extinguió con la guerra de Vietnam.

El tercer componente es el restablecimiento del sentimiento de responsabilidad por parte de los intelectuales. Pienso en un amplio espectro: artistas, escritores, científicos... y, por cierto, científicos sociales.

Esa responsabilidad debería traducirse, en parte, en una negativa a sumarse al mundo del espectáculo de los medios masivos. Asimismo debería traducirse en una revitalización de la labor artística, la escritura y la investigación, a fin de que ellas tomen como punto de partida los intereses de la gente común.

Este punto no es nuevo, sino que, naturalmente, se remonta a varias décadas en la historia intelectual de Occidente. El área está plagada de conflictos y problemas que, sin embargo, no son insolubles.

En el área de la política penal, hemos intentado plasmar algo de esto en Noruega, a través de la organización KROM, la Asociación Noruega para la Reforma Penal. KROM es un extraño híbrido dentro de las organizaciones, ya que está integrada por intelectuales y muchos presos que comparten una causa común.

Nuestro propósito es crear una *red de opinión e información* que trascienda los límites formales e informales entre los diversos sectores de los sistemas administrativos políticos competentes. Esto se logra organizando anualmente grandes conferencias sobre política penal. Con el fin de ir estableciendo una tradición, tales conferencias se desarrollan en el mismo lugar, un lugar de vacaciones en la montaña, en las afueras de Oslo. Las conferencias cuentan con una amplia participación de toda la gama de profesiones y dependencias inherentes al campo de la política penal, así como de muchos presos. Asimismo se organizan regularmente seminarios y otras actividades.

El fin perseguido es precisamente intentar generar un espacio público alternativo signado por una cultura en la cual la argumentación, la crítica bien fundada y el pensamiento basado en principios sean valores dominantes; un espacio público que, en definitiva, logre competir de alguna manera con el espacio público superficial de los medios de comunicación.

Pero recientemente hemos avanzado un poco más. En dos ocasiones, durante 1999, convocamos alrededor de diez organizaciones del área de las libertades civiles, los derechos humanos, etc., para organizar en forma conjunta grandes encuentros públicos sobre temas de política carcelaria y criminal.

Uno de los encuentros fue organizado sobre el trasfondo de pánico moral general desatado ante los delitos de violencia cometidos por jóvenes, en particular inmigrantes. El pánico fue generado por los medios de comunicación, especialmente la televisión, y luego por los políticos.

Asistieron varios jueces de la Corte Suprema y autoridades carcelarias de alto rango, entre los cientos que participaron del encuentro, en donde se satisfizo claramente la necesidad imperante de apoyar opiniones alternativas entre la audiencia.

Después del evento, varios de ellos me dijeron que antes de la reunión habían tenido una postura crítica en relación con la cobertura de los medios, pero que se habían sentido solos con su crítica, mientras que el encuentro les había infundido una sensación de pertenencia y solidaridad.

Habían descubierto que había otros que compartían la misma opinión crítica, y por lo tanto, no estaban solos. Esto es precisamente lo que significa crear un espacio público alternativo. El encuentro no tuvo cobertura por parte de los medios de comunicación; pero eso no fue impedimento para el entusiasmo: la gente había descubierto que era posible plantear una opinión alternativa, algo que parecía muy lejano antes del encuentro.

El segundo encuentro se celebró inmediatamente antes de las elecciones municipales y estuvo centrado en el (ab)uso de la política delictiva y penal en las campañas electorales. Del mismo participó tanta gente como en el primero, con casi el mismo efecto.

Con el tiempo –y esto es a futuro– sería importante que criminólogos, sociólogos del derecho y otros científicos sociales, así como una amplia gama de profesionales (abogados, docentes, autores, músicos, actores, etc.) desarrollasen mancomunadamente un espacio público de crítica y discusión de los temas altamente inquietantes inherentes al crecimiento de la cárcel.

Los temas bien podrían extenderse a otros aspectos del control social, tales como sistemas nacionales e internacionales de vigilancia por computadora cada vez más sofisticados, que amenazan no sólo a un sector de la población sino, en mayor o menor medida, a todos nosotros.

Ese espacio público existía en la década de 1970. En parte, era fomentado por otros cambios políticos de entonces, pero también fue generado independientemente. Asimismo tuvo un

efecto de retroalimentación sobre –entre otras áreas– los cambios políticos que constituían su contexto.

Este fenómeno podría producirse nuevamente. Ahora bien, ello necesariamente implicaría una participación limitada en el ámbito público de la televisión, pero sobre todo implicaría trabajo público independiente y publicidad a través de los varios canales de comunicación y redes en las cuales están insertos quienes conforman el amplio espectro de profesionales.

El carácter *mancomunado* del esfuerzo probablemente se produciría de manera gradual y a medida que se desarrollase el movimiento. Incluso los medios, entre ellos la televisión, podrían sumarse a dicho movimiento, vueltos cínicamente –como lo están– hacia “donde se encuentra la acción”.

Pero en virtud del papel fundamental que desempeña en la industria del entretenimiento, la televisión es un aliado del cual no hay que fiarse. En efecto, se debe poner mucho cuidado para evitar que el tema de la cárcel –y temas anexos como el desarrollo de un estado vigilante–, se transformen en objeto de un entretenimiento concebido como “forma” más que “fondo”, para utilizar dos frases de la psicología de la *Gestalt*.

El entretenimiento puede ser vía para mayor información y compromiso (me viene a la mente Darío Fo). Con esto no estoy diciendo que la información deba expresarse en términos parcos y aburridos. Pero cuando el entretenimiento en sí mismo se convierte en meta, como ocurre en la industria del entretenimiento, la situación comienza a tornarse peligrosa.

También debemos advertir que un espacio público alternativo del tipo que sugiero tiene una ventaja importante por encima de la televisión y de otros medios de comunicación: estaría basado en las relaciones verdaderas y organizadas entre las personas.

El espacio público de los medios, especialmente la televisión, es débil en el siguiente sentido: es un espacio público desorganizado, fragmentado, atomizado en millones de individuos inconexos –he aquí su verdadero carácter masivo– y también fragmentado en miles de estrellas mediáticas individuales en el cielo de los medios.

Este es el talón de Aquiles del espacio público de los medios, donde podría emerger un espacio público alternativo. Un modelo de tipo político y crítico –inalcanzable en la práctica pero al menos desafiante como ideal– sería el del *espacio público burgués* que se desarrolló en los “salones” y los cafés de Francia e Inglaterra durante el siglo XVIII.

Como lo ha demostrado Jürgen Habermas, este era un espacio público alternativo que finalmente compitió exitosamente con el otrora espléndido espacio de la Corte y el antiguo régimen –y lo neutralizó–, preparando así las bases de la gran Revolución Francesa de 1789.³⁷

Repito que esta es sólo una línea de pensamiento. Obviamente, existen otras. Ninguno de los caminos es suficientemente ancho y llano a la hora de recorrerlo. Permítaseme concluir diciendo lo siguiente: la cárcel en expansión, que amenaza el tejido democrático de nuestra sociedad tal como se nos presenta hoy, constituye un desafío permanente para quienes estamos preocupados, política y/o científicamente, por la sociología del control social en el sentido más amplio de la palabra.

³⁷ Jürgen Habermas: *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Neuwied: Luchterhand, 1962.

INDICE

PRESENTACIÓN.....	7
PRÓLOGO.....	11
PREFACIO A LA PRIMERA EDICIÓN INGLESA.....	29
PREFACIO A LA EDICIÓN EN ESPAÑOL.....	31

CAPÍTULO I

¿ES DEFENDIBLE LA CARCEL?

Un sistema en crecimiento.....	35
<i>¿Por qué este crecimiento?.....</i>	44
<i>¿Una nueva etapa en el uso de la cárcel?.....</i>	47
<i>El propósito del castigo y la organización del libro....</i>	55

CAPÍTULO II

REHABILITACION

El origen de la palabra.....	61
El origen de la ideología.....	64
El contenido de la ideología.....	67
El trabajo.....	68
Escuela.....	71
Influencia moral.....	74
Disciplina.....	76

Conclusiones sobre el pasado y el presente.....	80
<i>Constancia de los componentes principales.....</i>	80
<i>Superioridad de los intereses del sistema.....</i>	83
<i>Neutralización de la rehabilitación.....</i>	89
¿Es defendible la cárcel desde la rehabilitación?...	99

CAPÍTULO III

PREVENCION GENERAL

La prevención general como paradigma.....	101
Resultados de la investigación.....	105
Prevención general como comunicación.....	116
<i>La política de la significación.....</i>	117
<i>El castigo y la significación.....</i>	120
<i>El proceso de comunicación y los resultados de la investigación.....</i>	130
Prevención general y moralidad.....	131
Cuando los defensores se ponen en contra de la prevención general.....	136
¿Es defendible la cárcel desde la prevención general?.....	141

CAPÍTULO IV

OTRAS TEORIAS DE DEFENSA SOCIAL

Otras teorías de prevención especial.....	145
Inhabilitación.....	145
<i>Dos cuestiones básicas.....</i>	146
<i>Variedades concretas.....</i>	151
Disuasión.....	173
¿Es defendible la cárcel desde la inhabilitación y la disuasión individual?.....	176

CAPÍTULO V

JUSTICIA

El círculo de teorías.....	179
La teoría moderna de justicia.....	180
<i>Antiguo y nuevo clasicismo.....</i>	180
<i>La teoría de la justicia de la década de 1980.....</i>	181
¿Está sola la justicia?.....	184
Los límites de la justicia.....	189
<i>¿Qué tipo de justicia?.....</i>	189
<i>El razonamiento y el argumento circular.....</i>	192
<i>Gravedad, objetividad y moralidad.....</i>	197
<i>Severidad y posición privilegiada.....</i>	204
<i>El contenido del encarcelamiento.....</i>	213
¿Es defendible la cárcel en la justicia?.....	219

CAPÍTULO VI

EL FUTURO DEL ENCARCELAMIENTO

La ideología de la cárcel.....	223
El componente de negación.....	226
¿Qué se debe hacer?.....	229
¿Desde dónde?.....	229
¿De qué fuentes del saber?.....	232
¿Mediante qué pasos?.....	255
Conclusión: corto y largo plazo.....	266
APÉNDICE.....	269