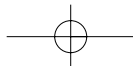
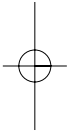
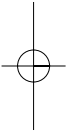


El abolicionismo penal en América Latina



No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.



© 2012 Editores del Puerto s.r.l.
Corrientes 1515 - P. 10 - Of. A
(1042) Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Telefax (54-11) 4372-8969/4375-4209
www.editoresdelpuerto.com
administracion@editoresdelpuerto.com

Impreso en julio de 2012 en
Impresiones Sudamérica.
Andrés Ferreyra 3787.
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Diseño de tapa: Diego Grinbaum

Hecho el depósito de ley 11.723

Libro de edición argentina.

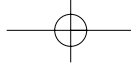
El abolicionismo penal en América Latina :
imaginación no punitiva y militancia /
compilado por Maximiliano E. Postay ; con
prólogo de Eugenio Raúl Zaffaroni. - 1a ed. -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Del
Puerto, 2012.

256 p. ; 22x15 cm.

ISBN 978-987-1397-84-6

1. Derecho Penal. I. Postay, Maximiliano E.,
comp. II. Eugenio Raúl Zaffaroni, prolog.
CDD 345

Fecha de catalogación: 04/07/2012



El abolicionismo penal en América Latina

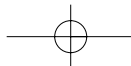
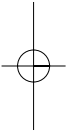
Imaginación no punitiva y militancia

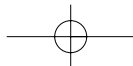
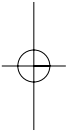
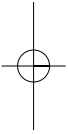
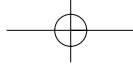
Maximiliano E. Postay

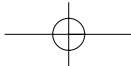
COMPILADOR

PRÓLOGO

E. Raúl Zaffaroni

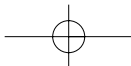
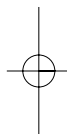
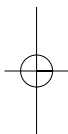


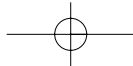




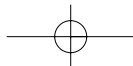
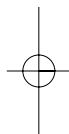
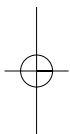
Índice

| | |
|---|----|
| Prólogo | |
| <i>E. Raúl Zaffaroni</i> | I |
| Cero, ladrillo y boxes. Apostillas táctico-estratégicas a modo de introducción | |
| <i>Maximiliano E. Postay</i> | XV |
| Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena | |
| <i>Gabriel Ignacio Anitua</i> | 1 |
| Ensayo sobre un abolicionismo penal | |
| <i>Edson Passetti</i> | 19 |
| Abolicionismo penal latinoamericano. La “no pena” regionalmente contextualizada. ¿Realismo marginal o utopía de la utopía? | |
| <i>Keymer Ávila y Maximiliano E. Postay</i> | 43 |
| La efectivización de los derechos fundamentales, la profundización de la democracia y la consecuente abolición del sistema penal | |
| <i>Maria Lucia Karam</i> | 59 |
| El abolicionismo penal como aproximación a un modelo de ciencia social integrada | |
| <i>Mauro Lopardo y Pablo Rovatti</i> | 71 |
| En busca de una sensata cantidad de abolicionismo: de la conciencia política al desarrollo académico | |
| <i>Matías Bailone</i> | 85 |





| | |
|--|-----|
| Un sistema penal alternativo. Hacia la abolición de la violencia institucional <i>Eleonora Devoto y Mario Alberto Juliano</i> | 109 |
| Nueva mirada crítica sobre el origen, expansión y permanencia de las penas de encierro. Garantismo y minimalismo penales como tácticas de una estrategia abolicionista <i>Luis Fernando Niño</i> | 117 |
| La culpabilidad compartida como principio mitigador de la ausencia de efectivización de los derechos humanos fundamentales <i>Cláudio Alberto Gabriel Guimarães</i> | 129 |
| Reducción de daños y descriminalización: el caso del tráfico de drogas ilícitas <i>Damián Zaitch</i> | 145 |
| La mediatización del encierro. Un análisis de la justificación de la cárcel en los medios y una propuesta para salir del silencio <i>María Ximena Martel y María Florencia Pérez Lalli</i> | 175 |
| Más allá del sistema penal: rescatando propuestas anarquistas de la España entre siglos (XIX-XX) <i>Alejandro Forero Cuéllar</i> | 195 |
| El sol brilla a través de esos cuerpos. Tortura, aprisionamiento y policía de la sensibilidad <i>Claudio Martyniuk</i> | 209 |



Prólogo

E. Raúl Zaffaroni

I. Una luz en la noche

En América Latina existen las *maras* centroamericanas, las decenas de miles de muertos mexicanos decapitados y castrados en la competencia por alcanzar el mayor mercado consumidor de cocaína, algún que otro *escuadrón de la muerte*, ejecuciones, torturas y violencias policiales, creciente número de presos en prisiones superpobladas, el más alto índice de homicidios y suicidios en esas cárceles, y algunas otras crueldades no menores.

En Europa se avecinan tiempos difíciles; el desempleo y la caída abrupta de niveles de vida nunca son socialmente gratuitos en sociedades de bienestar. No es arriesgado vaticinar un crecimiento de violencia marginal, aumento de hechos aberrantes de *border lines*, brotes extremistas con politicastros oportunistas, aparentemente ridículos -como lo era un charlatán de cervecería hace ochenta años-, que se montarán sobre esa realidad violenta que aturdirá a todas las poblaciones castigadas y en especial a las amplísimas clases medias anómicas.

Estados Unidos no parece cejar en su política de prisionización masiva de afroamericanos y latinos ni en la consiguiente publicidad de su empresa modeladora de una sociedad neostalinista en que manden las corporaciones y el Estado se reduzca a garantizarles su poder y a amedrentar a los molestos y excluidos.

Europa del Este, en especial Rusia, no muestran un panorama mucho mejor, sigue a los Estados Unidos en su empeño de creciente prisionización. China como potencia emergente ejecuta penas de muerte fusilando en los estadios de fútbol y ante las cámaras de televisión. África se debate en el olvido del mundo, que sólo la recuerda para venderle armas para sus sangrientas guerras o para esquilmarle sus recursos naturales, explotando conflictos interétnicos generados por la arbitraria división política impuesta por el neocolonialismo de fines del siglo XIX.

Además, desde hace cuarenta años somos cada vez más conscientes de que el marco general de estos escenarios es un deterioro progresivo y acelerado de las condiciones de vida humana en el planeta. Sabemos que los niveles de vida de las regiones hasta ahora más favo-

recidas no podrían extenderse a toda la humanidad con el actual sistema de producción y las mismas fuentes energéticas sin agotar ese proceso.

En tanto el mundo se ha poblado de infinitos televisores desde los cuales se grita que la peor amenaza que pesa sobre nosotros es la delincuencia común de los marginales, sin importar si ésta está o no extendida, y desde sus pantallas braman comunicadores en actitud compungida, informadores indignados, niñas amedrentadas y víctimas seleccionadas clamando mayor control policial, penas y venganza, muchísima venganza.

Por cierto, un libro colectivo sobre abolicionismo en el mundo actual es una verdadera luz de esperanza en medio de una alunar noche tormentosa. Muchos lo despreciarán de diversas maneras, pero algunos *pensarán* y discutirán, y esto será lo importante.

II. El banco de prueba

Todo planteamiento radical, que ponga en cuestión lo que hasta ese momento se dio por cierto y que replantee las preguntas fundamentales, es el banco de prueba de cualquier ciencia o saber humano, lo que además prueba su vitalidad, al promover nuevos paradigmas científicos. Este es el significado profundo que tiene el abolicionismo para el saber jurídico penal.

Frente a toda vuelta a las preguntas fundamentales –u originarias–, en cualquier ciencia, hay dos reacciones: una que por *soberbia* y *la indiferencia* pierde la oportunidad de hacer avanzar a la ciencia, despreciando o estigmatizando el desafío con los marbetes más diversos; otra que se hace cargo del replanteo y asume la responsabilidad de la *discusión* y *el diálogo*. La *soberbia* hace un flaco favor a la ciencia, pues deja debilitadas sus bases al no proporcionar respuesta a su cuestionamiento; sus paradigmas persisten pero enflaquecidos, consumiéndose en la tisis de reiteración que los vacía de contenido. La discusión y el diálogo constituyen la única posibilidad de reforzar la validez de la ciencia mediante la respuesta al cuestionamiento básico.

III. El panfletarismo autoritario

Al margen y totalmente por fuera de las reacciones teóricas y científicas, todo cuestionamiento que retoma las preguntas fundamentales y cuestiona las respuestas dadas por ciertas hasta ese momento, provoca casi automáticamente una grosera deformación por parte de los representantes de las ideologías más extremadamente reaccionarias,

para descalificar la mera tentativa de cuestionar, es decir, la esencia misma del pensar.

Esta reacción panfletaria no entra a la cuestión, sino que directamente pretende amordazar a la voz cuestionante, haciéndolo con tal virulencia que detrás de su discurso se vislumbra siempre la amenaza de la represión física, que por circunstancias ajenas a su voluntad no puede materializar.

Se trata de descalificaciones que operan como *elementos autoritarios que cierran el discurso*. Esto ha sucedido con el existencialismo, la fenomenología, la propia teoría sociológica, etc. y, como no podía ser de otro modo, también con el abolicionismo.

No perderemos mucho tiempo en esta publicidad desleal, limitándonos a señalar –por si a alguien interesa– que la muestra más panfletaria, intelectualmente deshonesto e irresponsable puede hallarse en un artículo de Mariano Grondona publicado en el matutino argentino *La Nación* el 18 de marzo de 2012, con el absurdo título *Los jueces los liberan y ellos vuelven a matar*.

Como suele suceder con este *opinador* que siempre se coloca angelicalmente en el *justo medio aristotélico* para disfrazarse de *prudente*, pretende que hay un derecho penal de *mano dura* y otro *liberal*, pero se inventa un tercero, pretendidamente *abolicionista*, que atribuye a Michel Foucault, y que incitaría a los jueces a liberar o absolver a todos los homicidas y violadores seriales para que sigan matando y violando.

En principio, es sabido que Foucault fue un autor muy difícil de encasillar y, si bien no faltan abolicionistas que lo cuentan de su lado, nunca se manifestó como tal y, además, pueden discutirse todas sus ideas, pero en ninguna parte de sus extensos escritos jamás se hallarán propuestas de semejantes disparates. Tampoco, hasta donde he leído, han sido postulados por ningún abolicionista de cierto nivel, como Hulsman, Christie, Mathiesen o cualquiera de los otros mencionados en los artículos aquí recopilados.

Lo que el escritor oculta bajo su ignorancia o mala fe es que hay un derecho penal *autoritario* y otro *liberal* y, lo que postula, es la abierta defensa del primero. Creo que no vale la pena detenerse en estos lamentables balbuceos que me resisto a llamar de *derecha* –para evitar ofender a nadie de derecha–, pues responden a intereses corporativos debilitados, no tanto en cuanto al poder que detentan como mentalmente.

IV. La indiferencia científica

La reacción indiferente en el ámbito realmente académico y científico proviene de quienes construyen el saber jurídico penal como un sistema que procura cerrarse a cualquier dato de la realidad del mundo.

En la posguerra y como resultado del pánico generado por las atrocidades vividas y la falta de garantías en el derecho positivo respecto de su posible evitación futura, hubo en todo el mundo, pero especialmente en Alemania, fuente de nuestra dogmática jurídico-penal, un movimiento de regreso al jusnaturalismo de todas las vertientes conocidas.

Desde una posición muy limitada en referencia al pensamiento de la *Natur der Sache*, Hans Welzel entreabrió la ventana al mundo con su teoría de las *sachlogischen Strukturen*, aunque en su obra se percibe un notorio corte entre la teoría del delito y la de la pena: nunca la aplicó más allá de la teoría del delito; jamás la llevó a la teoría de sus consecuencias punitivas.

En efecto: el desarrollo de las penas en Welzel es completamente tradicional y hasta repetitivo, no difiere en nada al de sus oponentes y arrastra todos los elementos ambivalentes de la preguerra, de los que se valieron Dahm y Schaffstein para demoler los límites liberales en los años treinta.

Era claro que en cuanto la teoría de las estructuras lógico-reales se aplicase a la teoría de la pena, por la ventana que abrió Welzel penetraría un tornado que volaría los papeles más vetustos y gastados. El temor que esto generaba no se hizo manifiesto en Alemania, pero muy lejos, aquí en el extremo sur de América del Sur, algunos lo advirtieron y aviesamente calificaron al finalismo de Welzel como *marxista* y *subversivo*, lo que por cierto desconcertaba a los alemanes, que sabían que Welzel era un demócrata cristiano conservador, muy a la altura de la República Federal de los tiempos de Konrad Adenauer.

En nuestro país, los más inteligentes intrigantes no lo manifestaban en voz alta, pero aprovechando la circunstancia de que algunos teóricos exiliados por la dictadura cívico-militar compartían la visión welzeliana, enviaban a algún amanuense de inferior calidad a repartir panfletos por los juzgados penales de la Capital difundiendo esa bajeza, en tiempos en que la imputación podía poner en serio peligro de libertad, la integridad física e incluso la vida.

Alguien menos inteligente, desde la otra orilla del Río de la Plata, lo escribió, lo que le valió el título de Doctor *honoris causa -de facto-* de la Universidad de Buenos Aires, convenientemente intervenida y con todos nosotros fuera de sus claustros.

Lo cierto es que desde la sociología y la criminología de la reacción social se aproximaba el riesgo del vendaval realista que amenazaba al neokantismo disociante que hasta ese momento ofrecía el cómodo refugio de un mundo inventado dentro de la *Kulturwissenschaft*, del que Welzel tampoco había salido cuando debió tratar la pena.

Obviamente que en Alemania se percibió este riesgo y, sin que nadie incurriese en los desatinos de nuestro cono sur, decidieron cerrar cuidadosamente la ventana. Por eso, el aire fresco del realismo duró poco, pues de inmediato el saber jurídico penal volvió a encapsularse mediante la renovación de las construcciones más o menos neokantianas y similares.

La clave de este encapsulamiento consiste en reforzar la equivalencia entre el *ser* y el *deber ser* de la pena, alejar cualquier posibilidad de distinguirlo: para el derecho penal tradicional la pena *es* lo que *debe ser*, aunque *no lo sea ni pueda serlo*. Pocas veces se ha visto mayor autoritarismo discursivo sostenido a lo largo de tanto tiempo y atento a clausurar prestamente las menores filtraciones del mundo real.

Más aún, el derecho penal creó una *sociedad* inventada por él mismo y, en consecuencia, una *política criminal falsa*, que sólo opera del modo que el derecho penal lo pretende dentro de esa sociedad que no existe. Así, el derecho penal *protege, tutela, evita, promueve, fomenta, reduce, provee*, todo en esa sociedad construida *normativamente*, sin que importe si el poder punitivo que habilita se ejerza o no se ejerza y con ello *desproteja, deje indefenso, cause, no promueva ni fomente nada o todo lo contrario*, en la sociedad real en la que vivimos los mortales, que para no rompernos los huesos no intentamos sentarnos en las abstractas sillas de las aceras del imaginario mundo normativo.

No obstante, desde los años treinta un sector de la ciencia penal –ahora renovado hasta hacer casi irreconocibles sus características originarias– ha intentado dar una nueva vuelta de tuerca para remachar la clausura del discurso, que es la pretensión de construir todo el derecho como un sistema cerrado en sí mismo, *autopoiético*, superpuesto a la sociedad o diferente de ella, pero que abarca al propio Estado, y que sólo puede generar nuevos elementos a partir de sí mismo, sin admitir nada que provenga del *ambiente*, es decir, de fuera del sistema. Se trata de la más acabada expresión de distanciamiento del mundo real, cuya *perfección constructiva interna* subyuga a quienes consideran que éste es el máximo valor de la ciencia jurídica.

Por estos caminos transita la indiferencia no sólo frente al abolicionismo, sino también ante la criminología de la reacción social en todo su conjunto, cuando se proclama que cualquier dato empírico es ajeno o no interesa al campo de la ciencia jurídica, como si ésta no

proyectase jurisprudencia que se traduce en actos de poder público en el mundo real.

V. El derecho penal liberal no tolera un mundo inventado

Por un camino completamente diferente transita la sociología que desde la escuela de Chicago de los años veinte del siglo pasado demuestra que el mundo real no tiene nada que ver con el imaginario mundo normativo. El poder punitivo, ejercido por las agencias policiales en todo el mundo, aparece a la luz de los datos sociales como selectivo, compartimentalizado, frecuentemente reproductor, corruptible, impotente frente a fenómenos violentos graves y protagonista de las peores masacres de la historia de los últimos cien años, siendo además sospechado de que no se interesa tanto por sus fines manifiestos, sino por su forma controladora de ejercicio del poder.

Si bien esto permitió que surgiese una criminología *radical* de matriz marxista, en modo alguno es menester tomar partido por esta posición para verificar el funcionamiento real del poder punitivo, pues éste fue suficientemente esclarecido por la llamada *criminología liberal* fundada en sociólogos o criminólogos de tradición clásica, como sistémicos moderados, subculturalistas, fenomenólogos, conflictivistas, etc. Bien puede afirmarse que *toda la sociología desmiente que el poder punitivo y el mundo sean y funcionen como lo sueñan las construcciones de los penalistas*.

Esto es sumamente grave para el penalismo y en especial para el penalismo liberal, o sea, no autoritario, que siempre ha luchado por contener los avances del Estado sobre la dignidad del ser humano, cuyas raíces provienen del Iluminismo y de las revoluciones del siglo XVIII.

Ese penalismo se desarrolla en estados constitucionales de derecho, en los cuales rigen *principios* que están establecidos en las constituciones y en el derecho internacional, que –como es sabido– no se realizan automáticamente y que en ningún caso están agotados en la realidad del ejercicio del poder punitivo, sino que reconocen estándares que constantemente deben progresar o avanzar hacia una mayor realización. Estos avances no pueden constatarse sin el recurso de los datos de la realidad social.

Un Estado de policía, un *Estado total*, en que la legalidad fuese la expresión de la voluntad del poder –como el estado *fascista*– puede manejarse con un derecho que se agota en su coherencia interna, porque ésta representa el valor máximo de la expresión no contradictoria de la voluntad estatal.

Un derecho penal autoritario diferente, que se haga depender de un sistema que pretende expresar la voluntad comunitaria total y que incluye al Estado sólo como un instrumento del sistema, no necesita de la legalidad, sino del intérprete de la voluntad de la comunidad; su coherencia se alcanza sólo con la integración analógica que el juez hace en supuesta consulta con ella, como sucedía en el derecho penal nacionalsocialista o estalinista.

Pero la coherencia o la no contradicción, si bien es un valor importante –pues hace a la racionalidad republicana– no es el máximo valor en un derecho penal liberal, que ante todo debe impulsar la realización efectiva (en la realidad del mundo) de los principios siempre incompletos que se derivan de la constitución y del derecho internacional (como leyes supremas), pues de lo contrario traicionaría su principal objetivo.

Frente a la enorme distancia que separa la realidad del ejercicio del poder punitivo (mostrada por la sociología) y lo que el derecho penal imagina que sucede en el mundo por él creado (la política criminal decidida sobre la base de puros datos *normativos*), el abolicionismo se pregunta: ¿Por qué no abolir el poder punitivo? ¿Por qué no reemplazarlo por otras formas de verdadera solución de los conflictos?

Si realmente desde el penalismo liberal pretendemos responder a estas cuestiones, nos es menester preguntarnos, frente a la realidad del poder punitivo en el mundo, si hemos fracasado; si nuestra empresa largamente bicentenaria no ha servido para nada; si lo que hacemos todos los días no es más que legitimar un poder punitivo potencialmente genocida; si todas nuestras construcciones teóricas sofisticadas no son más que discursos legitimantes de ese poder; si en definitiva, con nuestras limitaciones no hemos hecho otra cosa que dejar andar gratuitamente al poder punitivo, maquillarlo, para que en cualquier momento se deshaga de nosotros, de nuestros libros y teorías y acabe en una matanza.

Estos son los interrogantes con que nos desafía el abolicionismo penal. De no enfrentarlos y respondemos, corremos el serio riesgo de que el silencio suene a asentimiento o al menos deje flotando una duda eterna sobre el valor de nuestro empeño y el de los propios padres liberales de nuestro saber, lo que hubiese dado inmenso placer a Edmund Burke, a Louis de Bonald o a Joseph de Maistre.

Las respuestas no son sencillas, no vale una simple negación, cuando es obvio que muchas de nuestras construcciones se han revertido y han servido para legitimar el ejercicio de poderes punitivos franca e incuestionablemente genocidas, como sucedió con el debate penal

alemán de tiempos del nacionalsocialismo, en que tanto el neokantismo como la ideología lisztiana de la *pena fin*, al par de brotes hegelianos e innovaciones sistémicas, fueron empleados para legitimar la interpretación de una legislación terrorista. Tampoco puede negarse que en el fondo del derecho penal fascista existe una notoria compatibilidad con el normativismo positivista bindigniano.

Si desde el saber jurídico-penal liberal pretendemos dar una respuesta válida en una discusión sincera y abierta con el abolicionismo, debemos repreguntarnos desde la base y hallar las respuestas adecuadas desde un paradigma parcial o totalmente diferente, desde un replanteo de la cuestión de fondo.

VI. No es inútil lo que el derecho penal liberal ha hecho

En principio, no es razonable afirmar que el derecho penal liberal haya sido inútil. Más bien eso parece ser una afirmación de las tesis que renuevan el más oscuro tono reaccionario que sataniza la Revolución Francesa y todo el racionalismo del siglo XVIII, que si bien no fue inmaculado y perfecto, abrió las puertas a una reconsideración profunda de la dignidad humana.

Afirmar lo contrario equivale a decir que ni siquiera nos aportó una *mala conciencia* acerca de la realidad del poder punitivo. Al menos nadie se anima hoy a postular el restablecimiento de la tortura ni de la esclavitud, aunque no hayan desaparecido por completo del mundo y aunque sobreviva la llamada pena de muerte en algún gran país dominado por el sentimiento colectivo de venganza mediáticamente alimentado.

El derecho penal liberal es inseparable de la noción de *Estado de derecho*, conforme al principio de igualdad ante la ley y de respeto a las diferencias. Si bien los *Estados de policía* no han desaparecido y sus pulsiones se hacen sentir por doquier, el bagaje de ideas cuyo fondo proviene del siglo XVIII nos proporciona las armas ideológicas para su contención. Nuestras garantías constitucionales e internacionales no arrancaron desde otra fuente.

No debemos creer que las ideas que levantaron vuelo en el siglo XVIII se realizan plenamente en el mundo real, pues todos sus avances son contenciones de permanentes pulsiones de fuerzas que pugnan por imponer estados de policía mediante la extensión del poder punitivo como instrumento de verticalización arbitraria de sometimiento al que *manda*. Esas pulsiones y supervivencias lejos de probar el fracaso o la inutilidad del derecho penal liberal, son claras muestras de su vigencia e importancia.

Si en el mundo sobreviven aberraciones punitivas y se producen masacres en manos de agencias del sistema penal, no sólo cabe imaginar las que tendrían lugar si no existiesen las garantías normadas y, aún más, ni siquiera tendríamos conciencia de su propia naturaleza sin el arsenal conceptual que arrancó en el siglo XVIII.

Por supuesto que en nuestra civilización subsiste la *venganza* y sobre ella se montan todos los impulsos punitivos contra los límites del Estado de derecho. No puede ser de otro modo, porque nuestra civilización industrial y posindustrial se asienta sobre una idea lineal del tiempo que condiciona los sentimientos vindicativos, hábilmente explotados por todos los autoritarismos. No nos cansaremos de repetir la famosa afirmación de Nietzsche: *la venganza es venganza contra el tiempo*.

La venganza es parte de esta civilización y el aparato punitivo no hace más que canalizarla en la medida de lo posible. Es el instrumento de que se vale una civilización que no puede eliminar a la venganza, para canalizarla. Por ende, por más que no puede negarse que el abolicionismo lleva razón en cuanto a la irracionalidad del poder punitivo, no es posible afirmar que su corolario sea su eliminación en forma inmediata, pues para ello habría que eliminar antes la razón de su existencia en nuestra civilización, que es la venganza, lo que a su vez requeriría alterar la noción de tiempo lineal en que ella se asienta.

Por supuesto que aprovechando las pulsiones de venganza el poder punitivo cumple otras funciones (jerarquización, privilegios, verticalización, contención de la exclusión, indemnidades, etc.) y que todo esto tiene una dimensión política y económica enorme que en modo alguno pasamos por alto, pero aún cancelando o reduciendo todos estos factores que lo sustentan, no podríamos eliminarlo dentro de nuestra civilización sin que eclosionara la venganza fuera de todo dique.

El abolicionismo nos demuestra que el poder punitivo es irracional, porque no resuelve los conflictos (dado que una parte del conflicto está excluida del modelo), por lo que no es más que un instrumento de verticalización social, pero con ello no nos muestra cómo eliminarlo. La razón es que si el poder punitivo canaliza la venganza, sería imposible hacerlo sin antes eliminar a ésta y, por cierto, esa eliminación exigiría un profundo cambio civilizatorio que, naturalmente, no pueden protagonizar el derecho penal ni los penalistas ni los jueces.

En tanto no se produzca este cambio social, cultural y civilizatorio tan profundo como aparentemente lejano, el derecho penal liberal ha servido –y sirve– para contener a la venganza y a quienes la manipulan en su beneficio; su pretendida inutilidad sólo puede ser alegada por estos últimos, que a veces logran confundir a otros.

VII. El error táctico del liberalismo penal

El reiterado fracaso de la ciencia penal en la construcción de una teoría *racional* de la pena obedece a que nunca puede pretenderse una *racionalidad de la venganza*, pues ésta es por esencia irracional. Ante la venganza es –o puede ser– racional su contención, su limitación, su canalización, pero nunca la venganza misma. Esta confusión abrió el camino a la construcción del mundo artificial normativo, pues sólo allí la pena alcanzaría legitimidad racional, si fuese como *debe ser*, es decir, si fuese como en el mundo real *casi nunca es ni puede llegar a ser*.

El derecho penal liberal, en su afán por limitar el ejercicio del poder punitivo, tomó un camino que facilitó esta escisión del mundo, pues desde sus padres fundadores ensayó la táctica de distinguir entre un poder punitivo *racional y admisible* y otro *irracional e inadmisibile*. Para eso justificó al primero mediante las *teorías legitimantes de la pena* en todas sus variantes clasificatorias (prevención general y especial, positiva y negativa, retribución, etc.).

El derecho penal liberal cometió un largo error táctico, pues no se percató de que al legitimar una porción del poder punitivo para deslegitimar al resto, dejaba abierta la puerta para que, por cada uno de sus ensayos legitimantes, se pudiese racionalizar cualquier extensión arbitraria y masacradora del poder punitivo.

Ese fue el talón de Aquiles que el derecho penal liberal legó al Estado de derecho, pues la historia ha demostrado que todos los argumentos parcialmente legitimantes del poder punitivo pueden revertirse para extenderlo a cualquier atrocidad. La prueba más acabada de este aserto –como hemos señalado antes– se encuentra en el olvidado debate alemán acerca de la mejor interpretación de la legislación penal nazista entre 1933 y 1945. En el plano teórico, el abolicionismo nos desafía mostrándonos que todas esas legitimaciones parciales son falsas, que nunca el poder punitivo es del todo racional.

El diálogo con el abolicionismo hace temblar a muchos autores que siendo liberales, prefieren ignorarlo o estigmatizarlo, porque están convencidos de que la deslegitimación de todo el poder punitivo les destruye el principal instrumento de su contención, que creen que se halla precisamente en su legitimación parcial, creencia que en modo alguno es gratuita, pues carga una tradición táctica de siglos.

En este sentido el abolicionismo cumple la función de conmover las bases de la táctica de contención que el derecho penal liberal viene sosteniendo desde hace más de dos siglos. No pocos son quienes ven en esto una amenaza al derecho penal liberal, considerando que al dejarlo huérfano de sustento táctico condicionan su irremediable quiebra.

A eso se debe que el abolicionismo sea despreciado por parte de cultores sinceros del derecho penal liberal, pero el desprecio y la indiferencia no son respuestas, sino actitudes y, en el fondo, mecanismos de huida o evasiones. No confronta el que huye por cualquier atajo, incluyendo la negación. El abolicionismo exige una respuesta del derecho penal liberal, pues aunque el prestigio académico cubra las negaciones con citas de autoridad, lo cierto es que si éste no responde en serio y en un diálogo razonable, no hará más que debilitarse.

El derecho penal liberal no consiste en una mera táctica de contención, por mucho que se haya servido de ella por más de dos siglos. No puede confundirse una táctica con la esencia de su objetivo estratégico; *la esencia del derecho penal liberal es la contención misma del poder punitivo y no tal o cual táctica empleada con ese propósito.*

VIII. Hacia una renovación táctica del liberalismo penal

Si partimos de la última afirmación, es decir, del reconocimiento de que el derecho penal liberal es un elemento indispensable del Estado de derecho, que sirve para contener los avances masacradores de los Estados de policía y, por otra parte, verificamos que la legitimación parcial del poder punitivo ha fracasado en este intento, porque toda legitimación encierra un argumento reversible a favor de un derecho penal autoritario y aún totalitario, es obvio que nos hallamos ante un gravísimo error táctico.

El abolicionismo nos plantea la gravedad de nuestro error táctico al revelarnos por vía teórica lo que la historia nos ha demostrado por experiencia: ninguna legitimación del poder punitivo es posible en términos racionales. En el fondo del poder punitivo se halla la venganza y ésta nunca puede ser racional.

El abolicionismo va más allá: propone una sociedad sin poder punitivo. El derecho penal liberal no puede entrar en esta discusión, porque ella no es *penal ni criminológica*. Cualquiera sea la posición que se sostenga al respecto, lo cierto es que nos propone directamente un modelo cultural, civilizatorio, completamente diferente al del mundo en que vivimos. Por deseable que nos parezca ese modelo propuesto –y aclarando que son varios dentro del propio abolicionismo–, no será tarea de penalistas llevar a cabo semejante cambio. La discusión a este respecto, por cierto, no está para nada privada de interés, pero nadie puede afirmar seriamente que se trata de una cuestión penal o criminológica, cuando lo que se cuestiona es la civilización industrial misma.

Por deseable que fuese una sociedad sin poder punitivo (como lo sería una sin guerras o sin conflictos violentos), lo cierto es que en

tanto las fuerzas sociales dinamicen al mundo en ese sentido, el derecho penal liberal debe proveer a la contención del poder punitivo que existe y que no desaparece porque lo deslegitimemos en nuestros escritos, entre otras cosas porque esa contención es indispensable para posibilitar los espacios sociales necesarios para cualquier dinámica social y cultural progresista.

Esta función de contención del poder punitivo, de acotamiento jurídico, que a la vez es de apuntalamiento del Estado de derecho, es comprensible y racional y, en definitiva, tampoco es discutida por ningún abolicionista.

Para llevar a cabo la programación del poder jurídico de contención y acotamiento del poder punitivo, el derecho penal liberal no necesita legitimarlo parcialmente, sino agotar sus posibilidades. El poder punitivo existe, sea que lo legitimemos o deslegitimemos; es un *factum*, un hecho de la realidad, allí está, pese a los libros abolicionistas, y seguirá estando por lo menos hasta el día hoy muy lejano en que la sociedad experimente un cambio muy profundo.

La misión racional del derecho penal es respetar la naturaleza de las cosas, constatar su presencia y medir sus posibilidades de contención para administrarlas racionalmente y agotarlas. *Esto no legitimará al poder punitivo que no sea posible ni exigible que el derecho penal liberal contenga, sino que legitimará al derecho penal liberal que programa la contención jurídica optimizando su eficacia limitadora.* Racional y legitimado será el derecho penal, no el poder punitivo que limita.

Se objetará que de este modo se renuncia a establecer un límite fijo entre el poder punitivo que debe contenerse y el que se deja correr. En efecto: ese límite dependerá de la distancia entre el estado de derecho histórico y la figura ideal de esta forma de estado, que siempre será dinámica y cambiante.

Como hemos dicho antes, los principios limitadores –como principios que son– no están nunca absolutamente realizados, sino que responden a estándares de realización que el Estado de derecho debe impulsar progresivamente, venciendo las pulsiones del Estado de policía que yace en su propio interior. Más bien es menester garantizar su *no regresión*.

El derecho penal liberal ha pasado más de doscientos años tratando de legitimar *algo* de poder punitivo en busca de ese límite fijo que, claramente no existe, pues depende siempre de la esencia dinámica del poder; la confrontación permanente entre las pulsiones hacia los Estados de policía y las contrapulsiones del Estado de derecho son cuestiones de poder que, sin duda, siempre serán dinámicas. No se puede parar el movimiento del mundo, con sus marchas y contramar-

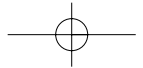
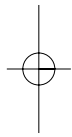
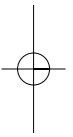
chas. El mundo (real) es heraclitiano, a diferencia del imaginado por los penalistas, que gustan soñar mundos parmenídeos.

IX. Síntesis

En conclusión, desde el derecho penal de garantías o liberal, como elemento consustancial al Estado de derecho, debemos agradecer al abolicionismo el desafío que nos revela un enorme y muy antiguo error táctico: no debemos legitimar en ninguna medida al poder punitivo; llevan razón los abolicionistas acerca de su esencial irracionalidad; lo que debemos legitimar es la función misma de programación limitadora que lleva a cabo el derecho penal. Esta legitimación proviene de la constatación de que el poder punitivo, carente de esa contención jurídica limitadora, acaba con el Estado de derecho y desemboca en masacres y genocidios.

Sobre esta base, mucho más sólida que las titubeantes legitimaciones parciales de las gastadas y reiteradas *teorías de la pena*, será posible refundar un derecho penal liberal mucho más invulnerable a las reversiones y manipulaciones perversas de los discursos autoritarios.

Facultad de Derecho,
Universidad de Buenos Aires
Junio de 2012



Cero, ladrillo y boxes. Apostillas táctico-estratégicas a modo de introducción

Maximiliano E. Postay

I. Necesidad

El abolicionismo penal es la única corriente político-criminológica capaz de cuestionar el sistema penal en su conjunto al extremo de plantear como alternativa deseable su eventual desaparición. Su fuerza conceptual, a raíz de ello, es incuestionable. Tanto como idea, discurso, praxis o movimiento la presencia del abolicionismo penal en el escenario (político, académico, militante, social, etc.) en el cual se discute activamente la mentada “cuestión criminal” resulta fundamental.

Para el abolicionismo penal no basta luchar por mejorar las condiciones de detención, tampoco reivindicar derechos individuales de las personas en contextos de encierro y mucho menos, sugerir las bondades parciales del ejercicio punitivo. El abolicionismo penal no es derecho penal mínimo, realismo de izquierda, criminología cultural o garantismo. Con esto no descubro nada.

Su impronta radical obliga siempre a ir por más, si de cambiar la realidad adversa del sistema penal se trata. Su lógica impone no conformarse con meros parches ni permitir –bajo ningún punto de vista– que eventuales interlocutores sugieran –siquiera– que con que los presos trabajen, estudien o participen de alguna actividad festiva, las cárceles sean más lujosas o el código penal más pequeño, la problemática estructural que nos aqueja se soluciona de un momento a otro.

Necesitamos hablar de abolicionismo penal. Necesitamos discutirlo, jerarquizarlo, posicionarlo. Formular como hipótesis –materialmente posible, por más lejana que hoy resulte– habitar un planeta sin la barbarie punitiva de la cual día tras día somos testigos. Es hora de darle cabida al imaginario de “la no pena”. Ante el contundente fracaso del sistema penal y la debilidad manifiesta de las posturas críticas que desde antaño intentan cuestionarlo, el abolicionismo penal merece mayor atención de la que actualmente tiene.

II. Coyuntura

Pero ¿por qué el abolicionismo penal es hoy una postura político-criminológica completamente invisibilizada? Se me ocurren dos posibles causas y/o respuestas. Una exógena y otra endógena.

En primer término vale decir que la coyuntura política, económica, social y cultural durante las últimas décadas ha sido completamente hostil para su desarrollo. Desde *izquierdas* y *derechas* parecería justificarse todo si de *sistema penal* se trata. Da lo mismo ser progresista que ultraconservador. El sistema penal está siempre presente en casi todos los discursos, como si su ausencia trajera consigo el *Apocalipsis* o el *fin del mundo* pronosticado alguna vez por Nostradamus, los mayas u Orson Welles. Para perseguir “trapitos” o feroces asesinos, para castrar violadores o para encerrar *con los pobres* a los multimillonarios “delincuentes” de cuello blanco.

De la derecha tradicional, “statuquista”, alérgica a cualquier medida política o social que permita vislumbrar, aunque sea remotamente, sutiles indicios de verdaderas transformaciones estructurales poco puede sorprender. Cómodos con su histórica posición de privilegio no hacen otra cosa que adorar la inacción vegetal promovida sistemáticamente por sus eternos íconos referenciales: Dios, el Mercado, el Campo –especialmente en nuestro margen latinoamericano–, el Ejército y, de veinte años a esta parte, la tan venerada “Seguridad”, *derecho humano* al que los estadistas de la administración/gestión –antipolítica y antiideología– suelen echar mano con admirable ímpetu en cada una de sus campañas electorales, digitadas sabiamente por multinacionales *genios* del marketing, especialistas en el arte de *vender humo* a precios considerablemente altos.

Con la izquierda heterodoxa –*revolucionaria* discursivamente y completamente alejada, al menos en principio, de los viejos estándares autoritarios de la Unión Soviética–, humanista y concienzudamente preocupada por la “cuestión social” la historia es otra. Desde allí se *adora* el sistema penal de una manera hartamente contradictoria. Ya no están en juego *posiciones de privilegio*, poder o tradiciones pacatas, plagadas de doble moral e hipocresía; sino desajustes conceptuales imperdonables. Sólo eso.

Veámoslo desde un ejemplo: se cuestiona el poder político, se denuncia su corrupción y hasta se pide que cada uno de los “representantes del pueblo” deje su cargo. Se alienta la asamblea vecinal, la autogestión y la participación popular, pero *así y todo* el destino de los “políticos traidores” debe ser la cárcel. ¿Cómo? Sí, la cárcel. Esa misma cárcel que representa el bastión más despiadado que el sistema que repudian utiliza para silenciarlos una y otra vez. Inexplicable pero cierto.

Se puede estar de acuerdo con el matrimonio igualitario, pedir abiertamente que las parejas homosexuales puedan adoptar, se puede solicitar la legalización total de drogas duras y blandas, se puede

pedirle a la Iglesia que trate de meterse menos en cuestiones emparentadas a la educación sexual de nuestros hijos o hasta sugerir la legalización del aborto. Se puede ser ecologista, ir en contra de los oligopolios mediáticos, luchar por los derechos de los animales, pero jamás ir hasta la raíz del asunto y cuestionar integralmente este sistema penal tan nauseabundo, inútil y aberrante. ¿Abolicionismo? No. De abolir el sistema ni hablar. “¿Qué haremos con nuestros enemigos?” se preguntan unos y otros, evidenciando –para mi total decepción– escasas porciones de materia gris.

III. Autocrítica

Pero no todo es absoluta responsabilidad de la estructura circundante. No obstante llevarse la porción más amplia, esta variable no representa de modo alguno el único antecedente que diviso para explicar el presente estado de situación del abolicionismo penal. También hay que buscar razones “puertas adentro”, hacer una autocrítica y evaluar qué se hizo (y qué no se hizo) desde la academia y la militancia (abolicionista) para que el abolicionismo penal ocupe el lugar marginal que hoy lamentablemente tiene.

Desde que en 1983, en el marco del 9º Congreso Mundial de Criminología de Viena, el abolicionismo penal se mostrara por primera vez como un movimiento relativamente ensamblado –más allá de las diferentes aportaciones individuales que sus principales exponentes venían ensayando desde finales de los 60 y principios de los 70 – hasta nuestros días, poco se avanzó en el estudio y materialización de la filosofía y la praxis de la “no pena”.

La producción creativa de este movimiento se circunscribió siempre, o casi siempre, a lo que eventualmente surgiera de las prodigiosas plumas (u oratorias) de Thomas Mathiesen, Louk Hulsman y Nils Christie. Más allá de los inmensos aportes de estos profesores, el abolicionismo penal no realizó demasiadas innovaciones. Su “biblioteca” es hartamente acotada. Los sucesores de estos maestros brillan por su ausencia. Salvo raptos individuales esporádicos y aislados por definición, la realidad indica que el abolicionismo penal no se ha redefinido, actualizado, vigorizado ni replanteado con seriedad en los últimos lustros. No me equivoco si afirmo que, contando incluso la obra de los tres abolicionistas “líderes” mencionados, la cantidad de libros que se atreven a afirmar la necesidad de hacer desaparecer el sistema penal no llega a las dos docenas, y lo que es aún peor para nosotros, la mayoría de ellos fueron escritos muy pero muy lejos de nuestro margen regional.

Lo que se hizo hasta el momento no debe ser despreciado; pero decir hasta el hartazgo que “el delito no existe”, que “el dolor es incuantificable”, que “todos somos delincuentes”, que el Estado es el más grande de los ladrones al apropiarse del conflicto privado entre particulares en el origen mismo del sistema penal moderno, que la víctima debe ser revalorizada y que la existencia de una “cifra negra” de delitos demuestra que podemos vivir tranquilamente sin sistema penal, no es para nada suficiente. Si interesa que el abolicionismo penal reactive su crecimiento, se debe multiplicar la apuesta, profundizar el análisis y corregir –sin pudor y llenos de osadía– las falencias que el discurso abolicionista efectivamente tiene. Hacerlo, es todo un desafío.

IV. Superación

El abolicionismo penal hasta ahora desarrollado (aquel que, de acuerdo a lo dicho, debe ser necesariamente puesto en crisis) limita su análisis al aparato represivo institucional, obviando que la vocación punitiva de cualquier autoridad se construye en el marco de intereses políticos y económicos determinados. A su fisonomía analítica le faltan matices estructurales que expliquen –por ejemplo– el simultáneo desarrollo del sistema penal moderno, el mercantilismo económico y la concentración territorial del poder político o, en su defecto, la relación entre la consolidación de la cárcel como mecanismo cuasi único de resolución de conflictos etiquetados como “delito”, la revolución industrial y el auge de la inclusión prioritaria de los “delitos” contra la propiedad en los Códigos Penales decimonónicos.

A su vez, carece absolutamente de una suerte de contextualización regional de la problemática entorno a la “cuestión criminal”. Explica el sistema penal desde una perspectiva eurocentrista ciega. Generaliza. Olvida que América Latina, África o Asia tienen realidades punitivas que les son propias, y de esta manera resigna abiertamente gozar de mayor atención fuera de los límites de Noruega, Holanda o Suecia (países de origen de Christie y compañía).

Finalmente el abolicionismo penal no se ha politizado lo suficiente. Por impericia, negligencia o fatalidades externas, pero también por empeñarse a negarse sistemáticamente a formular propuestas concretas sustitutivas del sistema penal, de aplicación real en el corto o mediano plazo.

De acuerdo a lo dicho resulta evidente que desde el punto de vista táctico-estratégico se han cometido muchísimos errores. La ausencia de “análisis estructural” hizo que el abolicionismo pierda peso en

ámbitos críticos de izquierda (progresistas, socialistas, marxistas y anarquistas) no necesariamente ligados al saber jurídico y criminológico; “no regionalizar”, como fuera dicho, le hizo perder seriedad y nichos de crecimiento en la periferia del sistema-mundo, al extremo de ser visto –en muchos casos– meramente como una “peculiar doctrina europea”; por último “no proponer” privó al abolicionismo penal de adquirir cierta fuerza en ámbitos de discusión masiva (medios de comunicación, clase media, etc.). En el seno de una sociedad como la nuestra –consumismo y posmodernismo mediante– difícilmente se encuentren voluntarios dispuestos a embarcarse en proyectos “invisibles”, sin una mediana planificación política o esbozos proyectuales de mínimo alcance.

En esta orientación, Emilio García Méndez –hace ya algunos años– supo reclamarle al abolicionismo penal mayor presencia política vinculada a la identificación de “actores sociales potencialmente en grado de llevar adelante la práctica abolicionista”. Según su mirada– el no hacerlo traería como consecuencia directa la consagración del abolicionismo penal como *movimiento abstracto*, cerrado, dogmático y como tal, condenado a fracasar¹. Por otro lado, David Geernberg desde criterio similar; sostuvo que la ausencia de planes específicos atenta contra el crecimiento del abolicionismo penal como movimiento social con ciertas aspiraciones de trascendencia, ya que semejante apatía teórico-práctica aleja posibles adeptos, antes que incitarlos a participar².

En lo que a mí respecta, no tengo más que suscribir lo dicho por ambos doctrinarios. Generar una alianza estratégica entre medidas transicionales incluso ya esbozadas por sectores más moderados y el horizonte rector del pensamiento abolicionista, resulta una opción a considerar. Apropiarse con matices propios de discusiones ya instaladas en la agenda mediática (por ejemplo, “Inseguridad ciudadana”) e interactuar fluidamente con el “poder político real”, también.

V. Pausa y preludeo

Detención obligatoria. Evito irme por las ramas y me ubico nuevamente en el lugar que aquí corresponde. Vayamos por partes. Para

¹ García Méndez, E., “La dimensión política del abolicionismo”, en *Nuevo Foro Penal*, año VIII, N° 32, Bogotá, 1986, ps. 179-180.

² Geernberg, D., “Reflections on the Justice Midel Debate”, en *Contemporary Crises*, N° 7, p. 324.

lograr reconfigurar todo lo dicho, primero hay que salir del clóset. Resucitar. Despabilarse. El panorama actual para el abolicionismo penal es bastante similar a la nada misma. A no pasar por alto ese detalle. Hoy por hoy los primeros pasos de cualquier construcción política “no punitiva” deben apuntar a visibilizar el abolicionismo penal. Ni más ni menos que eso. He aquí donde radica la función/objetivo de la obra que en esta oportunidad presento.

El libro *El abolicionismo penal en América Latina* no tiene otro propósito que “hablar y hacer hablar” de algo de lo que no se habla hace muchísimo tiempo. Y lo hace buscando que ese “hablar” despierte a quienes además tengan ganas de “hacer”.

Sepa el lector que este no es un libro neutral, sino un aporte ciento por ciento posicionado ideológicamente. Una idea, no inocente, con una finalidad muy definida, enmarcada en lo que hasta el momento intenté explicar en los acápites precedentes. Soy abolicionista y como compilador de esta obra intento desde un principio “tirar agua para mi molino”.

Gabriel Ignacio Anitua abre el juego contando brevemente la historia del abolicionismo penal contemporáneo. Su experiencia reciente como autor de *Historias de los pensamientos criminológicos* lo hace la persona más indicada a tal efecto. El hecho de haber sido uno de los primeros profesores en impulsarme a meterme de lleno en la profundización de la *filosofía y la praxis de la no pena*, justifica largamente su primer lugar en la grilla.

Edson Passetti desde Brasil, sumamente influenciado por Foucault y el núcleo duro del pensamiento libertario, diagrama “un” abolicionismo penal posible, heterotópico, cotidiano. Su militancia abolicionista lleva años. La copiosa producción del “Núcleo de Sociabilidad Libertaria” que coordina desde hace tiempo en la ciudad de San Pablo, así lo corrobora.

Junto con el jurista venezolano Keymer Ávila, nos atrevemos a contextualizar el discurso de la no pena en nuestro margen latinoamericano, afirmando que hacerlo es algo más que una mera “utopía de la utopía”.

Maria Lucia Karam, desde Río de Janeiro, nos propone una intensa relación entre abolicionismo penal, democracia y derechos humanos.

El quinto aporte está a cargo de Mauro Lopardo y Pablo Rovatti. Su texto representa una verdadera bocanada de aire fresco. Nueva generación de abolicionistas. Enorme satisfacción de encontrar compromiso político serio en jóvenes que, como yo, no llegan a cumplir treinta años. Para el primero de ellos, va mi especial agradecimiento,

pues sin su ayuda e interlocución permanente como intermediario entre la editorial y yo, la publicación del libro se hubiera dificultado enormemente.

Matías Bailone aporta toda su intensidad discursiva, jugando desde el propio título de su artículo con una de las grandes obras históricas del abolicionismo penal.

Eleonora Devoto y Mario Alberto Juliano teorizan sobre la importancia de la mediación y el resto de las herramientas prácticas de resolución alternativa de conflictos, como instrumentos idóneos para erradicar en forma definitiva la violencia institucional.

El octavo texto surge de la pluma de Luis Fernando Niño. Convocado por Mauro Lopardo, el prestigioso juez argentino, luego de cuestionar radicalmente las variables teórico-fácticas del sistema penal vigente, se atreve a enunciar la importancia del derecho penal mínimo, no como fin en sí mismo sino como estación o fase previa hacia el abolicionismo penal.

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães aporta la cuota de “dogmática” necesaria, redefiniendo la noción “culpabilidad” en pos de un cada vez menor uso del poder punitivo. Mientras que Damián Zaitch, relaciona la noción “reducción de daños” en materia de drogas con el proceso que eventualmente puede atravesar el abolicionismo penal en caso de llevarse a la práctica.

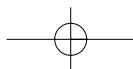
María Ximena Martel y María Florencia Pérez Lalli –dos representantes más de la línea joven de militantes contra el sistema penal– escriben sobre la representación del “delito” en los medios de comunicación; al mismo tiempo que el jurista colombiano Alejandro Foreiro Cuéllar desarrolla con destreza el ideario anarquista español, durante la última parte del siglo XIX y principios del siglo XX, intentando plasmar esa experiencia en la realidad actual de nuestro continente.

Finalmente, Claudio Martyniuk cierra la obra con total vehemencia. Su prosa cuasi poética justifica por sí misma el abordaje atento de su contribución. Su “policía de la sensibilidad” tiñe de filosofía del derecho un libro conjunto que sin su aporte, hubiera sido notablemente peor.

Párrafo aparte merece E. Raúl Zaffaroni. El jurista más reconocido de América Latina y uno de los más prestigiosos del mundo, con total humildad, casi sin conocerme y confiando ciegamente en esta iniciativa, asumió la para nada menor responsabilidad de prologar esta obra. Sus palabras son en sí mismas un incentivo. Una palmada en el hombro. Un empujón. Ojalá no sólo para él, este libro suponga “Una luz en la noche”.

Más allá de los nombres rutilantes, los agradecimientos de rigor y las palabras introductorias, vaya una última reflexión. Toda obra se completa con la lectura de un lector comprometido. Las palabras son herramientas y las herramientas están para usarse. Si el uso de estas palabras contribuye a cuestionar el sistema penal, al punto de pensar que su existencia ya no es necesaria, mi “imaginación no punitiva y militancia” van a encontrarse profundamente satisfechas. También la de mis compañeros de aventura. Puñado de pensadores de la “cuestión criminal” capaces de dedicar su tiempo a la construcción de una idea –para muchos– irrealizable. *Y por arte de magia, el gasto devino inversión.*

Buenos Aires, junio de 2012



Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena

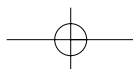
Gabriel Ignacio Anitua*

Para dar cuenta de una posible teoría de la “no pena” es necesario volver la vista a aquellos autores que, a partir de los años ochenta del siglo XX y en el seno de la criminología crítica, aportaron originales ideas que fueron comúnmente denominadas como abolicionistas. Aunque ese nombre es tomado de la lucha histórica contra la esclavitud, primero, y contra la pena de muerte, luego; en aquellos años recibió tal denominación la más radical deslegitimación del sistema carcelario y de la propia lógica punitiva que se ha conocido en la historia de aquel y de ésta. Esta reflexión antipunitiva estaba muy relacionada con los reclamos teóricos y prácticos de algunos criminólogos de antigua tradición en los países escandinavos y en Holanda.

Las consecuencias del enfoque del etiquetamiento serían fácilmente interpretables en la históricamente tolerante Holanda. La tolerancia como imposición ética es también un plan de conducta ligado al auto-constreñimiento y al actuar pragmático de realizar el propio placer sin molestar a los demás. En este marco era fácil comprender una política criminal de control basada más en el dejar hacer que en la intervención punitiva. Se afirmaba allí, con el arsenal del enfoque del etiquetamiento y de la fenomenología, pero también con presupuestos locales, que una política criminal poco intervencionista sería, al menos, socialmente menos dañina que la tradicionalmente punitiva.

La radical lucha por la separación entre derecho y moral, emprendida desde las primeras críticas al Estado moderno tan asentado sobre ideas religiosas, llevaba implícita la necesaria eliminación de los delitos sin víctimas, como los relacionados con drogas, prostitución, etc. Pero también la necesidad de recuperar criterios morales no represivos. Esto sería evidente en todas las políticas criminales emprendidas en el Estado benefactor holandés, que además de ponerse como un espejo de lo que no debería hacerse a los regímenes totalitarios, se

* Abogado y licenciado en Sociología por la UBA, Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona y profesor adjunto regular en el Departamento de Derecho Penal y Criminología, UBA.



encontraría informado por diversos “expertos” formados con los mencionados criminólogos marxistas y existencialistas, antes del estallido de los sesentas. Para ese entonces, sus discípulos decidirían participar en política para implementar una política criminal tolerante.

Sin embargo, algunos otros criminólogos estuvieron en contra de tal participación en políticas concretas, y tal vez en ellos sería más evidente el intento de crear algo nuevo, radicalmente diferente a la imposición que el Estado hacía sobre la comunidad, incluso al querer hacer el “bien”. Esto sería notable en Herman Bianchi quien, inscribiéndose en la tradición holandesa mencionada, hablaba de la necesidad de lograr la internalización de conceptos como tolerancia, respeto, justicia, culpa, vergüenza, que son evidentemente morales y orientados hacia el autocontrol.

Herman Thomas Bianchi era, para principios de los años setenta, el director del Instituto de Criminología de la Universidad Libre de Ámsterdam. Ya para entonces se había significado en el terreno criminológico con el liderazgo de una criminología holandesa, junto a Peter Hoefnagels; este último en Rotterdam y con obras como *Nosotros y el delito*, de 1959, *Ética del castigo*, de 1964, y *Ensayos sobre el orden y la autoridad*, de 1967. Tales reflexiones filosóficas eran totalmente compatibles con las teorías del etiquetamiento, como lo demostraría en *Estigmatización*, de 1971, y también con ideas morales del abolicionismo y jurídicas del garantismo. Para Bianchi, lo represivo no resuelve los conflictos, pero sin embargo, Bianchi no abandona una idea de justicia, que sería expresada más ampliamente en su *La justicia como santuario*, de 1985. Esa idea de justicia también quiere reducir o eliminar las violencias, aquellas que hoy se denominan delitos.

Bianchi había sido víctima, como otros jóvenes de entonces y luego profesores holandeses, de privación de su libertad durante la ocupación nazi de Holanda. Fue enviado con diecinueve años al campo de concentración de Amersfoort. Las prisiones, y esto es entendible, le recordaban a los campos de concentración. Sostenía Bianchi que no bastaba con abolir las prisiones sino que lo que debe abolirse es la propia idea de “castigo”, pues “mientras se mantenga intacta la idea de castigo como una forma razonable de reaccionar frente al delito no se puede esperar nada bueno de una mera reforma del sistema. En resumen, necesitamos un nuevo sistema alternativo de control del delito que no se base en un modelo punitivo sino en otros principios legales y éticos de forma tal que la prisión u otro tipo de represión física devenga fundamentalmente innecesaria”.

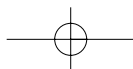
Con base en ideas que tomaba de diferentes religiones –occidentales e incluso orientales– sostenía un sistema de justicia que proteja

al estigmatizado, que le brinde oportunidades de sentir y mostrar el remordimiento. Los principios de esta justicia son los de la reconciliación y la reimposición de la paz, los que se aceptarían luego en todo el movimiento de la “justicia restaurativa”. Esos principios eran expresados, asimismo, en el libro que conjuntamente con René van Swaaningen editara en 1986: *Abolicionismo, hacia un enfoque no represivo del delito*. Éste último autor, junto a Rolf De Folter, también han continuado la senda de sus maestros y continuado el desarrollo de los abolicionismos holandeses hasta la actualidad. El otro gran maestro al que ellos, y tantos otros, rinden tributo es Louk Hulsman.

También Louk Hulsman había sufrido en carne propia los efectos de la mayor expansión del sistema punitivo, la llevada a cabo por el régimen nazi. En 1944 fue arrestado con su familia por la policía colaboracionista y enviado a Alemania en tren, del que pudo escapar para participar luego de la resistencia. Es revelador que este elemento se repita en la vida de varios de los abolicionistas y pacifistas que insistían sobre los alcances de la mediación y el restablecimiento de la paz, mientras los mejores representantes de teorías justificacionistas de la pena, de esta misma generación, habían estado, muchas veces, del otro lado de las rejas en los campos de concentración.

En efecto, y de igual forma que Bianchi, Louk Hulsman reafirmaba a los valores morales como mejor límite para las violencias, entre las que históricamente incluía a las realizadas por las burocracias creadas alrededor de los sistemas de justicia criminal –que han sido mayores en la historia–. Su propuesta de “deconstruir la definición de delito” iba naturalmente unida a un deseo de resolución de “problemas sociales”. En este sentido es posible deslegitimar por falsa aquella imputación hecha a los abolicionistas en general, y a Hulsman en particular, por plantear “utopías” y olvidar a los que realmente sufren u olvidar la realidad de los “delitos”. Este autor estaba muy atento al sufrimiento de sus semejantes –que para él resultan ser todos los seres humanos–. Y sobre esa base creía que abolir el sistema penal sería sólo un paso para evitar ese sufrimiento de muchos individuos: paso que permitiría un acercamiento a la realidad social sin utopías negadoras, que era lo que consideraba que eran las justificaciones de un sistema penal liberal y humanista. Para Hulsman esas utopías negadoras eran una contradicción en los términos.

Para el profesor holandés, el delito no tiene realidad ontológica, es sólo el producto de la política criminal que también construye de esta forma la realidad social. “Los problemas son reales, pero el delito es un mito”, diría también Heinz Steinert. Un “mito” que tiene consecuencias reales, las cuales son las de crear nuevos y más graves problemas.



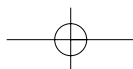
Con la eliminación de la calificación común de “delito” para situaciones tan diversas, Hulsman quería indicar que si la comunidad se aproxima a los eventos criminalizados y los trata como problemas sociales, ello permitiría ampliar el abanico de posibles respuestas, no limitándose a la respuesta punitiva que en la historia no sólo no ha resuelto nada sino que ha creado más problemas. El propio sistema penal se ha convertido en la actualidad en uno de esos graves y violentos problemas.

Atender a tales problemas requiere de un nuevo y mejor vocabulario. Objeto del abolicionismo es no sólo el desmontar efectivo funcionamiento del sistema penal, sino también el de aquellas palabras que ha creado para confundir y negar realidades. Se propone, en cambio, recuperar otras palabras, como “santuario”, “reparación”, “conflicto” y “situación problemática”, con el objetivo de diseñar nuevas “alternativas”. Hulsman, que era profesor de derecho penal, aclaraba que esas posibles “alternativas al sistema penal son en primer lugar alternativas a la forma en que el sistema penal define los hechos”.

Este autor hacía un especial hincapié en la cuestión de las definiciones. No utilizaría la expresión de “delito” sino la de “situación problemática”. No debería ser necesario tampoco hablar de “criminología”. Sobre esta cuestión se detuvo en una conferencia de 1986 publicada como “La criminología crítica y el concepto de delito”.

Allí volvía a remarcar que uno de los problemas del sistema penal es la descontextualización de las situaciones problemáticas y su reconstrucción en un contexto ajeno a las víctimas, los victimarios y otros individuos. El sistema penal crea individualidades irreales y una interacción ficticia entre ellos y define a las situaciones de problema o conflicto de acuerdo con las reglamentaciones y necesidades organizativas del sistema penal y sus agencias burocráticas. Las partes involucradas en el problema no pueden influir en su resolución o continuación, una vez que se lo define como “delito” y de él se hacen cargo los “expertos” del sistema penal. El resultado de ello, además de no satisfacer a ninguna de las partes involucradas en el problema, genera nuevos problemas, como la estigmatización, la marginación social, etcétera.

Hulsman proponía, entonces, una más comprensiva visión anascópica, o “desde abajo”, de la vida social, en contra de la visión catascópica, que realiza “desde arriba” la maquinaria estatal que no se siente parte de los problemas, sino sólo una solución. Se debería intentar comprender la realidad social desde el punto de vista de los individuos y no de acuerdo con las definiciones de la realidad y el marco conceptual burocrático que asume el sistema penal.



Hulsman es quizás el pensador más coherente con los postulados de la teoría del etiquetamiento y en concreto con la formulación de la “reacción social”. Ésta definió a un objeto de estudio como algo distinto del definido por la criminología tradicional. El objeto de la criminología crítica, por lo tanto, no es el de los conflictos, tampoco el de los llamados “delitos”, y mucho menos el de averiguar sus “causas”. La crítica, en el momento actual, se debe dedicar a estudiar el sistema penal, es decir, las respuestas institucionales penales que el Estado ofrece a las situaciones problemáticas y que no hacen sino esconder sus diferentes naturalezas y empeorarlas.

Esa tarea debe ser de descripción y denuncia lo que, lógicamente, lleva implícita una modalidad diferente, y mejor, de encarar los problemas sociales más diversos. Ello se advierte en un capítulo de su libro-entrevista más extenso, la realizada por Jacqueline Bernat de Celis y publicada en 1982 como *Penas perdidas* –y en castellano como *Sistema penal y seguridad ciudadana*–. En ese capítulo, Hulsman hacía mención a las soluciones posibles en el caso del piso compartido por cinco estudiantes, y frente a un determinado problema que se produce cuando uno de ellos rompe el televisor común en un acto al parecer injustificable –y que los penalistas no dudarían en calificar bajo el tipo de “daño”–. En cada reacción de sus compañeros, Hulsman ejemplificaba la forma de actuar del modelo punitivo en la reacción de castigar al quinto compañero con la expulsión de la casa; la del modelo terapéutico, en la de llamar a un especialista para que lo trate por “su” problema de personalidad evidenciado en el hecho y evite nuevos accesos de furia “irracional”; la del modelo reparador, en la de requerir que el responsable adquiriera lo más rápidamente posible otro aparato de televisión; y la del modelo conciliador, en la de aprovechar esa situación problemática para que la pequeña sociedad debata en conjunto los problemas generales que pueden haber llevado a aquélla.

Lo importante del ejemplo radicaba en que, librados de la obligación de referencias y soluciones que hace la ley, distintas personas definen a los problemas en forma diferente y plantean diversas soluciones. No obstante, Hulsman parece inclinarse por la última solución, haciendo una valiente apuesta por la indiferenciación de las fuertes fronteras trazadas entre los seres humanos, entre el “yo” y el “otro” o, peor, entre “amigos” y “enemigos”. Al criticar severamente a la primera opción, demostraba claramente la incorrección y aumento gratuito de la violencia del modelo punitivo, que es lo esencial para el discurso abolicionista, aunque también señala los peligros y violencias que comporta el modelo terapéutico. Tampoco se mostraba partidario de aquel modelo que, en cambio, adoptarían los otros abolicionistas, el

de la restauración. La solución por la que se inclina refuerza formas sociales comunitarias y refleja una clara opción política –y no sólo religiosa–.

Este modelo político horizontal y solidario sería asumido por Hulsman no sólo como un proyecto hacia el futuro, como un “topos” a realizar, sino incluso como un modelo de acción para la práctica cotidiana, que él es el primero en llevar a la práctica en sus relaciones con otros. El artículo y el libro al que hacía referencia, así como otros mediante los cuales se ha divulgado su pensamiento, no son sino la copia de exposiciones orales. Estas exposiciones, y las varias entrevistas concedidas han permitido que se leyese una reflexión que no pretende ser dogmática ni sujeta a reglas predeterminadas. El profesor de la Universidad de Rotterdam, como buen interaccionista, creía que la mejor comunicación, la más horizontal y libre de desvíos sobre lo que realmente se piensa, es la que se hace “cara a cara”, la que permite cambiar impresiones y modificar el pensamiento, hacerlo colectivo. Por ello no publicaría libros ni realizaría otras formas de producir un pensamiento ortodoxo. Tampoco favoreció que esa reflexión quedase en el marco “cerrado” de la criminología o del derecho penal. Incluso intentó expresamente deconstruir un lenguaje propio –y alejado de los “otros”– de juristas, teóricos o prácticos.

En función de ello se ha criticado en muchas ocasiones que Hulsman descuidara aquellas funciones que el derecho penal podía tener para reducir las violencias. Incluso se le achacó un desconocimiento del pensamiento jurídico. Es cierto que Hulsman –aunque en ningún momento se opuso a las garantías, e incluso las defiende– rechaza ese discurso para expertos construido en el ámbito del derecho y que incluso critica expresamente al edificio legitimador con palabras del sistema punitivo, que siempre ha sido la Universidad –aunque reconoce que la construcción de palabras es necesaria para cambiar el estado de cosas–. El Hulsman profesor de derecho abandona ese saber para construir alternativas. Su pensamiento se construye con presupuestos teológicos, como el rechazo al castigo, antropológicos, como la humana resolución del conflicto, y sociológicos, como la crítica al sistema penal. Pero también con un optimismo político que se basa en esos presupuestos, y en su contacto con hombres y mujeres de carne y hueso.

En todo caso, el optimismo que reflejaba este autor en cuanto a la consecución de un mundo mejor –una utopía que puede ser realizada pues “se presenta como una necesidad lógica y como una actitud realista, como una exigencia de la equidad”– tiene que ver con nuevas formas teóricas de encarar los problemas, pero también con nuevas formas prácticas. La ausencia del Estado y de sus intervencio-

nes, incluso la de la ley, será cubierta más satisfactoriamente por formas comunitarias, autónomas y pacíficas de manejar los conflictos. Su modelo, como el de Nils Christie, es el de pequeñas comunidades en las que la gente se controla informalmente y participa de la resolución de sus problemas. En este diseño también está presente la crítica contra la burocracia y la estatalización silenciosa de los conflictos.

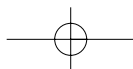
Antes de analizar el pensamiento de Christie y del abolicionismo radical escandinavo he de decir que el abolicionismo penal hizo su entrada con fuerza en la política criminal mundial en 1983, en el noveno Congreso Mundial de Criminología desarrollado en Viena. Además de las reflexiones que allí se hicieron, muchas de las propuestas de descriminalización fueron asumidas previamente por el Consejo de Europa en el "Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad" –Estrasburgo, 1980– que entiende por descriminalización aquellos procesos por los cuales la competencia del sistema penal para aplicar sanciones se suprime por su manifiesta inutilidad e imposibilidad de encontrar vías menos lesivas de solucionar conflictos.

A pesar de su supuesta debilidad teórica, todos los criminólogos mundiales se vieron obligados entonces a aceptar o confrontar las ideas sencillas de estos pensadores que tienen más de agitadores culturales desde parámetros morales, que de técnicos.

Además, esta moralidad adquiriría tintes religiosos: taoístas, budistas y también cristianos, como en los holandeses Hulsman o Bianchi, que asumen expresamente la importancia de la relación individual y comunitaria con Dios. No deja de ser curioso que también desde entonces los cuáqueros se involucran en el movimiento abolicionista –el primer Congreso internacional de abolicionismo lo organizaron miembros de esta religión en 1983, en Canadá– y principalmente en contra de las prisiones.

A continuación se mencionarán dos representantes de aquel abolicionismo radical escandinavo que, aunque también apuntan a modelos comunitarios, parten de presupuestos lejanos a la vertiente fenomenológica y religiosa de los antes nombrados.

La formación del sociólogo y filósofo noruego Thomas Mathiesen remite en gran medida al análisis marxista, aunque también había pasado por las aulas estadounidenses. Desde los años sesenta, y junto a su tarea docente e investigadora –había escrito *Las defensas del débil* en 1965 y *A través de los límites de las organizaciones* en 1971–, dedicaba muchos esfuerzos para organizar el movimientismo de presos en Noruega. De hecho, fue el fundador y primer presidente de la Asociación Noruega para la Reforma Penal (KROM) en 1968. Es así que luego escribió una famosa obra en la que se conjugaban ambas tareas.

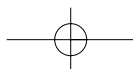


Esta obra sería considerada el punto de partida del llamado abolicionismo. En efecto, en *Las políticas de la abolición*, de 1974, describía Mathiesen las estrategias del movimiento de descarceración escandinavo en los años anteriores, y de esa forma sentaba las bases de una estrategia para la abolición de lo punitivo. Esa estrategia, que se diseñaba para el uso de las fuerzas progresistas o de izquierda, estaba basada en la idea de lo “inacabado”. A partir de ese momento Mathiesen lograría resolver la difícil situación en la que se encontraban los críticos al sistema penal, que peligrosamente podían caer o en el inmovilismo temeroso de que cualquier reforma fuera cooptada por la legitimación del sistema que en definitiva se pretende abolir, o en el apoyo a “alternativas” que no hiciesen sino ampliar y relegitimar lo punitivo.

Mathiesen afirmaba, en primer lugar, que no es cierto que cuanto peor mejor. Cuanto peor, simplemente peor. Históricamente, y en la comparación con otros ámbitos geográficos, se había demostrado que los sistemas penales pueden ser más crueles, que el mismo sistema de explotación capitalista puede ser peor y que, sin embargo, no por ello estén a punto de desaparecer o que se acelera su desaparición. Más bien al contrario, si las fuerzas progresistas ceden terreno a las más reaccionarias es posible que no haya límite para sus ambiciones de imponer ideas y prácticas más punitivas.

En segundo lugar, y en relación con lo dicho más arriba, decía Mathiesen que los críticos tienen la obligación y la necesidad de comprometerse en la reforma y también en la revolución. El cambio total del sistema no es incompatible con mejoras. Pero con mejoras o reformas “negativas”, y de allí la importancia de distinguirlas de aquellas reformas “positivas” que son las que amplían y reproducen la estructura carcelaria. Las negativas, por el contrario, son las que reducen la capacidad del sistema punitivo y carcelario, las que reducen sus características más represivas o violatorias de derechos humanos, las que pueden plantearse una vez afirmada la necesidad de eliminar la cárcel y que no impidan el objetivo abolicionista de todo lo punitivo a largo plazo. Las reformas negativas, por tanto, deben rechazar la estructura básica de la cárcel, de manera que tiendan a romper su sentido básico del secuestro: como ejemplo se mencionan los permisos de salida, las visitas y cohabitación familiar; todo lo que signifique “abrir” la prisión.

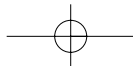
Es fundamental que las fuerzas progresistas luchen por estas reformas de reducción de la punitividad; pero, igualmente, que no lleguen nunca a aceptar que estas reformas están “acabadas”, que con ellas mismas se satisface ya toda la pretensión política. La estrategia de la abolición de lo punitivo es “inacabada”, ni siquiera con la abolición de las cárceles se limita esta búsqueda de libertad, igualdad y fraternidad.



Dicha estrategia es eminentemente libertaria, pero está también basada en el pensamiento marxista de interpretación del Estado, de la sociedad y de los instrumentos represivos. Mathiesen profundizó ello en *Poder y contrapoder* de 1982. En tal forma, en la historia encuentra la explicación del modo de formación de lo punitivo, funcional al Estado y al mercado y a aquellos burócratas que medran en ambos sistemas, apropiándose de sus mecanismos a medida que se hacen más complejos. En tanto el abolicionismo parte de una antropología optimista sobre el ser humano, tanto religiosa como marxista en el caso de Mathiesen, la clave de la reforma pasa también por la comunicación. Una comunicación alternativa a aquella que, en verdad, ocupa su lugar para desinformar y negar la realidad sería la clave para acabar con los prejuicios y reducir la violencia, hasta su eliminación. Los sujetos informados no apoyarán al sistema de secuestro de la participación. Y ya que menciono al secuestro, es importante decir que Mathiesen se encargaba especialmente en insistir en la información y destrucción de mitos sobre la prisión, esa institución creada históricamente por “expertos” y en contra de cualquier demanda popular. Para ello redactaría unos cuantos argumentos –en 2004 hablaba de “diez argumentos”– en contra de la construcción de más cárceles.

Thomas Mathiesen está convencido de que es necesario y posible abolir las cárceles: de que la sociedad puede organizarse de forma en que estas no tengan razón de ser. Sin embargo, planteaba ese objetivo, sin final, en diferentes etapas y apelando siempre a la racionalidad comunicativa. En un libro escrito en noruego en 1987, traducido al inglés en 1990 y al castellano en 2003, *Juicio a la prisión*, propuso recetas para detener inmediatamente el aumento ya espectacular de la población que vivía en instituciones penales. El objetivo más inmediato que se proponía era el de detener la construcción de cárceles, para lo que auspiciaba una “moratoria”. Mathiesen también tenía en claro que la industria que se organizaba en esa construcción de cárceles era el más poderoso enemigo para esos objetivos. Las cárceles se llenan una vez que están construidas y se trata entonces de un negocio infinito. Por ello, Mathiesen proporcionaba los argumentos para detener esa construcción y evitar el posible holocausto al que se dirigen, en caso contrario, las sociedades occidentales. Y brindaba explicaciones sobre cómo la sociedad puede organizarse mejor sin prisiones, prestándole atención a la pobreza y otros problemas sociales, a la integración dentro de las comunidades, y en las reales necesidades de los que han sido víctimas.

Pero asimismo aprovechaba esa oportunidad para dar un repaso a los distintos pensamientos criminológicos utilizados a fines del siglo

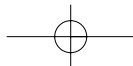


XX, tanto los viejos ahora redescubiertos, como los más novedosos, y no menos letales, de la inseguridad y de la “guerra”. Luego criticaba a todos ellos con bases empíricas y teóricas. Así, según Mathiesen, la rehabilitación se basa en prejuicios burgueses y religiosos y, además no puede funcionar en la cárcel; la prevención general tampoco se ha probado que funcione, si funciona es en relación con los que no la “necesitan” y no con los que la “necesitan”, y en todo caso la transmisión de significado llevaría a abolir la violencia de las cárceles; la inhabilitación, además de tener consecuencias terribles, es condenada por Mathiesen jurídica y moralmente y, por ello, no sirve para fundar una organización democrática; la “justicia” no puede ser medida en tiempo y además nunca pueden mensurarse los delitos y los castigos, por lo que no es serio decir que la cárcel haga justicia.

Luego de criticar a las justificaciones tradicionales, también se detendría Mathiesen en el mencionado debate dentro de los pensamientos criminológicos progresistas. Al garantismo, que describiré más adelante, le caben las críticas que formulaba contra el discurso de la Ilustración y el “modelo de justicia”. Al realismo de izquierda también le realizaba una crítica demoledora, pues adoptar ciertos rasgos identitarios de los pensamientos de derecha –como el de “ley y orden”– para no perder el terreno popular frente a aquellos pareciera ser el mejor camino para terminar por aceptar también sus recetas y así perder la batalla antes de darla. Por el contrario, Mathiesen sostenía la necesidad de plantar cara y, con paciencia, ir construyendo un espacio público alternativo y mejor que además de la exclusión de lo punitivo lleve irrogado los principios de inclusión política, económica y social de toda la humanidad. Ese nuevo modelo sería un modelo participativo.

Por lo tanto, resulta importante hablar del pensador abolicionista que más ha teorizado sobre el modelo participativo o, más bien, sobre la falta de participación que supone el modelo punitivo. Nils Christie es un autor que también comenzó su andadura intelectual, en los años de la década del cincuenta, en la reflexión sobre el genocidio nazi. En su caso, con el análisis de la forma de actuar de los funcionarios de los campos de concentración. Luego haría una profunda crítica a la ideología del tratamiento presente en el sistema carcelario del Estado de bienestar, pues entendía que, con su uso, se permitía que el castigo fuese más largo e indeterminado. Ya en estas críticas se perfilaba su unión con las ideas contemporáneas.

Christie también se vería fuertemente influido por las teorías de los años sesenta que daban preeminencia al individuo y que veían con desconfianza lo que hace el Estado. Para este autor, la criminología sirve como una herramienta para ver la “interacción”: concretamente



la interacción entre el delito y la sociedad, en la que interviene el Estado. Abandonaría luego la pretensión de averiguar qué es el delito y si éste aumenta o no, ya que consideraba que ello es un imposible, y se dedicaría a ver de qué forma reacciona la sociedad y crea un mayor número de personas sometidas a control penal o no. El Estado, a través del sistema penal, realiza un control formal que normalmente aumentará cuando se reduzcan los mecanismos de control informal. Estos últimos serían los que funcionan. No rehuye este autor el viejo tema del “estigma” pues realmente es el miedo al “estigma” el que puede lograr una sociedad bajo control, sino que intenta ver qué tipos de estigmas son tolerables en la sociedad deseable. Los estigmas menos violentos, que puedan eliminarse en el tiempo y que no reduzcan la complejidad, pueden ser más útiles en una sociedad que no sea totalmente cerrada pero en la que tampoco nada nos importe de nadie.

Esta forma de volver a pensar el control social en el marco de un pensamiento comunitarista se haría más visible en *Los conflictos como pertenencia*, publicado en inglés en 1977. Allí Christie denunciaba los problemas indudables de un sistema penal que está conformado por un aparato estatal burocrático y centralizado que, también por carecer de transparencia, expropia el conflicto a las partes, y a la vez a la comunidad, gestionándolo en su propio beneficio.

De esta forma se haría no sólo una crítica histórica a la conformación del poder penal, en la senda que también transitaba por entonces Foucault, sino que apostaría por formas alternativas de control social que pasaban por la recuperación del conflicto. Ello sería favorable a todos los involucrados en los conflictos originarios, y contrario a los intereses de los “confiscadores”. Pero, tal vez, no sólo aquellos burócratas desapoderados intentasen oponerse a ello: la “negación” del conflicto, del problema y del daño puede ser conveniente incluso a los victimarios. Algunas veces “ellos prefieren, realmente, alejarse de la víctima, de los vecinos, del público. Tal vez también de su propio juicio, a través del vocabulario judicial y de la terminología de los expertos en ciencias del comportamiento que pudieran estar presentes. Están completamente dispuestos a regalar su derecho de propiedad sobre el conflicto. Pero la cuestión va más allá de eso: ¿estamos dispuestos a permitirles que lo regalen?”.

Para Christie no, y por ello abogaría por la efectiva participación en la resolución del conflicto, en lo que podría ser para muchos de los individuos involucrados uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. Efectivamente, no sólo el condenado –a quien se le impondrán sin participar del debate y “negando” el conflicto, violencias sin sentido– y la víctima –que no tendrá explicaciones ni expresiones

de solidaridad en relación a su pérdida– pierden al no poder estar de algún modo participando de la definición de su problema. Según Christie, “el gran perdedor es cada uno de nosotros, en la medida en que nosotros somos la sociedad. Esta pérdida es, en primer lugar y principalmente, una pérdida de oportunidades para la clarificación de normas. Es una pérdida de posibilidades pedagógicas. Es una pérdida de oportunidades para una continua discusión de lo que representa la ley de la tierra”. Para el autor noruego, “los conflictos representan un potencial para la actividad, para la participación. El sistema de control punitivo actual representa una de las tantas oportunidades perdidas de involucrar a ciudadanos en tareas que tienen una importancia inmediata para ellos”. No debería extrañar que Christie se encuadre dentro de aquellos personajes que comienzan a criticar la democracia liberal y la del Estado de bienestar, para reclamar un modelo de participación.

Los límites del dolor, de 1981, es una gran obra teórica que fue presentada en un momento muy oportuno, ya que frente a la caída del ideal resocializador aparecían viejas justificaciones que retornaban para justificar el mismo castigo o para plantear castigos alternativos. En este libro, Christie afirmó, en cambio, que la imposición de un castigo, aunque se enmarque dentro de un Estado de derecho y se rodee de todas las garantías legales, no significa sino causar dolor deliberadamente. La asunción por parte de criminólogos y penalistas de todos los adelantos técnicos que en materia de reducir el dolor han realizado diversas disciplinas debería llevarlos a establecer restricciones al castigo y, por tanto, al dolor provocado por el ser humano. Además de insoportable antropológicamente, tampoco imponer dolor es lo mejor que puede hacerse en materia de control social. De hecho, el recurso a la inexistente categoría “natural” de “delito” se hace sólo cuando los individuos no se conocen. Entre conocidos siempre se busca otra manera de evitar violencias o de solucionar los problemas que pueden producirse. De esta manera, proponía buscar, con imaginación, alternativas al castigo, más que castigos alternativos o justificaciones alternativas al castigo.

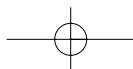
No se quedaba Christie, no obstante, en el mero reclamo a la imaginación, sino que mostraba diversos ejemplos de pequeñas sociedades que no reaccionaban frente a los diversos problemas de acuerdo a la lógica punitiva. Para ello hacía una constante reflexión sobre la realidad, y sobre la existencia de conflictos varios en las relaciones entre humanos. Christie decía que más allá de admitir distintas reacciones a las punitivas frente a esos conflictos, no siempre es necesario “reaccionar”. Habría un problema en suponer que los conflictos siempre se

han de resolver. Los conflictos en sí mismos son importantes, y lo que es importante es saber convivir con ellos, no “negarlos”. Lo mejor sería hablar de una necesidad de “participación en los conflictos”. En efecto, la participación –en la solución, la salida o el mantenimiento del conflicto– es más importante que las propias soluciones. Mucho más cuando las “soluciones” no son tal cosa, sino la simple imposición de otro conflicto que busca un aparente consenso con la demostración de quién es el más fuerte o poderoso. En una sociedad libertaria, democrática y solidaria, sería necesario que los conflictos sean discutidos desde un punto de vista político por todos. En ese sentido indicaba, otra vez, una necesaria “reapropiación de los conflictos”.

Con ello se verifica que Christie no es un abolicionista fácilmente encuadrable en tal denominación. Su propuesta no se opondría a otro tipo de leyes o normas consensuadas, y de juicios, o rituales participativos. Siempre que todo ello recondujera hacia la reducción o eliminación del dolor y la violencia. No obstante ello, sí sería un crítico radical a la forma que ha adoptado el sistema penal conocido. Serían, así, de gran valor y lucidez sus obras que denunciaban el poder punitivo de fin de siglo, como la originariamente publicada en 1993, *La industria del control del delito* y la de 2004, *Una sensata cantidad de delito*.

En la última de las nombradas, Christie volvería a reclamar mayor protagonismo de la víctima, y también recalcaría la importancia del comportamiento expresivo para limitar el terror de un nuevo “holocausto” silencioso y silenciado por unos sistemas penales que “al modernizarse, se vuelven peores”. El desconocimiento entre las personas, el anonimato de la vida moderna, permite que la peligrosa categoría de “delito” se extienda a todo tipo de comportamiento y por tanto aumente la imposición de castigos como un olvido o rechazo de los “otros”. El autor noruego mantiene hasta el día de hoy su posición crítica con la “solución” punitiva, y no sólo frente a los pequeños infractores, sino también en el caso de hechos tan graves como el genocidio y otro tipo de violencia –como la sexista– en la cual las categorías legales podrían tener una función simbólica. Incluso en estos casos es más importante el diálogo, la reflexión comunitaria, el juicio y la condena ética y moral, que el propio castigo, para un Christie que propone “dejar marchar con su vergüenza” a los responsables de hechos tan despreciables como los mencionados, aunque también entiende y respeta las opciones punitivas.

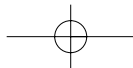
Dada la amplitud y heterogeneidad mostrada más arriba, no sería de extrañar que muchos de los pensadores influidos por los distintos autores abolicionistas participasen luego de proyectos de justicia restauradora. También los abolicionistas más radicales reconocían que

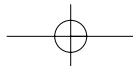


algunos hechos problemáticos deben erradicarse, y que incluso algunos de ellos despiertan una lógica actitud de repudio. Pero frente a un comportamiento respecto del cual queremos mostrar repudio no es necesario reaccionar punitivamente, sino que en el momento conciliador o de discusión sobre su génesis y responsabilidades parece más razonable caer en la opción restauradora. La reparación del daño y la participación de la sociedad en un problema que en realidad le pertenece no llevaba a los abolicionistas a abjurar de cualquier modelo de justicia, sino de la justicia actual. Por contra, apuestan por una justicia más democrática y participativa, y que sea especialmente atenta con los afectados.

Con ese otro tipo de justicia algunos autores abolicionistas admitirían la necesidad de adoptar medidas coactivas, pero no para castigar sino para reparar o neutralizar el conflicto, o incluso para manifestar el repudio. Al teorizar sobre cómo hacerlo, las propuestas alternativas acostumbran a oscilar entre una referencia genérica al derecho civil o a sistemas de justicia informal, en los que se pretende devolver el conflicto a la víctima.

Aquellos seguidores de tal teoría, los que proponen esa justicia informal o los que refieren al derecho civil, parecen alejarse en sus propuestas del pensamiento criminológico al que sencillamente proponen abolir, o dejar subsistir mientras haya un poder punitivo que criticar, pero sólo para criticarlo. Otros, no obstante, han pasado del abolicionismo hacia nuevas explicaciones del control punitivo. John Braithwaite analizó la vergüenza como una forma importante de control social. Pero señaló que eso no sólo sucedía en las comunidades pequeñas, ya casi eliminadas, sino que en las sociedades actuales esa forma aumenta, pues hay nuevas interdependencias que hacen más necesario el mantenimiento de una reputación. Nadie quiere quedar mal delante de los ojos de las personas que realmente le interesan. De ello deducía la importancia de la opinión pública. Deberá tenérsela en cuenta, además, para averiguar cuáles son los temas por los que los individuos en realidad se sienten avergonzados. Como asimismo considerar que los individuos deben tener cubiertas otras necesidades, pues las personas que tienen algo para perder son las que en efecto se avergüenzan. En todo caso, Braithwaite no sólo sería partidario de una nueva justificación de la pena y de la justicia restaurativa, sino que también propondría un control más comunitario que burocrático, lo que no es extraño en tanto este autor australiano estudió con el abolicionista Nils Christie antes de plantear su teoría de la vergüenza reintegradora, inscrita dentro de los marcos más tradicionales de justificación del castigo. Lo que queda de crítico en este autor reside en su



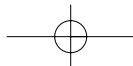


rechazo a la estigmatización como algo que hace imposible el sentimiento de vergüenza.

Braithwaite también se nutrió del pensamiento republicanista del pensador australiano Philip Petit, con quien escribió en 1990 un libro en coautoría que critica las posiciones neoliberales sobre la justicia penal e insiste en un “justo merecimiento” de tipo individual. Su análisis de las sociedades complejas, más violentas y con más delitos a pesar de una mayor represión, o justamente por ello, los hacía promover otro modelo social, solidario y participativo. El abandono de las funciones de cuidado del otro –en particular por parte de las mujeres en los últimos años, pero de parte de todos desde la conformación del modelo punitivo y represor– estaría en la explicación del aumento de violencias, generado en realidad por la pérdida de relaciones cara a cara, y también por la mayor atribución a instancias impersonales la resolución de conflictos.

Lo contrario a ello, una “teoría republicana de la pena”, implicaría un mayor compromiso de la comunidad en la definición de valores, pero siempre que estos últimos sean la consecuencia de un acuerdo comunitario profundo y no excluyente que, por tanto, tenga en cuenta también a la opinión de los “afectados”: víctima y posible castigado. De tal forma, se defiende un derecho penal menos coercitivo y más simbólico, preocupado por modificar y redefinir valores para mejorar la integración social sin graves afectaciones a derechos humanos. La principal atención de estos autores está puesta en la democracia y justicia “deliberativa”. La penalidad, o mejor la consecuencia de un hecho violento, debería considerar los intereses de todos los involucrados en ese hecho originario junto a los diferentes que existan en la comunidad, y llegar a una solución públicamente aceptable. La función del derecho –principalmente “procesal”– es la de permitir la expresión de esas opiniones y también la de modificar, con aquéllas, los comportamientos futuros. La resocialización tomaría un carácter totalmente moral, y no coercitivo; comunitario, y no burocratizado; componedor, y no punitivo. Sería por todo ello el australiano Braithwaite el representante teórico más elaborado de todo el movimiento de justicia restaurativa, que también es una de las consecuencias de la prédica de los autores abolicionistas.

De tal manera, el abolicionismo, como movimiento, no se circunscribe, ni mucho menos, a los mencionados Bianchi, Hulsman, Mathiesen y Christie, sino que engloba a muchos otros autores que a partir de ciertas ideas comunes hicieron aportes bastante diferentes. Hacia la década del ochenta aparecieron muchos seguidores, sobre todo en los países de origen de los autores nombrados, y particularmente en



Alemania y Austria. Allí se destacaron autores como Heinz Steinert y Sebastian Scheerer, que realizaban una criminología en abierta disputa con un pensamiento que decía regresar al “sentido común” de acuerdo a un discutible “realismo”. Estos autores contestaban diciendo que el “delito” tiene poco de entidad real y que, sin embargo, sí hay realidades que pueden ocasionar dolor, problemas, conflictos y riesgos. Pero reducir esas múltiples realidades a un nombre común, como delito, es negarlas bajo una concepción mitológica. El sistema penal, en vez de solucionar esos problemas los amplía con otros nuevos. Habrá que dejar de ocultar los problemas bajo las etiquetas que el sistema penal proporciona y pensar en soluciones con la participación de todos los involucrados.

Heinz Steinert es un sociólogo austríaco que llega al abolicionismo a partir del desarrollo de las ideas teóricas de la reacción social. Luego advierte los peligros de la irracionalidad de la racionalidad instrumental, en una clara aplicación de los enfoques críticos de la llamada Escuela de Frankfurt. Advirtiendo los peligros e inutilidad de la herramienta punitiva, recomienda no usarla o usarla lo menos posible, así como, en general, propiciar la participación comunitaria y desconfiar de las reformas “desde arriba” que favorezcan al Estado contra los derechos humanos.

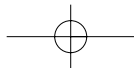
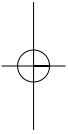
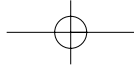
Sebastian Scheerer, desde Alemania, plantaría cara también a muchos criminólogos críticos embanderados con el realismo, o con la defensa de nuevos bienes –ecologistas, feministas, antirracistas, etc.–, o con la criminalización de poderosos, todos ellos propulsores de una nueva criminalización. Estos “empresarios morales atípicos” habían hecho un salto extraño para quienes se suponían contestatarios a las formas sociales y políticas, pues terminaban por reclamar intervenciones al derecho y al Estado brindándole oportunidad de legitimarse. Scheerer hizo la mejor defensa del abolicionismo y de su heterogénea “debilidad”. Según el autor alemán, el abolicionismo no constituye ni una teoría, ni un paradigma, ni una explicación genealógica del delito y del control. Se trata más bien de una toma de posición específica sobre los problemas del control social que contiene fundamentos teóricos “negativos” desafiantes y estrategias políticas de transformación radical.

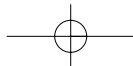
Mención aparte merece Stanley Cohen, y la influencia del “efecto Foucault” sobre los abolicionismos. Es imposible en este apretado resumen dar cuenta de la amplísima obra del autor inglés. Pero el propio Cohen puede ser visto como un (o el más importante) criminólogo crítico y por ello abolicionista, pues él suma una visión libertaria a esa mezcla de origen a lo que él mismo reconoce como “una excitación

te combinación intelectual” entre teoría crítica, marxismo de la nueva izquierda, fenomenología, etnometodología e interaccionismo simbólico. Stanley Cohen no solamente fue un importante denunciador de la real acción de la institución de encierro (en su *Supervivencia psicológica: la experiencia del encarcelamiento a largo plazo*, escrita junto a Laurie Taylor en 1972), sino que luego denunció también a las penas llamadas alternativas, que no son sino la intensificación de las líneas maestras del control de la desviación, que apuntan a la creación de una sociedad disciplinaria que alcance a más peces con redes más extensas y manteniendo a la dura prisión para ellos e incluso más casos. En *Visiones del control social*, de 1984 y ya nutrido de las herramientas foucaultianas, denunciaba las nuevas instancias de control servirán para transformar a la sociedad en un “archipiélago carcelario”, ampliado y diversificado gracias a recursos, inversiones, ingenuidad, tecnología e intereses personales. Cohen reseña diversos grupos de opiniones críticas a este fenómeno, pero también nos indica que en el núcleo del sistema (y entre los profesionales interesados), hay un único mensaje dominante: todo va bien, los errores serán rectificadas con más de lo mismo. Para hacer algo distinto realiza una propuesta en su *Contra la criminología*, de 1988, que realiza aportes ineludibles para los abolicionistas.

Estos autores llegaron tempranamente a las discusiones críticas del sistema penal en la Argentina, y ello destaca la importancia del libro *Abolicionismo penal* coordinado por Mariano Ciafardini, Lilián Bonanza y Alejandro Alagia en 1989.

Para terminar, por tanto, quería rendir un homenaje a estos introductores y traductores de estas obras. Juntamente a quienes traducían los libros que hemos estado mencionando y quienes utilizaban fructíferamente sus conceptos (en particular, en nuestro medio, fue notable la tarea de E. Raúl Zaffaroni). Todos ellos permitieron no sólo una reflexión necesariamente global, dada la previa mundialización del poder punitivo y sus avances sobre las socialidades comunitarias y locales, sino también un diálogo fecundo que al aplicar estas ideas a nuestras realidades diera oportunidad a la creación de nuevas justificaciones de la no pena en nuestro medio.





Ensayo sobre *un* abolicionismo penal*

Edson Passeti**

El abolicionismo penal es una práctica libertaria interesada en la extinción de la cultura punitiva de la venganza, el resentimiento, el juzgamiento y la prisión. Problematiza y contesta la lógica y la selectividad sociopolítica del sistema penal moderno, los efectos de la naturalización del castigo, la universalidad del derecho penal y la ineficacia de las prisiones.

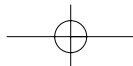
Refuta la naturaleza ontológica del delito al mostrarlo como una creación histórica en la que la criminalización de los comportamientos, en mayor o menor medida, depende de los momentos históricos y las fuerzas sociales en confrontación.

El abolicionismo rompe el consenso sobre la naturalización de la pena, que fundamenta el principio del castigo en el derecho penal. Opera fuera de la órbita del lenguaje punitivo y de la aplicación general de las penas para tratar las infracciones como situaciones-problema, considerando cada caso de manera singular. Asimismo, propone nuevas prácticas que relacionan a las partes involucradas y la justicia pública con el propósito de lograr la continuidad de la vida sin punitivos, al tener por objeto, por un lado, reducir y anular la reincidencia, y por otro, obtener del Estado una indemnización para la víctima.

Actúa por la vía de la conciliación entre las partes, como ocurre en el derecho civil. Revoluciona el actual sistema penal y abre posibilidades para un camino experimental de respuestas a las situaciones-problema. De este modo, deja sin efecto la concepción criminológica del individuo peligroso, norte del derecho penal contemporáneo, y propicia la expansión de la educación sin castigos. Frente a la vieja, repetitiva, fracasada e inoperante ruta punitiva de sentencias que ha

* Traducción de Karina Patricio, Luciana Flesler y Maximiliano E. Postay. Cuando se menciona la existencia de traducciones castellanas de libros citados por el autor, se lo hace de manera meramente orientativa.

** Profesor en el Departamento de Política y en el Programa de Estudios de Posgrado en Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Coordinador del Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidad Libertaria).



consolidado el derecho penal, el abolicionismo propone caminos experimentales para ocuparse de cada infractor en libertad.

I. Del encarcelamiento al control a cielo abierto

Según los estudiosos del tema, la expansión de las costumbres abolicionistas implicaría una drástica reducción de los gastos gubernamentales en el sistema penal y de las ganancias de la industria del control del delito. Este doble movimiento antirreformista da lugar a un nuevo y diferente ámbito de la voluntad política y explícita que el abolicionismo penal, una vez logrados el fin del castigo, la prisión y el derecho penal, no desconoce la aparición de nuevos problemas que exigirán a las partes involucradas encontrar maneras creativas de manejarse en cada caso.

En la sociedad disciplinaria, como lo ha señalado Michel Foucault, la internación en espacios cerrados fortalecía la utilidad y obediencia de los cuerpos, y las inmanentes relaciones de poder generaban positivities productivas, políticas y sociales. En su límite, la represión funcionaba por medio de la amenaza. Las fuerzas armadas, en el ámbito interno, intimidaban al sector de la población dispuesto a provocar levantamientos y revoluciones y, al mismo tiempo, protegían el Estado contra las fuerzas o Estados enemigos externos. La policía intimidaba al individuo para que se ajustara al orden y, al mismo tiempo, velaba por la libre circulación de las mercancías y el tránsito tranquilo de los individuos. Mientras las instituciones sociales funcionaban para formar cuerpos libres, útiles y dóciles, la prisión moderna surgía, en el siglo XIX, como un lugar de reeducación y resocialización de los infractores, quienes debían ser corregidos y devueltos, productivos y obedientes, a la sociedad. El prisionero empezaba a concebirse como un cuerpo por normalizar no solo mediante la aplicación de los dispositivos punitivos del derecho penal, sino también de los saberes de las ciencias humanas, que actuaban sobre él para corregir los desvíos que lo habían llevado a cometer acciones peligrosas o amenazantes contra la sociedad. Se procuraba corregir una marcada situación de anomalía que vivía el infractor mediante prácticas normalizadoras derivadas de la asociación entre el saber penal y el humanista. En el interior de la prisión, el prisionero se convertía en un cuerpo pasible de inversiones positivas, capaces de librarlo de los peligros y anormalidades oriundos de sus precarias condiciones materiales y espirituales de vida al margen de la *sociedad*. A este prisionero se lo veía ahora como un *delincuente* que debería ser devuelto a la sociedad en una nueva condición de ciudadano obediente y productivo –efecto simultáneo del derecho de castigar, de las prácticas científicas de reforma

del individuo y de la interiorización de valores superiores por medio de la religión-. Los reformadores de la prisión, desde entonces, no han dejado de creer en este trípode e invirtieron cada vez más en agilizar los procedimientos, ampliar las atenciones y asistencias y estimular las religiosidades. Los reformadores de la prisión y del derecho penal creían en este sistema y sus perfeccionamientos, y además reconocían que las condiciones materiales de existencia eran responsables de la mayoría de las infracciones –datos comprobables, en cualquier momento, por las estadísticas-. De este modo, el pensamiento reformista procuraba relacionar las políticas de mejoría de las condiciones de vida con la reducción de la *delincuencia*, y ora glorificaba el liberalismo, ora el *welfare state*, con más o menos políticas sociales. El límite reformista estaba dado por la utopía del igualitarismo socioeconómico, de un lado presionado por el socialismo estatista –que no dejaba de echar mano de las prisiones, tribunales y humanidades– y del otro, por los anarquistas, quienes consideraban el delito como una dolencia social que desaparecería con el fin del capitalismo y, aunque creyeran en el potencial racional de las humanidades, sostenían la superación del derecho penal y las religiosidades. Encontrándose aún bajo los efectos del iluminismo, estos reformadores oscilaban entre más o menos Estado (postura que acercaba a liberales y socialistas) o ausencia de Estado (como los anarquistas, quienes llevaban el liberalismo al límite).

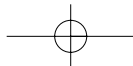
En la sociedad del control, su ejercicio empieza a darse a cielo abierto –sugiere Gilles Deleuze– y se constata un desplazamiento en lo que concierne al énfasis en la internación que caracteriza a la sociedad disciplinaria, sin que con ello se pretenda reemplazarlo. El control del territorio y la población por tierra, mar y aire se hace efectivo mediante el envío de satélites al espacio sideral. Las fuerzas armadas comandan el campo orbital, al igual que la policía, las policías secretas y particulares, las policías comunitarias, la policía de la policía: la sociedad del control vigila a personas, establecimientos, espacios subterráneos, profundidades de ríos y océanos, estrellas, planetas y sistemas. Vigila a los ejércitos, políticos y magistrados. Vigila el tránsito de personas, muebles y naves espaciales. La sociedad del control vigila en flujos y pretende alcanzar certezas, obtener confianzas y diseminar tolerancias. Es la sociedad de los reformadores iluministas que han descubierto cómo ocuparse de fronteras en constante movimiento y que abarcan conjuntos de Estados, como la Unión Europea; mercados, como el NAFTA o el Mercosur; fuerzas militares, como la OTAN; y entes diplomáticos, como la ONU. En la sociedad del control, el cuerpo productivo y obediente no es el blanco prioritario; en ella

importan los flujos y las inteligencias. Y estas no siempre se alojan en los cuerpos por disciplinar. Pasamos de la era de la mecánica de los cuerpos a la era de los fractales, quanta, genomas, células y las invisibilidades de las bacterias y virus. En esta sociedad se castiga más, pero la prisión deja de ser el destino preferencial de los infractores, a consecuencia de la diversificación del derecho penal. La imposición de penas por comportamientos desviados también se multiplica y surgen nuevas modalidades de la justicia punitiva de Estado sin privación de la libertad. Sin embargo, eso no significa que el reemplazo de la prisión por los dispositivos a cielo abierto opere por desplazamiento. En la mayor parte de los casos, aunque los reformadores intenten justificar los controles a cielo abierto –tales como la libertad asistida, la semilibertad, la prestación de servicios a la comunidad, la diseminación de los tribunales de pequeñas causas, las leyes de penas alternativas, la justicia restaurativa, etc.– como reductores o supresores de la prisión, estos terminan sumándose a la subsistencia del encarcelamiento –ahora en prisiones electrónicas–, mientras se empieza a transitar del tribunal penal local (originado en el reciente proyecto de justicia restaurativa) al Tribunal Penal Internacional. El derecho penal, las ciencias humanas y las religiones se expanden desde la cárcel a otros sucesos punitivos. Asimismo, el Estado asume costos indirectos, en las ONG de asistencia y seguimiento al condenado, y directos, en las policías locales, técnicos de gabinete, informantes y equipamiento informático para controlar lugares, barrios, espacios seleccionados y georreferenciados. Si en la sociedad disciplinaria los costos derivaban de la imposición de penas para fortalecer la prevención general, en un sistema que tenía por objeto disuadir al potencial infractor mediante la amenaza del castigo; en la sociedad del control que comienza a gestarse sobre la base de los programas de *tolerancia cero* (que propugnan la penalización de cualquier infracción, por ínfima que sea) entran en juego los costos en materia de prevención –es decir, los que se destinan a informar sobre la pluralidad de penas como forma de evitar el encarcelamiento o relegar la prisión a los *delincuentes irrecuperables*–. La relación directa que había entre infracción y cárcel se ha transformado en un flujo que absorbe, expele, modifica y transforma. Si en el pasado se creía en el saber de las prisiones para solucionar anomalías, ahora la misma prisión se utiliza para afirmar que su saber no es capaz de corregir, socializar, educar y evitar reincidencias. Tal valoración tiene como fin justificar la continuidad de los penales de máxima seguridad, así como los siempre actuales campos de concentración y exterminio, las colonias penales ubicadas en islas, la gran prisión de Alcatraz e, incluso, las prisiones más pequeñas que funcionan según el

RDD (Régimen Disciplinario Diferenciado¹). El cuerpo en la prisión es menos importante que las organizaciones carcelarias dentro y fuera de ella. Estas, a su vez, se conectan con productividades y coordinan los tráficos, empleos internos, sistemas de beneficios y las relaciones con parientes y mujeres, por lo que consolidan un flujo dilatado de conexiones con la *sociedad libre*, la seguridad del lado de afuera y sus vínculos con las policías y las fuerzas armadas. En la sociedad del control, ya no hay un *margen*: a pesar de que subsisten grandes precariedades materiales e inmateriales, todos están *adentro*. La prisión ya no pretende devolver a prisioneros buenos y obedientes; su práctica consiste en negociar sentencias en el interior del sistema penal y organizar entradas y salidas de parientes, casamientos y rutinas domésticas; y hemos llegado al punto en que permanecer preso es una solución segura. Los reformadores del sistema penal no cesan de proponer sistemas de punición, disciplina y control en flujos, y van extendiendo, de a poco, su interés en la pena a las descripciones sobre la ciudad, las zonas fronterizas y el campo. Oscilan entre el derecho penal máximo y el mínimo –donde no hay sino una modificación terminológica en la sentencia, en que la palabra *pena* se sustituye por *medida*–, de la proliferación de la jurisprudencia a la práctica efectiva de la justicia; y es en este flujo donde son posibles diversas negociaciones con los tribunales. Así es como, en la actual sociedad del control, el programa conservador de la *tolerancia cero* se convierte en políticas que absorben a liberales y socialistas, y entran en conflicto con la lucha por la defensa de los derechos humanos. Así es como los anarquistas tradicionales también se limitan, en materia carcelaria, a la defensa de los presos políticos y la denuncia de los dispositivos de confinamiento perpetuo. De este modo, recordando a Michel Foucault, se expande el teatro de denuncias que el Estado espera de cada uno de nosotros.

El abolicionismo penal sorprende porque hace hincapié en la educación libre frente a la cultura del castigo y suprime la solución fácil, burocrática y onerosa de imponer penas en nombre de una historia remota fundada en el castigo, su naturalización y una dudosa moral superior que permea la sociedad disciplinaria y la del control. Asimismo, no se limita a una única vía –la jurídica– para suprimir el derecho

¹ N. del T.: Régimen que modificó la Ley de Ejecución Penal brasileña en 2003. Se aplica en los penales de máxima seguridad y dispone que los internos se mantengan en celdas individuales monitoreadas por cámaras, con baños de sol de dos horas por día. Asimismo, sólo pueden recibir dos visitas por semana y no se les permite tener ningún contacto con el mundo exterior.



penal, sino que inventa nuevas prácticas tendientes a modificar las costumbres y eliminar los tribunales en lo cotidiano –como el conocido juicio doméstico en que los padres de todas las clases sociales castigan a sus hijos *mediante el uso moderado o no de la violencia* y con las garantías del derecho penal–. El abolicionismo penal estimula a que los jueces, abogados, fiscales y técnicos abduquen de los viejos y prejuiciosos procedimientos que mantienen sus saberes represivos y ejerciten prácticas liberadoras. Si al modificar las costumbres represivas se inventa una sociedad más libre, la abolición del derecho penal es también el resultado de las prácticas que nos liberan del castigo.

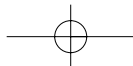
Dispuesto al debate, pero contrario a la polémica –que no sirve sino para reiterar posturas dogmáticas–, el abolicionista penal rechaza la crítica de los normalizadores, que lo acusan de generar *anomalías*. El abolicionismo penal tampoco acepta confinarse cómodamente en las utopías, como pretenden sus oponentes, aun cuando estos alaben sus intenciones con el objeto de obstruir su expansión. El abolicionismo penal rechaza los elogios; lo que pretende es repercutir.

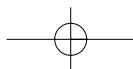
II. ¿Cuál sociedad sin penas?

Una breve pero atenta mirada hacia la sociedad actual nos enseñará que las prácticas abolicionistas suceden a diario. En este sentido, es necesario decir que la sociedad sin penas ya existe: la viven quienes se ven involucrados en una situación-problema y, prescindiendo de la mediación policial o judicial, encuentran soluciones conciliadoras.

No obstante, la sociedad sin penas también existe en el ámbito del derecho penal, y la defienden los adversarios y enemigos del abolicionismo penal. Pero esta, a diferencia de aquella, solo tendrá fin cuando desaparezca el derecho penal.

Es notorio que no todos los así llamados *delitos* llegan al sistema penal, por lo que terminan conformando lo que los burócratas denominan *cifra negra*. Se reconoce, de este modo, la incapacidad estructural del sistema penal, tanto para garantizar la protección de la sociedad frente a los así llamados *individuos peligrosos* que ella misma genera, como para reformar a los internos que pretende reeducar mediante la penalización –y, así, reducir o suprimir la reincidencia–. Sin embargo, la dimensión del fracaso en la prevención del desorden y el *crimen* no termina ahí, sino que es mayor. Se le suma otro factor interno del sistema penal: su incapacidad para procesar y sentenciar a todos los individuos captados por él, debido no solo a la lentitud de los procedimientos –que ninguna reforma permanente puede solucionar–, sino también porque el mismo sistema penal no se creó para responder a todas las infracciones que llegan a su esfera. De esta mane-

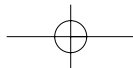




ra, se concluye que el sistema penal procesa, castiga y sentencia por medio del dispositivo de la selectividad, y sus blancos principales se concentran en las poblaciones pobres y miserables, las personas que atentan contra la moral y los rebeldes inconformistas. Por lo tanto, hay más sociedades sin penas de lo que se imagina el simplón y obediente ciudadano. Por ello, la doctrina de la sanción penal como herramienta de prevención general contra el desorden es la utopía de la sociedad disciplinaria que migra a la del control, tanto en los regímenes políticos democráticos como totalitarios.

Las breves consideraciones que se hicieron sobre la existencia de una sociedad sin penas en el interior de la sociedad punitiva, señalan que la continuidad de los fracasos penales y de su utopía depende de las costumbres fundadas en la obediencia al superior jerárquico. En este ciclo vicioso, los ciudadanos no suelen advertir las inventivas soluciones que ellos mismos encuentran en su cotidiano para resolver las infracciones que se cometen; y muchas veces diluyen sus actitudes abolicionistas conciliadoras con relación a las situaciones-problema en elogios a su propia viveza o, aun, a su capacidad de burlar la ley ejerciendo el derecho por la excepción. En este ámbito, el ciudadano que alza la voz por el fin de la impunidad es el mismo que contribuye a reproducir la *sociedad sin penas*. Esta, a su vez, se estructura en la perpetuación del sometimiento al ciudadano y la consolidación de prácticas correlativas de corrupción –que se extienden desde las costumbres hacia el derecho penal y el Estado, y de este último a los comportamientos prescriptos y normales–. La corrupción, por lo tanto, nunca será una disfunción del sistema penal o del Estado, sino una práctica inherente a las resonancias jerárquicas que resultan de la naturalización del castigo y la obediencia a cambio de recompensas.

En nuestra sociedad, la población más favorecida queda excluida de la selectividad penal y siempre goza de *buena* suerte, al ser también la que, por medio de políticos y funcionarios competentes, crea las leyes universales que van de la mano de las prácticas ilegales a favor de sus intereses particulares. Este universalismo particularista de la ley y del derecho penal toma fuerza y se perpetúa por la capacidad de penalizar, de vez en cuando y por diversos motivos, a uno que otro individuo privilegiado. Cuando ello sucede, aumenta la agitación en favor de una secuencia punitiva, lo cual propicia que el individuo mediatizado pueda satisfacer sus ansias de participar y sentirse *ven-gado*. En su confort efímero, él reitera su creencia en la moral de la pena, que se funda en su aplicación universal e igualitaria, incluso contra los poderosos. Sin embargo, tarde o temprano, se decepciona cuando constata que el castigo que se le impuso a otro –y que lo rego-

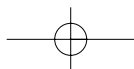


cijó– se ha minimizado o suprimido mediante la revisión procesal. Entonces, desconcertado o conformado, asimila el hecho y, sorprendentemente, legitima la práctica de la selectividad y encuentra consuelo en la utopía del fin de la impunidad y la corrupción, refugiándose en la esperanza de una *verdadera reforma penal* y en la doctrina del castigo apocalíptico divino. Por omisión, esperanza, creencia en lo sobrenatural o deseo de garantizar la universalización de la punición, cada individuo mediático, al clamar por más castigos, colabora asimismo para la subsistencia de las penas y el aumento de la corrupción. Es así como el derecho penal y sus críticos normalizadores fortalecen sus alianzas con el rebaño y colaboran en la perpetuación de una vida conformista.

A diferencia del individuo masificado de la sociedad disciplinaria, aparece en la sociedad del control el *dividuo*, constantemente convocado a participar en las decisiones. Si la sociedad disciplinaria necesitaba de cuerpos productivos y obedientes, la del control requiere la inteligencia participativa. En este sentido, la democracia se convierte en la utopía de la sociedad del control (sea globalizada o antiglobalización) y ya no pretende reducir resistencias o eventualmente suprimirlas, sino integrarlas. Si en la sociedad disciplinaria el poder se ejercía en redes –de donde concluía Foucault que todo poder implicaba resistencias–, en la sociedad del control el poder se ejerce en flujos, de donde se constata que todo poder implica integrar resistencias. Si en la sociedad disciplinaria proliferaban los grandes fascismos, en la del control prevalecen los microfascismos: no más el gran derecho de matar o dar vida, sino el derecho de participar en la vida mediante el pluralismo civil, político y social.

III. Los nuevos reformadores penales

Ante un flujo punitivo veloz, preciso y en constante actualización, las reformas penales tienen como objeto redestinar y ampliar el ejercicio de la punición y la corrupción. Los reformadores más influyentes de la actualidad se dividen en dos grandes grupos: uno que pretende diversificar las penas y reducir el encarcelamiento, y otro que propone aumentar tanto las penas como el encarcelamiento. De un lado se posicionan quienes defienden las penas alternativas, es decir, los voceros de la criminología crítica, y del otro, los conservadores que propugnan los programas de tolerancia cero. Tanto unos como otros sostienen la diversificación de las penas y la criminalización de nuevos comportamientos, pero fomentan por vías distintas la paradoja de la continuidad ampliada del encarcelamiento y, por consiguiente, la corrupción del interés particular.

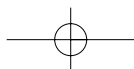


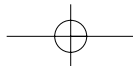
En la era del control electrónico, estar dentro o fuera de la prisión deja de ser un aspecto distintivo de la selectividad penal. Un nuevo suceso carcelario poco a poco se consolida. Se trata del fenómeno según el cual las periferias de las grandes ciudades se erigen como campos de concentración, donde está permitido ir al trabajo, siempre y cuando se regrese todos los días, y en los que el Estado provee escuelas, equipos sociales y policías comunitarias. Surge entonces una nueva diagramación de la ocupación del espacio en las ciudades, en que las políticas de tolerancia cero y de penas alternativas se combinan, por lo que aumenta el número de pobres y miserables vigilados, capturados y controlados. Ello da lugar a una escala más o menos rígida de penas y mantiene inalterada la cifra negra y los dispositivos de selectividad. Se consolida una nueva práctica de confinamiento a cielo abierto y el sistema penal se amplía una vez más, en este caso, dilatando los muros de las prisiones.

En la sociedad disciplinaria, hablar de periferia era identificar quienes se encontraban al margen de la buena familia, el hogar, la sólida formación moral, el empleo, el consumo, la vivienda, etc. Se hablaba de quienes podrían, quizá, entrar a formar parte de la buena sociedad o ser expulsados de ella definitivamente –por prisioneros, delincuentes, narcotraficantes o criminales– y confinados en la prisión, cuando no muertos en confrontaciones con otras facciones criminales o la misma policía.

La periferia o suburbio era el lugar de los *outsiders* que, después de asimilar los códigos de vecindad y conducta hegemónicos, aún manejaban su convivencia con quienes amenazaban, *al borde del borde*, con una interminable guerra civil. En la sociedad del control, la periferia está adentro. Todos somos susceptibles de captura. Vivimos, entonces, momentos de periferia que se realizan de manera pluralista por todo el planeta. De un lado, está la periferia conformada por las pequeñas ciudades o conjuntos de ciudades dormitorio, que alojan a la población que trabaja en la metrópoli y en su interior ve cómo aumenta la ilegalidad. Otra forma de periferia dormitorio aparece cuando los pobladores de las pequeñas ciudades o de estos conjuntos se desplazan para trabajar en nuevos centros empresariales, ubicados en sus cercanías, que buscan contener la afluencia hacia la metrópoli. De este modo, mientras las ciudades dormitorio se constituyen en función de la metrópoli o el centro productivo recientemente inaugurado, se desarrolla en paralelo la industria del turismo.

Esta industria se esmera en enaltecer las historias de estas ciudades como poblados seculares, a los fines de mantener a sus habitantes en el lugar mediante la creación de nuevos empleos. Asimismo, se busca atraer a los pobladores aledaños o los empleados de rango supe-

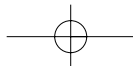




rior de los centros empresariales vecinos, para que conozcan la historia local, con la intención de ampliar los lazos de integración y cultura en la zona de trabajo y aumentar el nivel de empleo. Estas periferias –conformadas por ciudades pequeñas– también progresan por medio de una diversificada política cultural tendiente a fortalecer las raíces o las *manifestaciones culturales* populares y de masa, y conjugan las acciones gubernamentales y no gubernamentales en la misma sincronía en la que funciona la nueva política de penalización con medidas anticarcelarias.

Pero hay una tercera forma de periferia más intensa, violenta y sorprendente, que en Brasil se denomina *favela*. Construidas en áreas pavimentadas, anegadas o en los morros, están hechas con cartones, madera, palos, plásticos, restos de afiches o ladrillos, y se erigen sobre los techos de otras casas, los palafitos o el mismo suelo. En las favelas están los trabajadores de comercios e industrias legales o ilegales, cuentapropistas, miserables, empleados del narcotráfico, pequeñas prostitutas, pequeños prostitutas, altos y bajos proxenetas, gente que va a servir en la policía o el ejército, gente que sirve a las personas adineradas, gente de las escuelas de samba o de informática, gente de la escuela formal, de la capoeira, de la cultura popular, de la escuela del crimen, de tez negra o no, y todos ellos giran en un constante subir y bajar. Bajo el edificio estelar, allí está la favela, que se considera parte del barrio X, mientras que el edificio de los *conchetos* queda en el barrio Z. Pero ¡todos quieren ser *conchetos*! Y quienes no lo quieren comienzan a darse cuenta de que la periferia es auténtica, un lugar especial e incluso maravilloso. Y en este ir y venir, todos están pegados a la televisión y solicitan sus billetes de colectivo con validez de dos horas –el actual dispositivo de transporte de bajo costo para el trabajador, siempre y cuando él regrese inmediatamente a su casa o vaya solamente de su casa al trabajo–. Todos de regreso a la periferia, todos encarcelados en la periferia. Que se vuelvan todos a la periferia. Que se mantengan presos en la periferia, ¡la periferia-prisión! Y que como toda prisión, tiene su propia economía, justicia, violencia, conexiones e interconexiones.

En la sociedad del control, las reformas al sistema penal y a las prácticas de confinamiento incorporan los espacios disciplinarios –como la fábrica, la escuela, el hospital y la prisión– en un campo ampliado que los conecta denominado periferia. Los comportamientos criminalizados se multiplican y las medidas penales se diversifican, consolidando, de este modo, el régimen de tolerancia cero, que pretende penar cualquier infracción como medida de disuasión. La tolerancia cero es una creencia en la seguridad, tanto estatal como privada, que se propagó desde los conservadores hasta los más radicales



socialistas de Estado y se convirtió en un nuevo consenso penal. Sin embargo, permanece inamovible la creencia secular en la asociación pobreza-peligrosidad, sin la que el sistema penal –en el pasado y en el presente– no podría garantizar su continuidad mediante reformas institucionales, sean estas más o menos democráticas.

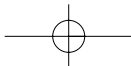
En el pasado, fue por medio del juego político de las reformas que el sistema penal pudo alimentar su burocracia y fortalecer la institución carcelaria. La consolidó como el lugar adonde deben ir los inmorales, alborotadores y repugnantes, y con ello volvió a crear, en el ciudadano obediente y responsable, la creencia en la justicia por el miedo a la prisión –lugar donde convivían todas las ilegalidades y su complemento, la rebelión por la libertad y la demolición de la cárcel–. De este modo, todos los condenados por el sistema penal terminaban recibiendo el trato de presos políticos o peligrosos para el orden, dado que se había borrado la distinción entre la infracción material y la ideológica. Se habían convertido en ladrones, homicidas, rebeldes y revolucionarios cuyos cuerpos estaban disponibles a las más diversas torturas, confesiones y sumisiones –al igual que a los negocios, economías, empleos, sobornos e, incluso, la muerte–, y a menudo veían a sus familiares o seres queridos involucrarse también en trampas, negocios ilegales y nuevos sometimientos.

La prisión encarcelaba selectivamente al *infractor* y a sus relaciones de afinidad, ya fuesen carceleros o directores, reformadores o beatos. Oriunda de la sociedad disciplinaria del siglo XIX, se ha convertido en la matriz del campo de concentración de la actual sociedad del control, y su imagen permanece como el signo más fuerte del miedo a la fuerza represiva del Estado. En el pasado, la prisión era para cada ciudadano libre y responsable la imagen del terror. Hoy son las periferias las que asumen este lugar, ya sea que se conciban como espacios de grandes ciudades o acciones de grupos terroristas extranjeros –que a su vez también se consideran oriundos de las *periferias de la globalización*–. ¿Estamos todos presos?

IV. Un abolicionismo

Frente a los reformadores en general, podemos navegar por otras aguas, todavía poco caudalosas y frecuentadas por los rebeldes². No se

² Stirner, Max, *O único e a sua propriedade*, trad. al portugués de João Barrento, Antígona, Lisboa, 2004. Existe traducción castellana: *El único y su propiedad*, trad. de Pedro González Blanco y revisión de Martín Aldao, Reconstruir, Buenos Aires, 2007. Camus, Albert, *O homem revoltado*, trad. al portugués de Valérie Rumianek, Record, San Pablo/Río de Janeiro, 1996. Existe traducción castellana: *El hombre rebelde*, trad. de Luis Echávarri, Losada, Buenos Aires, 1953.



trata de comprenderlas a partir de la histórica oposición entre revolucionarios y reformistas, puesto que, desde el desarrollo socialista estatista de comienzos del siglo XX –más precisamente, después de la Revolución Rusa–, se constata que los revolucionarios, como lo decía Proudhon³ en el siglo XIX, son nada más que nuevos reformadores que restauran la centralidad del poder. Si los revolucionarios y reformadores son intelectuales y dueños de la verdadera conciencia, los rebeldes son agentes de cambio que crean fuerzas intempestivas y desasosiegan centralismos.

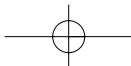
Después de la Segunda Guerra Mundial, pensadores como Foucault y Deleuze no han dejado de señalar la existencia de una vida fascista basada en el gusto por el poder, en el desear aquello que nos domina y explota y en justificar las atrocidades cometidas por dirigentes y sujetos, en nombre de la conciencia verdadera que vive en el Estado, la nación o la clase⁴.

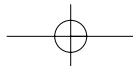
Foucault y Deleuze combatieron sin miedo el discurso de la victimización y han mostrado que las subjetividades que este encierra autorizan exterminios en las relaciones de poder que van de la casa al Estado y de este último a las minúsculas y supuestamente inexpresivas localidades. Louk Hulsman, uno de los más intensos abolicionistas penales, también se opone al dominio de los intelectuales que *aclaran* y dirigen conciencias, quienes pretenden hablar en nombre de los pobres, oprimidos, excluidos, abandonados y miserables; en fin, el gran contingente con una conciencia supuestamente deficiente y que muchas veces sigue a sus tiranos travestidos de mesías, padres políticos o conductores de una nueva era⁵.

³ Resende, Paulo-Edgar A. y Passetti, Edson, *Proudhon. Política*, trad. al portugués de Célia Gambini y Eunice Ornelas Setti, Ática, San Pablo, 1986.

⁴ Foucault, Michel, “Uma introdução à vida não-fascista”, trad. al portugués de Fernando José Fagundes Ribeiro, en *Cadernos de Subjetividade. Gilles Deleuze*, Núcleo de Estudos e Pesquisas da Subjetividade/PUC-SP, San Pablo, 1996, ps. 197-200. Existe traducción castellana: “El *Antiedipo*: una introducción a la vida no fascista”, trad. de Milton J. Tornamira, en *Archipiélago*, N° 17, Barcelona, 1994. Foucault, Michel y Deleuze, Gilles, “Os intelectuais e o poder. Conversa entre Michel Foucault e Gilles Deleuze”, trad. al portugués y organización de Roberto Machado, en *Microfísica do poder*, Graal, Río de Janeiro, 1979, ps. 69-78. Existe traducción castellana: “Los intelectuales y el poder”, en *Microfísica del poder*, ed. y trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, La Piqueta, Madrid, 1992.

⁵ Hulsman, Louk, “Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal”, trad. al portugués de Maria Brant, en *Verve*, Nu-Sol/PUC-SP, San Pablo, 2003, t. 3, ps. 190-219; “Alternativas à justiça criminal”, trad. de Maria Lucia Karam, en Edson Passetti (org.), *Curso livre de abolicionismo penal*, Revan/Nu-Sol, Río de Janeiro/San Pablo, 2002, ps. 35-68.

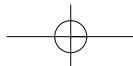


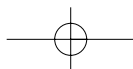


Pensadores como Proudhon y Hulsman ensayan *otras* salidas al mundo de la propiedad a partir de la vivencia de nuevas costumbres que afirman una educación libertaria; libertad que comienza en cada uno al abolir el castigo en su interior. Aunque no haga una referencia explícita a Hulsman, el anarquismo –y, más precisamente, el pensamiento libertario– recorre sus reflexiones. El pensamiento de Hulsman –como también el de Proudhon– deja entrever la emergencia continua de una nueva sociedad libre y desigual que problematiza el saber del derecho penal y actúa en la lucha de los movimientos abolicionistas.

A su vez, pensadores como Foucault y Deleuze ensayan otras experimentaciones para este mundo de la propiedad, donde la democracia solo progresa a costa de mucha miseria. Las experimentaciones son ensayos de vida, relaciones intensas entre lo que se vive y lo que se piensa, y provocan nuevas subjetividades hacia otros modos de vida. Ello crea una relación intrínseca entre el pensamiento y la acción, en la que ya no está en juego una teoría que orienta una praxis, como tampoco están en cuestión lo molar y lo macro, dado el agotamiento del devenir revolucionario colectivo. En el siglo XIX, Max Stirner y luego Nietzsche han señalado el fin de los *universales*, de manera que, para Stirner, deberíamos dejar morir a la sociedad y abdicar de la gloriosa función de reformadores sociales. La sociedad es un concepto creado por los hombres y que viene acompañado de sus fantasmagorías que, a su vez, muestran un determinado momento *evolutivo* de la especie. La sociedad, su nacimiento y su conservación, son objeto de interés de revolucionarios y reformadores. Los rebeldes, entonces, se distinguirían de estos agentes pluralistas por su énfasis en el devenir insurrecto personal, ensayístico y nómada, nuestro eterno retorno.

El abolicionismo penal, así como el anarquismo, es un pensamiento abierto, inacabado, diverso, compuesto de singularidades que, sin embargo, pueden uniformizarse o unificarse según los criterios del pluralismo democrático o las afinidades grupales. Ambos corren el riesgo de ser capturados por organizaciones molares. El primero, al subordinarse a la criminología crítica –camino que parece congrega el abolicionismo penal de influencia marxista–, que funciona como un reformador radical en el interior del Estado y de los tribunales. El segundo, por la noción de sociedad que substituye al Estado después de su abolición, donde el individuo deja de estar bajo el dominio represor del Estado y pasa a ejercitar autónoma y libremente las autoridades sociales. Sin embargo, el poder es mayor que la represión. Desde la sociedad disciplinaria, de donde proviene el anarquismo moderno, el poder funciona mediante positivities que se expresan





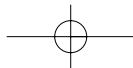
en las utilidades y docilidades exigidas a los cuerpos, y ello compone una tecnología de poder que ha traspasado el capitalismo para alojarse también en el Socialismo de Estado. El anarquismo fue contundente en su crítica a la positividad del poder y propuso demoler las relaciones de obediencia, desde las más cercanas –como el amor, el sexo, la educación de los niños y la amistad– hasta la ruina del Estado. El anarquismo fue y sigue siendo el discurso más contundente sobre la sociedad disciplinaria, pero se ciñe a los límites del desplazamiento de la soberanía de las manos del rey, pueblo o proletario en el Estado a la sociedad. Asimismo, ha sido la primera expresión de la mayoría de edad iluminista restaurada o, lo que es lo mismo, la *verdadera* emancipación humana.

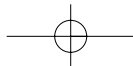
Con la emergencia de la sociedad del control se hace aun más pertinente uno de los últimos planteamientos de Foucault antes de su muerte, cuando se preguntó si algún día alcanzaríamos la mayoría de edad⁶. Años después, Deleuze dirá que frente a las mayorías de edad se interpone, vive y se aparta la fuerza del menor como devenir, de la minoría que evita los modelos⁷.

El abolicionismo penal es un discurso que emerge en la sociedad del control y, en este sentido, Louk Hulsman aparece como su instaurador. Su obra se aparta de la literatura que hereda la crítica marxista revolucionaria o reformista a la sociedad capitalista, en la que se destacan pensadores como Nils Christie y Thomas Mathiesen. El abolicionismo penal de Hulsman es diferente del de los marxistas por distintos motivos, tales como su aversión al intelectual conductor de conciencias, su preocupación en demoler incondicionalmente el derecho penal –sin *derecho* a negociaciones transitorias– y, además, por no condicionar las situaciones-problema a una determinación socioeconómica. El abolicionismo penal de Hulsman responde a las inquietudes que genera la sociedad del control: está apartado de la centralidad del tribunal, la aplicación universal de la ley, el dominio penal académico del derecho penal y la tontería fétida de quienes dicen que el abo-

⁶ Foucault, Michel, “O que são as luzes?”, trad. al portugués de Elisa Monteiro, en Manoel de Barros Motta (org.), *Michel Foucault. Arqueologia das ciências e história dos sistemas de pensamento. Ditos e Escritos*, Forense Universitária, Río de Janeiro, 2000, ps. 335-351. Existe traducción castellana: “¿Qué es la Ilustración?”, en *Saber y Verdad*, La Piqueta, Buenos Aires, 1991.

⁷ Deleuze, Gilles, “Controle e devir”, en *Conversações*, trad. al portugués de Peter Pál Pelbart, 34 Letras, Río de Janeiro, 1992, ps. 209-218. Existe traducción castellana: “Control y devenir”, en *Conversaciones*, trad. de José Luis Pardo, Pre-Textos, Valencia, 1996.





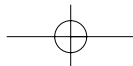
licionismo penal es una bellísima utopía, como también de quienes se rasgan las vestiduras y lo combaten con fervor en cualquier rueda de conversación, afirmando que el abolicionismo penal disemina impunidades y anomalías y vociferando la vieja jerga burguesa que asocia la anarquía con el desorden.

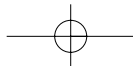
El abolicionismo penal, como amplificador de resistencias en la sociedad del control, actúa en forma de flujos que incorporan, pero no uniforman, y es así como reconoce y convive con sesgos marxistas en su interior. Sin embargo, la sociedad del control ya no opera mediante posturas y contraposturas como la sociedad disciplinaria, sino que convoca a participar democráticamente a partir de la difusión de informaciones y comunicaciones, en flujos diversos, simultáneos y constantes. Más que resistir (dado que el objeto de la sociedad disciplinaria es anular resistencias), ello propicia a cada uno, a cada *dividuo*, actuar libertariamente y hacer invenciones de vida, ensayos de existencia, demoliciones de la sociedad o reconocer que ella misma se está muriendo.

Recordando una contundente reflexión que ha dejado Foucault para los tiempos que corren, el ensayo es una experiencia modificadora de sí en el juego de la verdad y no se confunde con la aproximación al pensamiento del otro a los fines de comunicar. Pensar es experimentar⁸. Deleuze, al hacer un retrato de Foucault, señaló la distinción entre historia y experimentación para resaltar que esta última solo puede existir ante las condiciones adversas que pone la historia⁹. De este modo, la experimentación casi se escapa de la historia, es indeterminada y filosófica. Asimismo, Foucault habría puesto su vida en su pensamiento, hecho que, según Deleuze, lo caracterizaba como el único filósofo del siglo XX que pudo salir del siglo XIX. Foucault, por su parte, estando todavía vivo, decía esperar que el siglo XXI fuera deleuziano. Estamos, entonces, frente a experimentaciones, estilos de vida, ensayos de existencias que no se consumen en palabras, libros, clases, púlpitos ni mesianismos, y que arrasan los *universales* con valentía. El abolicionismo penal quiere promover cambios por el trastorno que genera sobre sí mismo.

⁸ Foucault, Michel, *O uso dos prazeres*, trad. al portugués de Maria Thereza da Costa Albuquerque, Graal, Río de Janeiro, 1984. Existe traducción castellana: *Historia de la sexualidad. El uso de los placeres*, t. 2, trad. de Martí Soler, Siglo XXI, Buenos Aires, 2003.

⁹ Deleuze, Gilles, "Um retrato de Foucault", en *Conversações*, cit., ps. 127-147 (también en su versión en español, citada).

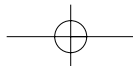




Entonces, si por un lado asimila en su interior los efectos de resistencias oriundas de la sociedad disciplinaria, tales como el reformismo marxista, por el otro incentiva los ensayos y experimentaciones, así como a separarse de los reformadores.

Se abre un campo que el Nu-Sol pretende retomar y que tuvo inicio en los estudios en torno al ensayo sobre el fin de las punitivas iniciados en la década de 1990, ahora liberados de los modelos. El punto de disidencia y bifurcación con Hulsman (sin dejar de reconocer los instigadores trabajos teóricos y de investigación de Christie y Mathiesen) se encuentra en la *alternativa* a los *universales*. Hulsman, en sus pocos pero preciosos escritos, muestra que en la sociedad del control ya no es la abundancia de publicaciones –que, a su vez, tiende a crecer cada vez más por medio de obras temáticas, prescriptivas, científicas y literarias, tanto dentro como fuera de Internet– ni los extensos tratados los que prevalecen, sino el aprecio por los ensayos cortos capaces de generar implosiones transgresivas. El punto de disidencia de Hulsman reside tan solo en lo que concierne a la defensa de modelos alternativos.

En primer término, conviene recordar que el rompimiento con los *universales* es también una superación del pensamiento según modelos. Por ende, al señalar cinco modelos alternativos a la universalidad de la ley (conciliación, educación, terapia, compensación y la misma punitiva cuando es aceptada por la otra parte) para buscar soluciones a las situaciones-problema, Hulsman nos remite a trayectos que pueden tornarse inmovilizadores. Este riesgo no se debe tanto a los contenidos de los modelos, sino a su existencia misma, dado que estos funcionan, en definitiva, como una referencia para los costos del Estado, conforme a las exigencias racionales del cálculo económico y la representación. No hay nada que discutir respecto de las indemnizaciones a las víctimas o los programas de asistencia a los infractores, ni tampoco en lo que concierne al énfasis en el diálogo con vistas a la conciliación y la compensación (eficaces en el derecho civil), el seguimiento regular y el efecto de estas soluciones para terminar con el proceso de encarcelamiento (lo que no significa abrir las puertas de las *bastillas*), en una apuesta por reducir la reincidencia. Pero la vida no cabe en un modelo, ni en cinco, ni en n modelos. Tomemos un ejemplo reciente de justicia que se asemeja al abolicionismo penal y se respalda en modelos –sin, con ello, olvidar que el régimen de penas alternativas, como vimos en el pasado reciente, buscaba legitimarse ante las fuerzas *progresistas* disfrazándose de discurso *no encarcelador* y argumentando que las penas alternativas llevarían a la disminución del número de prisiones; no obstante, la historia ha demostrado ser



este un discurso *encarcelador* más, dado que no dejó de aumentar la penalización y no se redujeron las prisiones; en fin, un tiro que salió por la culata, el discurso de las penas alternativas también contribuye para la aceptación de la política de tolerancia cero—. Analicemos brevemente la actual propuesta de justicia restaurativa, que ha crecido desde la década de 1990 y se caracteriza como “un proceso mediante el cual todas las partes interesadas en un delito específico se reúnen para solucionar, de manera colectiva, cómo manejar su resultado e implicancias futuras”¹⁰; el cual se vincula con el control de personas que viven en situación de vulnerabilidad (que en un pasado reciente se llamaba *situación irregular, situación de riesgo, habitantes de la cultura de la pobreza* u otras denominaciones y selectiva población peligrosa). En síntesis, la justicia restaurativa –que debe ser objeto de un análisis más detallado en otra oportunidad– no es solo la nueva faz de la reforma, sino también la que más se acerca al abolicionismo penal, al proponer que los involucrados en cada situación-problema encuentren por sí mismos sus soluciones –ya sea por medios directos o indirectos–, pero sin apartarse del Estado. Los principios del programa de Justicia Restaurativa, promovido por la ONU y financiado por el BID, “buscan privilegiar la conciliación, la restauración o la cura, prescindiendo en muchos casos de las autoridades judiciales, en las comunidades de los lugares donde ocurrieron las infracciones. Los valores que rigen a la Justicia Restaurativa se dividen entre los directos, como el diálogo respetuoso, republicano y de no dominación; y los indirectos, como el perdón, la clemencia y el remordimiento. La aplicación de la justicia restaurativa en Brasil busca formar un dominio preventivo desde lo penal y, simultáneamente, operativo en lo que concierne a la ejecución de los programas vinculados a la reforma del sistema judicial. No obstante, queda una cuestión pendiente: ¿cómo es posible suprimir modelos punitivos si la justicia restaurativa presupone un modelo alternativo que reconoce, de antemano, la superioridad de alguien? Entonces, se suprimen en parte a las autoridades judiciales para poner en su lugar a la comunidad. Se transfiere el riesgo de la excepción al riesgo del fascismo”¹¹.

El abolicionismo penal pretende suprimir la autoridad superior. De este modo, debe apartarse de los modelos que propugnan una *respuesta-camino* que se modifica en cada caso y, a la vez, hacer un segui-

¹⁰ Consúltese www.nu-sol.org, *hypomnemata* 63, julio de 2005.

¹¹ Ídem. Véase también Slakmon, Catherine; P. de Vito, Renato Campo y Gomes Pinto, Renato Sócrates, *Justiça restaurativa*, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Brasília, 2005.

miento que se aleje de la vigilancia y promueva la colaboración. Sin embargo, es muy difícil que los reformadores, intelectuales conductores de conciencias y militantes de las ONG lo comprendan. Al fin y al cabo, ¿adónde puede llegar un *infractor* sin su conductor de conciencia? La *respuesta-camino* involucra a los miembros de la justicia y los participantes de cada situación-problema. Para ello, busca activar dispositivos antropofágicos a través de que los cuales los involucrados puedan asimilar los desvíos y, asimismo, abdicar de las soluciones *antropoémicas* de nuestra cultura occidental –que, al no soportar los desvíos, los remite a archipiélagos represivos, tal como lo subrayaba el antropólogo Claude Lévi-Strauss¹². Por ende, frente al fin de las soluciones universales y las ambigüedades de los modelos alternativos (y no nos olvidemos de que lo alternativo no es más que la otra cara del mismo modelo), la *respuesta-camino* surge como una forma de ampliar las críticas y sugerencias, elaboradas inicialmente por Hulsman, en lo referente a la experimentación de la vida como ensayo. Tal situación fortalece el flujo abolicionista, no por los resquicios de resistencias oriundas de la sociedad disciplinaria, sino por la expansión de las fuerzas activas frente a las reactivas y al considerarse cada situación-problema como un caso distinto.

Ante la insistencia en restaurar la tesis de la liberación, se cuestiona la pertinencia de las prácticas liberadoras, ensayísticas y rebeldes. Lo que fortalece el flujo abolicionista penal en la sociedad del control son las rebeldías que hacen temblar la creencia en la eliminación de las condiciones miserables de vida. Esta idea está presente en distintas corrientes abolicionistas, desde los defensores de la restauración del *welfare state* frente al Estado punitivo actual –postura que sostienen autores como Christie¹³ y Mathiesen¹⁴–, hasta los

¹² Lévi-Strauss, Claude, *Tristes trópicos*, trad. al portugués de Rosa Freire de Aguiar, Companhia das Letras, São Paulo, 1996. Existe traducción castellana: *Tristes trópicos*, trad. de Noelia Bastard, Paidós, Barcelona, 1988.

¹³ Nils, Christie, “Civildade e Estado”, trad. al portugués de Beatriz Scigliano Carneiro, en Edson Passetti y Roberto B. Dias da Silva (orgs.), *Conversações abolicionistas. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*, IBCCrim/PUC-SP, São Paulo, 1997, ps. 241-257. Del mismo autor, *A indústria do controle do crime*, trad. al portugués de Luis Leiria, Forense, Río de Janeiro, 1998. Existe traducción castellana: *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, trad. de Sara Costa, Del Puerto, Buenos Aires, 1993; y *A suitable amount of crime*, Routledge, Londres/Nueva York, 2004. Existe traducción castellana: *Una sensata cantidad de delito*, trad. de Cecilia Espeleta y Juan Iosa, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

¹⁴ Mathiesen, Thomas *Prison on trial*, Sage, Londres, 1990. Existe traducción castellana: *Juicio a la prisión*, trad. de Mario Coriolano y Amanda Zamuner, Ediar, Buenos Aires, 2003.

socialistas estatistas no convencionales –como Zigmunt Bauman¹⁵, Loic Wacquant¹⁶ y Antonio Negri y Michael Hardt¹⁷– y los anarquistas, como Noam Chomsky¹⁸. Sin embargo, por más bien intencionados que sean, tales autores no han podido salir del campo de las fuerzas reactivas. El abolicionismo penal de Hulsman no quiere más o menos Estado, sino el fin del derecho penal y la emergencia de costumbres libertarias y otros estilos de vida. Se acerca más al campo molecular apartado del molar, rizomático y nómade. No pretende recuperar el campo molar, como lo hacen Negri y Hardt a través de la noción de multitud; Wacquant, con la restauración de las políticas públicas; Bauman, al dar cuenta de la atención a las *vidas desperdiciadas*; o Chomsky, cuando adhiere al pasado del *welfare state* para recuperar los derechos sociales y elaborar una extraña, expresionista y estratégica teoría de la ampliación de la jaula. Todos, con las mejores intenciones, permanecen en el campo reactivo de las reformas o utopías revolucionarias.

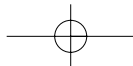
La rebeldía del abolicionismo penal de Hulsman nos ayuda a liberar la vida de los modelos y hacerla más saludable, ensayística y sin autorías. El abolicionismo penal se convierte en un *otro lenguaje* que arruina las autorías individualizadas en personas, cargos, procedimientos o instituciones. Se hace por experimentaciones y no demanda hegemonías. Puede, incluso, coexistir estratégica o tácticamente

¹⁵ Bauman, Zigmunt, *Modernidade e holocausto*, trad. al portugués de Marcus Penchel, Jorge Zahar, Río de Janeiro, 1998. Existe traducción castellana: *Modernidad y holocausto*, trad. de Ana Mendoza, Sequitur, Madrid, 1997. Del mismo autor, *Vidas desperdiciadas*, trad. al portugués de Carlos Alberto Medeiros, Jorge Zahar, Río de Janeiro, 2005. Existe traducción castellana: *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, trad. de Pablo Hermida Lazcano, Paidós, Buenos Aires, 2005.

¹⁶ Wacquant, Loic, *As prisões da miséria*, trad. al portugués de André Telles, Jorge Zahar, Río de Janeiro, 2003. Existe traducción castellana: *Las cárceles de la miseria*, trad. de Horacio Pons, Manantial, Buenos Aires, 2004.

¹⁷ Negri, Antonio y Hardt, Michael, *Império*, trad. al portugués de Berilo Vargas, Record, Río de Janeiro, 2001. Existe traducción castellana: *Imperio*, trad. de Alcira Bixio, Paidós, Barcelona, 2005. Del mismo autor, *Multidão*, trad. al portugués de Clovis Marques, Record, Río de Janeiro, 2005. Existe traducción castellana: *Multitud: guerra y democracia en la era del Imperio*, trad. de Juan Antonio Bravo, Debate, Buenos Aires, 2004.

¹⁸ Chomsky, Noam, *Notas sobre o anarquismo*, trad. al portugués de Felipe Correa, Bruna Mantese, et al., Imaginário/Sedição, San Pablo, 2004. Existe traducción castellana: *Sobre el anarquismo*, trad. de José Luis Gil Aristu, AK Press, Oakland, 2009.



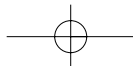
con otras fuerzas reductoras de centralidades, según las circunstancias. Aunque la sociedad del control pretenda pacificar de manera definitiva las relaciones de poder por medio de la participación democrática generalizada y hacer relucir, una vez más, los rayos iluministas kantianos y su proyecto de paz perpetua, la política todavía sigue siendo una guerra prolongada por otros medios.

V. Idas y venidas: una señal de alerta

Vivimos en la era de la tolerancia cero y de la seguridad que se propaga a través de cercas, construcciones y dispositivos electrónicos; en la que se pretende capturar singularidades –tales como el abolicionismo penal– en nombre de la ampliación de las universalidades represoras, pluralistas, democráticas y uniformadoras. Para defender la seguridad del ciudadano se instituye la periferia como campo de concentración, se promueven las denuncias y delaciones en la práctica educativa de los niños y jóvenes, se hace culto a la represión y se propagan los prejuicios convertidos en políticas de cupos para los afrodescendientes en las universidades –en definitiva, nuevas tecnologías de poder que restauran el discurso aristocrático, pero al revés, en que se acusa al otro de tener una sangre mala *por naturaleza*–. Si antes se naturalizaba el castigo, ahora el racismo resurge, ya no como consecuencia de la criminología, sino de la diseminación de derechos por medio del multiculturalismo.

El abolicionismo penal nos advierte que la lógica punitiva comienza mucho antes de que surjan las situaciones-problema, y muchas veces calla, esconde, disfraz, maquilla y circunda la vida de muchas personas. Asimismo, se disemina en el cotidiano y no solo fomenta los pequeños fascismos, sino que amplía su faceta terrorista por medio de respuestas legales al creciente clamor por más castigos y cárceles. Ello da lugar a masacres y ejecuciones perpetradas por agentes policiales, grupos delictivos y sicarios, al mismo tiempo en que instala el terrorismo en el día a día.

El fascismo terrorista tiene aun otros dos aspectos, además de los conocidos históricamente: el Estado de excepción temporario o permanente en que se practica la muerte y la intimidación por medio de la acción violenta, con el objeto de destruir a los oponentes del Estado. Oriundo del período del Terror de la Revolución Francesa y propio del Estado-nación, el fascismo molar se concretó en el siglo pasado como resultado del nacionalismo exacerbado contra las movilizaciones socialistas y democráticas, por lo que se constituyó como un movimiento reactivo frente a otro fascismo, inherente a las repercusiones de la revolución socialista, que había emergido a comienzos del siglo



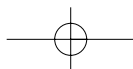
pasado. En este caso, el terror en la Revolución Rusa ha consagrado su grupo reactivo, el bolchevique, que pretendía perpetuar la dictadura del proletariado y, a su modo, representó el período del Terror francés del siglo anterior: en nombre del proletariado o del pueblo, los conductores de consciencias pretenden obtener plenos poderes para dirigir a las masas. Y del mismo modo como el fascismo europeo sufrió un golpe fatal con el final de la Segunda Guerra Mundial, el totalitarismo socialista sucumbió después del giro neoliberal de la década de 1980. Sin embargo, los extensos períodos de estado de sitio, en lugar de ratificarlo como un dispositivo de excepción, lo han convertido en regla, conforme lo señala Giorgio Agamben¹⁹: el estado de excepción se fue trasladando a la ley y las constituciones democráticas y liberales del Estado de derecho, de manera paulatina, desde el inicio del siglo XX, y en especial desde la República de Weimar.

En la Europa del siglo XIX surge un otro terror, antiestatal, molecular y anarquista, que no tenía relación con el fascismo y pretendía, mediante la acción directa, generar muertes, explosiones y pánico, no solo contra los reyes y príncipes, sino también en los lugares privados que se consideraban públicos –dejando entrever la falacia de la seguridad brindada por el Estado, los equívocos intencionados de su justicia y las consecuencias del régimen de la propiedad, vale decir, la diseminación de la miseria²⁰. Los nuevos rumbos de los anarquismos de la primera mitad del siglo XX –que se manifestaban en las corrientes individualista, sindicalista, colectivista y comunista– han prácticamente extinguido el terrorismo anarquista, que puede caracterizarse como una acción rebelde radical frente al reflujó del movimiento obrero europeo después de la masacre de la Comuna de París y la hegemonía de los socialistas estatistas sobre el movimiento obrero fuera de la península ibérica.

¹⁹ Agamben, Giorgio, *Homo sacer, o poder soberano e a vida nua*, trad. al portugués de Henrique Burigo, UFMG, Belo Horizonte, 2002. Existe traducción castellana: *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*, trad. de Antonio Gimeno Cuspín, Pre-textos, Valencia, 1998. Del mismo autor, *Estado de exceção*, trad. al portugués de Iraci D. Poletti, Boitempo, San Pablo, 2004. Existe traducción castellana: *Estado de excepción*, trad. de Flavia Costa e Ivana Costa, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2004.

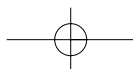
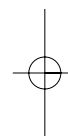
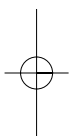
²⁰ Maitron, Jean, *Ravachol e os anarquistas*, trad. al portugués de Eduardo Maia, Antígona, Lisboa, 1981. Existe traducción castellana: *Ravachol y los anarquistas*, trad. de Pilar Moreno Pindado, Huerga y Fierro, Madrid, 2003.

Es importante señalar, asimismo, la diferencia entre el terrorismo anarquista europeo y el ruso. Véase, en especial, *Los demonios*, de Dostoievski y Georges Nivat.



Desde arriba hacia abajo o desde abajo hacia arriba, el terror se concentraba en acciones que ocurrían en el interior de los Estados-nación –ya sean para conservarlo o destruirlo–, frente al imperativo de la internacionalización de las relaciones de poder.

Los dos nuevos aspectos del fascismo terrorista –no hace falta recordar que el fascismo también crea positivities de poder y no se define solamente por lo violento o represivo– se relacionan con la internacionalización de las relaciones de poder en la sociedad del control. Uno de ellos, el de pulverización, concierne a la acción inmediata de grupos contrarios a los Estados hegemónicos, tales como Al Qaeda (que se está convirtiendo en un *programa* en la sociedad del control); los activistas palestinos; los antiguos nacionalistas (como el IRA en Irlanda y la ETA en España), actualmente en fase de asimilación por toda Europa; los grupos conservadores europeos orientales, derivados de la disolución de la URSS (como los chechenos), que pugnan por convertirse en Estados nacionales –en una era que ya no admite su predominancia, pero en la que, contradictoriamente, la condición de Estado sigue siendo un requisito para pertenecer a las asociaciones contemporáneas–; y los grupos terroristas de las décadas de 1960 a 1980, tanto dentro como fuera de Europa (como Brigadas Rojas, Baader-Mainhof, Sendero Luminoso y las FARC). No hay marcos fijos para su emergencia. Estos grupos son muy diversos y oscilan entre los vestigios de la primera parte del siglo XX, el final de la Segunda Guerra Mundial –con el reconocimiento del Estado de Israel–, la continuidad en las luchas de los grupos separatistas, la emergencia de los ayatolas en el Irán de fines de la década de 1970, el reacomodo del control petrolífero en el Oriente Medio, la lucha contra el imperio soviético o el norteamericano, la reterritorialización de la URSS, la aparición de guerrilleros y terroristas radicales en América Latina y en Europa –que combatían los regímenes capitalistas y las dictaduras militares–; en fin, un interminable aparecer, desaparecer y reaparecer de distintos terrorismos de procedencia molar. De este modo, en los vaivenes de los combates, las restricciones a los aclamados *derechos civiles y políticos* y la censura explícita a la libertad de expresión no solo se han justificado, sino que se han asimilado rápidamente. Y ello no se debe solo a los ataques contra las torres gemelas del World Trade Center en Nueva York –hechos que tuvieron lugar el 11 de septiembre de 2001–, sino a que los Estados han asimilado estados de excepción que ahora se justifican en nombre de la democratización del planeta. Antes era necesario intervenir en otros Estados en nombre de la libertad contra el socialismo o del socialismo contra el individualismo. En la sociedad del control actual, se interviene

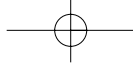


en nombre de la democracia, sus derechos, sus espacios, su permanencia, y para garantizar la seguridad del planeta. El segundo fascismo terrorista, también denominado *de concentración*, se lleva a cabo por medio del proceso antes descrito, en que las periferias se convierten en campos de concentración y se amplían los dispositivos de los Estados fascistas en Europa y América Latina –y en el caso de Brasil, en un *continuum* que va desde el *Estado Novo* hasta la dictadura militar, pero también desde la represión democrática contra los anarquistas en el estado de sitio de la década de 1920, hasta los limitados derechos políticos en la democracia actual, donde no solo no existe la libertad del voto facultativo, sino que además se reprime el derecho al trabajo y la libertad de salir del territorio de quienes decidan ejercer su derecho de abstención–. El fascismo terrorista se expande, esta vez rejuvenecido por su bella cirugía plástica denominada democracia. En los Estados Unidos, en Brasil y un día, en China, se vivirá en un inmenso archipiélago de campos de concentración donde se escenificarán rituales democráticos, regulados por dispositivos de excepción y vigilados desde el espacio sideral.

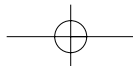
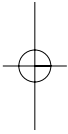
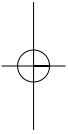
En los tiempos que corren, en que se multiplican los derechos, estamos aún más presos. Nos hemos acostumbrado a la pena de muerte y la construcción de cárceles para los condenados, que deben permanecer en ellas hasta morir. Si en el pasado quedó constatado que las prisiones no corregían ni integraban al infractor a la sociedad, hoy se reconoce que se han convertido en lugares de sociabilización donde las personas abandonadas por las calles visitan a sus parientes y amigos confinados en estos palacios de represión y morbo²¹. Mientras las periferias de las grandes ciudades se consolidan como prisiones a cielo abierto, las antiguas prisiones funcionan como dispositivos de sociabilización de miserables y, además, como accionistas de negocios ilegales. Ya no hay lugar o legitimidad para las rebeliones; vivimos en una era de reformas de gran magnitud, en que la perpetuación de las cárceles se hizo lucrativa y está sostenida por la jerarquía empresarial superior de los encarcelados. En un abrir y cerrar de ojos, todo parece incorporarse a los vaivenes de la ley por medio de ilegalidades.

El abolicionista penal se aleja de las prácticas selectivas que alimentan los pasillos limpios y encorbatados de los tribunales, por un lado, y la suciedad y malos olores de las prisiones, hogares, escuelas y

²¹ Comfort, Megan, “A casa do papai: a prisão como satélite doméstico e social”, en *Discursos sediciosos*, ICC (Instituto Carioca de Criminologia)/Revan, Río de Janeiro, 2004, t. 13, ps. 77-100.



dependencias públicas, por otro. Contrario al universalismo moralizante, el abolicionista practica la ética de la liberación. Cuestiona el derecho penal y las costumbres punitivas en la actualidad y no se limita al rol de la resistencia jurídica. No es una utopía, sino la escuela libertaria de quienes optan por abolir el castigo en sí y en la sociedad, y ante los reclamos por más punición profieren un no afirmativo y gritan: *¡En mi nombre, no!*



Abolicionismo penal latinoamericano La “no pena” regionalmente contextualizada ¿Realismo marginal o utopía?*

Keymer Ávila** y Maximiliano E. Postay***

“Hoy como ayer, la palabra, el habla no tiene muchas oportunidades. La intolerancia y sometimiento prevalece sobre todas las cosas. (...) Las diferencias de pensamientos, de credos, de razas, de cosmovisiones deberían ser fuente de inspiración y no de represión. Un antepasado Mapuche, un orientador de la resistencia, presagió frente a la muerte, al saqueo y la invasión, que de cada uno de nosotros que caiga diez nos levantaremos”.

Proclama Mapuche, Tehuelche, Puelmapu, 15 de julio de 2004.

I. Introducción

En las remotas oportunidades en que el *abolicionismo penal* es mencionado en algún manual de criminología, sociología, filosofía del derecho o derecho penal –no obstante ser sustancialmente pequeño el espacio que suelen dedicarle los “expertos” al desarrollo y explicación de esta corriente de pensamiento– sus variantes teórico-prácticas suelen ser emparentadas exclusivamente a sectores del globo muy específicos. Países hiperdesarrollados, en los cuales el bienestar de la mayoría de la población que allí habita resulta, al menos a priori, una realidad indiscutible. Holanda, Noruega, y en menor medida Suecia, Finlandia y Dinamarca, parecerían ser de acuerdo a la óptica de los “eruditos” en la materia los únicos países en los que el *abolicionismo penal* ha tenido o aún tiene motivos para imaginarse.

Si bien es cierto que los autores abolicionistas más destacados de las últimas décadas nacieron y elucubraron sus tesis en algunos de los

* Versión revisada, ampliada y corregida de la ponencia “Latin American Abolitionism. Utopia of the utopia or historical necessity?”, Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology, Sesión Especial en memoria de Louk Hulsman, organizada por la Universitat de Barcelona entre el 22 y el 24 abril de 2009. *Penal System and Human Rights: How many European Democracies develop in the framework of contemporary crisis?*

** Abogado, Universidad Central de Venezuela (UCV). Máster en Criminología y Sociología Jurídico Penal, Universitat de Barcelona.

*** Abogado, Universidad de Buenos Aires. Máster en Criminología y Sociología Jurídico Penal, Universitat de Barcelona. Coordinador General del Espacio de Libre Expresión, Arte y Militancia “Locos, Tumberos y Faloperos”.

países mencionados, semejante dato objetivo –irrefutable y contundente– no supone por sí solo el arribo inmediato a tan categórica conclusión. Nadie niega que Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie o Hermann Bianchi –cada uno a su manera y con particularidades que en esta presentación no han de ser discutidas pormenorizadamente– desde finales de la década del sesenta hasta nuestros días hayan sido fundamentales en el proceso de surgimiento, desarrollo y supervivencia del *abolicionismo penal*; pero de ahí a perpetuarlos *ad infinitum* como los únicos “intelectuales” capaces de pensar en esta dirección, o lo que es aún más nocivo, avalar pasivamente que *pensaron como pensaron por el mero hecho de haber nacido donde nacieron*, hay una distancia bastante prolongada.

Sin perjuicio de lo antedicho –aclaración elemental, de indispensable explicitación a nuestro juicio– el panorama contemporáneo indica que el *abolicionismo penal* –de por sí minoritario en los propios países de origen de sus principales referentes– en geografías *periféricas, tercermundistas, subdesarrolladas o en vías de desarrollo* se encuentra arbitraria y despectivamente silenciado, invisibilizado o, en el mejor de los casos, ninguneado y subestimado como corriente *pintoresca, menor y poco seria* a años luz de la vapuleada coyuntura de los países emergentes. El *abolicionismo utópico* en su génesis deviene inercialmente *utopía de la propia utopía*.

Conscientes de la dificultad del contexto escénico que actualmente nos rodea, en las líneas subsiguientes –con suma brevedad y pretensa claridad expositiva– intentaremos explicar los fundamentos elementales que al mismo tiempo que nos alejan diametralmente de la posición mayoritaria vertida en el párrafo anterior –aquella que se empeña en denostar al *abolicionismo penal*–, nos acercan al hábito militante de apuntalar la edificación de un *abolicionismo penal* –teoría, praxis y movimiento– pensado a imagen y semejanza de nuestra realidad marginal.

Al ser latinos hablaremos de América Latina. Muchas de nuestras palabras podrían adaptarse a la realidad del resto de los países periféricos, pero sinceramente no nos creemos capacitados para postular recetas o ideas universales, fácilmente exportables. Hacerlo sería contradictorio con nuestras intenciones primarias, e irrespetuoso con realidades foráneas que a todas luces desconocemos.

En dos apartados sucesivos y totalmente complementarios sostendremos la idea de que el sistema penal nació simultáneamente con las nociones “Estado” y “Capitalismo”, y que tanto una como otra se han desarrollado en Europa primero y en Europa, Estados Unidos y el resto de las potencias económicas y financieras de la actualidad des-

pués, gracias a la explotación y opresión sistemática y generalizada de los estamentos sociales más desvalidos de las naciones perimetrales de por sí vulnerables. Explotación y opresión que, vale decirlo, no sólo se fundamentó en la fuerza como es de público y notorio conocimiento especialmente desde el genocidio americano iniciado el 12 de octubre de 1492 hasta nuestros días, sino también en un eficaz y perverso imperialismo ideológico/académico, receptado servilmente por la mayoría de los “maestros” *tercermundistas*, más preocupados por obtener un *sobresaliente cum laude* en sus tesis doctorales, “casualmente” realizadas con frecuencia en universidades de Europa o los Estados Unidos, que por analizar a fondo y con valiente espíritu crítico el fenómeno del que acabamos de hacer referencia.

Con total convicción creemos que no se puede mantener en pie un sistema fundado en tan bestial y fraudulenta realidad; y que, como directos receptores de la barbarie, tenemos aún un plus adicional para ser abolicionistas. El *descreimiento normalizado* no nos desalienta. Reflexionar en torno a la posibilidad fáctica de un escenario vital sin la violencia institucional que el sistema penal representa e intentar realizar aunque sea mínimos aportes que consoliden el desarrollo concreto de esta aspiración resulta para nosotros absolutamente indispensable.

Nuestra situación particular –histórica (a partir de lo antedicho) y presente (a partir de sociedades precarias y desiguales, índices de pobreza en ascenso, mortalidad infantil desesperante, hambre y desnutrición, *todo* directa consecuencia de esa historia)– no obstante haber podido constituirse en la excusa perfecta para abandonar *cualquier gesta radicalmente transformadora* y elegir caminos “posibles” y más fáciles de transitar, genera en nosotros exactamente el efecto contrario.

II. Estado, capitalismo, sistema penal y explotación periférica. Cuentos centrales y una visión desde el margen

Resulta sumamente difícil definir con exactitud el momento histórico en el que se produjo el nacimiento del sistema penal moderno. Para hacerlo tendríamos que unificar criterios en torno a lo que entendemos por “sistema” y a su vez intentar localizar el momento preciso en que tal sistematización es puesta a merced de la lógica punitiva.

Ambas tareas son sumamente complejas. La ambigüedad de las expresiones en crisis dificulta enormemente la realización de cualquier corte histórico tajante, abriendo la puerta a la existencia de múltiples miradas, muchas veces contradictorias entre sí.

De todas maneras, no obstante lo antedicho, nos atrevemos a fijar posiciones, y participando de las reflexiones realizadas oportunamente por el profesor británico Robert I. Moore¹, destacamos la importancia de ciertos acontecimientos sucedidos durante los siglos X, XI y XII en el marco de la Europa Occidental del medioevo, como paradigmáticos disparadores de cambios sustanciales y particularmente abruptos en lo que hace a la reacción institucional y social frente a los conflictos entre particulares.

En este momento histórico puede detectarse la formación germinal de los burgos –centros urbanos en permanente crecimiento en el que los comerciantes eclipsaron paulatinamente la hegemonía feudal hasta entonces imperante–; embrionariamente comenzó a imponerse el mercantilismo como práctica económica habitual, sembrando las bases que a posteriori derivarían en la instauración a escala global del modo capitalista de producción; y en nombre de Dios “los cruzados” conquistaron nuevos mercados en Israel, Jordania, Palestina o los países bálticos entre los años 1095 y 1291.

El “poder” tendió a centralizarse. Como si se tratara de una relación matemática directamente proporcional, a mayor expansión territorial, mayor aglutinamiento de las voces de mando. Mucho potencial, muchas tentaciones y muchos horizontes por explotar. Había cosas que proteger y en consecuencia “la autoridad” decidió hacerlo. Perseguir brutalmente a los individuos cuyas características personales o culturales podían, en sí mismas, ser potencialmente desestabilizadoras y poner en tela de juicio la *palabra y obra* de los sectores dominantes, fue el camino elegido para emprender tamaña tarea. La “Santa Inquisición”, puesta en marcha a partir del IV Concilio de Letrán del año 1215, fue el máximo ícono de esta secuencia causal y perfectamente aceptada.

Más de doscientos años después el “descubrimiento” de América, coincidió con el desenvolvimiento ya normalizado de estas tendencias.

Si analizamos la historia conjunta de América y Europa, so pena de caer irremediabilmente en ciertos reduccionismos analíticos debido a la propia extensión de nuestro trabajo, podemos visualizar diferentes períodos claves:

Una *primera etapa* situada en la historia entre los años 1500 y 1800 aproximadamente podría circunscribirse al examen de la particular

¹ Moore, Robert I., *La formación de una sociedad represora. Poder y disidencia en la Europa Occidental. 950-1250*, Crítica, Barcelona, 1989.

relación entre el Estado absoluto europeo y el comienzo del genocidio americano, en pleno desarrollo del mercantilismo económico.

El modelo “Estado absoluto” al que aludiremos de ahora en más se caracteriza por la inexistencia de norma alguna distinta a la voluntad del rey, el cual debido a ser directo representante de Dios goza de poderes y prerrogativas ilimitadas. La religión ocupa un papel central. El castigo de los que contradicen a la autoridad se encuentra legitimado como expiación; la violación de la voluntad del soberano –que en definitiva es la voluntad de Dios– es asimilada al “pecado”; en consecuencia ya no existen víctimas y victimarios particulares sino peligrosos ofensores de la comunidad en su conjunto. El daño privado es sustituido así por un particular sistema de acción penal pública, tortura como mecanismo casi único de “averiguación de la verdad”, flagelos en plazas públicas, procuradores y verdugos profesionales².

Raúl Zaffaroni³ explica cómo durante este tiempo en América Latina las invasiones y genocidios llevados a cabo por las potencias ibéricas hicieron de la colonia una gigantesca “institución de secuestro”, la cual fue instrumentalizada para someter a la población a un sistema productivo determinado en beneficio del colonizador; imponiendo su idioma, religión y valores; considerando a sus habitantes como subhumanos, justificando cualquier violencia genocida, legitimada con la excusa de que ésta era aplicada en beneficio de las propias víctimas.

Desde el punto de vista sociológico, la colonización ibérica provocó la gran marginación de los indios “sobrevivientes” y generó el mestizaje; sin embargo, los propios colonos eran también marginados (europeos empobrecidos; musulmanes perseguidos, principalmente después de la recuperación española de Granada el 3 de enero de 1492; judíos reprimidos sistemáticamente por Tomás de Torquemada a partir de medidas como el edicto de Granada del 2 de agosto de 1492; negros esclavizados en gran escala, etc.). A partir de este momento los desterrados del mundo pasaron a concentrarse en nuestro continente⁴.

En el siglo XIX el capitalismo se convierte en el modo de producción dominante de los países centrales y la burguesía emerge como clase verdaderamente hegemónica. En este período la revolución

² Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1991.

³ Zaffaroni, E. Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1998.

⁴ *Ibidem*.

industrial inglesa y sus valores utilitarios “absorbe” a la revolución política francesa⁵ y sus aparentemente benignas intenciones. De ahí en adelante, el paradigma de la modernidad queda asociado al desarrollo del capitalismo⁶. En esta época se institucionaliza la ideología liberal, que llena de contenidos al naciente Estado liberal europeo, programa que, siguiendo a Wallerstein⁷, tuvo un arrollador éxito a la hora de *domar* a la nueva clase “peligrosa”: el proletariado urbano de la Europa Occidental.

En este siglo comienza una *segunda etapa*, la del Estado liberal, la cual intenta justificar el castigo en la razón. Ésta se desarrolla entre la Revolución Industrial y los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial (1800-1950), y constituye una fase vital de la mundialización capitalista fundada en el contraste entre centros industrializados y periferias a las que se les niega la posibilidad de industrialización.

Bajo esta forma de Estado no hubo lugar para castigos brutales y públicos. El viraje de las variables estéticas ilustradas obligó a las autoridades de entonces a formular un cambio forzado de estrategia represiva. Publicitar el dolor no era rentable, en consecuencia decidieron ocultarlo. La cárcel se popularizó como institución de castigo, la libertad se jerarquizó como “valor” y “derecho fundamental” y la legitimidad buscada otrora a partir de la publicidad del espectáculo patibular de las reprimendas inquisitivas fue sustituida por procesos penales públicos y orales, plagados de principios y garantías jurídicas –sustanciales y formales– como el principio de legalidad de los delitos y las penas, la irretroactividad de la ley penal, la presunción de inocencia, etcétera⁸.

Pero ¿qué pasaba en América Latina mientras todo esto ocurría?

Las revueltas burguesas que forjaron el Estado liberal en Europa, seguidas de la revolución industrial, instigaron las luchas independentistas en América Latina, las cuales –por otra parte– no obstante su incuestionable vocación libertaria, fueron casi inmediatamente sose-

⁵ Bustos, Juan, *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1982.

⁶ Sousa Santos, Boaventura, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, vol. I, Desclée de Brouwer, Madrid, 2003.

⁷ Wallerstein, Immanuel, “La reestructuración capitalista y el sistema-mundo”, en López Castellano, Fernando (comp.), *Desarrollo: Crónica de un desafío permanente*, Universidad de Granada –Conferencia magistral en el XXº Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología, México, 1995–, 2007.

⁸ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005.

gadas por el neocolonialismo de los imperialismos industrializados noreuropeos. Éstos no hicieron más que mantener el *statu quo pre-independencias*, renovando el genocidio de la primera colonización, dejando a las grandes mayorías de nuestro margen sometidas a minorías proconsulares del poder central⁹.

Como afirma Zaffaroni, en estas condiciones, las prisiones o “pequeñas instituciones de secuestro” de nuestro margen no podían nunca pretender responder a la misma función que se les asignaba en el centro. El panóptico de Bentham como proyecto ideológico de un modelo de sociedad vigilada con mínimos esfuerzos no era válido para el margen, donde lo que se trataba era de contener a las mayorías para mantenerlas en el bajo nivel tecnológico de una economía primaria, que complementara a las economías centrales. El panóptico benthamiano podría ser el modelo de control social programado como instrumento disciplinador durante la acumulación originaria de capital en el centro, pero el verdadero modelo ideológico para el control social periférico no fue el de Bentham, sino el de Cesare Lombroso, es decir, un modelo ideológico que partía de la premisa de la inferioridad biológica de los delincuentes centrales y de la totalidad de las poblaciones colonizadas; de allí la famosa teorización que postula la analogía entre el *criminal* y el *salvaje colonizado*. La prisión en los países marginales era, pues, una institución de secuestro *menor* dentro de otra *mucho mayor*: la gran institución de secuestro colonial¹⁰.

Cuando después de la Segunda Guerra Mundial se verificó que Hitler había desarrollado sobre la propia Europa lo que se había venido practicando en la periferia mundial de manera sistemática por cientos de años, el modelo lombrosiano fue rápida y cuidadosamente archivado. Desde el punto de vista político el protagonismo de las mayorías era visto como el triunfo de la degeneración: liberalismo y democracia eran términos antagónicos en América Latina y el discurso racista-criminológico fue el gran programa político neocolonialista¹¹.

Llegamos así a la *tercera etapa*, el Estado de bienestar y la ideología del tratamiento, iniciada después de la Segunda Guerra Mundial,

⁹ Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, citado.

¹⁰ Ídem, p. 81.

¹¹ Ídem, p. 82. Sin embargo, no es menor destacar que más allá de los discursos abstractos legitimantes y justificadores del Estado liberal, en la realidad concreta no era tan “liberal” cuando se trataba de establecer las condiciones externas para el “libre” flujo de la empresa económica; ver Prebisch, Raúl, *Capitalismo periférico. Crisis y transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981; Wallerstein, Immanuel, *El capitalismo histórico*, 2ª ed., Siglo XXI, Madrid, 1988).

ya con Estados Unidos consolidado como principal referente y potencia central. En esta fase, el capitalismo se ve obligado a ajustarse a las reivindicaciones del proletariado organizado. Paradójicamente, las políticas sociales de inclusión permitieron un fuerte crecimiento del capitalismo a escala mundial.

David Garland¹² explica cómo en este período las estructuras modernas de la justicia penal que primero se conformaron en su forma liberal clásica luego se orientaron crecientemente hacia los programas “de tratamiento” o “correcionalistas”. Esto, como en los períodos anteriores, obedecía a un “problema de orden”, en el que se intentaba atender a las patologías “clásicas” de una sociedad industrializada, clasista y desigual.

La fundamentación teórica que el derecho penal encontró para el castigo se concentró prioritariamente en la prevención especial. El castigo, en general, y los castigos retributivos, en particular, fueron considerados resabios de prácticas premodernas basados en el instinto y la superstición. El sistema normativo cede frente al sistema normalizador de la ciencia; el castigo intenta ser reemplazado por el tratamiento. Lo que no se podía hacer como castigo no encontraría objeciones si se realizaba bajo ese rótulo eufemístico. En este lapso el discurso de la “modernidad penal” empieza a diluirse.

Esta ideología de la pena como tratamiento fue, una vez más, la defensa penal de la estructura político-económica existente, así como de sus relaciones de clase¹³, al querer imponer una verdad, una determinada escala de valores y prescindir de la minoría o la divergencia. El “desviado” debía ser curado. Se intenta instrumentalizar al hombre para los fines del Estado, cosificándolo y vapuleando su dignidad. Esta idea del tratamiento predominó durante muchas décadas para dar luego paso al neokantismo y a la ideología de la prevención general –fundamento que cobrará fuerza en el neoliberalismo–¹⁴.

En nuestros países la situación fue distinta, el Estado de bienestar, tal cual fuera concebido en Europa y los Estados Unidos, nunca llegó a América Latina –región que paradójicamente financió, junto con la periferia toda, el bienestar europeo–. Lo que hubo en su lugar fue el llamado “experimento populista”, sobre todo durante la segun-

¹² Garland, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Bustos, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, cit.; Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 2006; Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, citado.

da mitad de la década de 1940 y principios de la de 1950¹⁵; sin embargo, lo que sí llegó con fuerza veinte años más tarde fue el neoliberalismo¹⁶.

Así entonces, en la actualidad nos encontramos en la *última fase de expansión capitalista*¹⁷. En este período, la situación de la cuestión penal puede sintetizarse en la siguiente ecuación: *a mayor merma y debilitamiento del Estado social aumenta y se fortalece el Estado policial; a mayor exclusión, mayor represión*¹⁸. Durante esta fase el control penal muestra características cada vez más premodernas o antimodernas, ejemplos de ello son la práctica policial de la tolerancia cero, el actuarialismo penal, y la teoría del derecho penal del enemigo, publicitadas, legitimadas y amplificadas especialmente después del 11 de septiembre de 2001.

En líneas generales, como hemos visto en los distintos períodos señalados, cabe concluir que todos estos procesos político-económicos, así como sus respectivos discursos legitimantes nos fueron marcados por el poder central planetario y en modo alguno por una dinámica independiente; todas las instituciones referenciadas respondieron a sus necesidades, no a las nuestras. Esta “incorporación” forzada implantó un control social punitivo transculturizado, funcional para los objetivos colonialistas y neocolonialistas de los países hegemónicos.

Es por ello que desde América Latina –siguiendo nuevamente el planteo de Zaffaroni¹⁹– retomamos el *paradigma de la dependencia* como apunte apropiado para una mejor aproximación a la comprensión del control social punitivo en nuestros países. Esta corriente plantea que nuestros fenómenos no son análogos a los centrales, sino que

¹⁵ Laclau, Ernesto, *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010.

¹⁶ El cual, vale decirlo, se ha topado con algunas interesantes y significativas resistencias durante la última década en la región: Venezuela (1998), Brasil (2002), Argentina (2003), Uruguay (2004), Bolivia (2005), Nicaragua-Ecuador-Chile (2006) y Paraguay (2008), cada una con sus particularidades, virtudes y defectos.

¹⁷ Wallerstein, “La reestructuración capitalista y el sistema-mundo”, cit.; Amin, Samir, “Capitalismo, imperialismo, mundialización”, en Seoane, J. y Taddei, E., *Resistencias mundiales. De Seattle a Porto Alegre*, CLACSO, Buenos Aires, 2001, ps. 15-30; Sousa, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, citado.

¹⁸ Wacquant, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2004.

¹⁹ Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, cit., p. 69.

son fenómenos derivados y, por ende, presentan una particularidad diferencial que es imposible analizar con las categorías del saber central. Parafraseando al jurista argentino podría decirse que “nuestro margen tiene una dinámica que está condicionada por su dependencia y nuestro control social está íntimamente ligado a ella”.

Por estas razones, la mención de estos procesos resulta imprescindible ya que estas ideologías legitimantes –y sus prácticas– terminan siendo impuestas por los países centrales. De esta manera, el conocimiento de sus procesos y contextos se convierte en *herramienta necesaria* para el abordaje crítico de la inevitable recepción de estas ideas. De allí que nuestro ejercicio consista en la selección, contextualización y visión sincrética de estos elementos, con el objetivo de tomar los componentes teóricos necesarios para jerarquizar y defender la vida y la dignidad del ser humano²⁰.

En América Latina los efectos nefastos del control penal siempre han sido más brutales que en el centro, ya que ésta no goza de los beneficios sociales y materiales del sistema-mundo, pero tiene lugares privilegiados para la recepción de sus ideologías dominantes y sus formas de control. A lo anterior se le agrega que las condiciones económicas y sociales de la región provocan el aumento indiscriminado de la clientela de los sistemas penales: los pobres.

Los sistemas penales latinoamericanos se caracterizan, entre otras cosas, por la disparidad respecto a los discursos jurídico-penales y su realidad operativa, que es suma y evidentemente violenta, mucho menos sutil que la de los países centrales. Las patéticas condiciones de la vida carcelaria, la prisión preventiva como casi único castigo, la violencia policial normalizada, las ejecuciones extrajudiciales, y un largo etcétera, hacen que la realidad de los sistemas penales latinoamericanos sea más deslegitimante que cualquier teoría o postulado técnico-académico.

Si esto es así la recepción *a libro cerrado* de teorías y prácticas político-criminales generadas en los centros del poder mundial, no haría más que profundizar y maximizar el *genocidio en acto* que llevan a cabo los sistemas penales latinoamericanos. Ya lo hemos dicho y lo queremos subrayar: nuestra América se encuentra al margen o en la periferia de los centros de poder hegemónico, razón por la cual las formas de control penal centrales son impuestas sobre ella, a pesar de que sus realidades y prioridades son totalmente distintas. Todo esto, merece enfatizarse, tiene como objetivo la preservación del estado actual de las relaciones de poder mundial.

²⁰ *Ibidem*.

III. La “no pena” en contexto. La debacle del castigo institucional como iniciativa latinoamericana

Atento lo hasta ahora dicho es *fácil* concluir que el sistema penal se encuentra completa y especialmente deslegitimado en América Latina. Su origen emparentado a la destrucción generalizada y sistemática de los pueblos originarios y su obstinada *coherencia histórica* difícilmente puedan inducirnos a pensar lo contrario; y si a eso le sumamos las críticas genéricas que el sistema penal recibe en el resto del mundo, de las que por supuesto participamos, nuestra posición se hace todavía más enérgica.

No hay razones que nos permitan promover la supervivencia del sistema penal en América Latina, pero no obstante esto, observamos con preocupación que el bastión máximo de deslegitimación penal, el *abolicionismo penal*, parecería brillar por su ausencia en nuestra región, como corriente teórica y movimiento social, incluso en los espacios más progresistas y críticos de uno y otro sector.

Resulta desconcertante, y a veces triste, verificar este panorama. Los maestros de la criminología y el derecho penal latinoamericano siempre –o casi siempre– tuvieron y tienen un límite, una excusa o una justificación preferida para no reivindicar la liturgia abolicionista: la realidad. Esa realidad que nos dice que en América Latina el 95% de los 40 millones de indígenas que aún no fueron exterminados vive en situación de extrema pobreza y el 26% en riesgo de desaparecer en forma inminente²¹; que entre los cuarenta países con mayor nivel de desarrollo humano no aparece ningún país latinoamericano²²; que mientras en Noruega, cuna del abolicionismo penal, la desigualdad entre los *más* y los *menos* “agraciados” es de 3 a 1, en algunos sectores de América Latina la brecha se multiplica casi doscientas veces²³; que cada vez hay más jóvenes a la deriva en busca de su primer empleo; que cada vez hay más ancianos olvidados y reducidos al rótulo de no-personas o material descartable; que cada vez hay más muerte y gatillo fácil; que cada vez hay más presos y que nuestras cárceles, desde la extinta Carandiru, La Pica o la Penitenciaría de Mendoza, en mayor o menor medida son la síntesis escenográfica perfecta de Sodoma, Gomorra y el propio Finisterre. Esa realidad, angustiante y difícilmente rebatible, paradójica e inexplicablemente es la que para

²¹ En www.unicef.org/lac.

²² ONU, Informe 2010 sobre el Índice de Desarrollo Humano.

²³ *Ibidem*.

muchos, justifica en sí misma la decisión de depositar en el *cajón de los recuerdos olvidados* el ideario abolicionista penal.

Como si la creencia que sostiene que ante mayor violencia social se impone la necesidad de mayor violencia institucional sea un axioma o un dogma, esa realidad parecería sugerirles a los detractores del *abolicionismo penal* en nuestro margen que los cambios radicales –en el extremo y remoto supuesto de su materialización práctica– deben responder a un orden “lógico” –cuasi jerárquico–; y que por supuesto, si en algún momento América Latina habrá de permitirse soñar con liberarse de las cadenas brutales de la “cultura punitiva”, será porque antes los primeros pasos en ese sentido habrán sido dados por las potencias centrales. En consecuencia, pensar en abolir el sistema penal es para los “cráneos” de América Latina labor exclusiva de los académicos del primer mundo.

En las antípodas de estas valoraciones, sumisas y conservadoras, nosotros consideramos que no sólo es inadmisibile creer que a mayor violencia social corresponde mayor violencia institucional, sino que la violencia institucional potencia y reproduce la violencia social, así como las condiciones estructurales que la generan.

Por ello no sólo no es alocado poner sobre la mesa de nuestros contextos marginales las ideas abolicionistas, sino, por el contrario, el discurso y la praxis abolicionista resultan completamente necesarios para conjeturar una América Latina menos violenta.

En otro orden de ideas –pero con idéntico ensañamiento– se descalifica al *abolicionismo penal* por carecer de un programa específico de medidas y propuestas detalladas, superadoras del sistema penal actual. Incrédulos, repetitivos y desafiantes los detractores del *abolicionismo penal*, al toparse con un *pensador* y/o un *militante* abolicionista en congresos, aulas, seminarios o en la propia vida cotidiana, lo increpan con preguntas pensadas y formuladas como para recibir respuestas concretas, planes esquematizados, objetivos mensurables o pruebas empíricas avalando decisiones orgánicas²⁴, omitiendo –voluntaria o involuntariamente– que preguntarle esto a un abolicionista –y en particular, hacerlo en esos términos– es no haber entendido el *abolicionismo penal*, o al menos desconocer sus más elementales postulados.

²⁴ ¿Qué hacer con los que abusan sexualmente de menores, con los que matan por placer, con los que torturan, con los que roban la cartera de un anciano, con los que estafan a su padre, o con los que en un raptó de desenfreno libidinal tienen sexo en público, en una iglesia o en una sinagoga? ¿Qué hacer? ¿Qué hacer? y ¿Qué hacer?

El *abolicionismo penal* sostiene que el delito como tal no existe. Las conductas catalogadas como delitos política y socialmente son tratadas desde esta corriente como meros conflictos entre particulares. El *abolicionismo penal* cree que las partes involucradas en situaciones conflictivas deben recuperar la regulación de la controversia que en el marco del sistema penal actual les es expropiada por el Estado. El *abolicionismo penal* cree que los sujetos involucrados en un conflicto de acuerdo al paradigma actual son tratados como objetos, y en consecuencia promulga la jerarquización de su subjetividad, o dicho en otros términos pretende que a los humanos se los trate como tales, y no como a meros datos en un archivo o expediente.

Los hombres y mujeres de carne y hueso, en su carácter de individuos sensibles y racionales son únicos e irrepetibles, y en consecuencia únicos e irrepetibles también serán los problemas que los tengan como protagonistas. Ante cada controversia, el espíritu creativo de los directamente involucrados deberá prevalecer sobre soluciones universales y fácilmente objetivables.

De eficiencia y resultados infalibles ya han tratado bastante el paradigma positivista criminológico –caldo de cultivo del fascismo italiano, el nazismo alemán, el stalinismo soviético, las dictaduras latinoamericanas y demás aberraciones– y en tiempos recientes y contemporáneos las recetas neoliberales de la intolerancia, impulsadas a fines de los setenta y principios de los ochenta por Margaret Thatcher y Ronald Reagan²⁵. No está entre las pretensiones abolicionistas continuar con tan deleznable *modus operandi*.

Con esto no queremos decir que el abolicionismo penal sólo deba presentarse como una teoría destructiva, incapaz de instar la materialización de acciones manifiestas, sino tan sólo insistir y recordar que de la prisa, la urgencia y principalmente la generalización no han salido precisamente las propuestas más emancipadoras en materia penal.

Pensar en alternativas paulatinas y a largo plazo –descriminalización y desmantelamiento progresivo de la estructura burocrática de la cárcel y las demás agencias del sistema penal mediante–; idear marcos de referencia teórico/prácticos para contribuir con el desarrollo creativo de los seres humanos frente al conflicto específico; alentar la alianza estratégica con posturas más moderadas que puedan servir como puente o paso previo hacia el ideal abolicionista –como por ejemplo el minimalismo penal–; o parafraseando al abolicionista

²⁵ De Georgi, Alessandro, *Tolerancia cero*, Virus, Barcelona, 2005.

penal brasileño, Edson Passetti²⁶, construir diariamente “heteropías libertarias” que demuestren que el abolicionismo no es sólo una teoría jurídica, criminológica o sociológica sino, más bien, una manera de entender y asimilar la vida en su conjunto, sin lugar a dudas son cuestiones largamente alentadas por el *abolicionismo penal* que aquí se defiende.

Evidentemente el clima actual no es el de los 70. Allí las pintadas adolescentes gritaban “la imaginación al poder”, hippies *hacían el amor y no la guerra*, y movimientos como el abolicionismo penal contemporáneo daban sus primeros pasos²⁷.

Hoy, la hipermodernidad nos entrega un escenario completamente antagónico, plagado de superficialidad, conformismo y resignación²⁸. Los medios de comunicación monopolizados, nos dicen lo que tenemos que pensar. Afirman, guiados por la omnipotencia del Dios Mercado que “Somos si tenemos”.

Condenados a mirar desde el escaparate de un centro comercial como se divierten unos pocos. Los agraciados. Los benditos. Los elegidos. Los soldados idiotas y sin armas de fuego del capitalismo. Los aduladores de la imagen. Los mercaderes de las últimas tendencias. Los fundamentalistas del consumo. Los terroristas “naif”, responsables minuto a minuto de la caída de cientos de torres gemelas anónimas sin Guantánamo, sin reproches y sin conciencia.

La Paz, Caracas, Buenos Aires, Shangai, París, Nueva York, Milán, Casablanca, Sídney. En vez de utilizarse para conocer con mayor profundidad la infinita cantidad de culturas que hay desparramadas por el planeta, la globalización prefirió fomentar el control social desde la uniformidad, la despersonalización y la banalización de lo diferente, para, de esta forma, dar vía libre a la criminalización de dioses extraños, rituales foráneos y vestimentas “retrógradas”, ajenas al vanguardismo totalizante del *jean*.

Como si se tratara de un cómic a escala mundial. Héroes y villanos contruidos artificialmente por burócratas sin infancia. Producción y reproducción de un sistema creativo –sólo a los fines de seguir justificando lo injustificable–. Sarcasmo, cinismo, estupidez:

²⁶ Passetti, Edson, “A atualidade do abolicionismo penal”, en Passetti, Edson (org.), *Curso livre de abolicionismo penal*, Revan, Río de Janeiro, 2004, ps. 13-33.

²⁷ Mathiesen, Thomas, *The politics of abolition*, Martin Robertson, Londres, 1974.

²⁸ Castoriadis, Cornelius, *El mundo fragmentado*, Terramar, Buenos Aires, 2008.

“Si tratamos mal al inmigrante es para hacerle un bien a la humanidad y de esta manera cuidar los puestos de trabajo de nuestros compatriotas. Si prohibimos que los extranjeros orientales utilicen sus atuendos típicos es para integrarlos a nuestra sociedad de avanzada y para que de una vez por todas se olviden de lo mal que vivían en sus peligrosas naciones²⁹. Si iniciamos una guerra es con el objetivo de prevenir futuros ataques. Si los destinatarios de nuestro poderío bélico tienen o no armas es un interrogante menor que después –sobre la marcha– trataremos de descifrar³⁰. Si los banqueros generan una crisis que produce el desempleo de millones de personas a escala mundial, en vez de ayudar a los nuevos desocupados hay que ayudar a los banqueros. Si un presidente estadounidense recibe el premio nobel de la paz fomentando la guerra, no es incoherencia sino vanguardismo altruista³¹. Si ese mismo presidente un par de años más tarde llama justicia a matar a su principal enemigo por la espalda y luego arrojar su cuerpo al mar, debemos premiarlo nuevamente, motivando el ascenso estrepitoso de su imagen positiva en la sociedad”³².

¿Hasta cuándo vamos a tolerar que se rían así de nosotros. Los mismos sinvergüenzas que nos dicen que el sistema penal sirve para algo. Que la cárcel es humana. Que el Estado debe moralizarnos –pues su condición impoluta y sacramental lo hace idóneo para ello–. Que la lógica de *premios y castigos* es el pilar de cualquier sociedad que se pretenda civilizada. Los mismos que fantasean en sus reuniones en Ginebra, con que todos los que pensamos diferente en algún momento nos quedemos mudos y no podamos comunicar ni un solo mensaje “subversivo”. Los mismos que desde hace más de quinientos años tratan a Cristóbal Colón como a un héroe y a los autores de Machupichu, Chichen Itzá o el Popol Vuh como mártires de segunda, que murieron para que hoy todos seamos felices al “estilo europeo”?

Pero hay que decirlo sin titubeos, Fukuyama³³ –mal que les pese a los propietarios del poder– no es el dueño de la verdad. La historia no terminó en los noventa con la caída del Muro de Berlín. La histo-

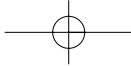
²⁹ En www.gritografiasenred.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=132:francia-prohibe-el-uso-de-la-misteriosa-burka&Itemid=82.

³⁰ En <http://edant.clarin.com/diario/2006/03/16/um/m-01159572.htm>.

³¹ En <http://www.elpais.com.uy/091010/pinter-447113/internacional/obama-recibe-premio-nobel-de-la-paz-en-sorpresiva-decision/>.

³² En <http://www.publimetro.com.mx/noticias/muerte-de-bin-laden-se-hizo-justicia-dice-obama/mkeb!bCzslVLgWJ0ro/>.

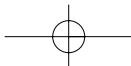
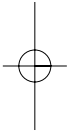
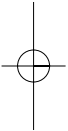
³³ Politólogo estadounidense de origen japonés, autor del polémico libro *The End of History and the Last Man*, 1992.



ria se construye como fantasía rizomática de un devenir inacabado. Mientras haya tan sólo una persona que crea que no todo es *statu quo* y estatismo, la esperanza del cambio seguirá vigente.

Al fin y al cabo perseguir ideales no es algo tan malo. Ser de izquierda no es una enfermedad crónica, ser anarquista no es haber nacido con anomalías cerebrales y creer que vale la pena luchar por un mundo sin sistema penal no es equiparable al ántrax, el ébola o la peste bubónica.

Simón Rodríguez, maestro libertario de Simón Bolívar, recurría a esta frase para motivar en las charlas de antaño a uno de los mayores libertadores de nuestro continente: “o inventamos o erramos”. Desde nuestra humilde posición, y en virtud de lo extremadamente necesario que resulta pensar de esta manera en pleno siglo XXI –sobre todo en América Latina– nos inclinamos fervientemente por la primera de las dos opciones sugeridas.



La efectivización de los derechos fundamentales, la profundización de la democracia y la consecuente abolición del sistema penal*

Maria Lucia Karam**

I. Riesgos y daños de la ampliación del poder punitivo

Las propuestas de cambiar la libertad por seguridad crecen de manera paradójica dentro de los Estados democráticos desde las últimas décadas del siglo XX. Tales iniciativas, que van acompañadas de un progresivo desvanecimiento del anhelo de libertad, están en la base de la ampliación global del poder punitivo y, de este modo, del crecimiento global de la violencia, los daños y los dolores que produce el sistema penal.

Este escenario trae al recuerdo la elocuente advertencia de Nils Christie, para quien el mayor peligro de la “delincuencia” en las sociedades contemporáneas no es el delito en sí mismo, sino que el pretexto de reprimirlo las conduzca al totalitarismo¹.

Incluso algunos respetables pensadores sugieren sustituir los clásicos valores de “libertad, igualdad y fraternidad” por los así llamados nuevos valores de “seguridad, diversidad y solidaridad”².

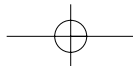
Se olvidan de que la diversidad y la solidaridad no son valores nuevos, sino una consecuencia natural de la igualdad y la fraternidad. La igualdad, desde luego, no excluye la diversidad. La igualdad significa reconocer que, no obstante el hecho de que cada individuo tenga características personales que lo hacen único y distinto de los demás, todos se encuentran en su origen común, que deriva de la afirmación

* Traducción de Karina Patricio, revisada por Maximiliano E. Postay. Cuando se menciona la existencia de traducciones castellanas de libros citados por la autora, se lo hace de manera meramente orientativa.

** Ex jueza del Estado de Río de Janeiro. Miembro del Instituto Carioca de Criminología y el Instituto Brasileño de Ciencias Criminales.

¹ Christie, Nils, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del Holocausto?*, trad. de Sara Costa, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 24.

² Me refiero al conocido texto de Erhard Denninger, “‘Security, Diversity, Solidarity’ instead of ‘Freedom, Equality, Fraternity’”, trad. al inglés de Christopher Long y William E. Scheuerman, en *Constellations*, t. 7, N° 4, Blackwell, Oxford, 2000.



de su dignidad. Es exactamente por ello que cada individuo es igual a todos los demás. La consolidación de la dignidad, reconocida a todos los individuos, es justamente la que conduce tanto a la consolidación de la igualdad como a la garantía de la diversidad. Ello es así porque reconocer la igualdad asegura el respeto –en cualquier circunstancia– a cada individuo, no importa quién sea y más allá de sus características físicas o espirituales, sus pensamientos o sus actos.

Por otro lado, la solidaridad es una consecuencia lógica de la fraternidad, que, a su vez, se vincula de manera indisoluble con la igualdad. Reconocer que todos los individuos tienen el mismo origen y la misma dignidad, motivo por el que merecen igual respeto, conduce naturalmente a sentimientos de cercanía, comprensión, compasión (esto es, simpatía o participación en los sentimientos ajenos) y, de este modo, a la solidaridad entre todos aquellos que, al ser iguales, son hermanos, y por ello tienen –o al menos se debe esperar que tengan– relaciones fraternas³.

Pero quienes plantean sustituir los clásicos valores de “libertad, igualdad y fraternidad” por los así llamados nuevos valores de “seguridad, diversidad y solidaridad” se olvidan de mucho más. Se olvidan de que sustituir la libertad por seguridad, en realidad, significa sustituir la democracia por el totalitarismo.

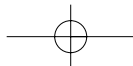
Cuando se acepta cambiar la libertad por seguridad, además de cambiar la democracia por el totalitarismo, se pierde la libertad y no se adquiere seguridad. En las clásicas palabras atribuidas a Benjamin Franklin, el que renuncia a libertades esenciales por obtener un poco de seguridad temporal no merece ni libertad ni seguridad⁴. Cuando una sociedad pretende cambiar libertad por seguridad, lo que hace es negar la efectividad de los derechos fundamentales y rechazar los fundamentos de la democracia.

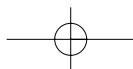
En un Estado democrático, la libertad es un valor irremplazable. El reconocimiento de la libertad del individuo como valor fundamental es inescindible del de su dignidad. La libertad es inherente a la dignidad. La existencia misma de la democracia depende de la libertad individual. La idea de democracia se funda en la posibilidad que se garantiza a cada individuo de elegir y, por lo tanto, ser libre.

Las propuestas totalitarias de sustituir la libertad por seguridad dan forma a un ampliado poder punitivo que, cada vez más, incorpo-

³ Analizo este tema en *Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo. Escritos sobre a Liberdade*, t. 1, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2009.

⁴ “They that can give up essential liberty to obtain a little temporary safety deserve neither liberty nor safety”.





ra al control social que se ejerce mediante el sistema penal a estrategias y prácticas que identifican el anunciado enfrentamiento a las conductas criminalizadas con la guerra o el combate a disidentes políticos. La dañina política de la “guerra contra las drogas” ilustra esta peligrosa tendencia de manera explícita y en su misma denominación⁵.

La adopción de parámetros bélicos hace que se incremente la hostilidad contra los seleccionados –real o potencialmente– por el sistema penal, dado que exagera una de las más sólidas fuentes de sustentación ideológica de este último.

Los conceptos de pena, castigo, punición y alejamiento del contexto social –que están en los orígenes del sistema penal– tienen como base el maniqueísmo simplista que divide a las personas entre buenas y malas y, de este modo, atiende a la necesidad de crear “chivos expiatorios” sobre los que recaiga una culpabilidad que, al individualizarse, pueda ocultar sus raíces colectivas.

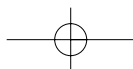
La necesidad de crear “chivos expiatorios” se remonta a los tiempos más lejanos, pero se incrementa a medida que las estructuras sociales se hacen más complejas y las inequidades económicas y sociales se profundizan.

Identificar como “delincuentes” a individuos aislados y fácilmente reconocibles produce una sensación de alivio. El “delincuente” es siempre el otro. Quienes no están procesados o condenados viven en una consecuente sensación de inocencia. La imposición de penas a individuos señalados como responsables de la comisión de un delito funciona como una “absolución” de todos los que no han sido captados por el sistema penal, quienes, de este modo, podrán cómodamente autodenominarse “ciudadanos de bien”, distintos y contrapuestos a los “criminales”, “delincuentes” y “malos”⁶. En este punto reside una de las más sólidas fuentes de sostenimiento del sistema penal y de su violencia, selectividad e irracionalidad.

Los parámetros bélicos convierten al “otro”, a ese “criminal”, “delincuente” y “malo”, en un “enemigo”. Los “enemigos” asumen el perfil de sujetos ajenos a la comunidad a quienes, en virtud de su “peligrosidad”, no se les reconocen los mismos derechos de que gozan los

⁵ Sobre la dañina política de la “guerra contra las drogas”, me remito a la obra de mi autoría *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas. Escritos sobre a Liberdade*, t. 3, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2009.

⁶ En este sentido, merece siempre consultarse el ensayo de Enzensberger, Hans Magnus, “Reflexões diante de uma vitrine”, trad. al portugués de Beatriz Sidou, en *Revista USP*, N° 9, San Pablo, 1991.



miembros de la comunidad. De este modo, despojados de su dignidad y derechos, pierden su cualidad de personas y se convierten en “no personas”⁷.

La identificación con la guerra y la creación de “enemigos” no son, por cierto, ideas nuevas en la trayectoria del sistema penal. Distintos momentos de este violento, dañino y doloroso recorrido han quedado marcados por tales ideas. El dato nuevo reside, fundamentalmente, en su extensión espacial –por manifestarse como una tendencia global y uniforme– y su grado de generalización –por captar a los más variados sujetos–.

La figura del “enemigo” hoy se confunde no solo en el perfil del “terrorista” o el “disidente”, sino también del “criminal” en general o quienquiera que tenga comportamientos considerados diferentes o “anormales”.

Las “no personas”, a quienes se les niegan derechos reconocidos a los demás individuos, no son solo los presos de Guantánamo, calificados de “combatientes ilegales” después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 –motivo por el que el gobierno Bush les ha negado tanto la aplicación del derecho internacional como del derecho interno estadounidense–, sino que el limbo jurídico va más allá.

La dogmática jurídico-penal torna explícito y corrobora este limbo jurídico al reconocer y tratar un “derecho penal del enemigo”⁸ excepcional que, ante la necesidad y la emergencia, se diferenciará del “derecho penal del ciudadano”. De este modo, se pretende reservar únicamente a este último la aplicabilidad de los principios que garantizan los derechos fundamentales del individuo.

Los legisladores, intérpretes de la ley, juristas y doctrinarios, al elegir sus propios “enemigos” de acuerdo con sus tendencias político-ideológicas, siguen corroborando, ampliando y generalizando los postulados del “derecho penal del enemigo” y, por ende, construyendo lo que se va convirtiendo en una “emergencia perenne” o un limbo jurídico permanente.

La engañosa publicidad⁹ que promueve campañas de difusión de tales emergencias ora anuncia el riesgo de ataques “terroristas”, ora

⁷ Véase, sobre este tema, Zaffaroni, E. Raúl, *El enemigo en el derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006.

⁸ Esta expresión la empleó por primera vez Gunther Jakobs, de manera crítica, en 1985. A partir de 1999, sin embargo, Jakobs ha buscado legitimarla o, al menos, conformarse con la tendencia señalada.

⁹ El sistema penal se ampara y siempre se ha amparado en una engañosa publicidad que se intensifica, eventualmente, mediante campañas especiales.

señala los supuestos peligros de la diseminación de las drogas convertidas en ilícitas; ora apela a una supuesta transnacionalidad criminal o a la siempre indefinida e indefinible “criminalidad organizada”, ora afirma un supuesto aumento incontrolable de la “delincuencia de las calles”, esto es, las acciones criminalizadas de los pobres; o aun, por el contrario, se refiere a una “delincuencia de los poderosos”, empresarios o políticos.

Estos y otros variados pretextos se invocan para justificar la reproducción sistemática de leyes autoritarias que excluyen los principios garantes de los derechos fundamentales, niegan su universalidad y desprecian la imperativa primacía de las normas fundamentales expresadas en las declaraciones internacionales de derechos y las constituciones democráticas.

El poder punitivo ampliado, fomentado por las propuestas totalitarias de substituir la libertad por seguridad; las dañinas ideas que ponen el orden por sobre la dignidad y la vida de los seres humanos; los perversos, inútiles y autodestructivos deseos de venganza y las nocivas ilusiones acerca del sistema penal someten, globalmente, a más y más individuos a la violencia, los daños y los dolores de la prisión.

Los rasgos autoritarios de un Estado policial sobreviven en el interior de los Estados democráticos¹⁰ y dictan las reglas del ampliado alcance del sistema penal. Esto genera que, en el campo del control social ejercido mediante el sistema penal, la diferencia entre las democracias y los Estados totalitarios se vaya haciendo cada vez más tenue. El autoritarismo *cool*, como lo denomina Zaffaroni¹¹, que mantiene en las democracias las estructuras formales del Estado de derecho, no se revela ante la mirada distraída de la mayoría.

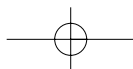
Movidos por sus ciegos anhelos de seguridad, son muchos los que aprueban y aplauden la ampliación del poder punitivo. No se percatan

Véase, con relación a este tema, *De crimes, penas e fantasias* y el ensayo *Sistema penal e publicidade enganosa*, 2ª ed., Luam, Niterói, 1993; *Revista dos Tribunais*, N° 52, San Pablo, 2005, respectivamente.

¹⁰ El tema de la tensión que se establece entre los principios del Estado de derecho y las manifestaciones del Estado policial que sobreviven dentro de él se ha desarrollado ampliamente en la obra de Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

Los autores sostienen que, conforme lo demuestra la historia, no existen Estados de derecho reales (históricamente determinados) puros o perfectos, sino solamente Estados de derecho históricamente determinados que controlan y contienen, con mayor o menor éxito, las manifestaciones del Estado policial que sobreviven en su interior.

¹¹ Véase la ya mencionada obra de Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal*.



de que, cuando el poder punitivo se amplía, también se amplían la violencia, la irracionalidad, los daños y los dolores inherentes al sistema penal.

Siempre se debe tener presente que el sistema penal genera situaciones mucho más graves y dolorosas que los conflictos calificados como delitos, los cuales, engañosamente, anuncia poder resolver.

Como lo destaca Ferrajoli, la historia de las penas es, seguramente, más infamatoria para la humanidad que la historia de los delitos. La violencia que infligen las penas es más despiadada y, quizá, cuantitativamente mayor que la violencia de los delitos. Esto genera para el género humano un costo en sangre, vidas y mortificación incomparablemente superior al costo producido por la suma de todos los delitos¹².

II. Daños y dolores de la privación de la libertad

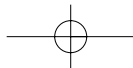
La prisión excluye, estigmatiza y siempre produce mucho dolor.

Es necesario intentar comprender el significado de la privación de la libertad. Es necesario conducir nuestra mirada, imaginación y sentimientos hacia adentro de los muros de las prisiones, esforzándonos por imaginar el infinito dolor de las personas que sufren sus penas, por dejar a un lado la indiferencia, los prejuicios y las ideas abstractas que privilegian el “orden”, la “seguridad” y la “defensa de la sociedad”; ideas que, al olvidarse de la igualdad originaria entre todos los individuos, nos dividen entre los “ciudadanos de bien” y los “delincuentes”; nefastas ideas que procuran hacernos creer la ilusión cruel de que, para tener tranquilidad y seguridad, hace falta meter a más y más personas detrás de las rejas y los muros.

La limitación del espacio, la imposibilidad de ir a otros lugares y de buscar y estar con quien se desee, el aislamiento, la separación, la distancia del medio familiar y social, la pérdida de contacto con las experiencias normales de la vida: las restricciones inherentes a la privación de la libertad son fuente de mucho dolor.

En una nota publicada en el periódico *El País*, tras recorrer las cárceles femeninas españolas, Lola Huete Machado sintetizó los sentimientos que le transmitieron las internas de la siguiente manera: la prisión “te roba el amor de otros y te impide darlo, ver crecer y envejecer a los tuyos e incluso morir; te deja un pozo de miedo a que te abandonen y te olviden; te culpa por el sufrimiento que les ocasionas; te aísla de la vida real, te impide el gesto cotidiano: hacer las compras,

¹² Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 382.



conducir al trabajo, salir al balcón; te provoca rechazo de otros, sientes que pierdes la vida”.

Al dolor inherente a la privación de la libertad se le suman los dolores físicos ocasionados por la falta de aire, sol y luz, la promiscuidad de los centros de reclusión, la precariedad de las condiciones sanitarias, la falta de higiene y la alimentación muchas veces deteriorada. Tales condiciones dan lugar a la propagación de enfermedades, en especial las transmisibles, que afectan a los presos en proporciones muy superiores a los índices registrados entre la población en general.

El deterioro físico del ambiente carcelario se agrava con el hacinamiento. En diciembre de 2004, el total de presos en Brasil era de 336.358, y el de vacantes en las cárceles, 200.417. En virtud del continuo aumento de la población carcelaria brasileña, en diciembre de 2007 el número de reclusos ya ascendía a 422.590, amontonados en 275.194 vacantes¹³.

Sin embargo, ello no sucede solamente en Brasil. El aumento del número de presos y el consecuente hacinamiento en los centros de detención son una tendencia mundial que resulta de la expansión global del poder punitivo.

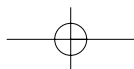
En los Estados Unidos de América, a fines de 2006, veintitrés Estados y el sistema federal operaban por encima de su capacidad. En las prisiones federales, el nivel de ocupación ascendía al 137%¹⁴.

En Italia, en junio de 2006, el total de presos era de 61.264 y el de vacantes, en torno a 43.219, por lo que el nivel de ocupación era de un 132%. Con el indulto del 31 de julio de ese año, quedaron en libertad más de 20.000 presos. Sin embargo, en julio de 2007 las cárceles italianas ya volvían a colmarse, y la sobrepoblación carcelaria ya se constituía nuevamente, con 43.957 presos para 43.140 vacantes. Menos de dos años después, el 26 de febrero de 2009, el número de presos ya volvía a superar los 60.000 mil (eran 60.036), mientras que las vacantes se mantenían en alrededor de 43.000 (más precisamente, 43.102)¹⁵.

¹³ Datos del Departamento Penitenciario (Departamento Penitenciário Nacional) del Ministerio de Justicia de Brasil y del Centro Internacional para Estudios Penitenciarios (International Centre for Prison Studies).

¹⁴ Datos de la Oficina de Estadísticas Judiciales (Bureau of Justice Statistics) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (US Department of Justice).

¹⁵ Datos del Departamento de Administración Penitenciaria (Dipartimento di Amministrazione Penitenziaria) del Ministerio de Justicia de Italia y del Centro de Estudios del Horizonte Restringido (Centro Studi di Ristretti Orizzonti).



El confinamiento al interior de los muros y rejas de la prisión crea una convivencia forzada entre los que allí se encuentran –que se agrava con el hacinamiento– y hace que cualquier incidente, divergencia, desavenencia o dificultad de relacionarse alcance proporciones insoportables.

Todos ya hemos vivido situaciones de convivencia con alguien que no nos cae bien o no nos gusta; experiencias, por cierto, siempre muy agotadoras. No obstante, podemos evitarlas simplemente alejándonos de tales personas. En la prisión esto es imposible. Los individuos que no se llevan bien están obligados a verse la cara todos los días y ocupar el mismo espacio, situación que, naturalmente, enardece los ánimos, eleva las tensiones, exagera sentimientos negativos y, a menudo, conduce a agresiones violentas o crueles por motivos sin aparente importancia.

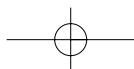
Al elegir la disciplina como eje central de una práctica que exige la sumisión total a un orden autoritario, la prisión es la instancia social donde el control sobre los individuos y la dominación –dictados en ejercicio de un poder orientado a formar los “cuerpos dóciles” de los que hablaba Foucault¹⁶– alcanzan su nivel máximo.

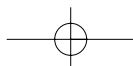
La permanente vigilancia, los reglamentos que deben cumplirse sin explicación ni posibilidad de cuestionarlos, el sistema de privilegios que transforma los derechos en recompensas por aquellos comportamientos que la administración penitenciaria estima buenos, dictan reglas de vida que, al cerrar la iniciativa y el diálogo y fomentar la sumisión, la delación, la disimulación y la cobardía, hacen prevalecer relaciones marcadas por los binomios “pasividad-agresividad” y “dependencia-dominación”, conforme lo ha señalado Louk Hulsman¹⁷.

Sometidos al dolor de la pérdida de la libertad, las privaciones físicas, el hacinamiento, las tensiones de relaciones insoportables, la opresión de la vigilancia permanente, el peso de la obediencia incuestionable, la violencia legalizada de los castigos y la violencia informal de los golpes y torturas, los presos no pueden reclamar, discutir ni organizarse. Cualquier reivindicación o intento de luchar por sus derechos pronto se califica como una insubordinación, indisciplina, amenaza a la estabilidad del sistema carcelario o síntoma de “peligrosidad”.

¹⁶ Foucault, Michel, *Vigilar e punir*, trad. al portugués de Raquel Ramalhete, 25ª ed., Vozes, Petrópolis, 2002.

¹⁷ Hulsman, Louk y Celis, Jacqueline B., *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, trad. al portugués de Maria Lucia Karam, Niterói, Luam, 1993. Existe traducción castellana: *Sistema penal y seguridad ciudadana*, trad. de Sergio Politoff, Ariel, Buenos Aires, 1984.





Mientras aplaude y se siente más segura ante la existencia de los muros y rejas en que se encierran a los individuos considerados “delincuentes”, la mayoría insiste en no advertir los riesgos y daños que ocasiona la inútil e inhumana privación de la libertad.

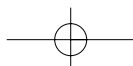
La opción por el encarcelamiento no oculta cierto sadomasoquismo. El costado sádico parece evidente. Por el otro lado, basta considerar que al aislar, estigmatizar y someter a los individuos que capta al inútil e inhumano sufrimiento de la prisión, el sistema penal hace que los seleccionados para cumplir el rol de “delincuentes” se hagan menos adaptables a la convivencia social y, en consecuencia, más aptos para practicar agresiones y otras conductas socialmente negativas o indeseables.

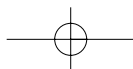
Recordemos las palabras de Louk Hulsman:

“Nos gustaría que quienes hayan cometido un daño o perjuicio sintieran remordimiento, pesar y compasión por aquellos a quienes hicieron mal. Sin embargo, ¿cómo esperar que tales sentimientos puedan nacer en el corazón de un hombre aplastado por un castigo desmedido que no comprende, no acepta y no puede asimilar? ¿Cómo podrá este hombre incomprendido, despreciado y masacrado reflexionar sobre las consecuencias de su acto en la vida de la persona a quien ha hecho daño? (...) Para el encarcelado, el sufrimiento de la prisión es el precio que debe pagar por un acto que una justicia fría ha puesto en una balanza inhumana. Y al salir de la prisión habrá pagado un precio tan alto que, más que sentirse liberado, muchas veces terminará albergando sentimientos de odio y agresividad. (...) El sistema penal endurece al condenado y lo pone en contra del ‘orden social’ en el que pretende reintroducirlo”¹⁸.

A tales sentimientos –así como a los obstáculos objetivos a la reintegración social de quienes han sido afectados por el sistema penal– se les suma el hecho de que la estigmatización no opera solamente como un factor externo. La estigmatización que produce la imposición de la pena –en especial la más visible y simbólica, es decir, la pena privativa de la libertad– actúa también hacia el interior y provoca la interiorización del rol de “delincuente” –y ahora, lo que es aún peor, de “enemigo”–. Las disposiciones legales criminalizantes de conductas y el rechazo social que produce la estigmatización determinan, a menudo, la percepción del “yo” como un desviado. Ello conduce a que el individuo etiquetado y estigmatizado viva de manera marginal –conforme a esta imagen interiorizada–, circunstancia que, evidentemente, con-

¹⁸ Hulsman y Celis, *Penas perdidas: o sistema penal em questão*, citado.





tribuye a reproducir conflictos y situaciones socialmente negativas que se identifican con la criminalidad.

IV. La abolición de las prisiones y del sistema penal.

El fin del poder punitivo

Desde un punto de vista histórico, se puede decir con seguridad que la invención de las penitenciarías ha representado un aporte para el progreso de la humanidad. La pena privativa de la libertad es, sin duda, menos cruel, dolorosa, violenta y dañina que sus predecesoras, vale decir, la pena de muerte y las penas corporales.

Sin embargo, la subsistencia y el aumento de la prisión –o, más que ello, del poder punitivo– demuestran que aún hay un largo camino por recorrer hasta que la humanidad sea capaz de construir un mundo donde la libertad y todos los otros derechos fundamentales se concreten de manera efectiva y estén al alcance de todos los individuos.

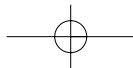
Los daños y dolores que produce la privación de la libertad revelan la total falta de racionalidad de la idea misma de la punición. ¿Qué racionalidad hay en compensar el sufrimiento ocasionado por la conducta criminalizada con otro sufrimiento que provoca la pena? Si es posible evitar o al menos reducir las conductas negativas y los hechos desagradables que causan sufrimiento, ¿por qué insistir en la reproducción de más sufrimiento mediante la imposición de la pena?

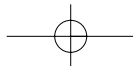
Las leyes penales no protegen nada ni a nadie, como tampoco evitan la realización de las conductas que criminalizan. Sirven solamente para asegurar la actuación del engañoso, violento, dañino y doloroso poder punitivo.

El sistema penal no alivia los dolores de quienes sufren pérdidas como resultado de conductas dañinas, violentas o aun crueles, practicadas por individuos que, eventualmente, faltan al respeto o agreden a sus semejantes. Por el contrario, el sistema penal manipula tales dolores a los fines de viabilizar y buscar una aparente legitimación para el ejercicio del violento, dañino y doloroso poder punitivo. Al manipular el sufrimiento de los individuos afectados por sus semejantes, fomenta el sentimiento de venganza. Los deseos de venganza no traen paz de espíritu y terminan siendo autodestructivos. El sistema penal manipula sufrimientos para perpetuarlos y crear nuevos sufrimientos.

La pena, en definitiva, lo único que hace es sumar nuevos daños y dolores a los que habían ocasionado las conductas tipificadas como delitos.

Hay aún otro aspecto que se debe tener en cuenta cuando se piensa en la privación de la libertad.





El encarcelamiento, que se ubica en el centro del sistema penal, afecta el derecho fundamental a la libertad ambulatoria de manera tal que lo termina anulando. La anulación de la libertad mediante la imposición de la pena de prisión es totalmente lejana y ajena a la idea de democracia. En el modelo del Estado de derecho democrático, ningún derecho fundamental puede anularse, como sucede con la libertad ambulatoria ante las intervenciones del sistema penal que imponen penas privativas de la libertad y prisiones procesales.

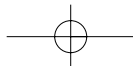
Todos los derechos fundamentales del individuo pueden limitarse cuando su ejercicio se muestra lesivo a iguales derechos de otros individuos, o cuando colisiona con otros derechos fundamentales. En efecto, todo derecho tiene límites en su coexistencia con los demás. No obstante, los límites que implican la regulación de los derechos fundamentales, así como las eventuales restricciones a su ejercicio, no pueden afectar su núcleo esencial ni reducir sus alcances hasta su completo aniquilamiento, como sucede con la imposición de la pena de prisión.

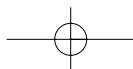
Una agenda política que se oriente hacia la profundización de la democracia y la construcción de un mundo donde los derechos fundamentales de todos los individuos se respeten de manera efectiva, debe incluir la abolición de las prisiones –y del sistema penal como un todo, es decir, el fin del poder punitivo– como una de sus principales tareas.

De la misma manera como la esclavitud constituye una escandalosa paradoja que, por más increíble que parezca, en tiempos pasados ha sobrevivido al interior de Estados democráticos, es necesario que nos escandalicemos y tornemos inimaginable la paradójica concesión al Estado del poder de encarcelar, punir y eliminar la libertad.

La comparación con la esclavitud no es exagerada. La lucha por la abolición de las prisiones y del sistema penal –en suma, por el fin del poder punitivo– también es una lucha por la libertad. Al igual que la lucha por la abolición de la esclavitud, también es una lucha contra un sistema que estigmatiza, discrimina, produce violencia y causa dolores; una lucha para poner fin a las desigualdades y reafirmar la dignidad inherente a cada ser humano.

La abolición del sistema penal puede parecerles una utopía a los más escépticos, en especial en los tiempos que corren, cuando un agigantado poder punitivo prevalece en todo el mundo. Aunque ello fuera solamente una utopía, la importancia de que se cultive este ideal se revelaría en las sabias palabras de Eduardo Galeano, quien dice que la utopía es como el horizonte: inalcanzable. Si uno camina diez pasos, ella estará diez pasos adelante. Y entonces, él se pregunta: ¿para qué





sirve la utopía? A lo que responde que sirve exactamente para eso, para caminar¹⁹.

Sin embargo, la abolición del sistema penal y el fin del poder punitivo no son una utopía, sino una consecuencia lógica de la trayectoria que la humanidad debió y debe seguir, permanentemente, en su evolución. Es una consecuencia lógica del camino por recorrer en los esfuerzos que realiza la humanidad para concretar y profundizar el modelo del Estado de derecho democrático y los derechos fundamentales.

El anhelo de libertad y el compromiso con la realización efectiva de los ideales democráticos conducen naturalmente a la perspectiva real –y no utópica– del fin del poder punitivo y una futura abolición del sistema penal.

En el futuro, seguramente será difícil imaginar que algún día un poder de eliminar la libertad haya podido convivir con la idea de democracia.

Como lo diría un inolvidable recluso brasileño, el sistema penal “no tiene arreglo”²⁰. Su abolición es solamente una cuestión de tiempo.

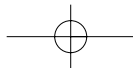
Un día, no importa cuándo, la humanidad construirá un mundo donde cada individuo y sus derechos fundamentales se respetarán de manera efectiva. En ese mundo no habrá prisiones, ningún Estado tendrá el violento, dañino y doloroso poder punitivo y nadie cargará con el estigma del “delincuente”, “malo” o “enemigo”.

El mundo liberado del sistema penal será un lugar donde la dignidad de cada individuo se reconocerá sin diferencias ni prejuicios de ninguna especie.

El mundo liberado del sistema penal será un lugar donde nadie será privado de su libertad y los derechos fundamentales se realizarán con efectividad. En él, todos los individuos podrán vivir de manera más tolerante, solidaria, humana, amena y feliz. Ese mundo será incuestionablemente más democrático y, sin duda, mucho mejor.

¹⁹ Galeano, Eduardo, *Las palabras andantes*, Siglo XXI, México, 1993. El original es castellano: *Las palabras andantes*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.

²⁰ Me refiero a uno de los internos del antiguo Centro de Detención de San Pablo –el Carandiru– cuyo sobrenombre era *Sem Chance* (*Sin arreglo*), quien se convirtió en uno de los personajes del libro *Estação Carandiru*, de Dráuzio Varela. El libro ha inspirado la película homónima, lanzada en 2003 y dirigida por Héctor Babenco.



El abolicionismo penal como aproximación a un modelo de ciencia social integrada

Mauro Lopardo y Pablo Rovatti*

“El buen abolicionista construye, desde este punto de partida, una propuesta alternativa a la política criminal, y no una política criminal alternativa. El buen abolicionista, que existe en la misma medida en que existe el delito, es aquel que tiene como objeto de estudio el sistema penal, y como objetivo, la destrucción de su objeto de estudio. Y este ánimo de eliminar su objeto de estudio es la única circunstancia que lo define. Pensar que el abolicionismo es una teoría coherente, sistemática y acabada es incurrir en un error. Hay tantos fundamentos y desarrollos a favor de la abolición del sistema de justicia penal como abolicionistas hay en este mundo”.

Alberto Bovino, *Manual del buen abolicionista*.

No puede negarse que el derecho, como campo de conocimiento, está muy atrasado respecto de la sociología jurídico-penal. Medio siglo separa a una disciplina jurídica anclada todavía al modelo resocializador, de las observaciones empíricas propias del interaccionismo simbólico o de las teorizaciones de la sociología del conflicto, para poner dos ejemplos concretos.

Baratta reflejó esta idea, en su *Criminología crítica*¹, con la metáfora de “escasa permeabilidad” de la ciencia jurídico penal a las adquisiciones de las ciencias sociales.

En efecto, treinta años después, sigue siendo válido, en general, el señalamiento que, desde un filón marxista, ensayaba el autor italiano: el hecho de que los juristas, en la actual fase de desarrollo de la ciencia penal, no hayan llegado siquiera a situarse en condiciones de recibir la nueva ideología racionalizante preparada por las escuelas sociológicas liberales contemporáneas², no significa que ellos hayan

* Abogados por la Universidad de Buenos Aires.

¹ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica e crítica del dirittopenale, introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Il Mulino, Bologna, 1982, ps. 158 (1ª ed. en español 1986, Siglo XXI, trad. de Álvaro Bunster).

² V. gr., las observaciones concernientes al control social y al comportamiento desviado de los teóricos del *labelling approach*, o la rotunda negación del principio del interés social y del delito natural que puede atribuirse a la *sociología del conflicto*.

ejercido un control crítico de esta ideología y la hayan por ello rechazado, sino más bien que se han quedado atrás del desarrollo de la ideología burguesa, siendo todavía portadores de la ideología de ayer e inidóneos para el papel que se les habría asignado en el ámbito de una política criminal adecuada al nivel alcanzado por la sociología burguesa y, por tanto, a las exigencias correspondientes al actual sistema de valoración y concentración capitalista.

Es más, frente a la sociología –que representa el momento racionalizador y reformista en el ámbito de la cultura burguesa– el discurso imperturbable de la ciencia jurídico-penal aparece como el momento conservador e incluso reaccionario; ese conjunto de teorizaciones heterogéneas que componen la criminología crítica contemporánea parece orientarse –aunque sin propuestas positivas– al desarrollo futuro del sistema de control social, en la medida en que deslegitima el discurso de la teorización penal, ligado aún a fases ya superadas de aquél³.

Basta cotejar, a nivel normativo, los artículos 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, enrollados todavía en el paradigma de “tratamiento” y “reforma”, y la ausencia absoluta de una propuesta reformadora desde el interior de la ciencia jurídico penal, para convencerse de tal aserto.

En el microcosmos jurídico latinoamericano, al menos, estas declamaciones normativas, programadas para universalizarse, rara vez son objeto de crítica. Por el contrario, suelen ser invocadas por los abogados –cualquiera sea el papel que desempeñen– como sinónimo de garantía, aunque nadie pueda negar que esas normas han garantizado, más que la *reinserción social* de la población prisionizada, perteneciente a los estratos más vulnerables de la sociedad, los intereses corporativos de ese ejército de técnicos que relevaron de su lugar al verdugo: vigilantes, médicos, capellanes, psiquiatras, psicólogos, educadores⁴.

³ Baratta explica parcialmente la notoria discrepancia entre el nivel de racionalización alcanzado en el campo de la ciencia social y el nivel de la ideología penal: encuentra la ruptura entre la ciencia social y el desarrollo de las corrientes formalistas y técnico-jurídicas en la Europa continental, en la etapa de involución autoritaria y reaccionaria de los regímenes políticos fascistas. Éstos, que apartaron a la tradicional ciencia penal burguesa, demostraron preferir también un ejército de juristas sociológicamente desinformado y portador de una ideología atrasada, compatible con la ideología oficial.

⁴ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, 1ª ed., Siglo XXI, Buenos Aires, 2006, p. 19.

En contados lugares del mundo se ha reconocido que la cárcel no sólo no rehabilita sino que de ello inhabilita⁵. Del mismo modo, se ha dicho que la cárcel vive una especie de crisis permanente con una nota característica de incongruencia, relacionada con su superpoblación y construcción de nuevas unidades, ante lo cual Iñaki Ribera Beiras explica:

“Esto que aparentemente es una contradicción, no lo es. Es absolutamente lógico. Si la cárcel triunfara en la función declarada de resocializar y rehabilitar a la gente, la cárcel debería de ir adelgazando, siendo cada vez más pequeña. Pero como la cárcel fracasa en su función declarada, porque no resocializa, sino que neutraliza, incapacita, destruye y la reincidencia al salir es tan elevada, la cárcel engorda gracias a su fracaso, no gracias a su éxito. Esta es la gran paradoja que se produce en el universo penitenciario. Por lo tanto, no es una contradicción, es lógico que sea un sistema perverso”⁶.

Aunque sin llevar a la práctica un modelo transformador, una fuente sueca autorizada expresa el fracaso en estos términos:

“La investigación criminológica actual nos ha enseñado... que es ilusoria la idea de que somos capaces de mejorar al individuo castigado mediante un castigo que implique privación de libertad. Por el contrario, hoy se

⁵ Desde el campo de la psicología, Josep García Borel (doctor en Psicología, docente de la Universidad de Barcelona y del Máster Internacional en Criminología y Sociología Jurídico Penal) explicó en una entrevista periodística que “normalmente el debate sobre la cárcel es una discusión sobre si funciona o no. Y mayoritariamente, y por sentido común, podemos llegar a evidenciar que fracasa la intervención que se pretende. Pero ahí se para la discusión. Y entonces olvidamos que una cosa es que la cárcel no consiga lo que pretende y otra que no tenga efectos. La cárcel tiene efectos y tiene efectos enormes. El castigo tiene, en mayor o menor medida, un impacto psicológico necesariamente. Ese impacto altera la vida psíquica de los individuos, generando ansiedad, depresiones, tendencias al suicidio, pérdida de la abolición y capacidad de tomar decisiones por sí mismo cuando por años las han tomado por tí. Además, a si es mayor o menor ese impacto, le podemos agregar que si vives años encarcelado finalmente te adaptas a ese lugar. De ahí viene el concepto clásico de prisionización, en el sentido de una adaptación de la vida a las circunstancias del encarcelamiento, muy distintas a la de la vida en libertad. Por eso la cárcel no sólo fracasa en sus objetivos, sino que incrementa el problema en el sentido de que incrementa la desadaptación para la vida en libertad”, en www.pensamientopenal.com.ar/articulos/carcel-incrementa-desadaptacion-persona-para-vida-libertad.

⁶ En www.pensamientopenal.org.ar/?p=578, entrevista realizada por Andrea Pérez y Julia Drangosch.

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”⁷.

Nuestra realidad es otra: constatado el fracaso de la ideología “re”, se la re-inventa con algunos accesorios –la noción de régimen semiabierto, algunos agregados a la tradicional libertad condicional, etc.– que paradójicamente evidencian cuán inservible resulta el encierro para alcanzar el fin que las normas proclaman.

Creemos que esta estrategia fallida, que todavía no superamos, puede ser caracterizada como *modelo de “re-ciclaje” de las ideologías “re”*. Algo así como un modelo de Barbie que ya no convence: bastan una nueva peluca y un par de zapatos de otro color, para introducirla en el mercado como si fuera novedosa.

No debería asombrarnos, por tanto, que –en nuestro ámbito– muchos juristas de vanguardia retrocedan frente a las heterogéneas, pero desafiantes, propuestas abolicionistas. Incluso, alguno se ha atrevido a caracterizar al abolicionismo penal como una “irresponsable fantasía”⁸.

En líneas generales, pareciera que “abolicionismo” y “abogado” constituyen categorías conceptuales que no admiten puntos de intersección. Es cierto que sólo se pueden comprender algunos de los postulados abolicionistas si se trabaja con datos empíricos, y no lo es menos que el derecho –en general– y el saber penal –en particular– son

⁷ Proposición Regeringens, 1982/83 N° 85:29, citada por Mathiesen, Thomas, *Juicio a la prisión, una evaluación crítica*, revisión técnica de Mario Coriolano, trad. de Amanda Zamuner, Ediar, Buenos Aires 2003, p. 100.

⁸ Pastor, Daniel R., “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2005/A, Del Puerto, Buenos Aires, ps. 74 y ss. En contexto: “de la irresponsable fantasía abolicionista que surgió hace algunas décadas hemos pasado, sin prestar atención al sensato llamado del derecho penal mínimo como si éste hubiera sido en verdad el canto de sirena, a una desbordante explosión de nuevas figuras penales”. La misma realidad le ha contestado a Pastor: de la misma manera que la propuesta abolicionista puede ser definida como una fantasía (de esas que pueden hacerse realidad), lamentablemente, lo mismo cabe predicar del derecho penal mínimo; es llamativo que el autor no lo advierta, cuando de lo que trata el trabajo citado es, nada menos, que de la corroboración empírica de un acentuado panpenalismo, nada menos que en el ámbito de producción de los organismos internacionales de “protección” de los derechos humanos. La sanción en nuestro país, dos años después, de la ridícula “Ley antiterrorista” (ley 26.268) a raíz de las presiones del GAFI, con el mismo criterio de Pastor, podría convencernos fácilmente de que el derecho penal mínimo, hoy, es una tibia fantasía.

poco permeables a una realidad que suele escapársele a las normas escritas.

En este sentido, el máximo exponente del llamado “derecho penal mínimo”, Luigi Ferrajoli, que también ha hecho explícita la necesidad de rebajar y, como horizonte, de abolir las penas privativas de libertad en tanto que excesiva e inútilmente afflictivas, aunque confronta con las tesis abolicionistas más radicales⁹, no deja de reconocerles sus méritos. El punto de vista abolicionista, dice, precisamente porque se coloca de parte de quien sufre el costo de las penas y no del lado del poder punitivo, y es por consiguiente programáticamente externo a las instituciones penales vigentes, ha tenido el mérito de favorecer la autonomía de la criminología crítica, de suscitar sus investigaciones acerca de los orígenes culturales y sociales de la desviación y de la relatividad histórica y política de los intereses penalmente protegidos, y de contrarrestar por todo ello, quizá en mayor medida que cualquier otra orientación teórica, el latente legitimismo moral de las doctrinas penales dominantes¹⁰.

En efecto, lo que el abolicionismo propone, como conjunto de heterogéneo de racionalizaciones en el campo de lo social, es encarar al conflicto con *imaginación sociológica*. El esquema de pensamiento de la vida cotidiana, el sentido común –como suele denominársele– es un pensamiento naturalizante que, a menudo, impide proyectar, e incluso discutir proyectos, de soluciones menos afflictivas. Es hora de revisar los viejos postulados irrevisables, es hora de confrontar el discurso oficial y la realidad.

Es comprensible que esta sea una tarea compleja para los abogados. Al jurista de formación académica tradicional hay que convencerlo de que la “pena”, tal como hoy la conocemos, no cumple ninguna función positiva¹¹. El discurso del saber penal invierte la

⁹ A punto tal que reconoce como “no abolicionistas” sino “sustitucionistas” aquellas doctrinas criminológicas que bajo el programa de la abolición de la pena proponen, en realidad, la sustitución de la forma penal de la reacción punitiva por tratamientos pedagógicos o terapéuticos de tipo informal, pero siempre institucional y coercitivo y no meramente social. Del mismo modo, reconoce como “reformadoras” a las doctrinas penales que propugnan la reducción de la esfera de la intervención penal o, por otro lado, la abolición en favor de sanciones penales menos afflictivas de esa específica pena moderna que es la reclusión carcelaria. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, p. 248.

¹⁰ Ídem, p. 252.

¹¹ No podemos dejar de citar, en este sentido, un fragmento del prólogo de Zaffaroni a la obra de Mathiesen, *Juicio a la prisión*: “La invocación de la preven-

perspectiva cognitiva del científico social: acepta como verdad revelada que se encierra en su propio beneficio a los individuos captados por el mecanismo selectivo de criminalización secundaria, insiste en la naturalidad de ese sistema, acepta como premisa que la *causa* del delito proviene de un *defecto de socialización* de algunos individuos (de que otro modo se explica sino que tengan que ser reformados y reinseridos en la sociedad), olvida los datos empíricos.

De esta manera, el discurso del saber penal ha inventado una sociología esotérica, que poco tiene que ver con la seriedad del conocimiento científico. En este sentido, Zaffaroni¹² advirtió que el método dogmático empleado por el jurista se ha ido desviando de tal modo que se perdió de vista un saber tan aplicado al poder, por mucho que se refiera al deber ser, no puede desconocer ciertos datos elementales del ser. Ergo, la pretensión de construir una ciencia pura del derecho, no contaminada por la realidad circundante, no pasó nunca de ser una falacia, porque el deber ser (programa) siempre se refiere a algo –ser o ente– y no puede explicarse en términos racionales sin incorporar los datos acerca de ese algo que pretende regular o modificar.

Un mundo de normas que se baste a sí mismo, sin pretensiones de influir de algún modo sobre la realidad, constituiría un sinsentido, una quimera, de la misma manera que lo constituye la pretensión de modificar una realidad inventada. A esto se refiere Zaffaroni cuando sentencia que “el saber jurídico-penal se erigió en juez de la creación y en creador del mundo”.

Elaborar una teoría jurídico-penal sin atender mínimamente a la evidencia empírica, sin tener en cuenta las relaciones y conflictos reales entre las personas, no es una empresa posible aunque objetable, sino “un emprendimiento tan imposible como hacer medicina sin incorporar los datos fisiológicos... cuando se pretende construir el derecho penal sin tener en cuenta el comportamiento real de las personas, sus motivaciones, sus relaciones de poder, etc., como ello es imposible, el resultado no es un derecho penal privado de datos socia-

ción general (...) no es menos irracional, aunque el mecanismo de 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”, cit., p. 13.

¹² Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2003, ps. 21-22.

les, sino construido sobre datos sociales falsos. El penalismo termina creando una sociología falsa, con una realidad social ajena incluso a la experiencia cotidiana, una sociedad que funciona y personas que se comportan como no lo hacen ni podrían hacerlo, para acabar creando discursivamente un poder que no ejerce ni podría ejercer”¹³.

El abolicionismo, aunque no se contente con ello, cumple satisfactoriamente la función de poner en evidencia la irracionalidad del reduccionismo normativista. Quienes reproducen este discurso, en lugar de aceptar el fracaso rotundo de la institución carcelaria y aunar esfuerzos para construir esquemas transformadores, suelen demandar inmediatas propuestas superadoras, no tanto por el afán de encontrarlas, como por la creencia equivocada de que la ausencia de una respuesta unívoca para todos aquellos comportamiento definidos como delitos, constituye la prueba de que *nada se puede hacer*.

Olvidan, acaso, que la penalidad uniforme y gris¹⁴ que se nos aparece hoy como casi como un hecho natural, inmutable, causó asombro allá por 1791 entre los parlamentarios franceses que discutían el proyecto de código criminal presentado por Le Peletier a la Constituyente. Uno de los diputados, Jean Baptiste Charles Chabroud, expresó su sorpresa con singular poder de síntesis:

“De manera que si he traicionado a mi país, se me encierra; si he matado a mi padre, se me encierra; todos los delitos imaginables se castigan de la manera más uniforme. Me parece estar viendo un médico que para todos los males tiene el mismo remedio”¹⁵.

Paradójicamente, más de doscientos años después se ha naturalizado la farsa de que la cárcel constituye un remedio; más precisamente, que constituye el único remedio frente al conflicto. No es casualidad que hayan sido autores de la corriente abolicionista los encargados de desmentir esa falacia.

En su *Juicio a la prisión*, Thomas Mathiesen se pregunta si existen ejemplos de abolición total, en el cual sistemas penales o sancionatorios hayan sido abolidos por completo; la respuesta afirmativa, concluye, requiere “tomar un poco más de distancia de nuestro propio presente”¹⁶.

¹³ Ídem, p. 22.

¹⁴ La expresión pertenece a Foucault, *Vigilar y castigar*, cit., p. 120.

¹⁵ Chabroud, Ch., *Archives parlementaires*, t. xxvi, p. 618, citado por Foucault, *Vigilar y castigar*, cit., p. 121.

¹⁶ Mathiesen, *Juicio a la prisión*, cit., p. 252.

Sebastián Scheerer rememora algunos pasajes olvidados de la historia, no sin recordarnos 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 poco antes que lo impensable se volviera realidad”¹⁷. No queremos dejar pasar algunos de los ejemplos históricos señalados por este autor. Scheerer nos devuelve, apenas más de veinte años del derrumbe, la vastedad del Imperio Romano, las victorias de su ejército frente a los hunos. Cuando en agosto del 476 se ordenó que el último de los emperadores romanos se retirara, dice el autor, no se produjeron cambios drásticos en la vida cotidiana, aun cuando la historia registraba el fin de un imperio que había perdurado por más de un milenio y al cual se creía invencible. La pregunta retórica de Mathiesen, que se vale también del ejemplo, es atinada: ¿quién, en su época, podía advertir este proceso?

Lo mismo puede decirse de la esclavitud moderna: entre los siglos XV y XIX alrededor de quince millones de africanos fueron arrastrados al Nuevo Mundo; la esclavitud se convirtió en un factor indispensable del comercio mundial. A comienzos de 1800, unas pocas décadas antes de su abolición formal, los abolicionistas eran aún pocos y se los consideraba tipos molestos, recuerda Scheerer. La esclavitud había logrado mantenerse estable hasta las vísperas de su colapso; ¿quién hubiera aventurado, por entonces, que iba a ser eliminada casi por completo?

Mathiesen, por su parte, se ha ocupado de agregar un tercer ejemplo: el de la caza de brujas europea. Recuerda que Krämer y Spränger, antes de escribir su célebre *Malleus Maleficarum*, habían encauzado todo su entusiasmo y energía en lograr que la mayor cantidad posible de brujas fuera a la hoguera. Sin embargo, habían encontrado gran resistencia, que Mathiesen explica, en parte, por afirmar que era necesario ejecutar un gran número de brujas, y en parte porque se ponía en tela de juicio su propia competencia como magistrados.

Estudios históricos¹⁸ indican que incluso las autoridades seculares protegieron en algunos casos a las brujas; los dos inquisidores, en su desconcierto, se dirigieron a Roma para quejarse ante el Papa Inocencio VIII, que en diciembre de 1484 publicó la bula *Summis deside-*

¹⁷ Scheerer, Sebastian, “Hacia el abolicionismo”, en *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989, ps. 15-34.

¹⁸ Mathiesen, *Juicio a la prisión*, cit., ps. 251 y 252, cita los trabajos de Alver (1791:25) y Henningsen (1981; 1984).

rantes affectibus. A través de ésta se daba la venia eclesial a la cacería de brujas. Afirmados en esta bula como autoridad máxima, Krämer y Spränger escribieron *El martillo de las brujas*, que era esencialmente un manual sobre la caza de brujas¹⁹.

Mathiesen recuerda que, en un lapso de alrededor de treinta años se hicieron catorce ediciones de ese libro, convirtiéndose en una obra importantísima de base teológico-jurídica para la cacería de brujas que tendría lugar en Europa. Una vez más la pregunta: ¿quién hubiera pensado, entonces, que un día todo eso habría de desaparecer? Hacia fines del período de la cacería de brujas, incluso, la extinción de esa institución fue difícil o imposible de imaginar para muchos, en gran medida porque la creencia popular en las brujas seguía siendo fuerte.

Todo esto, por si fuera poco, ¡a pesar de que el *Canon Episcopi* papal de 1100 había expresado más de trescientos años antes que los viajes nocturnos por obra de demonios y para encontrarse con ellos era fruto de la imaginación!²⁰.

El abolicionismo, digámoslo así, recoge la sorpresa de Chabroud y esos olvidados pasajes de la historia. Es la respuesta al orden constituido de quienes no han perdido aún la capacidad de asombro.

En efecto, hay una idea que es común a todos los pensadores abolicionistas: para mejor y para peor, las cosas podrían ser de otra manera; las cosas no son necesariamente, naturalmente, como son ahora y aquí. No parece mucho, pero saberlo resulta útil para contestar a algunos entusiastas del orden y del desorden establecidos, que a menudo dicen que “es bueno y natural esto y aquello”, y poder decirles educadamente “veamos si es bueno o no, porque natural no es”²¹.

¹⁹ El trabajo incluía una argumentación dogmática que avalaba la existencia de las brujas, con alegación de pruebas, un tratamiento exhaustivo de los actos de profanación cometidos por las brujas y un manual jurídico sobre la caza de brujas.

²⁰ Cfr. Mathiesen, *Juicio a la prisión*, cit., p. 252.

²¹ Las expresiones están tomadas de Marqués, Josep Vicent, *No es natural: para una sociología de la vida cotidiana*, Cap. I, “Casi todo podría ser de otra manera”, Anagrama, Barcelona, 1982, *La sociología de la vida cotidiana*, corriente en la que se inscribe el autor, insistirá siempre sobre esa misma idea: que las cosas podrían ser para bien y para mal distintas. Dicho de otro modo, que no podemos entender cómo trabajamos, consumimos, amamos, nos divertimos, nos frustramos, hacemos amistades, crecemos o envejecemos, ni tampoco como resolvemos –o no resolvemos, o agravamos, o resuelven por nosotros, o no resuelven, o agravan– los conflictos, si no partimos de la base de que podríamos hacer todo eso de muchas otras formas.

En la introducción a una de las primeras obras sobre abolicionismo penal que se dieron a conocer en nuestro país²², Stanley Cohen reconoce que el abolicionismo no es una teoría acabada ni fácil de sistematizar: “es una mezcla peculiar de lo altamente concreto y lo profundamente visionario de un bajo nivel de ingeniería social y de un alto nivel de especulación epistemológica”. Todos sus autores reciben (y están cansados de escuchar) la misma crítica, dice Cohen: sus ideas suenan bien, pero son poco prácticas. El autor noruego, invita a los lectores a efectuar críticas más serias y con mayor contenido.

Así es como los autores abolicionistas rompen con la idea instalada en el pensamiento corriente de que existe una única opción frente a una amplísima gama de conflictos y desestabilizan las creencias cuasi-axiomáticas sobre las que se construyeron los modernos sistemas de justicia penal y sus discursos de legitimación.

Así lo hace Heinz Steinert cuando propone abandonar la obsesión por la culpa y el castigo y suplantarlo por la noción universal “delito” para poder encarar en forma pragmática al “conflicto” sin acudir a la exclusión social, o cuando propone reemplazar ese reflejo de “atrapar al delincuente” por la imaginación social necesaria para resolver la situación de la “víctima”²³.

Así lo hace Louk Hulsman cuando invita a pasar de una visión catastrófica de la sociedad a una visión anascópica, cuando emplea las nociones de “marco” y “enfoque” para demostrar la insuficiencia de cualquier respuesta universal y la necesidad de contextualizar el conflicto, cuando emplea ejemplos didácticos como el del “estudiante que rompe el televisor” o el del “rebelde de la familia que llega tarde a cenar” para enseñarnos que las situaciones conflictivas pueden ser encaradas desde múltiples perspectivas²⁴.

Así lo hace Sebastian Scheerer cuando, como decíamos, contravierte –con concretos ejemplos históricos– la tendencia a creer que nunca ha habido grandes transformaciones sociales en la historia de la humanidad que no hayan sido consideradas utópicas o irreales aún

²² *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989. El volumen reúne ensayos de Nils Christie, Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Rolf S. De Folter, Heinz Steinert y Sebastian Scheerer. La traducción a nuestro idioma estuvo a cargo de Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilian Bondanza.

²³ Steinert, Heinz, “Más allá del delito y de la pena”, en *Abolicionismo penal*, cit., ps. 35-56.

²⁴ Hulsman, Louk H. C., “La criminología crítica y el concepto de delito”, en *Abolicionismo penal*, cit., ps. 87-107.

poco tiempo antes de que lo impensable se convirtiera en realidad, o cuando duda de la costumbre legal y sociológica de no sentirse satisfecho con nada hasta que todos los hechos particulares no estén prolijamente ordenados en los esquemas mentales de clasificación²⁵.

Así lo hace Nils Christie cuando denuncia, entre muchos otros aportes valiosos, cuánto hay de simplista en la solución represiva que opera en clave binaria (la vieja dicotomía entre blanco y negro, bueno o malo, criminal o no criminal) y en la formación de una imagen deformada del hombre, que sobreexpone algunas características de los que reciben castigo y subexpone otras²⁶; o cuando emplea ejemplos como el de la “esposa sofocada” o “el del hombre en el parque” para hacer accesible qué quiere decir cuando asevera que “el delito no existe”²⁷.

Así lo hace Thomas Mathiesen, cuando, luego de constatar que la cárcel es un fiasco en cuanto a sus propios propósitos, se ocupa de poner al descubierto que la ideología de la cárcel opera tanto con un componente de apoyo, como con uno de negación –por el que se niega su fracaso–, en el que no sólo influyen toda la amplia gama de los modernos medios masivos de comunicación y las instituciones directamente comprometidas con la prevención del delito, sino también un círculo más restringido de grupos profesionales e investigadores, en el que impera en gran medida el *desentendimiento*. Se pasa por alto la ineficacia de la cárcel –dice Mathiesen– y los profundos problemas 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. La cárcel como tal suele ser olvidada por conveniencia²⁸.

²⁵ Scheerer, Sebastian, “Hacia el abolicionismo”, en *Abolicionismo penal*, cit., ps. 15-34

²⁶ Christie, Nils, “Las imágenes del hombre en el derecho penal moderno”, en *Abolicionismo penal*, cit., ps. 127-141.

²⁷ Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

²⁸ Ese desentendimiento de aquellos de quien es dable esperar una ética profesional y de investigación (circuito de retroalimentación central) se difunde por los ámbitos de mayor alcance, que Mathiesen denomina circuitos de retroalimentación externo (medios masivos de comunicación) e interno (policía, tribunales, fiscales y la cárcel como institución en sí misma). Ese desentendimiento avala con fuerza tanto la apariencia como el no-reconocimiento; fomenta la generación de mitos en los otros ámbitos, cuando no los crea directamente; Mathiesen, *Juicio a la prisión*, cit., ps. 223-229.

La lista de autores abolicionistas destacados, por supuesto, podría extenderse. Creemos que estos pocos ejemplos, empero, son suficientemente gráficos.

Por todo esto, puede decirse, sin lugar a dudas, que las variadas y heterogéneas propuestas del desafío abolicionista, a diferencia del discurso pretendidamente impoluto del saber penal tradicional, se han empapado de realidad antes de dar sus primeros pasos. No por casualidad grandes pensadores abolicionistas provienen de la facultad de sociología y no de la de derecho. Es imprescindible, por tanto, revertir la creencia de que el abogado sólo trabaja con normas.

El sociólogo estadounidense Charles Wright Mills, acuñó la expresión “imaginación sociológica” para referirse a esa “cualidad mental esencial para percibir la interrelación del hombre y la sociedad, de la biografía y de la historia, del yo y del mundo”, esa capacidad de pasar de una perspectiva a otra, de las transformaciones más impersonales y remotas a las características más íntimas del yo humano, y de ver las relaciones entre ambas cosas, que permite agudizar la capacidad de asombrarse²⁹. En un apartado de su obra Mills interpela a sus colegas en estos términos: “Parecen ignorar que el uso de esta imaginación es central para el trabajo que pueden hacer, que por no desarrollarla y emplearla dejan de responder a las esperanzas culturales que se tienen en ellos”³⁰. Estamos convencidos de que esas palabras valen también para nosotros, los abogados.

En efecto, en su *Sociología fundamental*, Norbert Elias advierte –con sobrados ejemplos históricos– el peligro que representan para el hombre las *soluciones fantasiosas de los problemas sociales*, para cuyo dominio y explicación objetiva o bien no hay voluntad o no hay capacidad³¹. Las denominadas campañas de ley y orden, o de seguridad ciudadana, o como quiera que se las denomine eufemísticamente, constituyen un ejemplo característico de solución fantasiosa, a cuya

²⁹ Mills, Charles Wright, *La imaginación sociológica*, Cap. 1, “La promesa”, Fondo de Cultura Económica, México, 1961. El autor apuesta que por el uso de esta imaginación sociológica, no reservado sólo al ámbito científico, los hombres cuyas mentalidades sólo han recorrido una serie de órbitas limitadas, con frecuencia llegan a tener la sensación de *despertar en una casa con la cual sólo habían supuesto estar familiarizados*.

³⁰ Mills, *La imaginación sociológica*, cap. citado.

³¹ La expectativa nacionalsocialista de solución de los problemas sociales a través del exterminio de los judíos, dice el autor, es tal vez un caso extremo de un fenómeno hoy aún universal en la vida social de los humanos. Ilustra la función de explicaciones fantasiosas de las miserias y los miedos sociales cuyas explicaciones reales no se quiere o no se puede asumir.

aceptación contribuyen la desinformación y el pánico social alimentados por las agencias políticas y reproducidos acríticamente, sin tregua, por los medios de comunicación masiva.

Elias pone de relieve la enorme discrepancia existente entre la capacidad relativamente alta para dominar en forma adecuada o realista problemas del acontecer natural extrahumano y, en cambio, la capacidad relativamente escasa para acceder a los problemas de la convivencia humano-social, para dominarlos con análoga regularidad.

En el grueso de la sociedad, el estándar común de pensamiento sobre problemas sociales permite a la gente entregarse hasta tal punto a fantasías colectivas, sin reconocerlas como tales, que el parangón con la dimensión del pensamiento fantasioso acerca de los hechos de la naturaleza durante la Edad Media no está fuera de lugar. En la Edad Media se hacía a los extranjeros y en particular a los judíos culpables del surgimiento de la peste y se procedía a matarlos en masa. Entonces no se disponía de manera general de explicaciones más cercanas a la realidad, científicas, para fenómenos como las muertes masivas por epidemia. El miedo todavía no contenido por un saber más realista, el pánico a los inexplicables horrores del contagio, la pasional ira ante un ataque incomprensible pero amenazador se descargaba, como sucede con tanta frecuencia, en fantasías del grupo dominante que hacían aparecer a los más débiles socialmente, a los marginales, como agresores, como autores del propio sufrimiento, lo que conducía a su asesinato masivo.

No se equivoca Elias cuando señala que, por lo que hace a la convivencia social, los hombres están aún en gran medida, en cuanto al pensamiento y a la acción, en el mismo nivel de desarrollo representado por el pensamiento y la conducta de los hombres medievales frente a la peste.

Las soluciones fantasiosas de los problemas sociales impiden no sólo proyectar alternativas realistas, sino que arrastran consigo también nuevos problemas. En efecto, *si las personas definen las situaciones como reales, ellas son reales en sus consecuencias*, expresa la célebre fórmula conocida como “teorema de Thomas”³², que sintetiza el

³² Esta afirmación (en inglés: “If men define situations as real, they are real in their consequences”) expone una suerte de acuerdo social, a través del cual, según la interacción y expectativas, se significa una situación de vida o conflicto social (propio o no de la realidad óptica), por la cual, y según sus propias características, se logra determinar cómo reaccionar debidamente ante tal contexto y lograr la adaptación a él; ver Thomas, William I., “The child in America: Behavior problems and programs”.

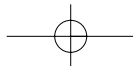
mecanismo de captación intersubjetiva del entorno, tal como se le presenta al hombre medio.

Para romper con ese esquema, el enfoque abolicionista emplea esa misma perspectiva cognitiva del científico social, pero pone foco en el sistema formal de control social y, particularmente, en esa forma tan particular de infligir dolor que hoy aceptamos casi como un hecho de la naturaleza: la prisión.

No por casualidad el surgimiento del paradigma de la vida cotidiana en el campo de la sociología contemporánea, que invita a emplear la imaginación como método apto para deshacernos de soluciones fantasiosas a problemas reales, y el desarrollo de la perspectiva abolicionista se superponen históricamente.

En suma, el pensamiento naturalizante de la vida cotidiana nos empuja a la creencia de que las cosas *están dadas*. La perspectiva abolicionista constituye, sin lugar a dudas, una propuesta que rompe con ese esquema de pensamiento. No podemos dejar de reconocer su mérito pues, como lo ha expresado con singular claridad Zygmunt Bauman, “la familiaridad es enemiga acérrima de la curiosidad y la crítica y, por ende, de la innovación y el coraje de cambiar”³³.

³³ Bauman, Zygmunt, *Pensando sociológicamente*, Introducción: sociología ¿para qué?, Nueva Visión, Buenos Aires, 1994.



En busca de una sensata cantidad de abolicionismo: de la conciencia política al desarrollo académico

Matías Bailone*

“El mismo concepto de ciencia es producto de una manipulación del poder a lo largo de la historia”.

E. Raúl Zaffaroni

“Maldigo la criminología concebida como un lujo cultural por los neutrales / que, lavándose las manos, se desentienden y evaden. / Maldigo la criminología de quien no toma partido, / partido hasta mancharse”¹.

I. Introducción: a sus plantas rendido un león

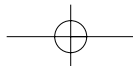
La criminología crítica –afirmó Jock Young– es la criminología de la modernidad tardía², la teorización de un momento dado que postuló un cambio epistemológico de la ciencia criminológica en cuanto tal. La diversidad de caminos que tomaron aquellos que en un principio se habían caratulados de críticos del devenir científico de la criminología, diluyó esta certeza del cambio. La idea de este trabajo es pretender analizar cómo el abolicionismo –enmarcado en la crítica criminológica– pudo dar un nuevo perfil a este saber sobre la cuestión criminal.

La modernidad tardía produce dentro de la criminología un discurso crítico como consecuencia de un mundo donde las relaciones de opresión y desigualdades se vuelven intolerables ya en las décadas del 60 y 70. En esta etapa de la historia, con muchas más dificultades, donde “nos sentimos materialmente inseguros y ontológicamente pre-

* Secretario Letrado a cargo de Investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Profesor de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad de Castilla La Mancha.

¹ Marroquín Grillo, Germán, variaciones sobre el célebre poema “La poesía es un arma cargada de futuro”, de Gabriel Celaya, en *Dogmática y criminología. Libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Colombia, 2005.

² Idea de Jock Young expresada en varias de sus obras. Por todas ver Young, Jock, “Critical criminology in the twenty-first century: critique, irony and the always unfinished”, en Carrington, Kerry y Hogg, Russel (eds.), *Critical Criminology, Issues, Debates, Challenges*, William, Londres, 2002, p. 251.



carios”³, “la solución –postula Young– debe encontrarse no en la resurrección de pasadas estabildades, fundadas en la nostalgia y en un mundo que no retornará, sino en una nueva ciudadanía que producirá una Modernidad reflexiva⁴ con la que se puedan afrontar los problemas de justicia y comunidad, de recompensa e individualismo, los cuales moran en el corazón de la democracia liberal”⁵.

Este *continuum* del *background* de la sociedad posindustrial de los 60 a los comienzos del siglo XXI, en una de las obras más recientes de Jock Young, quizá tenga que ver con su vinculación con uno de los senderos bifurcados de aquella crítica criminológica, el “left realism”.

La pretensión de una mirada crítica al interior de la criminología provino de un grupo de jóvenes que en la Tercera Conferencia Británica de Criminología, en Cambridge en 1968 decidió establecer su propio lugar de encuentro: la Conferencia Nacional sobre la Desviación (NDC). Este conjunto de siete jóvenes científicos sociales y criminólogos, según ironizó el director del *Cambridge Institute of Criminology* Leon Radzinowicz, parecía un grupo de estudiantes rebeldes que organizaban bromas pesadas al severo director del colegio⁶. La interpretación del criminólogo británico más importante del siglo XX sobre la experiencia crítica a finales de los 60, al margen de ser una respuesta a los planteos de Stanley Cohen, pretende presentar a la criminología crítica como un divertido interludio antes de que aquellos mismos “jóvenes rebeldes” retomaran el camino de la criminología seria.

³ Young, Jock, *La sociedad excluyente*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 6.

⁴ La “modernidad reflexiva” de Young parece guardar ciertas similitudes con la “sociedad del riesgo global” de Beck, que encierra la utopía de la “modernidad responsable”. Así, para Ulrich Beck, “la sociedad del riesgo está definida por la formación de una conciencia y una forma de gobierno focalizada sobre la distribución de males (daños) más que de bienes” (O’Malley, Pat, *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 168). “Una sociedad que se percibe a sí misma como sociedad del riesgo se convierte en reflexiva, es decir, los fundamentos de su actividad y sus objetivos se convierten en objeto de controversias científicas y políticas públicas” (Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Siglo XXI, Madrid, 2002, p. 212). Sobre la sociología del riesgo como síntesis de un momento histórico posterior al desastre de Chernobyl, ver *in extenso* Beck, Ulrich, *Modernización reflexiva*, Alianza, Madrid, 1994, y del mismo autor, *Sociología del riesgo*, Paidós, Barcelona, 1994; Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, Alianza, Madrid, 1990; Bailone, Giuseppe, *Viaggio nella filosofia europea*, Alpina, Turín, 2006; Dobón, Juan y Rivera Beiras, Iñaki (comps.), *La cultura del riesgo. Derecho, filosofía y psicoanálisis*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

⁵ Young, *La sociedad excluyente*, cit., p. 308.

⁶ Radzinowicz, Leon, *Adventures in Criminology*, Routledge, Londres, 1999, p. 229.

Sir Leon Radzinowicz (1906-1999) fue el blanco de ataque de las críticas de Stanley Cohen en 1974⁷. Como principal representante de la criminología oficial de mediados del siglo XX, a Radzinowicz le endilgaron privilegiar una aproximación clínica para entender el crimen por sobre una perspectiva sociológica⁸. Cohen expresa su preocupación por la tendencia académica de considerar a la criminología como una disciplina autónoma separada de las ciencias sociales, pero por sobre todo, la identificación de esta ciencia con las metas oficiales y las prioridades de investigación de los Estados⁹.

La lectura retrógrada que Radzinowicz hace en 1999 de los acontecimientos de 1968 es posible gracias a la diáspora que aquellos jóvenes rebeldes protagonizaron al corto tiempo, que es catalogada por este autor como el retorno del hijo pródigo a la criminología seria y académica. Volveremos sobre esta tan mentada “crisis” de la criminología crítica.

La consolidación del núcleo crítico de los sesenta se produce recién en 1973 cuando se publica la famosa obra *The New Criminology* de Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young, donde se sistematiza la crítica criminológica por vez primera. Como bien señala Larrauri, la obra de estos tres “nuevos criminólogos” marcó el tránsito de la recepción de la teoría criminológica norteamericana a una pretensión de construcción de criminología marxista, “en detrimento de las otras posiciones anarquistas o liberales presentes en la *National Deviance Conference*”¹⁰.

II. El jardín de los senderos que se bifurcan: la discusión epistemológica en los países periféricos

En nuestro margen la criminología no estuvo exenta de la suerte de las demás ciencias sociales. Zaffaroni habló del saber criminológico-

⁷ Cohen, Stanley, “Criminology and the sociology of deviance in Britain: a recent history and a current report”, en P. Rock y M. Macintosh, *Deviance and social control*, Tavistock, Londres, 1974.

⁸ Antes de morir, Radzinowicz publica *Adventures in Criminology*, donde confronta el etiquetamiento que Cohen le realiza de “positivista”: “no hay nada en mis libros, artículos o pronunciamientos públicos que siga la doctrina positivista de la defensa social”.

⁹ Cottee, Simon, “Sir Leon’s shadow”, en *Theoretical Criminology*, N° 9, 2005, p. 207.

¹⁰ Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, 2ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2000, p. 101.

co como “el análisis crítico de los saberes no estrictamente jurídicos acerca de la cuestión criminal, para reducir los niveles de violencia a ella vinculados”¹¹. Por “cuestión criminal” entendemos, siguiendo a Tamar Pitch, como algo no independiente de los procesos de definición de “lo desviado”, de los instrumentos e instancias oficiales que surgen para gestar y combatir la criminalidad, como “un área constituida por acciones, instituciones, políticas y discursos cuyos límites son móviles”¹², y que un anclaje exclusivamente delimitado al derecho penal puede provocar un fracaso por razones epistemológicas.

Roberto Bergalli enseña que lo que tradicionalmente da en llamarse “criminología” es un conjunto de saberes que “han encontrado en ámbitos de las disciplinas sociales, económicas o de la filosofía política, instrumentos y categorías que les han permitido desplazar sus objetos de interés hacia el análisis de lo que denominamos el sistema penal”. Pero como el mismo autor señala, este “sistema penal” no es la mera dogmática de la imputación penal, “sino que se expande a los momentos, los actores, los escenarios y en general los intereses que promueven la aplicación dinámica de tales reglas. Semejante desplazamiento ha paulatinamente dado lugar a una revolución paradigmática en el conocimiento criminológico, la que ha posibilitado esta enorme discusión por la que se atraviesa, la cual debe considerarse como un auténtico debate epistemológico”¹³.

La suerte común de la “criminología” con la mayoría de las ciencias sociales se debe a la forma en que se instaló y desarrolló este saber en la región. La compleja tecnología intelectual que asentó a la criminología etiológica, de la que nos habla Máximo Sozzo, fue la traducción de textos de los países centrales a nuestro margen. “La traducción implicó procesos de importación cultural en la configuración de racionalidades, programas y tecnologías de gobierno de la cuestión criminal llevados adelante por distintos expertos locales”¹⁴, aunque tales

¹¹ Zaffaroni, E. Raúl, “La criminología como curso”, en *Capítulo Criminológico*, vol. 27, Nº 3, diciembre de 1999, Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, p. 52.

¹² Pitch, Tamar, *Responsabilidades limitadas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 100.

¹³ Bergalli, Roberto, “Una ética absoluta y vital. Eduardo Novoa Monreal (1916-2006)”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2006/A, Del Puerto, Buenos Aires.

¹⁴ Sozzo, Máximo, “Traduttore, traditore: Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina”, en Sozzo, Máximo (comp.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

traducciones implicaron sucesivamente la adopción, el rechazo y complementaciones en la implementación de lo que se importaba. Pero la traducción en el caso argentino fue un camino de doble vía, ya que libros como los de Luí María Drago o José Ingenieros fueron traducidos al italiano y presentados por Lombroso como obras fundamentales del pensamiento positivista¹⁵. Cabe recordar que en las visitas de la hija de Lombroso con Guglielmo Ferrero a Buenos Aires, cuando recorrían con Ballvé la Penitenciaría de la calle Las Heras, Gina Lombroso se sorprendía de la aceptación y fidelidad de la criminología argentina al ideario lombrosiano¹⁶.

Jiménez de Asúa en su *Tratado de Derecho Penal*, al ponderar la influencia del positivismo criminológico sobre el pensamiento vernáculo, había escrito que sus principios no habían merecido ni la decantación ni una recepción crítica, sino que “favorecieron la difusión de una criminología repetitiva y una actitud escolástica, de glosa sumisa y reverencia obediente”, por eso llegaba a la conclusión “sin temor a ser desmentido (...) que no hay auténticos criminólogos en Hispanoamérica”¹⁷. La misma crítica sería reeditada varios años después por Rosa del Olmo, a quien sorprendía la idolatría con que se recibían las enseñanzas de Alessandro Baratta: “en tanto no se rompa la dependencia no se podrá hablar de una criminología crítica latinoamericana”¹⁸. A dicha crítica Lola Aniyar de Castro respondió dicién-

¹⁵ “Las numerosas iniciativas editoriales y las reseñas publicadas en el ‘Archivo’ de Turín atestiguan la reciprocidad de este dato: la conferencia de Drago [*Los hombres de presa*] publicada en Buenos Aires en forma ampliada en 1888, es reseñada por Enrico Ferri en 1889, y es traducida y publicada en Italia dos años después [*I criminali nati*, Turín, 1890]; un importante trabajo de Godofredo Lozano escrito en polémica con el positivismo es reseñado por Adolfo Zerboglio en el mismo año de su publicación argentina. Más adelante, en 1903, *La simulación de la locura* de José Ingenieros, es traducida y publicada en Turín en el mismo año en que se publica en Argentina, en 1904 es traducida al ruso y en 1911 al francés, etc. La ida y venida entre Buenos Aires y Europa se caracterizaba además por una notable velocidad de aculturación” (Creazzo, Giuditta, *El positivismo criminológico en la Argentina*, Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 19).

¹⁶ Sobre estas impresiones ver Sozzo, “Traduttore, traditore...”, cit., p. 373.

¹⁷ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 5ª ed., t. II, Losada, Buenos Aires, 1992, p. 82b.

¹⁸ Del Olmo, Rosa, “Criminología y derecho penal. Aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual”, en *Doctrina Penal*, De Palma, Buenos Aires, 1987, p. 23. Dice en otro lugar: “Nuestra dependencia ideológica nos impide darnos cuenta de que los países desarrollados son países en profundas crisis que se refleja por supuesto en el campo criminológico. Nosotros debemos crear

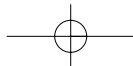
do que hay una criminología latinoamericana que, fundada sobre premisas muy variadas (generalmente foráneas), se construye sobre la concreta realidad sociopolítica de América Latina: “Lo importante de la llamada nueva criminología –decía la criminóloga venezolana– es que, por razones inmanentes a la metodología que le es propia, debe necesariamente construirse en y para cada sociedad, en cada momento histórico, en cada coyuntura concreta (...) sólo el desarrollo de una criminología de este tipo puede llamarse, en nuestro continente, latinoamericana”¹⁹.

La crítica criminológica en América Latina tuvo desde sus inicios algunos rasgos comunes en todos sus autores: 1) la autocrítica de no haber producido un saber propio, y depender así desde siempre –y aún en la fase crítica del pensamiento criminológico– de lo elaborado en los países de exportación teórica; 2) la concepción posfoucaultiana de que no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, y que cualquier autismo científico respecto del poder produce la alienación política del teórico²⁰; 3) la asumida particularidad que la región al sur del Río Bravo debe aplicar en su configuración del saber o su oportuna importación: tener en cuenta la específica situación de los países marginales y 4) la necesaria interdisciplinariedad de la cuestión criminal en detrimento del saber deli-

nuestro propio análisis del fenómeno delictivo y también nuestras propias vías de solución”; Del Olmo, Rosa, *Ruptura criminológica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, p. 198.

¹⁹ Aniyar de Castro, Lola, “La historia aún no contada de la criminología latinoamericana”, en *Criminología de la liberación*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1987, p. 5. Diez años después, confirma: “Aunque nuestra teoría no es latinoamericana, nuestra criminología lo es (...) porque la teoría que utilizamos es sólo un marco epistemológico y valorativo que se llena de contenido en cada lugar y en cada momento histórico en el cual se aplica (...) las teorías no tienen marco geográfico”; Aniyar de Castro, Lola, “Democracia y justicia penal”, Ediciones del Congreso de la República, Caracas, 1992, p. 297.

²⁰ Zaffaroni ha hablado sobre la “enajenación política del teórico” dentro de la dogmática penal. “A poco que se medite se cae en la cuenta de que todo concepto jurídico penal es un concepto político. Y también es técnico, sin duda, porque es inevitable que todo ámbito político tenga su técnica (toda política es una tecnopolítica) (...) No importa si la naturaleza política del discurso jurídico penal se ha tenido en cuenta al elaborarlo, porque siempre será lo que es, aunque quien lo elabore lo ignore”; Zaffaroni, E. Raúl, “Política y dogmática jurídico penal”, en Zaffaroni, E. Raúl y Cafferata Nores, José I., *Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal*, Advocatus, Córdoba (Arg.), 2002, p. 54.

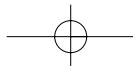


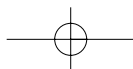
mitado normativamente por el poder, en procura de una verdadera revolución epistemológica que no ocultara líneas de accionar político, y que incluya los fenómenos que el poder invisibiliza²¹.

Estas premisas fueron asumidas por el Grupo Latinoamericano de Teoría Crítica del Control Social en su “Manifiesto” de 1981, acentuando los puntos 2 y 4 del párrafo anterior. La denuncia constante hacia las estructuras de todo el control social (formal e informal) y la asunción de la permanente crítica, fueron centrales para la conformación de este grupo. Uno de los actores principales de este grupo, y redactor de los primeros borradores de aquel Manifiesto, Roberto Bergalli, señaló que una criminología de la liberación en América Latina debía tener como pilar la revisión histórico-epistemológica de la disciplina (labor que el propio Bergalli intentó y fomentó en el famoso epílogo a la traducción castellana de *Introduzione a la criminologia* de Massimo Pavarini²²) y la construcción de una teoría política propia donde insertar el saber de la cuestión criminal.

²¹ Sobre los replanteos epistemológicos pendientes en el saber de la “cuestión criminal”, la obra del criminólogo neozelandés de la Escuela de Derecho Queen Mary de la Universidad de Londres, Wayne Morrison (*Criminology, Civilisation and New World Order*, Cavendish, Oxon, 2006) retoma ciertas incipientes ideas planteadas por Stanley Cohen en algunos trabajos dispersos (“Human rights and crimes of states: the culture of denial”, en *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1993, p. 97) así como en su obra *States of Denial, Knowing about atrocities and suffering* (Polity Press, Oxford, 2001), de que la criminología no puede dejar fuera de su objeto de estudio al genocidio y al crimen de Estado, aunque Cohen se refirió principalmente a la indiferencia moral de la opinión pública en lugar del interés criminológico por estas áreas. Zaffaroni advierte que ello es sumamente importante en estos momentos en que hay demasiadas certezas fatales de que la lucha antiterrorista (*counter-terrorism*) de los Estados occidentales se transforme en “crimen de Estado”. Teniendo en cuenta que el crimen de Estado pretende siempre estar justificado o por lo menos exculpado, tanto Cohen como Morrison y Zaffaroni plantean la relectura atenta de las técnicas de neutralización de Sykes y Matza en clave de crímenes de Estado. Ver *in extenso* Zaffaroni, Eugenio R., “Un replanteo epistemológico en criminología (a propósito del libro de Wayne Morrison)”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, www.iuspensalismo.com.ar, y Zaffaroni, E. Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

²² En aquel texto, Bergalli también destaca la labor que comenzó el libro *América Latina y su Criminología* de Rosa Del Olmo, y que continuó su propio texto y uno de García Méndez, que “pretenden desmitificar el sistema de control social, el cual, mediante la criminología, se constituyó en la sólida base de un modelo propio de sociedad para la periferia de los países industriales” (Bergalli, Roberto, “El pensamiento crítico y la criminología”, en Bergalli, Roberto; Bustos Ramírez, Juan y Miralles, Teresa, *El pensamiento criminológico I*, Temis, Bogotá, 1983, p. 199); “la





La delimitación epistemológica de una ciencia realizada por instancias de poder siempre se ha combatido en los ámbitos académicos²³. “La parcialización del conocimiento, propia de las epistemologías que el poder ha ido condicionando sucesivamente, ha impedido percibir el conjunto del fenómeno o, al menos, las relaciones que resultaban evidentes. Esta situación ha provocado ridículos y desconcertantes reduccionismos, que permitieron considerar ‘científicas’ a las colecciones de tristes fantasías dignas de un verdadero museo del absurdo”²⁴. En la criminología, este maridaje de lo pretendidamente científico con el poder estatal es tan obvio como desembozado. La restricción del marco de conocimiento a la cuestión penal no sólo acota el saber y lo torna infructífero, sino que lo convierte en vasallo del poder, “permitir al Estado definir las categorías de la ciencia es exactamente lo que los criminólogos hacen cuando usan el marco de la ley criminal para realizar sus investigaciones, y sus objetivos y conclusiones están restringidos a su servicio al Estado”²⁵.

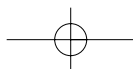
Ya en su obra de 1988, Zaffaroni ratificaba la imposibilidad de una aproximación al saber criminológico que no tenga en cuenta la cuestión del poder. Pero para nuestro margen latinoamericano, a la necesaria atención que se debía prestar a las relaciones de poder dentro de la criminología, se debe sumar la situación particular de nuestra región como diferente de la de los países centrales. “La multiplicación latinoamericana de las preguntas centrales, sumada a la notoria inferioridad del desarrollo teórico y recursos informativos disponibles y al obstáculo perceptivo provocado por la más íntima e intrincada vinculación de las cuestiones con dramáticos episodios cotidianos, hace que la criminología en América Latina ejerza la desafiante fasci-

tarea urgente reclamada por Roberto Bergalli, de hacer una historia crítica de la criminología en América Latina –como la empresa más global de hacer una historia y una sociología críticas del delito y del control del delito en nuestra región– [es tan urgente como hace más de dos décadas]”; Sozzo, Máximo, “Roberto Bergalli y la tarea de hacer una historia crítica de la criminología en América Latina”, en AA.VV., *Contornos y pliegues del derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Antrophos-OSPDH, Barcelona, 2006, p. 399.

²³ “El mismo concepto de ‘ciencia’ es producto de una manipulación del poder a lo largo de la historia”, dice Zaffaroni en *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989, p. 37.

²⁴ Zaffaroni, E. Raúl, *Derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, ILANUD, 1990.

²⁵ Sumner, Colin, *Censure, Criminology and Politics*, en AA.VV., *Contornos y pliegues del derecho...*, cit., p. 141.



nación de su intensa vitalidad, pero esa intensa vitalidad impide el tránsito, permitiendo únicamente la ‘aproximación’”²⁶.

Zaffaroni siempre ha marcado esta inferioridad de recursos que es común a todo intento académico en regiones marginales, pero que en el saber de la cuestión criminal se suma a la urgencia de un debate postergado por la criminología oficial: la liberación de nuestros países también en el ámbito criminológico. “La criminología latinoamericana –dice Zaffaroni–, dado el programa de increíble violencia que tiene delante, no puede permitirse el lujo de tomarse todo el tiempo que necesite para perfeccionar marcos teóricos con elementos y medios rudimentarios. Tampoco puede ser un campo acotado, un horizonte de proyección terminado, sino una suerte de columna vertebral a la que se van prendiendo todos los conocimientos que son necesarios para disminuir el nivel de violencia con que opera el sistema penal”²⁷. Jock Young, desde el poder académico de los países centrales, había indicado el escepticismo con que los criminólogos críticos se enfrentaban a las encuestas oficiales y los trabajos de campo de los centros criminológicos que gozaban de los favores estatales, mientras que Zaffaroni tenía dicho que en las regiones subalternas “la escasez de investigaciones empíricas no es (...) un problema tan grave, ya que en Latinoamérica no suelen ser indispensables en la misma medida que en los países centrales puesto que la magnitud y naturaleza de algunos fenómenos es tan evidente que la distorsión encubridora de algunos discursos no necesita mayores esfuerzos”²⁸.

Aquella visión de Zaffaroni de fines de los años 80 hoy se encuentra ante otra realidad del gobierno de la cuestión penal, ante democracias más consolidadas y menos groseras violaciones a los derechos fundamentales, pero da cuenta de los esfuerzos técnicos que deben superar los criminólogos de los países marginales. Hoy, el mismo autor insta a los poderes públicos a hacerse responsables de brindar datos estadísticos serios, necesarios para las investigaciones de la criminología académica y combatir así los débiles postulados teóricos de la criminología mediática²⁹.

²⁶ Zaffaroni, E. Raúl, *Criminología, una aproximación desde el margen*, Temis, Bogotá, 1988, p. 2.

²⁷ Zaffaroni, *Derechos humanos y sistemas penales en América Latina*, cit., p. 70.

²⁸ Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, cit., p. 16, y *Criminología, una aproximación desde el margen*, cit., p. 4; Sozzo, “Traduttore, traditore...”, cit., p. 409.

²⁹ Zaffaroni, E. Raúl, “Estado y seguridad pública: algunas consideraciones básicas”, en *Cuadernos de Seguridad*, N° 14, septiembre, 2011, Instituto Nacional de Estudios Estratégicos en Seguridad, Ministerio de Seguridad de la Nación, Buenos Aires.

El divorcio constatado en la región entre derecho penal y criminología también produce especificidades propias. Una famosa disputa que tuvo lugar en la revista *Doctrina Penal* a mediados de los años 80 conectó el saber del iuspenalismo crítico latinoamericano con las recepciones locales del pensamiento crítico en criminología³⁰. Eduardo Novoa Monreal, a quien Rivacoba había llamado el “príncipe de los penalistas hispanoamericanos”³¹, con el acotado universo de la dogmática penal fustigaba el compromiso político de sus pares de la nueva criminología. Mientras Leon Radzinowicz caricaturizaba a los vanguardistas de la Conferencia Nacional de la Desviación como escolares traviesos, Novoa Monreal criticó la falta de originalidad del planteo de los criminólogos críticos de América Latina, que además de copiar discursos foráneos, lo hacían mal³².

“Nadie olvida que la ciencia carece de color político y que debe permanecer neutra ante las diferentes ideologías”³³ había sentenciado Novoa en una carta a la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales de Chile en el año 1987 cuando todavía la dictadura pinochetista mantenía el poderío sobre las estructuras académicas del país. Como asesor que había sido del presidente Allende, Novoa decía com-

³⁰ “Es el inicio esperado de la confusión entre derecho penal crítico y criminología crítica, ya que no es más que el resultado de una necesaria y lamentablemente retardada reflexión sobre aspectos macrosociales y políticos comunes de una problemática también común”; Aniyar de Castro, Lola, “El jardín de al lado, o respondiendo a Novoa sobre la Criminología crítica”, en *Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986.

³¹ Manuel de Rivacoba recordaba a Eduardo Novoa Monreal como “uno de los grandes penalistas hispanoparlantes”, “el príncipe de los penalistas hispanoamericanos actuales” y como un “espíritu preocupado por los problemas esenciales del derecho”, en un comentario bibliográfico a una obra de Novoa en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 1, La Ley, Buenos Aires, 1968.

³² El interesante debate entre penalistas y criminólogos críticos que hacemos referencia fue protagonizado por Eduardo Novoa Monreal, Lola Aniyar de Castro, Rosa del Olmo y Roberto Bergalli, y se produjo en diversos números de la revista argentina *Doctrina Penal* (1985-1986) y en la revista mexicana *Criminalia*, Porrúa, 1987. Dijo Bergalli sobre dicho debate: “Su intervención [la de Novoa], por provenir de un estudioso de su nivel pero que previamente poco se había inmiscuido en las cuestiones que debatíamos, no sólo fue de un enorme valor sino que asimismo fue realizado después de una atentísima observación de todas y cada una de las posiciones asumidas por los intervinientes (...) entiendo que el estudio de Novoa Monreal en aquella ocasión vino a otorgar al debate aludido una entidad de la que aquí me agrada dejar constancia”; Bergalli, “Una ética absoluta y vital”, citado.

³³ Novoa Monreal, Eduardo, *Una crítica al derecho tradicional. Obras escogidas*, Centro de Estudios Políticos Simón Bolívar, Santiago, 1993, p. 428.

prender –y hasta adherir– a la premisa política del pensamiento crítico en criminología, pero seguía incólume en su opinión de que la ciencia debe teñirse con el gris de la no ideología.

Mientras denostaba a los miembros de la Academia chilena por no representar en su conformación a todo el abanico de las ideologías políticas del país, discutía con Aniyar y Bergalli sobre la posibilidad de una criminología que tuviera una reconocida bandera política, aunque aquella fuera –de alguna manera– cercana a su ideología. “No me parece positivo que en una disciplina especializada se introduzcan aspectos políticos que están en otras muy buenas manos”, remataba Novoa Monreal.

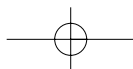
Lola Aniyar de Castro acusó recibo de las críticas de Novoa y le contestó usando la metáfora donosiana del “Jardín de al lado”, donde estaba floreciendo toda una novedosa sociología de la cuestión criminal. Lo que pretendía la profesora venezolana es que “los penalistas críticos saltaran el muro divisorio entre los dos jardines, y se nos reunieran en un esfuerzo común de reflexión. (...) De esta manera, ambos encontrarán los temas que tienden los puentes entre el sofisticado pero generalmente estéril y pequeño jardín de la dogmática, y del incipiente, vital, certero, robusto y promisorio, sólo aparentemente desordenado erial de la nueva criminología”³⁴.

Como se dijo más arriba, una de las características del “jardín de al lado” fue la de postular la interdisciplinarietà en el marco del cambio epistemológico. A finales de la década del 50, Giuliano Vassalli decía que la situación específica de la criminología era que “su posición a caballo entre las disciplinas normativas, las ciencias sociales y las ciencias naturales, crea graves problemas de interrelación con todas estas otras disciplinas”³⁵. El paradigma etiológico del positivismo, que era asimilado en la región a la cientificidad de la criminología, le dejaba a ésta un marco limitado de saber residual biologicista que era aplicado a las categorías de las normas penales. Aun en la quietud de aquel jardín positivista, ya se señalaba la problemática de la relación interdisciplinaria.

Aniyar insiste, en su respuesta a Novoa, sobre la reconstrucción de la totalidad del conocimiento, “especialmente cuando se trata de

³⁴ Aniyar de Castro, Lola, “El debate sobre la criminología latinoamericana, un debate sin punto final”, en *Democracia y justicia penal*, Caracas, 1992, p. 280.

³⁵ Vasalli, Giuliano, citado por Bergalli, Roberto, *Criminología en América Latina*, Pannedille, Buenos Aires, 1972, p. 81.



comprender los caminos de la dominación”³⁶. La trampa del positivismo fue hacer de las disciplinas “cotos cerrados”, identificar lo epistemológico con una necesaria fragmentación de las ciencias, cuidadosamente clasificadas, que impida la reproducción de discursos críticos. Algo que entendió muy bien la primera generación de la Escuela de Frankfurt, que por boca de Adorno denunció la resignación en las ciencias sociales de abandonar la crítica a favor de un conocimiento fragmentario y especializado. “La teoría crítica comprende que concebir el todo social significa superar las divisiones que existen entre las disciplinas y dentro de ellas, que captar el todo se relaciona de manera inmanente con la posibilidad de concebir su cambio”³⁷.

Esta interdisciplinariedad fue vista por los autores del Manifiesto mexicano de 1981 como una antiteoría, como un rechazo del cientificismo burgués, al que se identificaba con el positivismo destronado. La interdisciplinariedad externa que se pretendía justificada por la capacidad de acceder a una serie de aportes dados por el concurso de varias disciplinas sin que ninguna tenga competencia sobre la otra³⁸. La constatación de que la realidad es irreductible a separaciones en compartimentos estancos lleva a adherir a esta nueva epistemología conjunta de la criminología con las ciencias sociales, o a la adopción de una “transdisciplinariedad” acorde al nuevo paradigma.

Rodríguez Manzanera mencionó este momento histórico como “el paso de una microcriminología a una macrocriminología, la que, por fuerza, se convierte en comprometida”³⁹, ya que se buscaba un método científico que no redundara en el individuo sino en la sociedad y en las estructuras de poder.

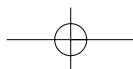
Baratta, quien según Novoa era el pensador europeo más influyente en los criminólogos críticos locales, debido a la amplia difusión de la traducción de Álvaro Búnster de “Criminología Crítica y Crítica

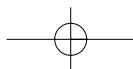
³⁶ Aniyar, “El debate sobre la criminología latinoamericana, un debate sin punto final”, cit., p. 281.

³⁷ Wilding, Adrian, “Flautistas de Hamelin o eruditos, sobre las últimas conferencias de Adorno”, en Holloway, John; Matamoros, Fernando y Tischler, Sergio, *Negatividad y revolución. Adorno y la política*, Universidad Autónoma de Puebla, 2007, p. 33.

³⁸ Leal, Luisa y Sánchez, Gloria, “Consideraciones epistemológicas al interior de la criminología”, en *Capítulo Criminológico*, vol. 28, N° 3, Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, Maracaibo, septiembre de 2000, p. 47.

³⁹ Rodríguez Manzanera, Luis, *Criminología*, Porrúa, México, 1981, p. 446.





del Derecho Penal”, ha hablado también de un sistema integrado de la dogmática penal y la sociología jurídico penal.

La ansiada confusión entre las críticas criminológica y penal a la que intentaba arribar Aniyar en aquella discusión con Novoa, era también añorada por Baratta. “Una auto-reflexión crítica –decía éste– sobre la manera con la cual se ha trabajado hasta ahora en la dogmática (...) es también muy importante; lo que no significa que hay algunas personas que están encargadas de un control epistemológico del trabajo de otras personas”⁴⁰. Para el profesor de Saarbrücken, el error fue no haber convencido a los penalistas de que nadie les controlaría su saber científico, de que el control crítico (a través de un metadiscurso) sería conjunto, porque el saber estaría integrado. “La criminología crítica no es auxiliar, es un momento fuerte de auto-reflexión dentro de este conjunto”⁴¹.

La reflexión lleva inexorablemente el color de los pensamientos políticos desde los cuales y hacia los cuales floreció el movimiento crítico. El progresismo pretendía así tomar por asalto uno de los bastiones más inexpugnables del conservadurismo: la criminología⁴², “por ocupar, como lo hace, el cruce de caminos del orden y el desorden, de la ley y la moral”⁴³. Colin Sumner, quizá quien más ha reflexionado sobre el sustrato político de los movimientos críticos, decía que “al final del día, un libro debe ser juzgado no tanto como un discurso académico, sino como un ladrillo político que es arrojado a la ventana de varios establecimientos que se lo merecen”⁴⁴.

Ruggiero también advierte lo bastante obvio: que los nuevos criminólogos han tomado posturas políticas y “descartan implícitamente cualquier aspiración de neutralidad científica”⁴⁵, ya que la mentada asepsia ideológica no es tal, sino una trampa del positivismo. La

⁴⁰ Baratta, Alessandro, “Balance de una obra esencial, diez años después”, en *Criminología y sistema penal*, BdF, Buenos Aires, 2005 p. 435.

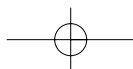
⁴¹ Ídem, p. 436.

⁴² “El criminólogo ha sido siempre consejero fiel y sometido del Príncipe, tan laborioso como torpe racionalizador del *statu quo legal*”; Pavarini, Massimo, *Introducción a la Criminología*, Le Monnier, 1980, p. 168.

⁴³ Young, Jock, “Breaking Windows: Situating the new criminology”, en Walton, Paul y Young, Jock, *The New Criminology Revisited*, Londres, 1998.

⁴⁴ Sumner, Colin, “The Sociology of Deviance, an obituary”, 1994, citado por Young, “Breaking Windows: Situating the new criminology”, citado.

⁴⁵ Ruggiero, Vincenzo, *Delitos de los débiles y de los poderosos, ejercicios de anticriminología*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 21.



participación política de muchos de aquellos actores originarios del debate criminológico posterior a los 60, así como el exilio europeo al que fueron obligados muchos de sus más destacados expositores, y la muerte que alcanzó a no pocos de ellos en manos de los poderes autoritarios de la región⁴⁶, nos grafica la importancia política de estos teóricos del control social que renunciaban al triste papel de “guardianes del zoológico de la desviación”⁴⁷ porque intuían que ello no era más que ser embalsamadores de un *statu quo* reaccionario y antipopular.

Rosa del Olmo había señalado la necesidad de “redefinir lo que es la Criminología, y tener que admitir que es una disciplina política, por cuanto todo su temario está vinculado a las relaciones de poder, de conflicto y del modo de reprimir a los débiles, y de vigilar la propiedad de unos frente a los demás”⁴⁸.

Era la misma discusión que se había dado unas décadas antes en la dogmática penal (continental europea) con respecto a la influencia del neokantismo, que enseñaba que las decisiones judiciales no podían contaminarse con datos de la realidad que resultasen disfuncionales al poder represivo, aunque arbitrariamente se incluyesen los que eran funcionales a él. Esta teoría del conocimiento idealista (Mezger) que preservaba a la dogmática de todo contacto con datos del saber empírico (realidad social), postulaba que la inclusión de datos de la realidad era mera ideologización, y “asumió la función de demarcar los límites epistemológicos de la criminología, dejó a esta en posición subordinada como indagación etiológica falsa, al privarla de toda pregunta relacionada con la real operatividad del poder punitivo”⁴⁹.

La segunda posguerra iba a permitir que dentro de la dogmática penal irrumpieran versiones edulcoradas de iusnaturalismo (Welzel),

⁴⁶ Guillermo Monzón Paz y Jorge Palacios Motta, entre otros, mencionados por Lola Aniyar de Castro en “La historia aún no contada de la criminología latinoamericana”, cit., p. 11. Ver también Aniyar de Castro, Lola, “Crítica y muerte en América Latina”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, año 1, N° 1, septiembre de 2011, La Ley, Buenos Aires.

⁴⁷ “Los expertos son el personal que la sociedad selecciona para construir las barricadas sociales entre el desviado y el hipostasiado ciudadano normal”; Young, Jock, “Los guardianes del zoológico de la desviación”, en Del Olmo, Rosa (ed.), *Estigmatización y conducta desviada*, Universidad de Zulia, Maracaibo, 1978.

⁴⁸ Del Olmo, Rosa, “El problema de la criminología en América Latina”, en *Ruptura Criminológica*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, p. 175.

⁴⁹ Cfr. Zaffaroni, E. Raúl, “Política y dogmática jurídico penal”, en Zaffaroni y Cafferata Nores, *Crisis y legitimación de la política criminal, del derecho penal y procesal penal*, cit., p. 65.

y a receptar dentro de la academia europea los conocimientos sociológicos norteamericanos. La “mala conciencia del buen criminólogo”, para usar la expresión de Pavarini⁵⁰, comenzó a ser alimentada por textos de la tradición de la teoría del etiquetamiento. Allí el pequeño artículo de Howard Becker (“¿De qué lado estamos?”⁵¹) usurpó las dimensiones de un panegírico que abría una época: se cuestionaba la investigación científica que casi nunca tomaba en cuenta la opinión de los subordinados a las instituciones de control, pero principalmente ponía muy seriamente en duda que se pudiese hacer ciencia desde el atalaya de la imparcialidad: que aquí –más que en ninguna otra área– se debía tomar posición, se debía evitar la alienación política.

Así, los movimientos críticos pusieron en jaque el saber petrificado del positivismo etiológico, develando lo que de político tenían tanto unos como otros. Summer ha señalado también el momento de la criminología crítica como el decaimiento de su “cientificidad” y la hipertrofia de su “politicidad”⁵², pero ante todo como el de este giro epistemológico que se da en el remanente de científicidad.

Toda comunidad científica experimenta ataques de pánico cuando algunas certezas son discutidas, especialmente las de tipo epistemológico. Zaffaroni dice que cuando esto le pasa a una ciencia, “se da lugar a una sensación de disolución del saber que le incumbe y del que se siente muy segura y protegida dentro de las murallas de su hori-

⁵⁰ Pavarini, Máximo, *Introduzione... a la criminología*, Le Monnier, Firenze, 1980, p. 149. Hay traducción castellana de Ignacio Muñagorri y Massimo Pavarini, *Control y dominación*, Siglo XXI, México, 1983, p. 172.

⁵¹ Becker, Howard, “¿De qué lado estamos?”, en Del Olmo, Rosa (ed.), *Estigmatización y conducta desviada*, cit. “El artículo de Becker se inscribe en la polémica acerca de la pretensión de realizar una sociología libre de valoraciones, neutral y objetiva. Aplicado al ámbito de la desviación, la discusión gira en ver si es posible desarrollar un conocimiento que no esté sesgado en favor de uno u otro grupo –los desviados o los encargados de tratarlos y controlarlos–, sino que sea imparcial. De acuerdo con Becker no es posible realizar una sociología sin valores, por consiguiente, el acento estriba en cuáles valores se adoptan y hasta que punto ello comporta una distorsión de los resultados y conclusiones. Acepta la acusación que se le dirige de adoptar los valores de los desviados. Sin embargo, señala, ello no es debido a una posición apriorística, y rebate que éste sea el verdadero motivo que late tras la crítica de parcialidad”; Larrauri, Elena, *La herencia de la criminología crítica*, cit., p. 103. El artículo de Becker es seriamente criticado por Gouldner (1968) en la introducción del libro *La nueva criminología* de Taylor, Ian; Walton, Paul y Young, Jock, Routledge, Londres, 1973.

⁵² Summer, Colin, “Censure, Criminology and Politics”, en AA.VV., *Contornos y pliegues del derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, cit., p. 140.

zonte de proyección consagrado. (...) Toda revolución científica significa una alteración del horizonte de proyección y, por ende, un nuevo paradigma, en el que no están seguros los líderes que siempre trabajaron en el anterior paradigma y que temen perder sus lideratos, toda vez que no están entrenados para las nuevas tareas. Pero en este caso, la cuestión es mucho más grave: se trata nada menos que del paso de la asepsia ideológica a la crítica ideológica”⁵³.

III. Anticriminología: no nos une el amor sino el espanto

Roberto Bergalli en su aporte a aquella discusión latinoamericana de mediados de los ochenta dijo renunciar a la autodenominación de criminólogo. Aniyar lamenta que se deje el nombre de la ciencia para su vieja versión, que obviamente no producirá ningún discurso crítico, cuando además recuerda que todas las disciplinas que han conducido a rupturas epistemológicas, “se han mantenido en el campo nominal anterior”⁵⁴. La profesora venezolana dice pretender seguir usufructuando el nombre de criminóloga, presidiendo centros y cátedras de criminología, escribiendo en revistas especializadas de la materia, para no ceder espacios a la versión retrógrada y positivista de la criminología.

Tanto Bergalli como Baratta pensaron que un análisis global de la cuestión criminal no podía eludir el *nomen iuris* de la materia, por su inseparable anclaje en el paradigma etiológico, y que debía ahora nominarse “sociología del control penal” o “sociología jurídico-penal”⁵⁵.

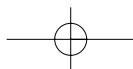
La militante anticriminología de Nils Christie⁵⁶, que pide abandonar a la criminología por considerarla colaboracionista con el pro-

⁵³ Zaffaroni, E. Raúl, “Un replanteo epistemológico en criminología. A propósito del libro de Wayne Morrison”, cit., en www.iuspenalismo.com.ar.

⁵⁴ Aniyar de Castro, Lola, “El debate sobre la criminología latinoamericana”, en Aniyar de Castro, *Democracia y justicia penal*, cit., p. 287.

⁵⁵ Dice Lola Aniyar de Castro: “Los nombres son categorías convencionales. La historia nos obliga, nos parece, a mantener el nombre de criminología, no sólo por razones estratégicas –ya que bajo ese nombre operan Institutos, Escuelas, Cátedras, publicaciones y asociaciones profesionales, nacionales e internacionales, en los cuales se está liberando la batalla sobre todo este material tan importante–, sino también porque una Criminología como Teoría Crítica del Control Social representa la superación de la Criminología como Control Social, esto es, su crítica, su negación. (...) entre ambas formas de hacer criminología, la diferencia está en la crítica”; en “Criminología de la Liberación”, cit., p. 35.

⁵⁶ “Tal vez no deberíamos tener criminología. Tal vez sería mejor abolir todos los institutos carcelarios, y no abrirlos”; Christie, Nils, “Los conflictos como perte-



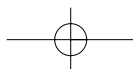
ceso de expropiación de los conflictos, refleja el sentimiento de no pertenencia al *mainstream* de la criminología que todos los nuevos criminólogos han sentido al comienzo de su travesía crítica. Como otro ejemplo de ello vaya la anécdota de Radzinowicz con la que iniciamos el presente trabajo, ya que ni aquellos “escolares traviesos” ni las propias autoridades del Instituto de Cambridge se sintieron mutuamente integrados, entre ellos se habían levantado muros enormísimos que desde lo cultural hasta lo político los separaban. A pesar de ello, Radzinowicz dijo que en la Cuarta Conferencia Nacional de Criminología, estos muchachos revoltosos habían logrado incorporar algunos de sus temas al debate oficial⁵⁷.

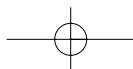
Lo cierto es que la división nunca fue radical en los ámbitos académicos de los países centrales. En casi todas las universidades, con algunos años de diferencia, se comenzó a debatir la crítica criminológica, se fundaron revistas críticas y casi toda la manualística científica le dedicó sus capítulos finales a estas aventuras epistemológicas de jóvenes progresistas. Basta mirar la producción literaria que se ha multiplicado a la sombra del debate infinito de la criminología crítica, para comprender su importancia, así como sus deudas no saldadas: la mayoría de los artículos especializados y las conferencias magistrales sobre la temática redundan en discutir el “estado de crisis” permanente y terminal de la criminología crítica⁵⁸, por lo menos desde finales de los 80.

nencia”, en *De los delitos y las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992. Este texto es una famosa conferencia de Christie, pronunciada en marzo de 1976 en el acto inaugural del Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de Sheffield, originariamente publicada en el *British Journal of Criminology*. Una mención a este episodio puede verse también en el libro de Cohen, Stanley, *Against Criminology*, New Brunswick, Transaction, NJ, 1989, p. 10, y en Ruggiero, *Delitos de los débiles y de los poderosos, ejercicios de anticriminología*, cit., p. 21. Sobre el pensamiento de Nils Christie remitimos a nuestra obra: Bailone, Matías, “Cuaderno de viaje de un criminólogo noruego”, en *Revista General de Derecho Penal*, N° 3, mayo de 2005, España (iustel.com).

⁵⁷ “En efecto, los temas ‘Reacción social a la desviación y sus efectos en el crimen y las carreras criminales’, tanto como ‘La contribución de la teoría del etiquetamiento y del interaccionismo en el pensamiento criminológico’ formaron la agenda de la primera sección de la Cuarta Conferencia Nacional (julio de 1970) con Laurie Taylor, David Downes y Paul Rock como conferencistas, todo bajo la presidencia del Profesor T. H. Marshall”; Radzinowicz, *Adventures in Criminology*, cit., p. 229.

⁵⁸ “No es raro sentir decir, en estos últimos tiempos, que aquel tipo de criminología que ha sido diversamente calificada de ‘nueva’, ‘crítica’, ‘radical’ o ‘marxista’, está en un estado de crisis”; Melossi, Dario, “È in crisi la criminologia critica?”, en *Studi sulla questione criminale*, Bolonia, 1983.





La crisis de la criminología crítica estaba prefigurada en el nacimiento de aquel movimiento, ya que siempre se dijo –por medio de los escritos de los mismos actores de este proceso– que “existe más acuerdo en contra de lo que estamos que a favor de lo que estamos”⁵⁹. La intensa producción de textos alrededor de la *National Deviance Conference* sólo logró la unidad semántica de la crítica a la criminología oficial, pero no fue más allá, ya que cuando postulaban soluciones a la cuestión criminal, los criminólogos críticos bifurcaban caminos independientes.

La relación del movimiento crítico con lo que de institucional y científico le quedaba a la criminología siempre fue problemática. Stanley Cohen utiliza la noción de “tolerancia represiva”⁶⁰ de Herbert Marcuse para señalar el poder que la criminología tiene para cooptar, absorber y, finalmente, neutralizar hasta los ataques más radicales que contra ella se conciben⁶¹. La criminología termina haciendo un proceso de fotosíntesis con las críticas que la tienen por objeto. Por ello, quizás, sea necesario retomar el pensamiento de otro cultor de la tradición crítica y miembro de la Escuela de Frankfurt, Theodor W. Adorno, con su “dialéctica negativa” (1966), que había sido utilizada por Mathiesen para describir las reformas que eran necesarias dentro de las prisiones (reformas negativas o reformas positivas)⁶². En *Politics of Abolition*, Mathiesen plantea que ninguna crítica es válida sino es profundamente negativa, en el sentido de portar una lógica distinta a la de la cientificidad criminológica⁶³.

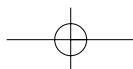
⁵⁹ Cohen, Stanley, Introducción de “Images of Deviance”, en Cohen, Stanley, *Against Criminology*, New Brunswick, Transaction, NJ, 1989, p. 35.

⁶⁰ Marcuse elaboró la noción de “tolerancia represiva” que significa que en la sociedad capitalista industrial se manifiesta idealmente el concepto de tolerancia pero en lugar de servir para la liberación de un grupo de individuos explotados sirve para adormecer los impulsos de liberación (cfr. Marcuse, Herbert, “Tolerancia represiva”, 1956).

⁶¹ Cohen, *Against Criminology*, cit., p. 8.

⁶² “La dialéctica negativa aspira, por su parte, a guardar una suerte de fidelidad a ese carácter antagónico de la sociedad capitalista: es una modalidad de pensamiento dialéctico porque la sociedad es antagónica, y negativa porque dicho antagonismo no puede superarse por medio del pensamiento, y utópica, ciertamente, porque sigue aspirando a una realidad reconciliada”; Bonnet, Alberto, “Dialéctica negativa, posestructuralismo y crítica del capitalismo”, en Holloway, Matorros y Tischler, *Negatividad y revolución, Adorno y la política*, cit., p. 40.

⁶³ “Una reforma negativa es aquella que produce cambios que remueven, en mayor o menor medida, del sistema, aquello que lo solventa (...) Una reforma abo-



“La mera existencia de algo llamado criminología perpetúa la ilusión de una teoría general sobre las causas del crimen”⁶⁴, dice Stanley Cohen. Si hay algo que nunca hizo la criminología crítica, en casi todas sus vertientes, es desatender la respuesta a la pregunta causal, y allí es donde pueden evidenciarse los remanentes de cientificidad. Sutherland decía que “si la criminología tiene que ser científica, la colección heterogénea de múltiples factores que se asocian al crimen y la criminalidad debe ser organizada e integrada a una teoría, con las mismas características que cualquier otra teoría científica”⁶⁵.

Ruggiero define la anticriminología como las explicaciones causales de la cuestión criminal que no son universales (“causalidad de causas opuestas”, donde es tan válida una explicación causal como su contraria), y que tuvo su origen en la obra de Sutherland (1949) y los delitos de cuello blanco⁶⁶. Al rechazar las generalizaciones, propias de un pensamiento sistemático, muchos creen que se abandona la comunidad científica, por eso Ruggiero insiste en llamar al “reconocimiento de la causalidad de causas opuestas” como “anticriminología”, que es un tipo de aproximación muy útil para los enfoques críticos. La negativa a construir teorías universales sobre la cuestión criminal, lleva a recorrer las variaciones y diferencias, y a enfrentar ese “complejo de inferioridad” que lleva a los “criminólogos” a buscar las causas universales de un fenómeno.

Ruggiero ha indicado que “la tradición abolicionista parece la más apta para una aproximación anticriminológica, (...) como una forma diferente de enfocar el crimen y el castigo”⁶⁷. Para Alejandro Poquet, la anticriminología es por antonomasia el abolicionismo radical: “anticriminología en el sentido de certificado de defunción de todo el andamiaje normativo, discursivo y de prácticas que sirvió y sirve de sustento a toda la criminología tradicional y moderna”⁶⁸.

licionista debe reducir el lado legitimante del sistema”; Mathiesen, Thomas, “On the negative”, en *The Politics of abolition, Scandinavian Studies in Criminology*, N° 4, Martin Robertson, Oslo, 1974, p. 202.

⁶⁴ Cohen, *Against Criminology*, cit., p. 46.

⁶⁵ Sutherland, Edwin H. y Cressey, Donald, “Criminology”, 10ª ed., Lippincot, 1978, p. 77.

⁶⁶ Ruggiero, *Delitos de los débiles y de los poderosos, ejercicios de anticriminología*, cit., p. 22.

⁶⁷ Ruggiero, Vincenzo, “New potential for Anti-Criminology”, en AA.VV., *Contornos y pliegues del derecho*, cit., p. 190.

⁶⁸ Poquet, Alejandro, “El abolicionismo penal, un pensamiento anticriminológico”, en *Temas de Derecho Penal y Criminología*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 120.

El abolicionismo penal, como impugnación final y total del sistema punitivo, es hijo de la criminología crítica. De este movimiento toma los postulados teóricos, para producir una “dialéctica negativa” del propio pensamiento criminológico. Así, se arriba a la más radical aproximación anticriminológica, debido a que ya no hay interés en las causas del delito, sino un acento en buscar alternativas a la criminalización.

Como vimos, Nils Christie dice prescindir de la criminología científica, pero Louk Hulsman piensa que la criminología debe seguir existiendo, y la define como una aproximación científica al proceso de criminalización, que sólo puede desaparecer cuando la criminalización misma desaparezca.

El movimiento abolicionista radical que hizo su entrada al mundo criminológico a mediados de los años 80, toma prestados elementos de tradiciones anteriores. Pavarini fue uno de los que más insistió en señalar la carencia de originalidad de esta postura, que tiene un desarrollo teórico débil y manifiestamente asistemático, que ha usurpado todo el instrumental teórico crítico que se ha elaborado contra el sistema penal, sin reparar en que muchas veces se ha echado mano a posturas antagónicas.

Lo que más tarde sería conocido como minimalismo penal, y que Christie llama “abolicionismo intermedio”, fue el movimiento crítico que puso en duda el beneficio del postulado final del abolicionismo. Esta “mera actitud de indignación moral” (Pavarini) haría proliferar medidas de *soft control*, y el concepto de “situación-problema” implicaría una psicologización del fenómeno⁶⁹, lo que evidentemente sería en desmedro de las garantías y del individualismo.

Así como se prefiere llamar al movimiento crítico en criminología, como “criminologías críticas”, quizá también sea apropiado llamar “enfoques abolicionistas” a los postulados teórico-prácticos de estos pensadores. Estos sociólogos, criminólogos y penalistas que se dieron en llamar “abolicionistas”, no sólo parten de tradiciones teóricas heterogéneas y hasta enfrentadas, sino que muchas veces postulan soluciones distintas a problemas centrales.

Los primeros textos abolicionistas fueron más una declamación de intenciones político criminales que obras científicas enmarcadas en una determinada tradición teórica. El papel que cumplieron en sus particulares ámbitos geográficos fue altamente positivo. Escritos en

⁶⁹ Foucault, Michel, *La vida de los hombres infames*, Altamira, Buenos Aires, p. 224.

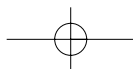
un momento en que se estaban produciendo en los países nórdicos procesos de desencarcelamiento y movimientos por los derechos de los reclusos (KRUM en Suecia, KROM en Noruega y KRIM e Dinamarca), las obras de Mathiesen, Hulsman, Bianchi y Christie han acompañado y teorizado sobre la necesidad y posibilidad de alternativas a la justicia penal.

En 1980 el *Informe Europeo sobre la decriminalización* que contó con la pluma de Louk Hulsman, fue una incipiente aplicación de ciertas ideas que adelantan al pensamiento abolicionista más depurado de los años posteriores, entre ellas: a) el concepto mismo de delito puesto en discusión; b) la problematización de la “cifra negra del delito”, es decir aquellos eventos no alcanzados por la criminalización secundaria; c) el temor al delito provocado por la interacción entre el aparato represivo y los medios masivos de comunicación, que remite a la discusión de la criminología crítica británica de los “pánicos morales”, concepto de Jock Young y Stanley Cohen⁷⁰; y d) la neutralización de los temores de la otra cara del problema: la venganza privada de las víctimas, que es la impugnación abolicionista más común.

Todo pensamiento abolicionista radical es, en el fondo, una crítica a la modernidad como productora de vínculos anónimos entre los ciudadanos. Esto es visible cada vez que se plantean, como alternativas a la justicia penal oficial, modelos de resolución de conflictos composicionales, donde las partes involucradas pueden mantener la pertenencia del conflicto y mejorar a través de su resolución su posición gregaria.

En 1974, Thomas Mathiesen afirmaba que tenía la convicción que toda “alternativa” residía en lo no terminado (*the unfinished*), en las construcciones teóricas que no sólo no son generales ni universales,

⁷⁰ “La primera referencia escrita al ‘pánico moral’ fue hecha por el sociólogo británico Jock Young, en 1971, cuando la discusión pública de las estadísticas mostró un alarmante y aparente aumento en el abuso de drogas. Young observó que el pánico moral sobre el resultado del consumo de drogas configura el aumento de los escuadrones policiales contra el mercado y el consumo de las drogas, que produce un incremento en el aumento de detenciones por abuso de drogas. Este trabajo subrayó el efecto espiral producido por la interacción de los medios de prensa, la opinión pública, grupos interesados y las autoridades, que da a formar el fenómeno conocido como ‘pánico moral’. Sin embargo, el crédito por la introducción sistemática del concepto es para un colega de Young, el profesor Stanley Cohen, que lo usó para caracterizar la reacción de los medios, el público y las agencias de control social, en la temática de los disturbios callejeros generados por bandas juveniles (*mods y roquets*) en la década del 60 británica”; Thompson, Kenneth, *Moral Panics*, Routledge, Londres, 1998, p. 7.



sino que además son inacabadas, que sólo señalan el camino a transitar. “Este era el sentido de los oráculos: ellos proveen direcciones no respuestas completas”⁷¹. Parece ser esta una de las más certeras presentaciones del pensamiento abolicionista, no sólo por el orden cronológico en que se produjo, sino principalmente por señalar esta característica fundamental de los enfoques críticos: como alternativas a un sistema anquilosado y autorreproductor; había que oponer un sistema abierto y dinámico que propiciara el pensamiento crítico.

El abolicionismo es el desafío de una nueva gnoseología, que potencia todo el arsenal crítico, por ser la primera vez que es presentado *in totum*, como la coronación de la “anticriminología”. En *En busca de las penas perdidas* Zaffaroni enseñaba que el horizonte de los nuevos caminos que se emprendan, tanto en el derecho penal como en la criminología, deben ser abolicionistas. El abolicionismo como producto de los oráculos modernos que nos marcan el camino, que nos señalan la senda de la liberación.

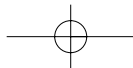
Sin embargo, Zaffaroni tiene dicho que el abolicionismo como empresa concreta requiere un cambio civilizatorio, y por ende no puede ser producido por los teóricos de la cuestión criminal. Es de imposible construcción sin el concurso de las fuerzas telúricas de los pueblos, de los cataclismos de la historia. Por eso es necesario tener al ideario abolicionista en el horizonte del camino a transitar, como a la utopía de Eduardo Galeano, mientras recurrimos a teorías de mediano alcance y de inmediata concreción.

IV. En busca de una sensata cantidad de abolicionismo

Hay quienes piensan que el desarrollo científico siempre está progresando, y que una nueva teoría encierra las ventajas de las anteriores. En el saber de la “cuestión criminal”, quienes sostenemos y acusamos a la criminología de complicidad con los procesos genocidas y de alienación política, podemos afirmar que el arribo del pensamiento anticriminológico es un progreso del devenir teórico, principalmente por incluir acumulativamente todo postulado crítico desde la primera escuela de Chicago.

Esta “catástrofe epistemológica” que representa el pensamiento político de este movimiento, permitió la presentación totalizada de todo el saber crítico. “Sea el patrimonio crítico propio o ajeno, no puede negarse el hecho de que la presentación conjunta, monolítica,

⁷¹ Mathiesen, “The Politics of Abolition”, cit., p. 13.



del acervo de impugnaciones esgrimidas a lo largo del tiempo, profundizó y aceleró el proceso de deslegitimación del sistema represivo en general y del discurso jurídico penal en particular⁷². Pavarini reconoce esta virtud: que todos los pensamientos críticos adquieren vigor en manos del abolicionismo.

Se ha hablado mucho de abolicionismos moderados, desconfiados, intermedios, pero lo cierto es que todo ello existe, debido a que algunos llegaron a la mayor radicalidad de las críticas: pretender abolir el sistema de justicia penal, y con él, la ciencia criminológica, su abyecto cómplice. Baratta habló del abolicionismo como un parámetro u orientación que sirve para medir las elecciones concretas de política criminal⁷³. El pensamiento iuspenalista de Zaffaroni, el más influyente jurista de la región, con su denominado “realismo jurídico penal marginal” y su teoría agnóstica de la pena, no es más que “una propuesta de reconstrucción de los principios dogmáticos a partir de la razón abolicionista”⁷⁴. En criminología, es de muy reciente data su teoría de la criminología cautelar⁷⁵, un ulterior estadio de la crítica criminológica que reclama precaución y cautela a los operadores públicos de justicia y a los formadores de opinión a la hora de abordar la cuestión criminal. Dicha teoría requiere incorporar como objeto de estudio criminológico a los crímenes estatales de victimización masiva (genocidio, masacres y crímenes de lesa humanidad), que hasta la fecha no habían sido puestos en cuestión por el poder académico.

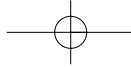
La criminología cautelar agrega a su acervo investigativo todas las pretensiones discursivas de los medios masivos de comunicación sobre el crimen y la penalidad (criminología mediática en terminología de Zaffaroni, “newsmaking criminology” de acuerdo a Gregg Barak) y analiza la forma en que esa influencia mediática determina las políticas públicas de seguridad y la instalación de pánicos morales y chivos expiatorios en una sociedad determinada. Tomando la realidad de los medios (construcción mediática de la realidad) y la constatación de cadáveres silentes (las muertes anunciadas de las masacres

⁷² Poquet, “El abolicionismo penal, un pensamiento anticriminológico”, cit. p. 146.

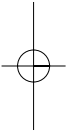
⁷³ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del sistema penal*, Siglo XXI, México, 1986, p. 240.

⁷⁴ Poquet, “El abolicionismo penal, un pensamiento anticriminológico”, cit. p. 149.

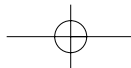
⁷⁵ Zaffaroni, *La palabra de los muertos*, cit., y del mismo autor, *La cuestión criminal*, Planeta, Buenos Aires, 2011.



estatales), la criminología cautelar elabora prudentes discursos para influir en la *realpolitik* de la cuestión criminal, incluso para ser difundidos por las propias tecnologías mediáticas. Podríamos decir que la instancia zaffaroniana de la criminología cautelar no es más que otro intento de pensar en clave abolicionista, de utilizar los instrumentos técnicos de diversas tradiciones criminológicas críticas⁷⁶ (etiquetamiento, técnicas de neutralización, metodología del observador participante, estados de negación, etc.) para lograr instaurar la lógica anticriminológica que pueda tener aplicación práctica e inmediata. Es decir, una cantidad sensata y realizable de abolicionismo penal.



⁷⁶ La propia nomenclatura de la teoría homenajea al jesuita Friedrich Spee von Langenfeld, el autor de la *Cautio Criminalis* (1631), la primera obra orgánica de criminología crítica. Ver Zaffaroni, *La palabra de los muertos*, cit., p. 39.



Un sistema penal alternativo. Hacia la abolición de la violencia institucional

Eleonora Devoto* y Mario Alberto Juliano**

I. Introducción

Los humanos¹ necesitamos de las utopías para que el discurrir de la vida cotidiana no se torne tan opresivo, tan tremendamente frustrante, como una forma de imaginarnos un futuro mejor. Las utopías, que nos ayudan a subsistir, afortunadamente, no siempre quedan en el limbo de lo irrealizable, en el terreno de lo utópico (si se nos permite la redundancia). Alguien habrá soñado, en algún momento, que los hombres no debían servir como esclavos de otros hombres ni ser comprados y vendidos como mercancías, o que la sociedad no podía estar fragmentada entre blancos y negros, o que la tortura no podía constituir una forma legal para obtener pruebas o castigar a los individuos. En resumidas cuentas, somos de la idea que las utopías han contribuido en muy buena forma al avance de la humanidad, a la realización de formas de vida más razonables y tolerables para la existencia de la especie.

Dentro de las inspiraciones colectivas más altruistas todavía seguimos pensando en un mundo sin guerras, donde no exista el hambre, donde las enfermedades no produzcan devastaciones y donde, en definitiva, las personas puedan realizarse con un mínimo de felicidad. También imaginamos que llegue un momento en que la especie humana pueda coexistir sin agredirse en forma recíproca, pero que si ello sucede, que el modo de dirimir esas controversias sea menos gravoso que el conflicto mismo. De esta última aspiración es de la que se hace cargo la corriente de pensamiento identificada con el denominado *abolicionismo*.

El abolicionismo (corriente con la que resulta difícil no identificarse desde una filosofía iushumanista y antropocéntrica) tiene en su

* Defensora oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

** Juez del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Necochea y Presidente de la Asociación Civil Pensamiento Penal.

¹ Empleamos aquí la genérica expresión utilizada por E. Raúl Zaffaroni en *Los humanos y la Pachamama*, Colihue, Buenos Aires, 2012.

horizonte el reemplazo del sistema formal de administración de justicia penal, tal como lo conocemos en la actualidad, por otros modos de dirimir los pleitos. Y, fundamentalmente, la desaparición de la pena de prisión como forma de reacción estatal frente a las conductas que han sido señaladas como delictivas y su necesario correlato: la eliminación de la cárcel como institución total de castigo.

No son pocas las razones que avalan a la causa abolicionista. El fracaso del sistema formal de administración de justicia penal es un hecho difícil de soslayar, se lo mire por donde se lo mire. Hagamos un breve ejercicio radiográfico para establecer si la premisa precedente cuenta con suficiente respaldo para tenerla por válida.

1. La detección e investigación de las conductas que la ley ha determinado que son delitos se encuentra en manos exclusivas de las fuerzas policiales, las encargadas de filtrar los casos que habrán de llegar a los tribunales respecto de aquellos otros que permanecerán ocultos en las cifras negras de las estadísticas oficiales. Actuación que no ha podido superar los estándares de violencia institucional y sospechas de corrupción que históricamente han caracterizado a esta agencia estatal. La poderosa intervención de la institución policial, en esta etapa decisiva de la configuración del conflicto penal, no ha podido ser reemplazada, a pesar de ciertos esfuerzos en dirección contraria, y condiciona en forma determinante la actuación de la justicia penal, reafirmando su naturaleza esencialmente selectiva.

2. Los tribunales no logran procesar la conflictividad que llega a sus despachos en forma satisfactoria (celeridad, priorización de los conflictos más importantes en desmedro causas poco relevantes, aplicación de criterios de racionalidad republicana), sin lograr superar la agudización de una burocracia administrativa insensible e incapaz de experimentar empatía, lo que termina por redundar en una generalizada insatisfacción de los destinatarios del servicio (víctimas, imputados y sociedad en general) que, en general, terminan señalando a los operadores del sistema como los responsables por el fracaso de su gestión.

3. La indiscriminada aplicación de la prisión preventiva a personas jurídicamente inocentes, como una forma de responder de modo anticipado a los conflictos, es un común denominador del proceso penal que no logra ser revertido, a pesar de los esfuerzos aislados en dirección contraria y las frecuentes recomendaciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos para que se le asigne carácter excepcional, confinando en el peor de los mundos a individuos que al cabo de los juicios resultan absueltos.

4. Las cárceles se encuentran diametralmente opuestas al paradigma constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, y lejos de contribuir al mejoramiento de los individuos que

ingresan al sistema, son devueltos a la sociedad en peores condiciones a las que se encontraban antes de la comisión del delito. Por añadidura, el sistema penitenciario se caracteriza por la crueldad sistemática de sus prácticas, constitutivas de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

5. Se aprecia la existencia de una inflación legislativa en materia penal que termina por generar una maraña poco menos que inexpugnable, aun para los especialistas más entendidos, con el agravante que los déficits técnicos en los procesos de producción de las leyes, con frecuencia impide conocer cuáles son las conductas atrapadas y cuáles las que deben quedar impunes.

En resumidas cuentas, un panorama que justifica con holgura pensar y trabajar en el remplazo del sistema de resolución de conflictos penales que actualmente nos rige por otras formas más civilizadas, como lo quiere el abolicionismo.

La crítica al sistema penal no puede agotarse en la protesta, que tranquiliza las conciencias pero no resuelve los problemas. Y, mal que nos pese, tampoco podemos esperar que el sistema se autodestruya en la fuente de sus propias contradicciones, ya que ese proceso implica que, mientras tanto, miles de semejantes deban experimentar el sufrimiento de la vida en las prisiones.

Frente al modelo tradicional vigente, injusto, antifuncional e incontrolable (según lo define el abolicionismo), se advierten tres opciones de acción.

II. Derecho penal como herramienta de control social

La vigorización del sistema penal, a la manera en que se ha venido haciendo en los últimos años, con la adopción de medidas del llamado eficientismo penal, que se caracterizan por el mayor rigor de las penas, la elastización de las garantías judiciales hasta su neutralización, la criminalización en un estadio previo a una lesión del bien jurídico y, en fin, las pautas del llamado derecho penal del enemigo. Reacción que ha sido caracterizada como la aplicable a quien, por sus conductas contrarias a la ley constituye una fuente de riesgo que ha de ser combatido a cualquier coste. En este modelo “el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico”².

² Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el “Derecho Penal del Enemigo”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 25. Aquí el autor indica en la nota al pie de

Esta concepción integra el fenómeno de la “expansión del derecho penal” de estos tiempos en materia de política criminal³, que lo convierte en un sistema de gestión primaria de los problemas sociales, transgrediéndose principios básicos de un derecho penal mínimo, como la exigencia de que su aplicación sea exclusivamente de *ultima ratio*. Ello provoca la yuxtaposición de las funciones preventivas del derecho penal y del derecho sancionador en general, resultando muy difícil establecer diferenciaciones teóricas entre el derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente el derecho administrativo sancionador y el derecho policial de prevención de peligros.

En estos momentos se advierte un resurgimiento de estas modalidades, vigentes en un agravamiento del derecho penal material, un endurecimiento del derecho procesal penal y en una alteración del rol del Estado. Ello se evidencia en la creación de nuevos tipos penales y en la criminalización anticipada, esto es, la punición de la fase previa a la lesión de bien jurídico.

También se ha normalizado e incrementado la vigencia de los delitos de peligro abstracto, para los que resulta suficiente que se verifique una acción o la mera tenencia de cosas peligrosas. Estas tenden-

página 1: “Cfr. Jakobs, ‘La ciencia penal ante los retos del futuro’, trad. de Teresa Manso en Eser/Hassemer/Burkhardt, *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, Francisco Muñoz Conde (coord.), Valencia, 2004, p. 53 y ss (esp. p. 59 y ss)”. La expresión en alemán “Feindstrafrecht” fue utilizada ya por el citado autor en su ponencia a las Jornadas de Penalistas Alemanes, de Frankfurt en 1985, aunque en un sentido más bien crítico.

³ El planteamiento de la cuestión tiene su origen en la doctrina alemana: véase por todos, Hassemer, *Strafrechts probleme*, ps. 17 y ss., por diversos lugares, capitaneando a la denominada Escuela de Frankfurt; Kindhäuser, *Universitas*, 92, ps. 227 y ss.; Seelman, *KritV* 92 y *Iuris* 94, ps. 271 y ss. Prittwitz, *Crítica y justificación del derecho penal*, p. 262, refleja el programa crítico de Hassemer y sus discípulos con respecto a la expansión con el siguiente resumen: “El término expansión (...) pretende tener un significado tridimensional: acogida de nuevos candidatos en el ámbito de los bienes jurídicos (tales como el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capital o la promoción de la posición de mercado), adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible –por regla general apostrofado de modo algo precipitado como adelantamiento de la barrera de protección penal– y, finalmente, en tercer lugar, reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo” (“Sobre la ‘administrativización’ del Derecho Penal en la ‘sociedad de riesgo’”, por Bernardo Feijóo Sánchez, en *Revista Internacional: Derecho Penal Contemporáneo*, N° 19, Legis, Colombia, 2007).

cias implican facilitar la persecución penal, porque no es necesaria la adquisición de evidencia probatoria relevante o de difícil adquisición. Por lo que se minimizan las posibilidades de la defensa integral y de otras garantías judiciales. Si a ello unimos concepciones de bien jurídico que no funcionan como límites al Estado, la situación no puede ser más clara en cuanto al deterioro del sistema de garantías y el acercamiento al derecho represor autoritario.

En el ámbito del derecho procesal es notable una situación similar, con predominio de modalidades de investigación intrusivas, secretas como las grabaciones telefónicas y escuchas en habitaciones o agentes infiltrados, encubiertos. El elemento descollante, entonces, es la latencia. Clásicamente se llama a este problema *nemo tenetur se ipsum accusare*, esto es, que el individuo puede comportarse de manera estratégica y personal ante el control. Lógicamente ello queda anulado cuando las pesquisas se operan de manera secreta. Adviértase, asimismo, de qué manera se afectan, de este modo, derechos de terceros.

Los derechos fundamentales han dejado de ser de defensa frente al Estado para pasar a constituir obstáculos para el Estado en su lucha contra la criminalidad, como si existiera un derecho fundamental a la seguridad de la comunidad. Y ello es contrario a toda la tradición del derecho constitucional. En tal contexto el derecho penal ha dejado de ser *ultima ratio* para serlo primera e inclusive *sola ratio*.

Si bien se afirma que la prohibición de la tortura y la no punición de un inocente se encuentran dentro del ámbito de lo indisponible en materia de garantías judiciales, su elastización no puede herir, en lo esencial, un derecho fundamental. Podría estar restringido, pero nunca desnaturalizado. Por otro lado, existe una garantía a perpetuidad, esto es, una norma que impide atentar contra la dignidad humana⁴.

II. El abolicionismo

El abolicionismo penal propone, como su propio nombre lo indica, la supresión o eliminación del derecho penal tal como lo conocemos, en tanto injusto, reconfigurador e incontrolable, mera manifestación del opresivo poder estatal.

Según algunos abolicionistas, cuando se restituye el conflicto a la víctima, se está redefiniendo la propia esencia del derecho penal, *porque ya no es este el que tiene el poder de definición, sino la víctima*, que

⁴ Hassemer, Winfried, "Proceso penal y derechos fundamentales", en Donna, Edgardo Alberto (dir.), *Revista de Derecho Procesal Penal*, t. II, *La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, Instituto de Ciencias Penales, Buenos Aires, 2006, ps. 49 y siguientes.

tras la conciliación con el infractor, produce la eliminación del delito, con la consiguiente neutralización de todo efecto preventivo del ordenamiento penal.

El abolicionismo, con sus diversas vertientes, se integra en una marcada visión ideológica crítica del modelo imperante, apareciendo como notablemente útil, a pesar que reactivamente sea juzgado como utópico. Pensar que los ingentes problemas comunitarios pueden resolverse con la respuesta punitiva es una ilusión que el movimiento pone en claro. Y lo hace por la refutación de los fundamentos de la respuesta estatal punitiva, que se muestran notablemente débiles.

La pena es, en verdad, ejercicio de poder estatal desprovisto de finalidad, más allá de constituir la forma institucionalizada de segregar a sujetos considerados indeseables por términos determinados por pautas del positivismo criminológico, se lo admita o se lo encubra⁵.

Todos los movimientos abolicionistas (de la esclavitud, la pena de muerte, la cárcel, la prisión preventiva, la reglamentación de la prostitución) han comenzado con bajo impacto político, para ir sumando adeptos y logros. No parece que en un futuro inmediato ocurrirá lo mismo respecto de la supresión de la cárcel, o el derecho penal, pero la crítica al derecho actual guarda un rédito de deconstrucción de las verdades aparentes del sistema penal. El abolicionismo es una perspectiva crítica negativa y escéptica, sensibilizadora y provocadora⁶.

Si bien no es escaso el valor asignable a la construcción del abolicionismo, en la actualidad esta tendencia no parece superar el estadio de lo especulativo, sin desmedro de su especial valoración, como aporte de debates trascendentes y de desmitificación de la supuesta racionalidad del sistema penal.

III. Un sistema penal alternativo

Una tercera opción consiste en el diseño un modelo penal alternativo, dotado de máxima racionalidad y orientado a sus consecuencias. Calificarlo como alternativo indica que no se trata de una posición abolicionista, en el estricto sentido de la palabra, de supresión del sistema penal, sino de una posición encaminada a abordar la cuestión

⁵ Devoto, Eleonora, "Readaptación social y realidad penitenciaria argentina", en *Cuadernos de Investigación*, N° 7, Instituto Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1988.

⁶ Hulsman, Louk, "La criminología crítica y el concepto de delito", en AA.VV., *Abolicionismo penal*, trad. de Mariano A. Ciafardini y Mirta Lilián Bondaza, Ediar, Buenos Aires, 1989, ps. 60 y siguientes.

penal desde otra mirada, que puede acompañar o sustituir al modelo tradicional, caracterizado por la pena estatal. En tanto y en cuanto la sociedad reclame que los conflictos inter o plurindividuales necesiten de una solución, el modelo que propiciamos no es incompatible con el ideal abolicionista, aunque quizá se diferencie por una cuestión de grados y estrategias.

En este orden de ideas es interesante señalar que el plan de sistema penal alternativo preserva, o al menos morigerar, dos aspectos fundamentales respecto del modelo tradicional:

a) limita el efecto expropiatorio de la pena, señalamiento que el abolicionismo dirige al derecho penal tradicional (imputación que no es solamente certera, sino comprobable) y

b) aspira a la resolución de las situaciones problemáticas que subyacen detrás de las conductas definidas como delito.

El modelo de derecho penal alternativo implica conmovir la concepción conservadora del derecho penal tradicional, en tanto sus fines ya no son la retribución y la prevención, en sus diversas formas, sino la resolución de conflictos entre partes, especialmente cuando la afectación llamada delito no exorbita su interés, desapareciendo la idea del interés público a resguardar.

Este abordaje no pretende la supresión del sistema penal, no cuestiona la potestad de intervención del Estado, sino que intenta una redefinición a partir del supuesto contrato social que nos vincularía, generalmente invocado a fin de legitimar la existencia de la pena estatal.

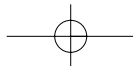
De acuerdo a la concepción contractualista, el *ius punendi* resulta de la delegación de los habitantes a favor de un Estado voluntariamente construido para la defensa de los particulares, el que concentra la facultad de imponer penas, en desmedro de la venganza privada. La tesis contractualista implica la aceptación de una teoría comunitaria consensual, que no responde a la realidad, ni histórica ni actual. Sin embargo, aún por vía de hipótesis, la posición contractualista no implica la adopción de respuestas punitivas sino, precisamente, de vías no violentas de resolver conflictos, en orden a la paz social.

Cuando se hace referencia al modelo penal alternativo, se está fijando implícitamente, una posición legitimante del derecho penal, lo que puede ser enrostrado por el abolicionismo. Se podría negar la calificación como *alternativo*, en tanto supone la imposible contemporaneidad de ambas respuestas estatales. Puede que sea así en un sentido riguroso. Sin embargo, se ha elegido la denominación de *alternativo* porque parece más reveladora y porque en este modelo no se plantea la supresión del paradigma tradicional como un requisito para su existencia.

Las herramientas del modelo alternativo son facultativas, no obligatorias y, en algunos casos, no disponibles. Es que subsiste, como de fondo y en forma subsidiaria, el derecho penal tradicional con sus características de tipicidad, *numerus clausus* y taxatividad, inexorable a la hora de legitimar la pena estatal.

La mirada alternativa no implica una postura abolicionista, sino reductora de la aplicación del derecho penal tradicional, en la medida que se asigna al derecho penal una función de prevención general negativa, *aunque relativa*, en cuanto nos resistimos a creer que tal es el objetivo exclusivo del derecho represor.

El derecho opera como un resorte de coercibilidad. Es su peculiaridad. Por lo que el Estado está facultado, en cualquiera de sus ámbitos de actuación, para obligar a cumplir compromisos e imponer sanciones reparatorias o indemnizatorias que previamente hubieran sido acordadas entre las partes involucradas.



**Nueva mirada crítica sobre el origen, expansión
y permanencia de las penas de encierro.
Garantismo y minimalismo penales como tácticas
de una estrategia abolicionista**

Luis Fernando Niño*

I. Sin asomo de originalidad, estimo indispensable ensayar el abordaje de este tema que, tras décadas de enconado debate, se ha convertido en un tópico de la Criminología, apelando –una vez más– a las nociones de poder y control social.

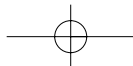
La coexistencia humana siempre dio lugar al fenómeno del poder de uno o varios individuos sobre otros y al aseguramiento, por parte de quienquiera que lo haya detentado, de las condiciones propicias para defender y perpetuar tal estado de cosas; el dominio sobre el medio ambiente y sobre los demás hombres de la comunidad se tradujo así en un cierto orden impuesto desde aquella posición de privilegio. De siglo en siglo, de país en país, las redes sociales alcanzaron mayor complejidad, sin que tal evolución se haya visto acompañada por alteraciones significativas de las estructuras de dominio, merced a la instrumentación de diversos mecanismos de control, formales o informales, destinados a la generalidad de los gobernados.

Entre los mecanismos formales, el sistema penal aparece como la expresión más acabada de aquel control asegurador de un cierto orden; y su producto específico, la pena, se erige como la traducción jurídica de esa facticidad verticalmente establecida.

Los primeros preceptos penales de que se tiene conocimiento contaban con muy diversas modalidades sancionatorias, desde la pena capital –en sus distintas modalidades–, hasta las meras reparaciones pecuniarias, pasando por diversas penas corporales, los trabajos forzados y el exilio¹. En contraste, pues, con la antigüedad de la pena

* Juez del Tribunal Oral Criminal N° 20 de Capital Federal. Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

¹ El Código de Ur-Nammu (ca. 2050 a. C.) contemplaba la pena de muerte para el homicidio, el robo y la violación, pero preveía también numerosas sanciones de corte reparatorio, a diferencia de su más famoso sucesor, el de Hammurabi (ca. 1762 a. C.), basado esencialmente en la retribución talional y pródigo, por ende, en penas capitales y de mutilación; Sanmartín, Joaquín y Serrano, José



como mecanismo de control asegurador de un cierto orden –derivado de un determinado esquema de poder–, es relativamente reciente la modalidad punitiva del encierro. El encierro existía, desde luego, pero con el carácter procesal de una medida de cautela personal –lo que hoy daríamos en llamar detención a la espera de juicio o prisión preventiva–, con eventual imposición ulterior de alguna de las penalidades antes mencionadas².

II. Sabido es que subsisten controversias en punto al nacimiento de la pena de prisión propiamente dicha, tanto respecto de fechas y lugares cuanto de las bases y metas de su establecimiento. Lo que parece indiscutible es que su génesis se vincula estrechamente con el proceso de acumulación originaria que culminó con la estructuración del sistema capitalista.

Más de tres siglos antes de que Karl Marx teorizara respecto del proceso de escisión entre el trabajo del obrero y la propiedad de sus condiciones de trabajo, el ingenio de Tomás Moro puso en labios del personaje principal del Libro Primero de su célebre *Utopía*, el sabio Raphael Hythloday, supuesto acompañante de Américo Vespucio y conspicuo narrador de aquella isla prodigiosa, la estrecha vinculación entre la rapacidad de los poderosos de la época y la forzosa desocupación de los campesinos despojados, con el correlato de miseria y extrema necesidad de estos últimos, derivada en ataques a las haciendas de aquellos.

Para el ficticio interlocutor de quien fuera canciller del rey Enrique VIII de Inglaterra, la mayor causa “de que existan necesariamente tantos ladrones”³, residía en que “los nobles, los señores y aun los santos varones de los abades, no se contentan con las rentas y beneficios que sus antecesores solían sacar de sus tierras, y no contentándose con vivir muelle y perezosamente sin hacer nada por el bienestar de

Miguel, *Historia antigua del Próximo Oriente. Mesopotamia y Egipto*, Akal, Madrid, 1968; Castro Dassen, Horacio N. y González Sánchez, Carlos A., *Código de Hammurabi: antecedentes históricos y arqueológicos, transcripción, valoración filosófica*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1966.

² Ulpiano, el celeberrimo autor del Digesto, sentó la máxima: “carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet” (D.48.19.8.9). A despecho de los revisionismos contemporáneos sobre el alcance de la frase, el jurista romano se encargaba claramente de alertar que la cárcel podía ser empleada como medida de detención, pero no como pena anticipadamente impuesta.

³ Moro, Tomás, *Utopía*, Tecnibook, Buenos Aires, 2011, p. 22.

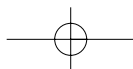
los demás, aun hacen daño a éstos; no dejan tierras para la labranza, todo es para los pastos. Derriban las casas, destruyen las aldeas; y si respetan las iglesias es sin duda porque sirven de redil para sus ovejas. Y como si no se perdiera poca tierra en bosques y cotos de caza, esos santos varones mudan en desiertos las moradas y toda la gleba. Así, pues, para que un devorador insaciable, plaga de su Patria, pueda encerrar en un solo cercado varios millares de acres de pastos, muchos campesinos son despojados de lo poco que poseen. Los unos por fraude, otros expulsados o hartos ya de sufrir tantas vejaciones, se ven forzados a vender cuanto tienen. De todos modos, esos infelices hombres y mujeres, maridos y esposas con sus hijos pequeños, huérfanos y viudas tienen que irse a otras partes. Y estas familias son más numerosas que las ricas, ya que la tierra pide el trabajo de muchos brazos. Se van, pues, todos, abandonando sus casas, los lugares donde vivieron, y no hallan dónde refugiarse. Sus ajuares, que poco valen, tienen que venderlos por casi nada. Helos, pues, errantes y sin recursos cuando han gastado ese dinero. ¿Qué recurso les queda entonces sino el de robar y ser ahorcados o el de mendigar? Mas si hacen esto último los encarcelan, pues son vagabundos que no trabajan. Nadie quiere darles trabajo, aunque ellos se ofrezcan a trabajar de buena voluntad. Como el único oficio que saben es el de labrador, no pueden ser empleados donde no se ha sembrado”⁴.

El talante humanista de Moro le inclinaba a rechazar la pena de muerte para esos desventurados, propiciando ocuparlos útilmente; y no es difícil enlazar la situación por él descrita con el estatuto que en 1530, apenas catorce años más tarde de la aparición de su obra magna, dispuso el registro de los vagabundos, ni con la conversión del castillo de Bridewell en lugar de recogida de vagabundos, ladrones y otros infractores menores, para lograr su redención a través del trabajo.

Más de cuatro centurias transcurrieron entre esos precedentes históricos y la erudita explicación ofrecida por Michel Foucault, al apuntar como hito fundante de la pena privativa de libertad la conversión de antiguos leprosarios y la erección de hospitales en París, para contener a las masas de mendigos y ociosos que los desajustes de la Edad Moderna habían arrojado sobre las ciudades, amenazando la prosperidad de una ascendente burguesía⁵. Y es juicioso vincular el

⁴ Ídem, ps. 23-25.

⁵ Foucault, Michel, *Historia de la locura en la época clásica*, Fondo de Cultura Económica, México, 1967. Los dos capítulos iniciales son reveladores del arduo paso de la nave de los locos [*stultifera navis*] renacentista a los lugares de encierro del siglo XVII.



desarrollo de la vigorosa clase mercantil de Ámsterdam, en la rutilante Holanda de los albores del siglo XVII con el establecimiento de las casas de corrección para varones delincuentes –*Rasphuis*– y para mujeres –*Spinhuis*– cuyos nombres definen la actividad obligatoria a la que sus involuntarios moradores estaban consagrados: el raspado de maderas mediante escofina y el hilado, respectivamente.

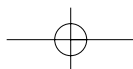
En rigor, cabe admitir que en el afianzamiento institucional de la prisión hayan incidido diversos factores. Además de erigirse en el modelo de organización por excelencia de un poder disciplinario que excluiría, desde entonces, a todos aquéllos que, por su sola presencia –en el límite inferior o al margen de la maquinaria productiva–, ponían en crisis la relación de sujeción que liga a los ciudadanos con el Estado, incluyendo –en un principio– a los delincuentes, los locos y los inválidos, el encierro en la cárcel encuadraba en el ideal perfeccionista sintetizado en la frase “ora et labora”, propio de las comunidades religiosas e interpolado en las pujantes sociedades civiles de la época.

No es desdeñable, valga aclararlo, la hipótesis tradicional conforme a la cual el pensamiento precursor del Iluminismo hubo de influir en la creación y consolidación de la pena privativa de libertad como alternativa humanitaria al ajusticiamiento y a las penas corporales. En este sentido, Nils Christie aporta algún ejemplo muy concreto⁶. Mas todo indica que el factor principal de la difusión y sistematización de la cárcel moderna consistió en la necesidad de adiestrar en el trabajo fabril a los campesinos migrantes, liberados de sus vínculos feudales y convertibles, en base a ese aprendizaje coactivamente impartido, en mano de obra de bajo costo para el capitalismo emergente⁷.

III. Lo cierto es que la pena privativa de libertad se convirtió, en un lapso relativamente breve, en el mecanismo sancionatorio central de los sistemas penales contemporáneos; y que, paralelamente, desde las postrimerías del siglo XVIII se intenta, sin mayor éxito, otorgar legitimidad a esa vigencia. La racionalidad propia de la Ilustración así lo exige, mas la realidad del sistema social imperante desbarata, uno tras otro, los intentos.

⁶ Christie, Nils, *La industria del control del delito: ¿La nueva forma del holocausto?*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 35.

⁷ Melossi, Dario y Pavarini, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, 2ª ed., Siglo XXI, México, 1985.



Ni la justicia ni la utilidad, pilares alternativos de esa secular porfía, han logrado resistir las críticas a un subsistema represivo que, en términos estadísticamente relevantes, reproduce y agiganta la inequidad del sistema social general.

A partir de la ficción fundacional del pacto social, según la cual, los hombres, libres e iguales por naturaleza, hubieron de concurrir –en paridad de condiciones– a la creación de un vínculo que les asegurara idénticas posibilidades políticas, económicas y culturales, se ha querido ubicar a quienes delinquen en el rol de traidores, reputándolos merecedores del mal de la pena como retribución por el mal configurado por el delito. Huelga añadir que tal paridad de condiciones jamás existió; lejos de ello, como supo advertirlo palmariamente el desdichado Tomás Moro, fue el inicuo despojo sufrido por los auténticos productores de riqueza la causa de los fenómenos masivos de miseria y desocupación ocurridos en la Europa de la Edad Moderna. Y la reclusión de los miserables marginados del nuevo orden social representó la cruel contracara de aquel recurso ideológico del que se supo valer el estamento social en ascenso, para reemplazar al elemento aglutinante del cristianismo medieval, fisurado ya durante la Modernidad y en aguda crisis hacia los albores de la Edad Contemporánea. El lento proceso de formación de los Estados nacionales había conducido a reemplazar el arcaico factor de cohesión por una idea-fuerza similar, que otorgara apariencia de participación autodeterminada e igualitaria al sometimiento de las masas a un nuevo orden social.

Desde entonces, lejos de favorecer el tránsito a una mayor igualdad, el propio desarrollo del sistema socioeconómico cimentado en la figura contractual profundizó las diferencias de los individuos y los grupos humanos respecto de la posesión y disposición de los bienes materiales, hasta hacer tabla rasa con la metáfora del consenso originario. El proceso de concentración de los capitales es hoy una realidad incontrastable en cada país, en cada región y en cada continente, al extremo de dividir al planeta en microcosmos cada día más diferentes.

En conclusión, siendo falso el fundamento –y, por añadidura, cada vez más falso– se tornó imposible legitimar la pena en función de una figura huérfana de contacto con la realidad. Se hizo preciso, entonces, ensayar el restante argumento de fundamento y legitimación; lo que no quita que magistrados y catedráticos del derecho penal continúen tercamente abonados a la idea de retribución por el mal causado, a la hora de ensayar un fundamento a la pena en general y a la prisión en particular.

Como es sabido, el segundo pretexto invocado apela a la utilidad: no contempla a la pena como un fin, como respuesta al mal represen-

tado por el delito que se agota en sí misma, sino que mediante su imposición procura un resultado diferenciado, que implique algún beneficio para la sociedad y para el propio individuo destinatario de la sanción.

Es válido predicar que en las teorías dependientes de este segundo argumento no se erige tan claramente la ficción convencional; pero se parte del supuesto de una comunidad jurídicamente organizada eminentemente racional y práctica, en la que el delito aparece como un fenómeno anómalo, tras cuya comisión cabe aplicar la pena, por una de las dos razones siguientes: a) porque se estima que la actuación de los órganos de control social, realizando la amenaza de la sanción penal en la persona del transgresor, reforzará en la generalidad de los ciudadanos ciertos mecanismos psicológicos, sea de inhibición, sea –en el mejor de los casos– de confianza en la permanencia de un orden social coherente, que cumple regularmente los males que promete a quienes lo desafíen; b) o bien, porque el autor del fenómeno anómalo es un sujeto igualmente anómalo o diferente del común, al que hay que reeducar o resocializar, si es que su grado de “anormalidad” lo permite.

Los estudios más serios sobre el particular desmienten que cualquiera de estas tentativas de justificación resulte suficientemente corroborada por la realidad; estadísticas producidas por personas e instituciones insospechables de cualquier vanguardismo ideológico demuestran que los mecanismos psicológicos de la generalidad no se activan o neutralizan tan sencillamente como en algún momento pudo creerse. Por el contrario, algunas situaciones históricas, tales como la derogación temporaria de ciertas medidas penales extremas, en determinados países, han servido para demostrar que no es científicamente sostenible que la aplicación efectiva de penas, aún de las más graves, persuada a la generalidad y la fuerce a abstenerse de cometer delitos. Así ha podido verificarse, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, tras varios años de proscripción de la pena capital, a raíz de la declaración de inconstitucionalidad que la Corte Suprema de ese país supo pronunciar en los años 60 del siglo XX. De tal manera, el fin de prevención general negativa atribuible a la pena no se ha acreditado en la dinámica social.

Tampoco aparece satisfactorio el criterio de la llamada prevención general positiva, según el cual, a través de la imposición de penas no se procura aquella inhibición de las energías criminales sino el reforzamiento de los valores fundantes del Estado. Como lo hemos repetido hasta el hartazgo, uniendo bagajes teóricos y experiencias aquilatadas en una praxis jurisdiccional de varias décadas, en la medi-

da en que el funcionamiento de ese Estado, vale decir, sus políticas y sus realizaciones económicas, sociales y culturales, no luzcan racionales para vastos sectores de la población, ningún refuerzo lógico cabrá esperar a partir de la actuación del sistema penal.

Por fin, tampoco se ha demostrado científicamente diferencia antropológica o psicosomática alguna que pudiera operar como determinante entre las personas procesadas y condenadas por delitos y aquellas otras que no hayan delinquido o, más propiamente, cuyos delitos no hayan ingresado en la exigua “cifra blanca” de la criminalidad. Por el contrario, nuevamente las estadísticas son demoledoras: aproximadamente el 90% de los delitos que se cometen hoy en los centros urbanos de nuestro país representan ataques leves a la propiedad privada; y un porcentaje asombrosamente idéntico corresponde a varones jóvenes de 16 a 25 años, procedentes de los estratos menos favorecidos de la sociedad, desocupados o sin trabajo fijo, pero psíquicamente encuadrables en la normalidad. Con lo cual queda al descubierto la raíz eminentemente socioeconómica de la enorme mayoría de las transgresiones⁸. Luego, la llamada prevención especial destinada a resocializar a los supuestos “diferentes” también se yergue como un argumento ideológico sin mayor correspondencia en la realidad social.

Recapitulando, pues, lo único que permanece inamovible al cabo de tantas expresiones teóricas es la propia facticidad del sistema penal, con la prisión como expresión más destacada y con la defensa del Estado, esto es, de un cierto orden social y de un cierto reparto del poder, como finalidad real. No en vano, se ha distinguido oportunamente entre las funciones declaradas de la pena y las no declaradas⁹ o latentes¹⁰ que ella cumple puntualmente en cada realidad social en que se aplica.

De cara al principal afectado, una sola consecuencia de las penas privativas de libertad continúa luciendo incontrastable: la separación

⁸ Ver, al respecto, Niño, Luis F., “Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes. Las variables sociales, culturales y jurídicas y su implicancia, con especial referencia a la hipotética responsabilidad penal de los menores de dieciocho años”, nota 32, en Sabadini, Patricio N. (comp.), *Estudios críticos del Derecho Penal moderno*, Di Plácido, Buenos Aires, 2011.

⁹ Sandoval Huertas, Emiro, *Sistema penal y criminología crítica: el sistema penal colombiano desde la perspectiva de la criminología crítica*, Temis, Bogotá, 1985.

¹⁰ Hassemer, Winfried, “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, en AA.VV, *Pena y Estado*, Jurídica Conosur, Santiago, 1995, ps. 23 y siguientes.

del condenado de su medio familiar y social, con fines declarados de resocialización, dilema insoluble de la Penología, concluye por regla en lo que Clemmer, siete décadas atrás, diera en llamar “prisionización”¹¹, que es lo más alejado de la autonomía ética imprescindible para una vida armónica en sociedad.

Esta conclusión es tan clara que hoy parece sensato limitarse a pretender, maguer la formal existencia de un Estado de derecho social y democrático, que la pena no se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de la persona humana, a enorme distancia de las pretensiones resocializadoras de la llamada “ideología del tratamiento” florecida en la última posguerra europea.

IV. Los abordajes ensayados desde el pensamiento criminológico progresista en los últimos treinta años no han arrojado resultados satisfactorios en punto a afianzar propuestas que permitan plasmar sus preocupaciones por el estado de cosas exhibido por los sistemas penales en algo más que meras expresiones de deseos alusivos a la justicia social, las libertades civiles y las garantías individuales.

Es preciso reconocer que ninguno de los tres modelos o paradigmas emergentes de ese segmento teórico en el período señalado, a saber, el abolicionismo, propugnado por notables pensadores de Holanda y los países escandinavos, el llamado “realismo de izquierda” anglosajón o el garantismo penal orientado al redimensionamiento del derecho punitivo a su mínima expresión, impulsado por el ilustre Luigi Ferrajoli¹², de neta predominancia en Italia, España e Iberoamérica, ha logrado contrarrestar, más allá de la coherencia interna de sus proposiciones, la abrumadora vigencia de un *statu quo* tan ineficaz respecto de su misión formal como inhumano en su operatividad real, en un universo social y cultural volcado –por añadidura– al relativismo axiológico auspiciado por el posmodernismo. No obstante, como diremos más adelante, existen razones para fundar en este último y en desarrollos claramente compatibles con él, tales como el minimalismo pergeñado por Nils Christie¹³, moderadas expectativas.

¹¹ Clemmer, Donald, *The Prison Community*, The Christopher Publishing House, Boston, 1940.

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

¹³ Christie, Nils, *Una sensata cantidad de delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

Conforme lo ha señalado René van Swaaningen, cabría definir al abolicionismo propugnado, entre otros, por el recordado maestro de Rotterdam, Louk Hulsman, como el correlato lógico de la teoría del etiquetamiento elaborado por la sociología estadounidense de los años 50, con nombres como los de Howard Becker, Ed Lemert y Erving Goffman: "si el derecho penal básicamente estigmatiza a la gente y agudiza la reincidencia, el paso lógico subsiguiente sería desinflar su racionalidad punitiva y reemplazarla por enfoques orientados a la reparación y a la reintegración de los delincuentes en la comunidad"¹⁴. No obstante, el idealismo entusiasta de tal orientación colide insalvablemente con los discursos de proliferación de riesgos y de inseguridad urbana que campean a escala planetaria, además de recibir objeciones referidas al peligro de que los mecanismos de mediación o conciliación acaben reproduciendo, en los hechos, las desigualdades del sistema social general, al exonerar a los económica o políticamente poderosos y gravar a los que poco o nada tienen para ofrecer en la negociación del conflicto¹⁵.

En el extremo opuesto de ese espectro, el realismo de izquierda asumido por autores de la talla de Walton y Young¹⁶ y de Taylor¹⁷ resultó tempranamente repelido debido al franco pragmatismo inicial demostrado por sus cultores, apostando por un protagonismo exacerbado de las agencias policiales, incompatible con sus propios desarrollos conjuntos de otrora¹⁸.

A su turno, en una postura intermedia, la lucha por la reducción de las respuestas punitivas a los conflictos más graves de la coexistencia, acompañada por la implementación de medidas alternativas a las tradicionales, privilegiada en nuestras latitudes por afinidad cultural, también se debate contra un cosmos enrarecido por la construcción desde el poder de nuevas emergencias y el correlativo retroceso hacia

¹⁴ van Swaaningen, René, "Justicia social en la Criminología Crítica del nuevo milenio", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, N° 10, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2002, p. 271.

¹⁵ Ver al respecto las prudentes disquisiciones de Christie, *Una sensata cantidad de delito*, cit., ps. 120-123.

¹⁶ Walton, Paul y Young, Jock (eds.), *The new criminology revisited*, MacMillan, Londres, 1998.

¹⁷ Taylor, Ian, *Crime in Context; a critical criminology of market societies*, Polity Press, Oxford, 1999.

¹⁸ Ver Taylor, Ian; Walton, Pauly Young, Jock, *Criminología Crítica*, Siglo XXI, México, 1977, especialmente ps. 243-254.

esquemas incompatibles con la democracia liberal, como aquel que resucita la concepción del enemigo interno cincelada por el teórico del nacionalsocialismo Carl Schmitt.

V. Lejos de toda conmoción, la política criminal encarada por los gobiernos de toda nuestra órbita cultural dista de apuntar a una transformación de las instituciones. Como lo hemos expresado recientemente, la arquitectura institucional de la modernidad penal permanece en pie, como también el aparato estatal de la justicia represiva. Y, si alguna variación se registra, sucede en términos de su funcionamiento estratégico y su importancia social, al compás de las denominadas excepciones, que se estructuran como mecanismos punitivos paralelos, como acontece con el ya relevado “derecho penal de enemigos” diseñado para determinadas especies delictivas, tales como las actividades terroristas o las desarrolladas a partir de ciertas asociaciones ilícitas, así como mediante la incorporación de auténticas regresiones hacia el Derecho Penal de ánimo o de autor, respecto de buena parte de los delitos comunes, en especial, y no por acaso, los que atentan contra la propiedad y contra la seguridad pública¹⁹.

Súmense al inquietante panorama reseñado las secuelas de recesión y desempleo derivadas de la aguda crisis del sistema capitalista desencadenada a partir del año 2008. Una vez más, en la historia del capitalismo, las legiones de marginados del aparato productivo causan dos problemas esenciales al orden social establecido: ser causa potencial o real de disturbios y generar un estilo de vida contradictorio con la moral oficial de laboriosidad, imprescindible para el decurso placido del sistema²⁰. Luego, la cárcel se yergue como un dispositivo eficaz para absorber ese excedente poblacional, tan luego a la hora en que el Estado benefactor generado tras la gran crisis de 1930 y el colapso de la segunda posguerra se bate en retirada; y en ese orden de ideas, el negocio consistente en construir, equipar y administrar prisiones se asienta en terreno firme, desplazando definitivamente el improbable ideal de resocialización constitucionalmente consagrado y sustituyéndolo por el afán de lucro, como Christie supo vaticinar años atrás.

Por lo demás, es menester reparar en los beneficios que una campaña de ley y orden prodiga a políticos y a operadores de los medios

¹⁹ Niño, Luis F., “Políticas criminales y penales regresivas en el marco de la denominada sociedad de riesgo y de las teorías criminológicas tradicionales”, en *Revista de la Asociación Americana de Juristas*, Buenos Aires, 2012, ps. 7-18.

²⁰ Christie, *La industria del control del delito*, cit., ps. 20 y siguientes.

masivos de comunicación, en momentos en que la estructura pura y dura del sistema impone condiciones, retaceando la capacidad de maniobra innovadora de los primeros y tentando a los segundos a adaptarse al cómodo rol de amanuenses. En las sociedades contemporáneas, las relaciones horizontales están bloqueadas o fuertemente obstruidas por el propio estilo de vida de las grandes mayorías; el hombre común experimenta en ellas sensaciones de vulnerabilidad respecto de sí y de indiferencia respecto de los demás, proclives ambas a la admisión de respuestas sociales duras frente a toda situación riesgosa, extraña o meramente inesperada. Luego, fácil resulta señalarle desde la tribuna política o desde el difusor de horrores de la televisión las supuestas debilidades de la ley penal y promover reformas que suelen agotarse en la agravación de las escalas punitivas y en la restricción de las excarcelaciones bajo proceso.

VI. Con ese telón de fondo, considero ilusorio recaer actualmente en posturas lisa y llanamente abolicionistas. En cambio, encuentro propicio ratificar el valor táctico del garantismo de Ferrajoli y del minimalismo de Christie, no en tren de legitimar al sistema penal sino en aras a la reducción de la violencia ínsita en sus inequitativos procesos de criminalización primaria y secundaria, con rumbo a la meta –aun remota– de su extinción.

Con tal propósito y en directa alusión al tema que nos convoca, no es utópico proyectar reformas legales que introduzcan un amplio elenco de procedimientos diferentes al ordinario, muchos de los cuales se encuentran vigentes en los ordenamientos de diversos países europeos y latinoamericanos. Además de la suspensión del proceso a prueba (*diversion*), sabiamente consagrada por el legislador penal argentino mediante la incorporación de los artículos 76 *bis*, *ter* y *quater* del Código Penal, corresponde incluir vías alternas de solución de los conflictos, tales como la mediación, la reparación y la conciliación, obviamente acompañadas, reguladas y controladas en su planteo, decisión y ejecución, para aventar los comprensibles temores acerca de la infausta reproducción de las inequidades del todo social en ese ámbito.

En un segundo plano, para aquellos casos en que correspondiera mantener el rito convencional, por la propia entidad de la materia justificable o por fracaso de las vías precedentemente señaladas, cuadra mencionar, a guisa de mero ejemplo, una relevante cantidad de respuestas sociales diferentes de la crasa imposición de la privación de la libertad ambulatoria, menos disfuncionales a los fines declarados y más humanas: las medidas patrimoniales, entre las que se cuentan las penas pecuniarias; las medidas impeditivas de los beneficios obtenidos

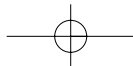
por el delito (confiscación e inversión de la carga de la prueba respecto de la titularidad de bienes); la caución de buena conducta; la desaprobación verbal del comportamiento del delincuente, conocida como amonestación o reprensión judicial; las medidas paradetentivas, tales como el arresto en lapsos no laborables (fines de semana, feriados, vacaciones); la semidetención u obligación de transcurrir en encierro un cierto número de horas por día; el arresto domiciliario o libertad controlada; la pena de trabajo de pública utilidad, en condiciones que no la tornen infamante; y las medidas interdictivas, que vedan al individuo desempeñar determinadas funciones o actividades cuyo ejercicio se vincula con el delito cometido, tales como su prohibición o suspensión, retiro de licencia o concesión, etcétera.

Ese catálogo de reacciones estatales es de creación y habilitación perfectamente posible y con ello se reduciría grandemente la envergadura de cualquier sistema penal.

VII. Comenzamos esta labor aludiendo al origen y consolidación de las penalidades de encierro como un subproducto del proceso de emergencia de la organización política y social que conocemos como capitalismo. Corresponde clausurarlo recordando a esa misma raíz histórica y meditando acerca de su ulterior desarrollo hegemónico.

En una época signada por la creciente concentración de las riquezas, el consumismo voraz y la tendencia al pensamiento único, así como por la correlativa fragmentación social y la pérdida de solidaridad, recalamos en una reflexión común a todo observador neutral del fenómeno del delito, su génesis y su hipotética reducción: “un gran número de problemas podrían haber sido prevenidos poniendo mayor énfasis en el bienestar social”²¹.

²¹ Christie, *Una sensata cantidad de delito*, cit., p. 179.



La culpabilidad compartida como principio mitigador de la ausencia de efectivización de los derechos humanos fundamentales*

Cláudio Alberto Gabriel Guimarães**

I. Introducción

“Trazar el horrible cuadro de los delitos, triste tarea para mi pluma. Ante tantas bajezas, picardías, maldades, traiciones, barbaries y atrocidades de que son capaces los hombres, ¡qué alma honrada no se llena de indignación! ¡Qué alma sensible no se estremece de asombro! Sin embargo, ¡es más horrendo el cuadro de las iniquidades que se cometen al amparo del sagrado nombre de las leyes! No hablemos aquí de la cámara ardiente, del consejo terrible (vengativo) y de tantos otros tribunales de sangre que hicieron en otras ocasiones estremecer a la naturaleza”¹.

Zaffaroni² atribuye a Jean Paul Marat, médico y periodista nacido en Suiza el 24 de mayo de 1743³, la génesis de las ideas sobre “culpabilidad” o “culpabilidad compartida”⁴.

* Traducción de Karina Patricio, revisada por Maximiliano E. Postay. Cuando se menciona la existencia de traducciones castellanas de libros citados por el autor, se lo hace de manera meramente orientativa. Las aclaraciones consideradas oportunas se han incluido entre corchetes. Asimismo, los pasajes textuales citados por el autor se han traducido directamente del presente.

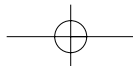
** Fiscal del Estado de Maranhão. Coordinador estadual de la Asociación Brasileña de Profesores de Ciencias Penales (ABPCP). Socio fundador del Instituto Panamericano de Política Criminal. Especialista en Derecho, Estado y Sociedad por la Universidad Federal de Santa Catarina. Especialista en Docencia Superior por el Centro Universitario de Maranhão (UNICEUMA). Mágister en Derecho Público por la Universidad Federal de Pernambuco. Doctor en Derecho Público por la Universidad Federal de Pernambuco con orientación en Derecho Penal. Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina con orientación en Criminología. Investigador del CNPq. Profesor Adjunto de la Universidad Federal de Maranhão.

¹ Marat, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 61.

² Zaffaroni, E. Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2000, y *Direito penal brasileiro. Teoria geral do Direito Penal*, Revan, Río de Janeiro, 2003.

³ Para más información sobre la vida de Marat, véase Marat, Jean Paul, *Plan de legislación criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

⁴ Según Rivacoba y Rivacoba, Manuel de, “Estudio preliminar: Marat o el pensamiento revolucionario en derecho penal”, en Marat, *Plan de legislación cri-*



Más de dos siglos después, las ideas de Marat han ganado adhesión y, de manera paulatina, se están transformando en un principio fundamental de aplicación de la dosimetría penal, así como –aunque en forma incipiente– en causal de no punibilidad.

La moderna doctrina existente alrededor de la temática es de por sí muy expresiva. El presente texto no pretende agotar la discusión, sino recomendar al lector la abundante bibliografía disponible sobre el asunto.

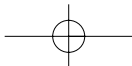
Además, pendientes de tales innovaciones y con el objeto de expandir la aplicación de dicho principio, creemos que el camino para lograr tal objetivo pasa por investigar los límites de la ley en el ámbito de su efectividad. Dicho de otro modo, es necesario confrontar el alcance de las normas que disponen sobre derechos y garantías fundamentales con el de las normas punitivas.

Es un hecho pacífico que la ley no puede cumplirse de manera intermitente⁵, al compás de las conveniencias –más allá de la naturaleza de estas–, dado que la legalidad –para que se concrete en el Estado de derecho– debe ser total, por lo que no es admisible que solamente una parte del ordenamiento se cumpla.

minal, cit., p. 21); en sus obras, Marat siempre buscó demostrar las contradicciones existentes en las ideas que sostenía el despotismo ilustrado, dado que pretendían lograr el progreso social sin enfrentar el grave problema de las estructuras sociales fundadas en la explotación del campesinado miserable.

⁵ Es importante transcribir el sumario del Fallo 70029175668, del TJRS [Cámara de Apelaciones del Estado de Rio Grande do Sul]: Robo agravado. Condena: se mantiene ante la solidez probatoria. Atenuante: es posible mantener la pena inferior a la mínima (el artículo 65 del Código Penal dice siempre, y siempre es siempre, lástima que nunca lo sea). Agravante por uso de arma: se excluye por la inexistencia de pruebas acerca de la potencialidad ofensiva del aparato. Establecimiento carcelario: al condenado *únicamente* se lo alojará en un establecimiento carcelario que cumpla rigurosamente los requisitos que impone la legalidad (Ley de Ejecución Penal). Legalidad: no se admite, en el Estado Democrático de Derecho, que la ley se cumpla solamente en perjuicio del ciudadano y se evada cuando lo beneficie. Misión judicial: hacer cumplir, mal que les pese a algunos, los derechos de la persona; sea esta quien fuere y cualquiera sea el delito que haya cometido.

Por unanimidad, hicieron lugar parcialmente a la apelación para reducir la pena del acusado. Por mayoría, determinaron que el condenado cumpla la pena en su domicilio mientras no haya un establecimiento que reúna los requisitos de la LEP. Vencido el Relator [magistrado encargado de exponer a los otros jueces de la misma sala o tribunal los fundamentos de las cuestiones sometidas a juicio], que disponía la suspensión del dictado del mandato de prisión mientras no haya un establecimiento que cumpla tales requisitos.



En la esfera del derecho penal, las intermitencias antes mencionadas causan daños irreparables a la configuración del Estado Democrático de derecho, por lo que deben, en la medida de lo posible, ser subsanadas de manera inmediata. Ello porque no es razonable que el primer contacto del ciudadano con el Estado se dé en el campo del derecho penal, y no en el amplio campo del derecho constitucional, en que se hacen efectivos los derechos fundamentales allí expresados y, por ende, reconocidos.

De este modo, es en el campo axiológico donde la discusión que traemos a colación debe darse.

Hechas las consideraciones anteriores, es fácil percibir que se busca vincular la culpabilidad compartida con la ineficiencia estatal en proveer a los ciudadanos sus derechos fundamentales básicos, es decir, se procuran desarrollar argumentos científicos que posibiliten una aplicación concreta del instituto como forma de observar y preservar tales derechos y, en consecuencia, rescatar el verdadero sentido de la hasta el momento controvertida expresión “Estado democrático de derecho”. Este es el desafío del presente texto.

II. La legitimación del *ius puniendi* estatal⁶

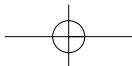
Según los escritos contractualistas, así como los de los autores sobre los que tuvieron alguna influencia, se justifica la existencia del Estado en la necesidad de mantener una convivencia armónica entre las personas que componen el cuerpo social, la cual tiene como punto de referencia al bien común⁷.

En síntesis, corresponde al Estado mantener la paz y la armonía social, que se logrará mediante la disciplina o control social, cuyo principal instrumento es el derecho legislado⁸.

⁶ Tema desarrollado en profundidad por Guimarães, Cláudio Alberto Gabriel, “A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites no século XXI”, en *Espaço Jurídico*, t. 1, Nº 1, enero-junio de 2008.

⁷ Para entender el asunto es imprescindible la lectura de Hobbes, Thomas, *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, trad. al portugués de Alex Marins, Martin Claret, San Pablo, 2006; Locke, John, *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*, trad. al portugués de Magda Lopes y Marisa Lobo da Costa, Vozes, Petrópolis, 1994, y Rousseau, Jean Jacques, *Do contrato social ou princípios de direito político*, trad. al portugués de Pietro Nassetti, Martin Claret, San Pablo, 2001.

⁸ Sobre la teoría del Estado, Heller, Hermann, *Teoria do Estado*, trad. al portugués de Lycurgo Gomes da Mota, Mestre Jou, San Pablo, 1968, y Chatelet, François y Pisier-Kouchner, Evelyne, *As concepções políticas do século XX. História*



Dicho esto, afirman los estudiosos de la teoría del Estado que todos los medios deben estar disponibles para la concreción de dicho fin, siempre y cuando sean legítimos –y en este punto se crea una peligrosa sinonimia entre legalidad y legitimidad–, por lo que el derecho penal se habilita como el medio más extremo para tal desiderátum⁹.

A partir de este rasgo del pensamiento iluminista tuvo inicio, en forma sistematizada, la elaboración de teorías que legitiman la aplicación de puniciones a los seres humanos. A los efectos de una simplificación pedagógica, estas pueden trazarse, de manera sincrónica, desde el desarrollo de las teorías de carácter retributivista –cuyos mayores exponentes fueron Kant y Hegel– hasta las teorías funcionalistas –prevención general positiva–, cuyos representantes más conocidos en Brasil son Gunter Jakobs y Claus Roxin¹⁰. Asimismo, en ese ínterin se desarrollaron, ya sea aislada o simultáneamente, estudios teóricos sobre las teorías de la intimidación, neutralización y resocialización, donde algunos autores optaron por el sincretismo teórico y crearon las teorías mixtas.

No obstante el esfuerzo que realizan, entendemos que todas las teorías que intentan legitimar el *ius puniendi* estatal se pueden contrarrestar fácilmente, en virtud de un hecho muy sencillo: el de que son apriorísticas, es decir, buscan legitimarlo con base en un hecho preconcebido e irrefutable, el delito cometido.

Las teorías de la pena jamás han suscitado ninguna discusión sobre las razones por las que se eligen determinados comportamientos para que constituyan tipos penales, como tampoco han discutido seriamente las relaciones entre violencia delictiva y violencia estructural. De este modo, prevaleció como teoría básica fundamental del derecho punitivo la longeva –y absolutamente superada– ideología de la defensa social¹¹.

do pensamento político, trad. al portugués de Carlos Nelson Coutinho y Leandro Konder, Zahar, Río de Janeiro, 1983.

⁹ Ver Pasukanis, Eugene B., *A teoria geral do direito e o marxismo*, trad. al portugués de Paulo Bessa, Renovar, Río de Janeiro, 1989.

¹⁰ Sobre las teorías de la pena, véase Guimarães, Claudio Alberto Gabriel, *Das (dis)funções da pena privativa de liberdade no atual sistema repressivo penal brasileiro*, Lusíada, Coimbra, N° 1 y 2, ps. 27-44, 2001; y *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*, 2ª ed., Revan, Río de Janeiro, 2007.

¹¹ Sobre este tema, resulta imprescindible leer a Baratta, Alessandro, *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*, trad. al portugués de Juarez Cirino dos Santos, 2ª ed., Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1999; Andrade, Vera Regina Pereira de, *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, Puerto Alegre, Livraria do Advoga-

Existe, pues, incontestablemente, un enorme déficit de legitimación en el universo punitivo del Estado, el cual lo acerca, en pleno siglo XXI, mucho más al modelo del Leviatán de Hobbes que al Estado constitucional y democrático de derecho, tan difundido a nivel abstracto por la mayor parte de la doctrina referida al tema.

De este modo, si tomamos como referencia la dicotomía existente entre ambos tipos de violencia –la delictiva y la estructural¹²–, resulta imperioso elaborar otros fundamentos para el ejercicio del poder punitivo que le propicien un mínimo de legitimación. Para ello, se deberán tener en cuenta, de manera inexorable, las intermitencias legislativas, es decir, la aplicación de solo una parte del ordenamiento jurídico por el Estado.

Anticipándonos a la comisión del hecho típico, la cual desencadena, en el espacio de selección de los vulnerables, el *ius persecuendi* y el *ius puniendi* estatal, debemos analizar las posibilidades de igualdad en los puntos de partida¹³. Dicho de otro modo, para que el Estado pueda punir de manera justa y legítima, se hace necesario que todos los ciudadanos hayan tenido, en el punto de partida, las mismas oportunidades. Ratificamos que el ciudadano no puede tener su primer contacto con el Estado en el banquillo de los acusados en un proceso penal.

do, 1997; *Sistema penal máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*, Livraria do Advogado, Puerto Alegre, 2003; y Guimarães, Claudio Alberto Gabriel, *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*, 2ª ed., Revan, Río de Janeiro, 2007. Según Francisco Muñoz Conde, *Direito penal e controle social*, trad. al portugués de Cíntia Toledo Miranda Chaves, Forense, Río de Janeiro, 2005, p. 31: “La tesis del derecho penal como derecho igualitario y de la pena como prevención integradora del consenso es insostenible en un modelo de sociedad basado en la desigualdad y en la explotación del hombre por el hombre”.

¹² El mismo Bobbio, Norberto, *Nem com Marx, nem contra Marx*, trad. de Marco Aurélio Nogueira, UNESP, San Pablo, 2006, p. 267, conocido positivista, en una carta escrita a Alessandro Baratta reconoce: “Confieso que ni siquiera puedo entender bien qué significa ‘teoría materialista del desvío’. Si significa que en el estudio de los comportamientos desviados se deben tener en cuenta las condiciones materiales, en el interior de las cuales actúa el sujeto desviado, desafío a que sea posible encontrar un estudio del desvío que no esté de acuerdo con eso”.

¹³ Ver Bobbio, Norberto, *Direita e esquerda: razões e significados de uma distinção política*, trad. al portugués de Marco Aurélio Nogueira, UNESP, San Pablo, 2001, p. 22, para quien “se afirma que no hay ningún programa político que no haga referencia a alguna forma de igualdad, ya sea la igualdad de puntos de partida, oportunidades, rendimientos, resultados y demás. Pero fui yo mismo quien escribió: ‘¿Qué doctrina política no tiene que ver, en mayor o menor medida, con la igualdad?’”.

La igualdad en los puntos de partida puede entenderse como igualdad de oportunidades, esto es, todos deben tener un amplio acceso a los derechos fundamentales que se corporizan en la concretización de la dignidad de la persona humana desde el inicio de la vida.

Es de fundamental importancia reconocer que todos los ciudadanos deben tener el derecho a una familia estructurada, en la que el Estado debe garantizar el acceso –lo reiteramos– desde el inicio de la vida a un nacimiento y desarrollo dignos y, posteriormente, a la enseñanza primaria, secundaria, profesional y superior –todas ellas de calidad–, para que puedan elegir, en especial en lo que se refiere al pacto de legalidad, como ciudadanos aptos para tal tarea¹⁴.

Así, pues, vivienda, salud, alimentación, educación y trabajo son derechos humanos fundamentales a los que todos, sin excepción, deben tener acceso, en todas las etapas de su vida, para que la igualdad de puntos de partida se preserve y, de este modo, el Estado pueda exigir los deberes correspondientes a quienes tuvieron garantizados tales derechos.

III. El derecho penal a pesar del derecho penal

La comprobación empírica –reiterada a lo largo de innumerables investigaciones académicas¹⁵ en las más diversas áreas de investigación científica– de que la selectividad, la estigmatización y el funcionamiento casi totalmente simbólico del sistema penal, como también, y en consecuencia de ello, de la imposibilidad de lograr las funciones atribuidas a las penas; nos terminan demostrando el fracaso total del derecho penal como forma de control social o, al menos, nos alertan

¹⁴ Es importante subrayar el necesario avance del concepto de ciudadanía, ya delineado por la doctrina de vanguardia. De este modo, la ciudadanía, mediante tal superación, va adquiriendo paulatinamente una nueva dimensión e incorporando en su interior otros derechos distintos a los electorales, tales como los derechos políticos, económicos, culturales, sociales, difusos y colectivos, entre otros. Asimismo, adquiere una dimensión colectiva de tal magnitud que va más allá del individuo atomizado –un resquicio liberal– para convertirse en una ciudadanía plural, con formas de expresión múltiples y heterogéneas, hecho que trae aparejada la posibilidad permanente de su reinención; Andrade, Vera Regina Pereira de, *Ciudadanía: do direito aos direitos humanos*, Acadêmica, San Pablo, 1993, ps. 126-134.

¹⁵ Ver Castilho, Ela Wiecko V. de, *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional: Lei n. 7492, de 1/6/86*, Del Rey, Belo Horizonte, 2001, y Guimarães, Claudio Alberto Gabriel, “As variáveis socioeconômicas como pressupostos para a efetiva criminalização no sistema penal brasileiro”, Informe de investigación financiada por CNPQ y FAPEMA, 2009.

que ese tipo de control social no es el más apto para regular las relaciones que se dan en la vida del y en el planeta¹⁶.

En virtud de lo antes expuesto, y poniendo de relieve el hecho de que el derecho penal no puede considerarse el principal medio de control social, los criminólogos críticos han desarrollado trabajos que sostienen la utilización del derecho punitivo a pesar del derecho punitivo, es decir, la utilización de la cárcel a pesar de la cárcel¹⁷, resaltando el carácter subsidiario del *ius puniendi* estatal y fortaleciendo la idea de un derecho penal mínimo y garantista¹⁸.

En primer lugar, en el tope de las prioridades sociales deben figurar los derechos humanos, preferentemente antes que el derecho punitivo sea llamado a intervenir, dado que si los derechos sociales fundamentales¹⁹ son reconocidos y aplicados²⁰ de manera efectiva, al

¹⁶ Ver Zaffaroni, E. Raúl, *En torno de la cuestión penal*, Colección “Maestros Del Derecho Penal”, t. 18, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2005; y *O inimigo no direito penal*, Revan, Río de Janeiro, 2007.

¹⁷ Ver Baratta, Alessandro, “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 10, 1987; y Aniyar de Castro, Lola, “La Criminología crítica en el siglo XXI como criminología de los derechos humanos y la contrarreforma humanística o las teorías criminológicas no son inocentes”, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Nº 76, San Pablo, enero-febrero de 2009. Muñoz Conde, Francisco, *Direito penal e controle social*, trad. al portugués de Cíntia Toledo Miranda Chaves, Forense, Río de Janeiro, 2005, p. 33: “Mientras exista el derecho penal, y en las actuales circunstancias parece que lo habrá ‘por mucho tiempo’, es necesario que alguien se dedique a estudiarlo y analizarlo de manera racional para, de este modo, convertirlo en un instrumento de cambio y progreso hacia una sociedad más justa e igualitaria, denunciando no sólo sus contradicciones, sino también las del sistema económico que lo condicionan”.

¹⁸ Ver Ferrajoli, Luigi, *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*, trad. al portugués de Ana Paula Zomer *et al.*, RT, San Pablo, 2002.

¹⁹ Ver Gonçalves, Claudia Maria da Costa, *Direitos fundamentais sociais. Releitura de uma constituição dirigente*, Juruá, Curitiba, 2006, ps. 76-82, para quien: “Un hecho, sin embargo, merece destaque a partir de la normativa constitucional. Es decir, la garantía de la igualdad como posibilidad material para el ejercicio de las diferencias se ha convertido en el gran objetivo de la Carta Política de 1988”.

²⁰ Según Freire Júnior, Américo Bedê, *O controle judicial de políticas públicas*, RT, San Pablo, 2005, p. 83): “Es interesante observar que, ante la actuación parcial del Estado, tiene el individuo un nuevo derecho fundamental constitucional que ampara su pretensión, que consiste justamente en el principio de igualdad. Efectivamente, además del fundamento originario (por ejemplo, el derecho a la educación y la salud), hay otro fundamento, que también goza de jerarquía constitucional, que es el derecho a la igualdad de prestaciones. Si hay vacantes en la escuela primaria para Tício, debe haberlas también para Mélvio”.

control sociopenal le quedarían solamente las conductas que efectivamente ponen en riesgo la estabilidad del sistema republicano de gobierno. Ello configuraría un derecho penal de intervención mínima, cuya referencia para intervenir sería, al fin y al cabo, la magnitud del bien jurídico lesionado, la gravedad de la lesión y la necesidad de aplicar una sanción penal o, más precisamente, una pena.

Tal preocupación deriva de la incontestable relación entre los derechos humanos y el derecho penal, dado que a mayor incidencia del derecho punitivo, seguramente habrá menos prevalencia de los derechos humanos sociales básicos²¹.

Existe, pues, una clara inversión de prioridades. En verdad, en los tiempos modernos se le imputa al derecho penal la triste tarea de contener las nefastas consecuencias de las políticas elaboradas y llevadas a cabo por las teorías neoliberales²², es decir, su principal misión es controlar la miseria producida por la exclusión social que generaron dichas políticas, que se vienen ejecutando, de manera paulatina y creciente, en el área social y económica.

En síntesis, la propuesta de las vertientes criminológicas que se oponen a aquellas teorías que insisten en buscar los orígenes de la criminalidad en los criterios antropobiopsicológicos²³ –o, aun, que los consideran preponderantes en la génesis de la criminalidad– es minimizar la aplicación del derecho punitivo, así como –y principalmente– priorizar la efectivización de los derechos humanos sociales básicos –en una perspectiva anterior a la conflictuosidad delictiva– y garanti-

²¹ Ver la extensa obra de Wacquant, Loïc, “Inimigos cómodos: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa”, en *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*, año 5, N° 9 y 10, Río de Janeiro, 2000, ps. 121-127; *As prisões da miséria*, trad. al portugués de André Telles, Jorge Zahar, Río de Janeiro, 2001. Existe traducción castellana: *Las cárceles de la miseria*, trad. de Horacio Pons, Manantial, Buenos Aires, 2000; *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, Freitas Bastos, Río de Janeiro, 2001; “A tentação penal na Europa”, en *Discursos sediciosos. Crime, Direito e Sociedade*, año 7, N° 11, Río de Janeiro, 1 semestre de 2002, ps. 7-12; “A ascensão do Estado Penal nos EUA”, en *Discursos sediciosos. Crime, direito e sociedade*, año 7, N° 11, 1° semestre de 2002, Río de Janeiro, ps. 13-40; “Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal”, en *Cuadernos de crítica de la cultura*, N° 55, marzo-abril de 2003, Archipiélago; “De la esclavitud al encarcelamiento masivo”, en www.newleftreview.net/pdfarticles/spanish/nlr24703.pdf (consultada el 24/6/2003).

²² Ver Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda, “Atualizando o discurso sobre direito e neoliberalismo no Brasil”, en *Revista de Estudos Criminais*, N° 4, Puerto Alegre, 2001, ps. 23-35.

²³ Ver Mantovani, Fernando, *El siglo XIX y las ciencias criminales*, Themis, Bogotá, 2000.

zar el respeto a los derechos y garantías fundamentales de quienes han sido captados por el sistema penal.

Resulta absolutamente relevante aclarar que las teorías criminológicas críticas –al contrario de lo que, con ardid, sostienen quienes no se afilian a sus ideas– no defienden la impunidad y mucho menos la anarquía social, sino que reconocen la gravedad de determinadas situaciones conflictivas y, por consecuencia de ello, admiten la utilización del derecho penal como forma de control de dichas situaciones²⁴.

Y van más allá. Ponen de relieve la casi total invulnerabilidad de los delincuentes pertenecientes a los estratos sociales más privilegiados en la esfera de los “delitos de guante blanco”, advirtiendo sobre la gravedad de la lesión al tejido social que conllevan tales conductas. De este modo, pugnan por una reorientación de los focos punitivos, incluso los mediáticos, y por la elección de nuevas prioridades en materia de política criminal para que el sistema penal pueda captar los hasta el momento inalcanzables delitos políticos y económicos.

Es menester resaltar, sin embargo, que tanto para los delitos practicados con violencia directa contra el ser humano –contra la vida, el patrimonio y las costumbres, entre otros menos frecuentes–, que generalmente conciernen a las capas sociales menos privilegiadas, como en relación con los delitos de guante blanco –de violencia indirecta–, practicados por quienes, en general, ejercen el poder político o económico, son imprescindibles los derechos y garantías construidos a duras penas por el derecho penal liberal, inspirado en los ideales iluministas²⁵.

De manera coherente, las teorías criminológicas críticas rechazan rotundamente todas las teorías de derecho penal que tengan como objeto su expansión o recrudescimiento, tales como el derecho penal del enemigo²⁶, el derecho penal de dos o tres velocidades y la

²⁴ Por todos, Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, compilación in memoriam, Euros, Buenos Aires, 2004.

²⁵ Ver, por todos, Beccaria, Cesare, *Dos delitos e das penas*, Edipro, Bauru, 1993.

²⁶ En síntesis y como eje central, para Jakobs, Günther, “Derecho penal del enemigo. Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. 2, Edisofer, Buenos Aires, 2006, p. 96: “El derecho penal del enemigo plantea una revisión de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana, dado que “el vigoroso principio según el que, en los días de hoy, todos deben ser tratados como personas por el Derecho, como es de suponerse, necesita de una adenda: siempre y cuando ‘todos’ cumplan sus deberes o, de lo contrario, siempre que estén controlados, es decir, no

tolerancia cero, entre otras vinculadas con los movimientos de ley y orden²⁷.

Ante lo expuesto, a los fines de contener el poder punitivo y en virtud del inequitativo funcionamiento del sistema penal, así como de las consecuencias punitivas que ello genera, se intenta de manera infatigable crear mecanismos –que, preferiblemente, gocen de repercusión dogmática– fundados en principios de índole constitucional –ya sean implícitos o explícitos– que sean capaces de influenciar tanto en materia de configuración del delito como de dosimetría penal. Es decir, se deben desarrollar teóricamente institutos que excluyan la imputación –por exclusión del tipo, la antijuridicidad o la culpabilidad– o disminuyan la punibilidad²⁸.

IV. Fundamentos filosóficos y dogmáticos de la culpabilidad compartida

Es sabido que en un país de tradición positivista como Brasil y en virtud de los graves problemas políticos, sociales y económicos que acarrearán una creciente violencia estructural –y, por lo tanto, una escalada desenfrenada de la violencia delictiva–, las innovaciones que plantean cambios en la esfera del *ius puniendi* –en especial las que pugnan por su debilitamiento– y que no están expresamente previstas en la ley serán siempre blanco de una intensa oposición.

En el caso del principio objeto de estudio, cuyos cambios propuestos serán calificados, en el mejor de los casos, de modificaciones vanguardistas –y, seguramente, de sediciosos por los más conservadores–, es importante que los fundamentos para su aplicación sean concretos y seguros.

Además de toda la construcción axiológica que estructura y, en consecuencia, posibilita una aplicación del derecho penal más humana y garantista, filosóficamente nos podemos remontar a la teoría de

puedan resultar peligrosos (...) Parece claro que se debe distinguir entre un Derecho-postulado –con independencia de si resulta más o menos convincente–, o sea, un derecho-modelo, y la estructura real de una sociedad. El primero puede orientar el futuro y el ‘espíritu’, sin embargo, únicamente el segundo orienta el aquí y ahora”.

²⁷ Sobre la expansión del derecho penal, ver Cancio Meliá, Manuel y Jara Diez, Carlos Gomes (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, t. 1 y 2, Edisofer, Buenos Aires, 2006, ps. 1111 y 1173.

²⁸ Ver Tavares, Juarez, *Teorias do delito: variações e tendências*, RT, San Pablo, 1980; Muñoz Conde, Francisco, *Teoria geral do delito*, trad. al portugués y notas de Juárez Tavarés y Luiz Regis Prado, Fabris, Puerto Alegre, 1988, y Santos, Juarez Cirino dos, *A moderna teoria do fato punível*, 2ª ed., Revan, Río de Janeiro, 2002.

la naturaleza de las cosas, nacida en la Antigüedad, desarrollada por Tomás de Aquino, retomada por Montesquieu en la obra *El espíritu de las leyes* y por Marat en el compendio *Plan de legislación criminal y*, más modernamente, ampliada por autores como Savigny e Ihering, entre otros²⁹.

La teoría filosófica de la naturaleza de las cosas, en una breve síntesis, sostiene que las puciones no pueden y no deben ser iguales para todas las personas, aunque estas hayan cometido el mismo delito. Por el contrario, con el fin mayor de alcanzar la justicia y la libertad, propugna que, en caso de ser necesarias, las penas deben aplicarse con base en las particularidades de cada caso concreto y las circunstancias específicas que lo involucran, es decir, la naturaleza de las cosas.

Dogmáticamente, los estudios que sobresalen en este campo son los que ha desarrollado Claus Roxin, quien plantea la inserción de institutos de política criminal en el ámbito de la dogmática penal, cuyo paroxismo consiste en sostener que aunque el hecho sea típico, anti-jurídico y culpable, la pena solo deberá aplicarse cuando sea absolutamente necesaria³⁰.

²⁹ Ver Rivacoba y Rivacoba, "Estudio preliminar: Marat o el pensamiento revolucionario en derecho penal", cit., p. 41: "Este igualitarismo penal, basado en una concepción identitaria, no diferenciadora, de la condición humana, y, por ende, en una concepción homogénea, no estratificada de la sociedad, es un igualitarismo, pues, de principio, que no excluye, sino que admite y aun requiere la estimación de las circunstancias en que está situado el sujeto y que de consiguiente atenúan o agravan en los distintos casos su responsabilidad, y fue, más que deformado, desnaturalizado por el ingenuo radicalismo revolucionario, de los códigos franceses de 1791 y 1795, con su sistema de penas únicas y fijas para cada especie delictiva, sin tener en cuenta para nada las particulares realidades que graviten sobre el agente".

³⁰ Ver Roxin, Claus, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Reus, Madrid, 1981; *Derecho penal. Parte general*, t. I., trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 1997; *Problemas fundamentais de Direito Penal*, trad. al portugués de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, 3ª ed., Vega, Lisboa, 1998; "El proceso penal y los medios de comunicación en el derecho alemán", en Simón Bello, Carlos y Rosales, Elsie (comps.), *Libro homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1998; *Política criminal e sistema jurídico-penal*, trad. al portugués de Luís Greco, Renovar, Río de Janeiro, 2000, y *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; quien sostiene que "la responsabilidad penal presupone siempre dos requisitos: la culpabilidad del autor y, además, la necesidad

Así las cosas, entendemos que toda la doctrina –ya sea en el ámbito de la filosofía o en el dogmático– que analiza de manera crítica los fines atribuidos a las penas y presupone *ab initio* la necesidad de aplicarlas, puede servir como sustrato para desarrollar y aplicar el principio de la culpabilidad compartida.

V. La mitigación del poder punitivo estatal

Varias han sido las creaciones doctrinarias que, como lo expresamos anteriormente y por los más diversos motivos, propugnaron una retracción del poder punitivo.

Una amplia doctrina y jurisprudencia consolidan la aplicación de los principios de intervención mínima, subsidiariedad, insignificancia y proporcionalidad, entre tantos otros.

Sin embargo, no obstante la existencia, el reconocimiento y la relevante aplicación de los principios antes nombrados, todavía es necesario ampliar el abanico de institutos que debiliten el derecho punitivo, en virtud de la falta de legitimidad de que goza la utilización del derecho penal como forma de control social –tanto en la esfera de sus postulados básicos, tales como los inalcanzables principios de la igualdad y la legalidad, como también en la esfera social–, en la que el primer contacto del Estado con el ciudadano ocurre en la esfera punitiva (ciudadanía negativa), dado que los derechos a la educación, salud, vivienda, trabajo y habitación –en suma, el derecho a una vida digna– son objeto de usurpación por el mismo Estado, que niega a sus súbditos el reconocimiento de sus derechos sociales fundamentales, o sea, el acceso a la ciudadanía positiva.

En virtud de los conceptos antes vertidos, se encuentra en desarrollo doctrinario –y ha tenido incluso resonancia en la jurisprudencia de vanguardia– el principio de la coculpabilidad³¹.

Parte de la doctrina concibe tal principio como aquel por el cual se comparte la culpabilidad entre el agente transgresor, la sociedad³²

preventiva general o especial de punirlo. De este modo, la culpabilidad y la prevención se limitan recíprocamente: las necesidades preventivas jamás pueden dar lugar a la punición donde no hay culpabilidad. Pero la culpabilidad de una persona, de igual forma, no es suficiente para legitimar la pena, siempre que esta no sea indispensable desde el punto de vista preventivo”.

³¹ Por todos, ver Gomes, Luis Flávio y Pablos de Molina, Antonio García, *Direito Penal: parte geral*, t. 2, RT, San Pablo, 2007; Zaffaroni, Alagia y Slokar, *Direito Penal brasileiro. Teoria geral do Direito Penal*, citado.

³² Cfr. Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; Carvalho, Salo de, *Aplicação da pena e garantismo*, 2ª ed. ampliada, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2002; Rodri-

y el Estado, siendo estos últimos los responsables de las injusticias sociales, políticas y culturales que acarrearán la desigualdad económica y, consecuentemente, fulminan la posibilidad de que haya igualdad en la superación de los percances cotidianos. Por ello, no sería razonable exigir a todos, en la misma medida, un comportamiento conforme a la ley y a los intereses generales de la sociedad.

La culpabilidad, así entendida, como reprochabilidad de la conducta delictiva, sería directamente proporcional a las oportunidades materiales, sociales y culturales a las que el transgresor haya tenido acceso para realizarse como ser humano honrado y comportarse de acuerdo con los mandatos y prohibiciones afectos al control social formal. Deriva de ello la concretización de un *mea culpa*, cuyo principal objeto es atenuar el derecho de castigar que el Estado ejerce en nombre de la sociedad³³.

Con el fin de aumentar la objetividad en la aplicación del principio en estudio, proponemos, en la esfera de los delitos perpetrados sin efectiva violencia contra la víctima, cuando efectivamente se detecte en autos –tras el debido proceso legal– la vulnerabilidad extrema o *extremofilia*³⁴ del penalizado y su carácter de delincuente primario;

guez, Cristiano, *Teorias da culpabilidade*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2004; Castro, Carla Rodrigues Araújo de, “Co-culpabilidade”, en *Revista do Ministério Público do Estado do Río de Janeiro*, N° 21, enero-junio de 2005; y Moura, Grégore Moreira de, *Do princípio da co-culpabilidade*, Impetus, Niterói, 2006.

³³ Según Houed, Mario, “A chamada ‘co-culpabilidade’”, en www.cienciaspenales.org/REVISTA%2015/houed15.htm (acceso el 10/5/2009): “Toda persona actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación dado. Por mejor organizada que esté una sociedad, siempre habrá quien esté en peores condiciones que otros y no sería justo que al momento de reprocharle la culpabilidad también deba cargar con las causas sociales que de alguna manera determinaron su conducta. Se dice que hay una “co-culpabilidad” de la sociedad misma, con la cual debe cargar al momento del reproche al sujeto que realizó la conducta”.

³³ Carvalho, *Aplicação da pena e garantismo*, cit., p. 74, es categórico: “La precaria situación económica del imputado debe priorizarse como circunstancia atenuante obligatoria al momento de la conminación de la pena”.

³⁴ Para profundizar este tema, ver Bomfim, Urbano Félix Pugliesi do, *Uma correção ao sentido do princípio da intervenção mínima no Direito Penal*, disertación de maestría presentada en el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Bahía, 2009, p. 69, quien afirma que “los extremófilos son los seres en los cuales el Estado no podrá utilizar el sistema penal, por ser demasiado débiles para que se utilice la violencia estatal como control social. Los seres muy débiles, que apenas sobreviven y viven en situaciones extremas, se convierten en extremófilos, y la violencia estatal no podrá alcanzarlos. Ello porque el mundo penal segu-

que la pena no se aplique, no como *mea culpa* del Estado y de la sociedad, sino como forma objetiva de compensar la omisión estatal en cumplir la totalidad de las leyes.

La aplicación del principio de culpabilidad compartida aquí propuesta quedaría adscripta, por lo tanto, exclusivamente a una manera de mitigar la intermitencia estatal en cumplir los dispositivos legales. Consistiría en un ajuste de cuentas entre el Estado y el ciudadano en que se excluye, en el campo objetivo, a la sociedad.

De este modo, el Estado –representado por el órgano jurisdiccional y el Ministerio Público– reconoce que el penalizado no tuvo acceso a los derechos sociales mínimos que garantizarían su dignidad como persona humana, por lo que deja de aplicarle la pena y lo destina a programas públicos de inclusión social. Ello a los fines de que el primer contacto entre el Estado y el ciudadano se dé en el ámbito de la ciudadanía positiva –la que reconoce derechos– y no en el de la punición –la ciudadanía negativa–, cuyo objetivo es restringir todavía más los pocos derechos que ejercen los extremófilos.

No es de buen tono suprimir aún más lo que no representa lo mínimo esencial, y eso es lo que ocurre cotidianamente en sede de derecho punitivo, el cual tiene hoy un alcance casi totalmente adscripto al control de la miseria y de los miserables, o sea, ante las consecuencias de la exclusión social la mejor solución es la prisionalización³⁵.

Así las cosas, funcionaría la culpabilidad compartida como un verdadero principio neutralizador de la selectividad que atraviesa el funcionamiento del sistema penal. Aunque quedaran captados por las

ramente los captará. Es decir, serán punidos por instancias no formales –o formales– por la misma situación singular en que viven y por estar incluidos en un ambiente de extrema vulnerabilidad”.

³⁵ Según Barroso, Luis Roberto, “Entrevista concedida al sitio Consultor Jurídico”, en www.conjur.com.br (consultada el 25/5/2009): “El sistema penitenciario en Brasil es degradante. Es tan perverso mandar a alguien a este sistema que los jueces con sensibilidad social buscan los caminos más diversos en términos de interpretación jurídica para no tener que condenar a nadie a prisión. Mandar a alguien al sistema penitenciario es casi como perderlo para la vida civilizada. A esta persona no solamente se la condena a dos años de prisión, sino también a la inmundicia, la violencia sexual, las enfermedades. Si este sistema no se perfecciona, lo que vamos a tener es la actitud casi moral del juez de solo mandar al sistema a quienes no tienen ninguna posibilidad de salvarse. Las personas condenadas a penas privativas de la libertad deben cumplir penas privativas de la libertad, y no penas de violencias físicas”.

instancias iniciales del sistema, una vez caracterizada la extremofilia en el ámbito del debido proceso legal, esta operaría como causal de no punibilidad.

VI. Consideraciones finales

La inercia es la peor de las actitudes –o de la falta de ellas– que se puede configurar entre el Estado y el ciudadano cuando está en juego la efectivización de los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente.

Los ciudadanos no pueden quedar a merced de las contingencias político-económicas para ver consolidado lo mínimo existencial que se le debe a cada uno.

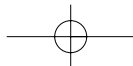
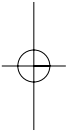
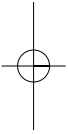
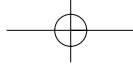
Resulta claramente perceptible que, en los tiempos que corren, la respuesta del Estado a un considerable sector de la población –quizá su mayoría– ante la falta de efectivización de lo previsto legalmente como derechos sociales básicos, es el incremento de las medidas punitivas.

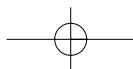
Es un hecho incontestable el achicamiento del Estado social y la inflación del Estado policial y penal, consecuencia directa de determinadas políticas adoptadas en el ámbito del neoliberalismo.

Así las cosas, y partiendo del presupuesto según el cual el derecho penal debe funcionar como un dique de contención al *ius puniendi* estatal, es necesario dar efectividad a mecanismos que puedan lograr tal desiderátum, es decir, que se constituyan como un real debilitante de la saña punitiva estatal.

No tenemos duda de que el desarrollo doctrinario sobre el principio de la culpabilidad como atenuante genérica o, según lo abordado por nosotros, de la culpabilidad compartida como causal de no punibilidad, es un camino que vale la pena recorrer.

En síntesis, mientras no se cumplan de manera efectiva los derechos sociales básicos que garanticen a los ciudadanos la igualdad en los puntos de partida en el ámbito de la competitividad en sociedad –al menos en la esfera de los delitos cometidos sin violencia física real contra la persona–, el Estado estaría impedido de ejercer el *ius puniendi*, como forma de compensar su omisión en hacer valer toda la legislación concerniente al reconocimiento y supresión de derechos.





Reducción de daños y descriminalización: el caso del tráfico de drogas ilícitas

Damián Zaitch*

I. Introducción

A pesar del creciente apoyo social y político frente a las políticas e intervenciones de reducción de daños¹ hacia los consumidores de drogas² y, en menor medida, los productores de plantas ilícitas³, el tráfico de drogas ilícitas sigue siendo considerado por sociedades y estados como un campo propicio donde llevar adelante intervenciones represivas. Ya sean de tipo penal, policial, administrativo o militar, estas intervenciones pretenden básicamente reducir la oferta, incautar sustancias y capturar traficantes.

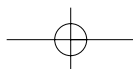
Los discursos, pero sobre todo las prácticas dominantes en materia de drogas ilícitas a nivel local, nacional o global, parecen combinar ambas posiciones como si fueran realmente complementarias o incluso compatibles. Cuando se analizan dichas prácticas en lugares y contextos tan dispares como Estados Unidos, Holanda, Argentina, Suecia, Irán, Bolivia o China, aparece claro que no es ya el prohibicionismo, sino la combinación selectiva de prohibicionismo/represión del tráfico *con* reducción de daños/ayuda social y sanitaria al consumidor, lo que realmente caracteriza al régimen mundial dominante en materia de drogas ilícitas. Con mayores o menores niveles de reconocimiento

* Instituto Willem Pompe de Derecho Penal y Criminología, Universidad de Utrecht, Países Bajos.

¹ Entendidas como las políticas e intervenciones públicas orientadas a reducir los efectos perjudiciales (daños y riesgos) en los campos de la producción, tráfico y uso de drogas.

² Riley, Diane y O'Hare, Pat, "Harm reduction: history, definition and practice", en Inciardi, J. y Harrison, L. (eds.), *Harm reduction. National and international perspectives*, Sage, Londres, 2000.

³ Henman, Antony, "Harm reduction or harm aggravation? The impact of the developed countries. Drug policies in the developing world", en Heather, N. *et al.* (eds.), *Psychoactive drugs and harm reduction. From faith to science*, Whurr, Londres, 1993; Metaal, Pien *et al.*, "¿Coca sí, cocaína no? Opciones legales para la hoja de coca", en *Drogas y Conflicto, Documentos de Debate*, N° 13, Transnational Institute, Ámsterdam, 2006.



discursivo, formalización jurídica e intervención institucional, y desde agendas políticas diametralmente opuestas, existe un amplio consenso de que ambos enfoques serían necesarios para distintos actores o niveles del mercado.

Reducido al mundo del consumidor, el enfoque de reducción de daños ya forma parte de las prácticas oficiales dentro del marco prohibicionista, no ya como una alternativa crítica sino como un instrumento complementario, y en muchos casos legitimador, de la guerra a las drogas librada en los niveles de tráfico y producción.

Que muchos de los defensores del enfoque de reducción de daños sobre los consumidores de drogas –un grupo dispar que incluye desde funcionarios de todo calibre, presidentes de Estado de izquierda y derecha, hasta prácticamente todos los operadores de la salud– pidan o implementen más represión para los “narcotraficantes”, se fundamenta en algunos supuestos que merecen un análisis crítico.

En primer lugar, en una idea abstracta de “justicia” y un reconocimiento de víctimas y victimarios: consumidores y productores en el tercer mundo serían los sujetos más vulnerables, las víctimas del problema –para ellos, reducción de daños– mientras que los traficantes, actores más poderosos, serían sus victimarios –para ellos, más represión–. De más está decir que, en la práctica concreta, ni los consumidores más vulnerables son los que reciben más reducción de daños, ni los sujetos más poderosos en el tráfico, muchas veces actores legales, son los destinatarios de las penas más duras⁴.

Otro supuesto para legitimar políticas de “doble vía” es que los tres campos de producción, tráfico y consumo de drogas constituirían mundos social y geográficamente separados. Sin embargo, se trata de tres campos íntimamente relacionados entre sí a través de la economía global⁵. Las diversas conexiones existentes entre ellos –en términos de actores, de mercados, e incluso, de superposición geográfica– genera que, en muchos casos, las políticas sean contradictorias o que las repercusiones en un campo se hagan sentir inmediatamente en los otros. Así, por ejemplo, muchos de los “consumidores-traficantes” de crack y heroína en las calles de Rotterdam se ven excluidos de los pro-

⁴ Como lo demuestra de manera categórica una reciente investigación en la que se evidencia la enorme sobrecarga de las cárceles latinoamericanas por la criminalización masiva de consumidores y pequeños traficantes de drogas ilícitas (TNI/WOLA 2010).

⁵ Romaní, Oriol, “Globalización, anti-globalización y políticas de reducción de daños y riesgos”, en *Eguzkilo*. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, N° 19, ps. 91-103, 2005.

gramas que dispensan metadona o heroína. Otro ejemplo es el de las *favelas* brasileñas o *villas miseria* argentinas, en las que todo intento de reducir los daños alrededor del uso de pasta base en esos barrios choca abiertamente con las políticas de guerra militar y policial frente al tráfico en dichos territorios⁶. En tal sentido, las políticas frente al problema de las drogas deberían tener un carácter integral y no contradictorio si quieren abandonar el terreno de la política simbólica.

En tercer lugar, muchas de las prácticas que combinan represión y reducción de daños manejan la dicotomía “consumidor enfermo” (en general del Norte) versus “traficante delincuyente” (en general del Sur). En dicho paradigma, el enfermo y el delincuyente son tratados simplemente como dos versiones de un comportamiento social patológico: para uno la ayuda, para el otro la represión. Incluso desde visiones liberales o progresistas que conciben al consumidor de drogas como un sujeto activo y un ciudadano responsable con derechos, se ha aceptado en muchos casos no problematizar la cuestión de las políticas frente al tráfico por un problema puramente político: según el caso, no comprometer votos, ni apoyos políticos, ni ayudas financieras para los programas de reducción de daños.

Finalmente, la idea de reducción de daños aplicada solamente al consumo supone, en primer lugar, trabajar con una noción de daño reducida al plano “psicosociosanitario” en un nivel micro, y en segundo lugar, supone creer que los daños más graves relacionados con las drogas ilícitas y sus políticas se concentran a ese nivel. Un rápido repaso de la vasta investigación empírica de los últimos 30 años sobre las políticas frente a la producción, el tráfico y los mercados de drogas, dejan ver que es al nivel del tráfico de drogas donde se presentan y generan daños sociales enormes (micro y macro) de mucho mayor alcance y envergadura que los existentes alrededor del consumo.

Siguiendo un argumento esbozado por Nicholas Dorn hace algunos años⁷, esta contribución pretende indagar si, dentro del marco global prohibicionista, existen espacios, voluntades e incluso intereses (tanto desde dentro como desde fuera de las agencias de control) para avanzar hacia políticas e intervenciones frente al tráfico de drogas que se guíen por los principios de la reducción de daños.

⁶ Rangugni, Victoria; Rossi, Diana y Corda, Alejandro, *Informe pasta base de cocaína. Argentina 2005-2006*, Intercambios, Buenos Aires, 2006.

⁷ Dorn, Nicholas, “El concepto de reducción de daños en el marco internacional en relación con la producción, tráfico y uso de drogas: algunas cuestiones y problemas”, en *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, N° 16, 2002, ps. 105-110.

En términos criminológicos, la posible aplicación de un enfoque de reducción de daños sobre el tráfico de drogas ilícitas supone avanzar en varios terrenos y niveles del mercado con estrategias decriminalizadoras (ya sea aplicando principios de oportunidad, moviendo de sanciones penales a sanciones administrativas, o a través de decisiones judiciales) o despenalizadoras (legalizando y regulando áreas del mercado).

La primera parte de este trabajo tratará de reseñar los daños ocasionados alrededor del tráfico de drogas. Este ejercicio es indispensable si luego se quiere avanzar planteando algunos principios generales y propuestas concretas de intervención que extiendan la filosofía de reducción de daños al tráfico de drogas. El trabajo se cierra con una breve reflexión de cómo avanzar en dicha dirección.

II. Los daños del tráfico y de sus políticas

El “tráfico de drogas ilícitas” es una noción sumamente amplia que incluye el enorme abanico de prácticas, transacciones y actores involucrados entre los niveles de producción y consumo de drogas ilícitas. No es aquí el lugar de caracterizar la compleja naturaleza de los mercados de drogas, sobre la que existe una vasta literatura empírica y teórica⁸. En una reflexión sobre los daños y las políticas alrededor del tráfico es, sin embargo, importante realizar algunas distinciones en al menos tres aspectos: el nivel de mercado, la naturaleza económica de los actores y el estatus legal de las empresas involucradas. Respecto al mercado, podemos hablar de tres niveles importantes: importación-exportación, distribución mayorista y venta minorista al consumidor final (en algunos contextos conocida como *microtráfico* o *narcomenudeo*). Aunque en muchos casos esta separación es simplemente analítica, se trata de tres niveles con políticas e intervenciones específicas y con daños potenciales de distinto calibre. Otra distinción importante que debemos hacer es entre empresarios –jefes, personas que invierten capital y corren riesgos financieros– y empleados –pro-

⁸ Ver Pearson, Geoffrey y Hobbs, Dick, “Middle market drug distribution”, en *Home Office Research Study*, N° 227, Home Office, Londres, 2001; Zaitch, Damián, *Trafficking cocaine. Colombian drug entrepreneurs in the Netherlands*, Kluwer Law International, La Haya, 2002; Thoumi, Francisco, *El imperio de la droga. Narcotráfico, economía y sociedad en los Andes*, Planeta, Bogotá, 2002; Dorn, Nicholas; Levi, Michael y King, Leslie, *Literature review on upper level drug trafficking*, Home Office Online Reports 22/05, Home Office, Londres, 2005; van Duyne, Richard P. y Levi, Michael, *Drugs and money. Managing the drug trade and crime-money in Europe*, Routledge, Londres, 2005.

fesionales o no que-, en distintas modalidades de (sub)contratación, cumplen órdenes sin invertir capital. Esta diferenciación entre empresarios y empleados será crucial a la hora de implementar políticas de reducción de daños, que incluso pueden apuntar a subcategorías especiales como los correos o *mulas*, o los grandes jefes a nivel de exportación. Finalmente, el tercer aspecto a mencionar refiere al carácter de legalidad de las empresas involucradas: en el tráfico de drogas encontramos empresas ilegales (redes informales, empresas fachada, etc.) y empresas legales (empresas farmacéuticas, de transportes, bares, restaurantes, etcétera).

Teniendo en cuenta entonces de que se trata de un amplio campo de actores, transacciones y posibles intervenciones, no es extraño encontrar muchos tipos de daños alrededor del tráfico de drogas. Como se verá más adelante, estos daños son el resultado de la naturaleza ilegal del negocio, y no del tráfico de drogas *per se*. Alrededor del negocio ilegal encontramos daños a la salud y a la seguridad personal, daños sociales de diversa índole, daños económicos, políticos y culturales.

II. 1. Daños a la salud y la seguridad personal

Con toda certeza, tanto en los países industrializados como en la periferia, mueren anualmente muchas más personas por actividades relacionadas con el tráfico de drogas ilícitas que las que lo hacen por consumir dichas sustancias o como víctimas de quienes las consumen. En algunos países como México, Colombia o Brasil se trata de varios miles de muertos por año⁹, y en muchos países de la Unión Europea la violencia letal relacionada con el tráfico de drogas representa un buen porcentaje de todos los homicidios producidos. A la lista de muertes violentas hay que sumarle un número probablemente mayor de heridos graves y leves, con lesiones de todo tipo.

En primer lugar, una cantidad importante de las muertes son producidas por (o contra de) las acciones militares o policiales de represión o castigo, es decir, por la acción armada directa del estado. Aquí se incluyen los muertos en enfrentamientos o persecuciones, en eje-

⁹ Rubio, Mauricio, *Crimen e impunidad. Precisiones sobre la violencia en Colombia*, Tercer Mundo-Cede, Bogotá, 1999; Silva Iulianelli, J. *et al.*, "Una guerra inútil. Drogas y violencia en el Brasil", en *Drogas y Conflicto. Documentos de Debate*, N° 11, Transnational Institute, Ámsterdam, 2004; Freeman, Laurie, *State of Siege: Drug-related violence and corruption in Mexico. Unintended consequences of the war on drugs*, WOLA, Washington, 2006.

cuciones legales (pena de muerte) o extrajudiciales (paramilitarismo, escuadrones de la muerte, “limpiezas”), en enfrentamientos bélicos o en atentados contra las autoridades. En algunos países existe una compleja relación entre narcotráfico y conflicto armado interno¹⁰. Lógicamente, los muertos tienden a aumentar en momentos o países con mayor represión policial-militar frente al tráfico de drogas, o con mayor relación del tráfico con grupos armados.

En segundo lugar, una parte sustancial de las muertes y lesiones se producen en guerras o disputas internas por el control de mercados y territorios (*turf wars*), ya sea a nivel de exportación, distribución mayorista o venta minorista. En tercer lugar, dada la ausencia de regulación estatal y de eventuales sanciones legales por incumplimientos de contratos, una parte de las muertes en el tráfico de drogas ilícitas se producen en los llamados “ajustes de cuentas” entre traficantes. Dichos “ajustes”, eufemismo que de alguna manera legitima y neutraliza su condena social, se producen en general entre empresarios y empleados ilegales que cooperan o compiten entre sí. Finalmente, otra parte de las personas que mueren o sufren lesiones en el contexto del tráfico son víctimas del “juego sucio” (robos, *reap-deals*) tan tentador en negocios no regulados con ganancias extraordinarias¹¹.

Tanto las guerras territoriales o de mercados, los ajustes de cuentas y el juego sucio en el tráfico de drogas, tienden a aumentar en momentos y contextos de gran fragmentación del mercado, aumento de la represión, mayor competencia, y disminución de la confianza tanto entre traficantes como de la sociedad en el estado (deslegitimación institucional)¹².

Tanto los victimarios como las víctimas de dichas muertes violentas son las autoridades, los empresarios ilegales y sus empleados, mientras que dentro de las víctimas también se cuentan personas ajenas al tráfico como familiares, amigos, vecinos o transeúntes.

Es importante señalar que el hecho de que la mayoría de las víctimas tengan relación directa con el tráfico (autoridades y traficantes) reduce la condena social, indignación moral y eventual identificación con aquellas. Mientras que en caso de las autoridades dichas muertes

¹⁰ Vargas Meza, Ricardo, *Narcotráfico, guerra y política antidrogas*, Acción Andina Colombia, Bogotá, 2005.

¹¹ Zaitch, Damián, *Trafficking cocaine. Colombian drug entrepreneurs in the Netherlands*, Kluwer Law International, La Haya, 2002.

¹² MacCoun, Robert y Reuter, Peter, *Drug war heresies. Learning from other vices, times & places*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

se presentan como “daños colaterales” o se justifican con el “deber cumplido”, las reacciones sociales frente a la muerte de un traficante o sus subalternos son en general positivas (“un traficante menos”) o justificantes (“lo merecía”, “es el precio a pagar”, etcétera).

Pero la lista de muertes no termina allí. El tráfico de drogas ilegales es, además, una actividad laboral altamente riesgosa que genera un gran número de muertos y lesionados de manera indirecta. Piénsese en la cantidad de “accidentes” laborales durante la ejecución de las operaciones, que incluyen muertes de correos por intoxicación, muertes y lesiones en accidentes automovilísticos y caídas, suicidios en la cárcel y todos los muertos y heridos provocados por razones ajenas al negocio con las armas de fuego de los traficantes y policías antidrogas.

Finalmente, el tráfico de drogas ilegales se caracteriza por la presencia de una amplia gama de violencias interpersonales de tipo físico y psicológico, no sólo dentro del negocio sino también de los actores involucrados con su entorno familiar y social. Estas incluyen secuestros, amenazas, chantajes, explotación laboral, abusos sexuales y violencia familiar.

II. 2. Daños sociales

La existencia del tráfico de drogas ilícitas y su represión generan daños que van más allá de los individuos involucrados y sus entornos sociales, y que afectan de lleno a la sociedad en su conjunto.

En primer lugar, debe destacarse el creciente desarrollo de formas locales y globales de delincuencia “organizada” en prácticamente todo el mundo¹³. Dichas formas de delincuencia, ya sea para organizar y financiar operaciones internacionales de exportación, importación y distribución de drogas, ya sea para la protección de la distribución y venta local en determinados barrios, han logrado integrar el negocio de drogas ilícitas con otros negocios y actividades legales e ilegales, incluyendo el tráfico de armas, la explotación de recursos naturales, la industria del turismo y la construcción o el mercado financiero. Puede afirmarse que la existencia del tráfico de drogas ilícitas ha beneficiado y fortalecido todo tipo de grupos o redes mafiosas en muchos países, desde Italia, Rusia o México hasta Brasil, Afganistán o Nigeria.

¹³ Fijnaut, Cyrille y Paoli, Letizia (eds.), *organised crime in Europe. Concepts, patterns and control policies in the european union and beyond*, Springer, Dordrecht, 2004; Fernández Steinko, Armando, *Las pistas falsas del crimen organizado. Finanzas paralelas y orden internacional*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008.

Estas redes mafiosas están en muchos países integradas por miembros de las fuerzas de seguridad, dada su ventaja comparativa para organizar y administrar mercados ilegales.

Junto a la delincuencia organizada, el tráfico de drogas genera o estimula una gran cantidad de delitos comunes conexos de distinta índole, incluyendo robos de coches, falsificación de documentos y robo de identidad, robo de armas y fraudes varios.

La venta minorista callejera de drogas ilícitas, práctica visible en los centros degradados y los barrios marginales y periféricos de las ciudades, ha contribuido también a aumentar la inseguridad urbana objetiva (cantidad de delitos e incivildades) y subjetiva (percepciones y emociones) en los territorios donde se venden drogas. En algunos casos, dichas áreas son controladas por traficantes y policías. En otros, el Estado, las instituciones y los servicios públicos se han retirado y la degradación urbana es evidente. En tal sentido, la venta minorista callejera de drogas ilícitas ha fomentado la pérdida de espacios públicos (plazas, esquinas, barrios) a través de su abandono, privatización o hipercontrol a través de cámaras y seguridad privada¹⁴.

En muchos casos, los exportadores, distribuidores o vendedores de drogas pertenecen a grupos nacionales, étnicos o inmigrantes que poseen, por una u otra razón, ventajas comparativas para participar en algunos lugares y niveles del mercado ilegal¹⁵. A pesar de los muchos estudios empíricos que relativizan la homogeneidad del componente étnico y problematizan la noción de cultura¹⁶, tanto los medios de comunicación como las agencias de control penal trabajan, en el campo del tráfico de drogas, con generalizaciones sobre “mafias étnicas”. El resultado es la criminalización y estigmatización colectiva de grupos sociales, ya se trate de determinadas minorías étnicas, nacionalidades o subculturas, que vienen presentadas como grupos peligrosos o potenciales focos de riesgo.

Otro daño social importante provocado por la existencia del tráfico de drogas ilícitas es el sobredimensionamiento, colapso o ineficacia de las agencias de control penal. Independientemente de los costos económicos y políticos que se mencionan más adelante, la decisión de

¹⁴ Davis, Mike, *City of Quartz*, Vintage, Londres, 1990.

¹⁵ Paoli, Letizia y Reuter, Peter, “Drug trafficking and ethnic minorities in western europe”, en *European Journal of Criminology*, vol. 5 (1), 2008, ps. 13-37.

¹⁶ Bovenkerk, Frank; Siegel, Dave y Zaitch, Damián, “Organized Crime and Ethnic Manipulation Reputation”, en *Crime, Law and Social Change*, vol. 39 (1), 2003, ps. 23-38.

asignar una enorme cantidad de recursos humanos, logísticos y económicos al “combate” del tráfico, supone en muchos casos relegar otras áreas de intervención o prioridades a un lugar secundario, generando altos costos sociales. Es decir, dados los recursos limitados de cuerpos policiales y de instancias judiciales, los casos y expedientes “antinarcóticos” saturan y reducen la capacidad del sistema penal de perseguir otros delitos más graves como el tráfico y la tenencia ilegal de armas, la violencia doméstica o los delitos contra el medio ambiente, sólo para nombrar algunas áreas donde las instituciones de control son lentas o inefectivas. Cárceles superpobladas de pequeños y medianos traficantes de drogas, en su mayoría empleados, implican en muchos casos nuevas formas de gestión interna¹⁷, mayor hacinamiento, más sufrimiento durante la ejecución de la pena, y menores posibilidades de tratamiento personal y reinserción social¹⁸.

Finalmente, en muchos casos la lucha contra el tráfico de drogas ilegales se utiliza en realidad como instrumento selectivo para sancionar o controlar determinados gobiernos, regiones o barrios, es decir, para definir determinados grupos como social o políticamente peligrosos¹⁹. Ejemplos de ello son la reciente “descertificación” de Venezuela y Bolivia por parte de los Estados Unidos, la militarización de algunas *favelas* en Río de Janeiro o la creciente presión contra los *coffee-shops* en Holanda como arma para combatir el malestar de los jóvenes marroquíes, por un lado, y la “oleada” de turistas de drogas por el otro.

II. 3. Daños económicos

Muchos economistas han demostrado los distintos efectos negativos que genera la existencia del mercado de drogas ilícitas²⁰. En primer lugar, digamos que la industria de las drogas ilícitas genera ganancias extraordinarias que, al no pagar impuestos, permisos o multas, se distribuyen en la sociedad de manera mucho más desigual

¹⁷ Nuñez Vega, Jorge, “Las cárceles en la época del narcotráfico: una mirada etnográfica”, en *Nueva Sociedad*, vol. 208, marzo-abril de 2007, ps. 103-117.

¹⁸ TNI/WOLA, *Sistemas sobrecargados. Leyes de drogas y cárceles en América Latina*, TNI/WOLA, Buenos Aires, 2010.

¹⁹ Christie, Nils, “El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias”, en Rodenas, A.; Font. E. y Sagarduy, R. (eds.), *El poder punitivo del Estado*, Juris, Rosario, 1993.

²⁰ MacCoun, Robert y Reuter, Peter, *Drug war heresies. Learning from other vices, times & places*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001; Thoumi, *El imperio de la droga*, cit.; y van Duyne y Levi, *Drugs and money*, citado.

que en otras industrias y actividades legales. Es decir, el tráfico de drogas ilícitas incrementa la desigualdad social (y entre países) al concentrar riqueza en algunas manos, sectores o centros financieros. A pesar de que en algunos casos ofrece una perspectiva de ascenso social (muchas veces temporal) para desocupados o trabajadores no calificados, en general el negocio ilegal supone una enorme transferencia de recursos de los usuarios (que pagan precios altísimos), los productores (que venden a precios bajísimos) y de la sociedad en su conjunto (al no recaudar impuestos el Estado) hacia algunos empresarios ilegales exitosos (sobre todo en cuanto a la exportación-importación y la distribución mayorista), sus protectores (policías corruptos, políticos de toda índole) y la enorme gama de empresarios legales que se enriquecen directa o indirectamente con el narcotráfico (turismo, construcción, bienes raíces, bancos, etc.). Como ejemplos pueden mencionarse la concentración de tenencia de la tierra en Colombia por parte de narcotraficantes, la pobreza estructural de los cultivadores de coca y opio en Colombia y Afganistán, la constante captación de “dinero sucio” en los centros financieros *off-shore* o el enriquecimiento sostenido de policías y militares corruptos en varios estados de México.

Al enriquecimiento ilícito y la evasión impositiva, hay que sumarle la fuga de capitales (legales e ilegales) generados en o por países periféricos, hacia países centrales y centros financieros fuertes.

A nivel local, la presencia notable del negocio ilegal y de traficantes con grandes sumas de dinero en efectivo genera en general una distorsión de precios en otros productos y mercados legales. Ejemplo de ello son los *booms* inmobiliarios (con aumento del precios de las propiedades) en zonas o barrios apetecidos –ya sea para vivir o para invertir– por los empresarios ilegales, o los precios desproporcionadamente altos de los alimentos en zonas que exclusivamente producen coca u opio.

A pesar de que la economía ilegal de las drogas mantiene una relación simbiótica con muchísimos mercados y negocios legales, en general aportando capital y utilizando de estos infraestructura y recursos humanos²¹, las empresas ilegales promueven en general el cortoplacismo, el consumo de bienes de lujo, la mentalidad rentista o la especulación financiera, y no, por ejemplo, el desarrollo sostenible o la inversión productiva a largo plazo²².

²¹ Passas, Nikos, “Cross-border Crime and the Interface between Legal and Illegal Actors”, en van Duyne, R. P.; von Lampe, K. y Passas, N. (eds.), *Upperworld and underworld in cross-border crime*, Wolf Legal, Nijmegen, 2002.

²² Thoumi, *El imperio de la droga*, citado.

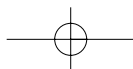
Finalmente, a estos daños económicos hay que sumarles los enormes costos financieros, medidos en billones de dólares anuales, que los Estados (y por ende las sociedades) destinan de una u otra forma a la represión y el control del tráfico de drogas ilegales. La lista es interminable e incluye presupuestos de organizaciones y burocracias internacionales (ONU, Unión Europea, World Bank, ONG, etc.), de casi todos los ministerios nacionales del mundo (en especial los de defensa, justicia, interior, exterior y economía), y de gobiernos regionales y locales de toda índole. Solamente los costos financieros del encarcelamiento masivo de presos por drogas en los Estados Unidos ascendía a mediados de los noventa a más de ocho billones de dólares anuales²³. Dado que, más allá de pequeños logros puntuales, algunos desplazamientos y muchas operaciones políticas de tipo simbólico, estas enormes inversiones no han evitado el crecimiento sostenido del tráfico internacional de drogas ilegales en los últimos 30 años, explica en parte el carácter opaco, cuando no secreto, de dichos costos o destinos presupuestarios.

II. 4. Daños políticos

La existencia del tráfico de drogas ilegales tiene implicaciones negativas para la construcción o el mantenimiento del Estado democrático y social de derecho, y de sus instituciones políticas. En primer lugar, las ganancias extraordinarias generan en el mejor de los casos corrupción y cohecho de funcionarios públicos. La corrupción, a veces individual, a veces estructural y generalizada, funciona como un mecanismo de protección y regulación del negocio, e involucra en mayor o menor medida a prácticamente todos los organismos del poder ejecutivo, legislativo y judicial²⁴. Dichos casos incluyen aportes para campañas políticas o la corrupción policial y aduanera generalizada en muchos de los países de producción y tránsito. En el peor de los casos, hecho bastante común en contextos de violencia con Estados débiles, descentralizados o poco transparentes, la colusión con el

²³ Bewley-Taylor, Dave; Trace, Mike y Stevens, Alex, *Incarceration of drugs offenders: costs and impacts*, The Beckley Foundation Drug Policy Programme, Londres, 2005.

²⁴ Godson, Roy (ed.), *Menace to society. Political-criminal collaboration around the world*, Transactions, New Brunswick, 2003; Fijnaut, Cyrille y Paoli, Letizia (eds.), *Organised crime in europe. Concepts, patterns and control policies in the european union and beyond*, Springer, Dordrecht, 2004; Freeman, Laurie, *State of siege: drug-related violence and corruption in Mexico*, cit.; y Fernández Steinko, *Las pistas falsas del crimen organizado*, citado.



Estado toma la forma de una participación directa de agentes y funcionarios en el negocio, desde militares y policías hasta aduaneros o agentes secretos. Piénsese aquí en la participación de la CIA en el tráfico de heroína durante la Guerra Fría, de militares en países como México o Birmania o de cuerpos policiales en Brasil o Nigeria.

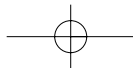
En segundo lugar, altos niveles de corrupción generan, al mismo tiempo, impunidad selectiva de los actores más poderosos y criminalización exacerbada de los individuos más vulnerables –que actúan como chivos expiatorios– promoviendo en la sociedad todo tipo de sentimientos de injusticia e impotencia, reacciones de indignación moral y una deslegitimación institucional generalizada. Dichas formas de deslegitimación se manifiestan en apatía política, desconfianza en la policía y el poder judicial, y en algunos casos en la emergencia de grupos paraestatales armados que operan al margen del estado de derecho. Tal es el caso de guerrillas, milicias, grupos paramilitares o “señores de la guerra” que protegen o participan activamente en el tráfico de drogas ilícitas²⁵, o de las actividades de cuerpos de elite y servicios de inteligencia estatales que operan en el campo de la ilegalidad de manera autónoma y secreta²⁶.

El tráfico de drogas, definido en muchos casos como un problema de seguridad nacional, se presenta entonces como un campo propicio para la violación de derechos humanos y libertades civiles por parte de las agencias (para)estatales de control²⁷. La politización de la “lucha contra el narcotráfico”, la construcción de “enemigos de guerra” y la aplicación de la “excepcionalidad penal” –evidente en el reiterado uso de métodos ilegales de investigación policial, en las ejecuciones sumarias, en el uso de tortura, coacción o extradición selectiva, o en las medidas contra el lavado de dinero– son hechos que terminan minando las bases del Estado democrático y social de derecho. En otras palabras, la existencia del negocio ilegal y la ilusión de combatirlo policial y militarmente promueven en general soluciones autoritarias

²⁵ Vargas Meza, R., *Narcotráfico, guerra y política antidrogas*, Acción Andina Colombia, Bogotá, 2005.

²⁶ McCoy, Alfred, *The politics of heroin. CIA Complicity in the Global Drug Trade*, Lawrence Hill, Nueva York, 1991; y Labrousse, Alain, “The War against Drugs and the Interests of Governments”, en Siegel, D.; van de Bunt, H. y Zaitch, D. (eds.), *Global Organized Crime. Trends and Developments*, Kluwer Academic, Dordrecht, 2003.

²⁷ Del Olmo, Rosa, “Derechos humanos y drogas: el ejemplo de la región andina”, en Arana, X.; Husak, D. y Scheerer, S. (eds.), *Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos*, Dykinson, Madrid, 2003.



o irrespetuosas de principios constitucionales o garantistas básicos²⁸. Esto lo saben muy bien los abogados de los grandes traficantes de drogas, que muy frecuentemente logran absoluciones o drásticas reducciones de pena por las innumerables violaciones de forma y contenido en las operaciones policiales y procesos penales antidrogas.

Finalmente, otro efecto político negativo es el desarrollo de la así llamada “narcodiplomacia”, es decir, la incorporación de la cuestión del tráfico de drogas ilícitas como tema central en la agenda política tanto de organismos multilaterales como de las relaciones bilaterales entre Estados. Dicha narcodiplomacia, extremadamente explícita en el caso de las políticas de los Estados Unidos y la Unión Europea hacia países productores (Colombia, Afganistán, Bolivia, Marruecos, Holanda), de tránsito (países del Caribe, México, Turquía, Rusia, África Occidental, etc.), o lavadores de dinero (Suiza, Bahamas, Aruba, etc.), distorsiona las relaciones internacionales entre países generando toda clase de restricciones, sanciones, condicionamientos y trueques políticos, siempre en detrimento de las naciones menos poderosas. El tráfico también aparece como tema central en muchos conflictos políticos entre países vecinos, en general como manifestación de crisis políticas internas (Bélgica-Holanda, Argentina-Bolivia), o de conflictos políticos históricos o poscoloniales irresueltos (Estados Unidos-México, España-Marruecos, Colombia-Venezuela, Holanda-Curazao).

II. 5. Daños culturales

Si el tráfico de drogas ilícitas genera daños a la salud, sociales, económicos y políticos, también deja marcas indelebles a nivel de las prácticas y valores culturales de las sociedades donde se manifiesta. Algunos autores sostienen incluso que se trata de un proceso circular en el que determinados patrones culturales son, a la vez, causa y consecuencia del desarrollo del tráfico de drogas en una determinada región o país²⁹.

Las prácticas sociales de los traficantes de drogas y de los policías antinarcóticos están, por ejemplo, firmemente arraigadas en universos masculinos³⁰, reproduciendo y reforzando en general todo tipo

²⁸ Christie, “El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias”, citado.

²⁹ Thoumi, *El imperio de la droga*, citado.

³⁰ Ovalle, Lilian y Giacomello, Corina, “La mujer en el ‘narcomundo’. Construcciones tradicionales y alternativas del sujeto femenino”, en *La Ventana. Revista de Estudios de Género*, Guadalajara, N° 24, 2006, ps. 297-318.

de prácticas hegemónicas patriarcales, violencias sexuales y explotaciones de la mujer. Ejemplos de ello son el uso frecuente de mujeres vulnerables como correos de drogas, el reclutamiento de reinas de belleza como símbolos de estatus de los traficantes, la articulación de traficantes y policías con el mercado de la prostitución (como clientes, proxenetas o empresarios), o las distintas violencias físicas y psicológicas contra las mujeres cercanas a los actores del negocio, que incluye el femicidio. Lejos de promover la emancipación de mujeres –y hombres– el tráfico de drogas ilícitas y su combate fomentan formas tradicionales de dominación masculina basadas en el poder de la fuerza física y la mercantilización de las relaciones sociales.

La perspectiva (y en algunos casos acumulación) de enormes ganancias rápidas promueve, además, tanto entre empresarios, empleados, facilitadores y toda la red social de familiares, amigos y vecinos alrededor, prácticas materialistas basadas en la reificación del dinero y el éxito individual, la ostentación, el despilfarro y el hiperconsumo. En sociedades donde uno vale por lo que tiene y no por lo que es, donde las elites dominantes reproducen su poder económico sin tener que trabajar, y donde la única alternativa para la mayoría es el trabajo duro y rutinario por una escasa remuneración, la quimera del dinero “fácil” o “mágico” de la droga aparece como una oportunidad interesante para muchos tanto “arriba” como “abajo”. Los actores “exitosos” del negocio ilegal devienen modelos sociales en sus comunidades o grupos, extendiendo estos patrones culturales a los sectores no vinculados al tráfico. En ciertos casos, los traficantes de drogas se convierten en héroes populares, íconos mediáticos o mitos urbanos dentro de las culturas juveniles alternativas. Pero en la mayoría de los casos estimulan nociones de éxito individual a cualquier costo, de falta de solidaridad, de mentalidad especulativa y de esnobismo consumista.

En tercer lugar, al tratarse de un mercado ilegal no regulado donde la supervivencia es una mera cuestión de poder, capacidad y fuerza física, puede decirse que el tráfico de drogas promueve la “ley del más fuerte” como principio regulador de la sociedad³¹.

Resumiendo, en cuadro siguiente se visualizan los distintos tipos de daños provocados alrededor del tráfico de drogas ilícitas.

³¹ Thoumi, *El imperio de la droga*, citado.

| Tipo | Daños |
|----------------------------|---|
| Salud y seguridad personal | Muertes y lesiones Accidentes laborales Violencias interpersonales de todo tipo |
| Social | Delincuencia organizada Delincuencia común Degradación urbana Pérdida de espacios públicos Inseguridad ciudadana (objetiva y subjetiva) Estigmatización de minorías Colapso/ineficacia del sistema penal Más control/represión sobre poblaciones específicas |
| Económico | Enriquecimiento ilícito Evasión fiscal Fuga de capitales Aumento de la desigualdad social Distorsión de precios Más cortoplacismo y especulación Colusión con empresas legales Costos billonarios de la represión |
| Político | Corrupción y participación directa de funcionarios públicos Deslegitimación institucional Violaciones de DDHH y libertades civiles Narcodiplomacia |
| Cultural | Sexismo Materialismo Ley del más fuerte |

III. La reducción de daños en el tráfico de drogas

A diferencia de lo que sucede a nivel de consumo, donde una parte de los daños y riesgos presentes están ligados a la naturaleza misma de las sustancias y la forma en que se consumen, todos los daños mencionados arriba alrededor del tráfico de drogas se relacionan exclusivamente al hecho de que se trata de mercados ilegales no regulados, en otras palabras, son un producto directo de las políticas que ilegalizan determinadas sustancias y criminalizan a quienes las producen y venden. Cabe suponer que de tratarse de un mercado legal y regulado con márgenes de ganancia normales como tantos otros, dichos daños

no existirían o no superarían los provocados en otros mercados farmacéuticos o de agrocomestibles legales. En tal sentido hay que enfatizar el carácter falaz del discurso oficial que atribuye los daños al tráfico de drogas en sí mismo y por los que justamente es necesario actuar con severidad. Son justamente esas actuaciones las que generan los daños.

No se trata, como también muchas veces se sugiere desde ámbitos oficiales, de daños colaterales, secundarios o “necesarios” frente a unos beneficios cualitativa y cuantitativamente superiores. Los supuestos beneficios de las políticas (mayor felicidad para la mayoría, menor tráfico y uso de drogas, menos muertos, más justicia, reapropiación de las ganancias ilegales privadas por parte del estado, etc.) pertenecen, frente a la evidencia de los últimos 30 años, al campo de la ficción, la retórica política y la ideología.

Sin embargo, hay que distinguir entre los daños –o nivel de daños– provocados por la mera ilegalización, es decir, por tratarse de un mercado ilegal no regulado por el Estado, con ganancias extraordinarias que no aportan impuestos, de aquellos daños –o nivel de daños– causados por las políticas, medidas e intervenciones concretas a nivel global y local implementadas por la vasta cantidad de instituciones “antidrogas”, en especial por las agencias de control penal. Esta distinción es fundamental para pensar en una política de reducción de daños a nivel del tráfico de drogas.

Es decir que a pesar de que la prohibición de drogas es global (a través de las convenciones internacionales y las legislaciones nacionales), existen enormes diferencias entre países, regiones o ciudades en las políticas implementadas (tanto frente al tráfico como frente a otros temas conexos) que explican en gran parte la diferente magnitud de los daños provocados en uno u otro lugar. Por ejemplo, a pesar de que el tráfico de drogas está criminalizado globalmente, algunos países ejecutan traficantes y otros no, algunos países imponen penas de diez años a pequeños correos y otros sólo los reenvían al lugar de origen, algunas instancias buscan capturar o extraditar “Mr Bigs” mientras que otras prefieren incautar más sustancias o confiscar bienes y dinero sucio.

El argumento que se plantea aquí es que existen políticas o intervenciones que, aún operando dentro del marco prohibicionista global, pueden reducir drásticamente muchos de los daños mencionados arriba. A continuación, se presentan algunos principios o ejemplos concretos de políticas e intervenciones de reducción de daños en el campo del tráfico de drogas.

La premisa central es que las políticas en el campo del tráfico de drogas ilícitas deben tener como objetivo principal, y no como objeti-

vo secundario o subsidiario, evitar y reducir los daños y riesgos provocados por la ilegalidad del negocio y por las distintas intervenciones. Para ello es necesario que cada institución, agencia u organismo que crea políticas e implementa medidas evalúe *a priori*, por un lado, la magnitud y naturaleza de los daños existentes, y por el otro, los posibles daños que pueden ocasionar dichas políticas e intervenciones, para poder evitarlos. Como se dijo, dichos daños varían enormemente según el lugar, el nivel del mercado y el tipo de política o medida implementada, por lo que dichas evaluaciones siempre tendrán un carácter espacio-temporal acotado.

III. 1. Abolición, legalización y reducción de daños

Desde un enfoque criminológico, esta estrategia de reducción de daños bien se compatibiliza con ciertos principios abolicionistas clásicos como la idea de ver primariamente el delito como una “situación problemática”³², la crítica radical del sistema carcelario como posible instrumento útil para prevenir o controlar el tráfico de drogas³³ o la idea básica de que la criminalización es la que genera delincuencia organizada³⁴. Una perspectiva abolicionista penal clásica aplicada al campo del tráfico de drogas supondría, sin embargo, defender sin matices ni vueltas la legalización inmediata de las drogas ilícitas. De hecho, todos los autores abolicionistas han planteado la legalización de las drogas ilícitas como la única solución racional para acabar con los daños mencionados más arriba.

Sin embargo, el enfoque de la reducción de daños aplicado al tráfico de drogas ilícitas se acerca mucho más al enfoque *reduccionista* planteado por Alessandro Baratta en los años 80³⁵. Mientras no se legalicen las drogas (abolución penal), es necesario avanzar hacia allí a través de intervenciones que reduzcan la actuación penal (derecho penal mínimo) y la sometan a principios que garanticen el respeto de los derechos humanos. Veamos cuáles podrían ser estos principios u

³² Hulsman, Louk, *la criminología crítica y el concepto de delito*, en Ciafardini, M. y Plagia, A. (eds.), *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

³³ Mathiesen, Thomas, *The politics of abolition*, Martin Robertson, Londres, 1974.

³⁴ Scheerer, Sebastián, “Hacia el abolicionismo”, en Ciafardini, M. y Plagia, A. (eds.), *Abolicionismo penal*, Ediar, Buenos Aires, 1989.

³⁵ Baratta, Alessandro, “Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Doctrina Penal*, año 10, N° 37-40, 1987, ps. 623-650.

objetivos que deberían guiar las políticas e intervenciones de reducción de daños en el ámbito del tráfico de drogas ilícitas.

III. 2. Reducir la violencia

En primer lugar, todas las políticas, estrategias, medidas e intervenciones policiales y judiciales deben tener como objetivo central y primario la reducción de la violencia, es decir, la cantidad de muertos, lesionados, “accidentados” y víctimas de todo tipo de violencias físicas y psicológicas incluyendo violencia sexual, secuestros o amenazas. En tal sentido, la preservación de la salud, integridad y seguridad física de las personas, sin importar si ellas son autoridades, empresarios o empleados ilegales, o personas ajenas al negocio, debe siempre prevalecer por sobre otros posibles objetivos como los de incautar sustancias, capturar traficantes o desmantelar redes criminales. Las fuerzas de seguridad antinarcóticos deben, por lo tanto, abstenerse de participar en operativos riesgosos, campañas militares, guerras rurales o urbanas, operaciones de persecución, infiltración u observación que pongan en peligro la vida de cualquier persona. En situaciones de peligro inminente, como en los casos de secuestros, amenazas o ajustes de cuentas, las intervenciones deben simplemente abocarse a prevenir o resolver los delitos violentos, y poner las drogas en un segundo lugar. En algunos casos, puede pensarse en estrategias para aislar o alejar traficantes de zonas residenciales o evitar sangrientas persecuciones. En otros casos en que los muertos y heridos son un producto de la “no ingerencia” (deliberada o no) de las autoridades, se pueden considerar intervenciones más activas, tempranas o proactivas para evitar nuevos hechos de violencia.

Para ello es necesario que las agencias de control no sólo cooperen más estrechamente con agentes de salud, sino que consoliden ellos mismos los principios de reducción de daños, característicos de los operadores sanitarios como principios vertebradores de actuación cotidiana. Un ejemplo interesante al respecto viene de Holanda y refiere a las medidas a tomar con los correos de drogas capturados en el aeropuerto de Schiphol con bolas de cocaína en sus estómagos. Como se sabe, la apertura de una de estas bolas puede ser letal para quien las transporta y muchos “boleros” mueren por año *in itinere* o salvan sus vidas milagrosamente con operaciones de urgencia. Con el objetivo primario de salvaguardar la salud de los correos, se han instalado en el aeropuerto facilidades sanitarias especiales para que, en caso de detener a un bolero, se pueda proceder inmediatamente, previo escaneo, a remover las bolas de cocaína o a trasladarlo de urgencia a un

hospital. Otros ejemplos ya existen en las estrategias policiales europeas frente al tráfico callejero³⁶.

Para poder proteger la salud e integridad física de personas acusadas de traficar con drogas es necesario, en primer lugar, reconocerlas como víctimas o al menos como una población en riesgo, cosa que las agencias de control (y la sociedad en su conjunto) se resisten a hacer. Puede pensarse aquí en programas o medidas especiales de protección y ayuda a víctimas vulnerables de la violencia del tráfico, incluyendo vendedores callejeros, pequeños correos, mujeres violentadas, poblaciones marginadas y todo el entorno familiar y social de policías y traficantes en la línea de fuego.

Una política de reducción de daños en este campo debe estar además signada por una agresiva política de control y reducción de armas, en especial de armas de fuego. Es éticamente inaceptable que la incautación de drogas tenga prioridad sobre la incautación de armas, y que, como generalmente ocurre en la realidad, la policía confisque armas de fuego de traficantes como una cuestión secundaria y casual en el marco de operaciones centradas en decomisar drogas y detener individuos. Existen, sin embargo, muchos intereses que no ven con buenos ojos la transformación de la “guerra contra las drogas” en una “guerra contra las armas”³⁷. Finalmente, otros ejemplos de intervenciones tendientes a reducir la violencia incluyen medidas judiciales y procesales sobre la ejecución de penas (condiciones penitenciarias, etc.), programas sociales de autoridades locales en determinados barrios o centros “calientes”, o la desmilitarización de las respuestas, tanto a nivel local como internacional.

Finalmente, se puede también pensar en medidas o programas concretos, sobre todo desde las propias organizaciones o movimientos sociales, para proteger (o alejar) a menores de edad tanto del tráfico de drogas ilícitas como de los traficantes más profesionales y poderosos. Algunas de estas iniciativas ya existen en muchos de los barrios marginales de América Latina, con programas que incluyen la promoción de deportes, grupos de teatro o hip-hop político, con resultados

³⁶ Dorn, Nicholas y Lee, Maggy, “Drugs and policing in Europe: from low streets to high places”, en South, N. (ed.), *Drugs. Cultures, controls & everyday life*, Sage, Londres, 1999; y Maher, Lisa y Dixon, David, “Policing and public health: law enforcement and harm minimization in a street-level drug market”, en *British Journal of Criminology*, vol. 39 (4), 1999, ps. 488-512.

³⁷ Ruggiero, Vincenzo, “Drugs as a password and the law as a drug: discussing the legalisation of illicit substances”, en South, N. (ed.), *Drugs. Cultures, Controls & Everyday Life*, Sage, Londres, 1999.

muy positivos³⁸. También es posible pensar en programas especiales para traficantes menores de 21 años.

III. 3. Derechos humanos y proporcionalidad

Un segundo principio rector de las políticas de reducción de daños en el ámbito del tráfico debe ser la estricta aplicación de los principios garantistas penales y procesales generales³⁹, reconocidos, al menos formalmente, por muchos Estados que criminalizan el tráfico de drogas. El tráfico de drogas ilegales no puede ser utilizado para declarar estados de excepción o emergencia ni como campo para experimentar con prácticas (para)policiales o militares que vulneren derechos humanos y libertades individuales y colectivas reconocidos internacionalmente⁴⁰. El uso extendido de la tortura en las investigaciones, o de las ejecuciones legales (pena de muerte) o ilegales (limpiezas sociales, “enfrentamientos”) debe ser firmemente combatido y censurado no solo por la sociedad civil sino por las propias agencias de control penal.

Junto al principio de legalidad y de respeto por los derechos humanos, las penas y sanciones por delitos de tráfico de drogas deben introducir o reconocer, basándose en los principios de proporcionalidad y de oportunidad, diferencias respecto al tipo y cantidad de sustancia y a la situación individual de los procesados. Muchos países no hacen, ni siquiera en la práctica, una distinción tajante según el tipo y la cantidad de droga a la hora de sancionar traficantes. Aunque la diferenciación entre drogas duras y blandas es política y químicamente bastante objetable para aquellos que propugnan a largo plazo una normalización de todas las drogas⁴¹, existen buenas razones para impulsar, al menos como primer paso, una despenalización del comercio de algunas sustancias como la hoja de coca en América Latina, el opio en algunos países asiáticos y el cáñamo (marihuana y hachís) en casi

³⁸ Dowdney, Luke, *Children of the drug trade. A case study of children in organised armed violence in Rio de Janeiro*, 7 Letras, Río de Janeiro, 2003.

³⁹ Baratta, “Principios del derecho penal mínimo”, cit.; y Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid 1995.

⁴⁰ Del Olmo, “Derechos humanos y drogas: el ejemplo de la región andina”, cit.; y Freeman, Laurie, *State of siege: drug-related violence and corruption in Mexico*, citado.

⁴¹ Escotado, Antonio, *Historia de las drogas*, 3 vols., Alianza, Madrid, 1989; Fernández Steinko, *Las pistas falsas del crimen organizado*, citado.

todo el mundo⁴². Es decir, dependiendo del lugar y el contexto político, se puede avanzar sacando de la esfera criminal la comercialización de algunas sustancias, convirtiendo traficantes en empresarios legales. Tal es el caso, por ejemplo, de los dueños de *coffee-shops* en Holanda, y de muchos coccaleros bolivianos cuyos cultivos han sido legalizados.

Lo mismo puede decirse respecto de la cantidad de drogas traficada y la vulnerabilidad de los traficantes como criterio de intervención. La mayoría de los traficantes encarcelados en el mundo son actores relativamente vulnerables capturados con cantidades pequeñas de drogas: vendedores de calle, contrabandistas y distribuidores medianos. Las actuaciones penales deben guardar un principio de proporcionalidad (y justicia) priorizando a los actores más poderosos y violentos, en general a la sombra de grandes cargamentos, y dejando de lado actores menores y pequeñas cantidades de droga. Debe incluso pensarse en la decriminalización del *microtráfico* o del contrabando “hormiga”, como se ha planteado en algunos lugares como Holanda, Ecuador o Argentina, donde ya se advierte la voluntad política de no llenar las cárceles de pequeñas “mulas”.

A nivel judicial y penitenciario, es menester implementar medidas (ya sea a través de cambios legislativos o procesales) que reduzcan la enorme cantidad de presos por drogas en el mundo⁴³. Ello es posible mediante la despenalización, o eventualmente la imposición de penas alternativas, de correos y transportistas y de muchos vendedores finales.

III. 4. De la interdicción al monitoreo

Otra forma de reducir los daños es implementando políticas y medidas que pongan el énfasis y los recursos en monitorear o controlar de cerca los mercados y actores del negocio, sin necesariamente intervenir punitivamente incautando drogas, capturando traficantes o desarticulando redes o empresas ilegales. La incautación de drogas en contextos de aumento o estabilidad de la demanda simplemente fun-

⁴² Henman, Antony, “Harm reduction or harm aggravation? The impact of the developed countries. Drug policies in the developing world”, en Heather, N. *et al.* (eds.), *Psychoactive drugs and harm reduction. From faith to science*, Whurr, Londres, 1993; Nadelmann, Ethan, “La reducción de los daños de la prohibición de las drogas en las Américas”, en Camacho Guizado, A. (ed.), *Narcotráfico: Europa, EE.UU., América Latina*, Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2007.

⁴³ TNI/WOLA, *Sistemas sobrecargados*, citado.

ciona como un impulso dinamizador de la producción de drogas, mientras que la captura de narcotraficantes y organizaciones asegura el recambio inmediato de actores volviendo el control más difícil e inefectivo, introduciendo más riesgos y, por ende, más violencia. En vez de fomentar la rotación de actores y el desplazamiento de las transacciones, las agencias de control deberían concentrarse en prácticas de monitoreo sistemático.

Dicho monitoreo debería ir dirigido a conocer de cerca las personas involucradas, identificar y controlar los sitios y lugares donde se llevan a cabo las transacciones, reconocer desarrollos y nuevos actores, obtener información sobre precios y pureza de las drogas y, sobre todo, prevenir o actuar con rapidez en casos de violencia. Estas prácticas ya existen en muchos lugares como parte de las estrategias policiales, pero en general se basan en operaciones encubiertas y de corto plazo, preparatorias para el “gran golpe” o como acciones tácticas de la guerra. Lo que aquí se plantea es convertir estos monitoreos en elementos centrales y estructurales de las intervenciones, hacerlos más transparentes, involucrando instancias de la sociedad civil, y sólo intervenir ante la posibilidad de prevenir o resolver delitos violentos, o de confiscar bienes y dinero. La acumulación, circulación y en algunos casos apertura de información acerca del tráfico puede conllevar un efecto mucho más positivo y duradero que el provocado por permanentes golpes policiales, por ejemplo, en términos de desplazamiento, reacomodación y fragmentación del mercado. El abandono de la guerra y su reemplazo por enfoques de control policial más gerenciales, un hecho en algunos ámbitos europeos a determinados niveles del mercado⁴, no debería, sin embargo, implicar una despolitización del problema ni guiarse por objetivos internos como los de recuperar o mantener presupuestos y financiaciones.

III. 5. Contra la fragmentación, las impurezas y los precios altos

La represión real o “irrupción” de los mercados de drogas ilícitas, sobre todo a escala local, genera, por un lado, más fragmentación (más dispersión, más prácticas secretas, más desconfianza), y por otro tiende a mantener altos los precios y bajos los niveles de pureza, principalmente en el ámbito minorista. En la práctica, otros factores como la fluctuación de la oferta y la demanda son mucho más importantes

⁴⁴ Dorn y Lee, “Drugs and policing in Europe: from low streets to high places”, citado.

en el desarrollo de precios y purezas. Sin embargo, las políticas represivas tienen al menos como objetivo crear desconfianza entre los actores, aumentar los precios para disminuir la demanda, y bajar la pureza para volver las drogas menos atractivas. Allí donde se cumplen, estos tres objetivos de las políticas oficiales tienen, como ya se explicó más arriba, consecuencias negativas: mercados más violentos por el aumento de la competencia, mayores ganancias para los traficantes y peores condiciones para el consumidor final.

Las políticas e intervenciones de reducción de daños a nivel del tráfico deberían perseguir los objetivos contrarios. En primer lugar, no permitir que el negocio se fragmente (o se haga invisible) generando más competencia y conflictos, fomentando la movilidad y permanente rotación de actores, y en definitiva aumentando los niveles de violencia. Para ello es necesario el monitoreo y control de lugares y actores, y la tolerancia selectiva de los que generan menos violencia. La situación ideal son mercados con pocos actores centrales que compiten en forma pacífica, donde ninguno crece al punto de poner en jaque (militarmente o a través de la corrupción) a las instituciones democráticas del Estado de derecho. Las intervenciones deben entonces dismantelar monopolios privados pero, al mismo tiempo, no permitir que la competencia aumente demasiado. En muchos casos puede pensarse en un sistema de licencias o permisos *ad hoc* para determinados (pequeños) traficantes que cumplen con determinados requisitos como no ejercer violencia, generar molestias o incurrir en otros delitos. Este sistema ya existe por supuesto en todos lados desde que existen los mercados ilegales de drogas, pero en tal caso el criterio central utilizado para otorgar estos permisos es el pago de comisiones e impuestos ilegales (corrupción). Se trata entonces simplemente de cambiar los criterios para el otorgamiento de dichas "licencias", dado que como veremos la lucha contra la corrupción es fundamental en cualquier política de reducción de daños.

En segundo lugar, y aquí las políticas de reducción de daños en el tráfico se superponen con las pensadas para el consumo, un objetivo debería ser el de mejorar la pureza y calidad de las sustancias, facilitar y aumentar la transmisión de información durante las transacciones, e impedir o disminuir el fraude. La represión de las transacciones dificulta la información, aumenta el riesgo de fraude y juego sucio, e incrementa así los niveles de violencia. Al aumentar la calidad o mantener estables los niveles de pureza, y hacer más transparentes las transacciones, no sólo se reducen los daños del consumo, sino también los niveles de violencia y juego sucio en el tráfico. Puede pensarse aquí en controles de calidad *ad hoc*, nuevamente a través del moni-

toreo sistemático que tolere la transacción en sí, el favorecimiento de determinados traficantes y la intervención directa en caso de fraude, niveles bajos o cambios bruscos de pureza.

El tercer objetivo debería ser el de la normalización de los precios, o mejor dicho de los márgenes de ganancia de los traficantes, dado que existe una relación directa entre niveles de violencia y ganancias extraordinarias, como bien lo muestra no sólo la comparación entre marihuana y cocaína, sino también toda la evidencia histórica sobre violencia alrededor de la extracción y apropiación de recursos naturales valiosos. Los precios bajos atraen, por un lado, a nuevos actores capaces de invertir sumas de dinero más pequeñas pero que se conforman con ganancias más modestas, mientras que expulsa o ahuyenta a aquellos más codiciosos que pretenden mega-beneficios. En realidad, el control de precios en un mercado ilegal es de por sí un oxímoron, y sólo una legalización del mercado resolvería el problema de la regulación estatal, el control de precios y el pago de impuestos.

III. 6. De la lucha contra el lavado al pago de impuestos

Es obvio que una de las tareas de las políticas de reducción de daños respecto al tráfico es combatir el enriquecimiento ilícito, pero cabe preguntarse si las estrategias antilavado van realmente al corazón del problema. Casi todos los datos y estudios empíricos sobre el tema muestran los magros resultados obtenidos en los últimos 15 años por las políticas contra el lavado de dinero, en particular en lo que refiere a la reapropiación y confiscación de bienes ilegales obtenidos por tráfico de drogas⁴⁵. Existe acuerdo en que a pesar de haberse dificultado el lavado a través de las instituciones financieras tradicionales, los objetivos más promisorios de “pegar donde duele”, es decir, de desplumar grandes traficantes para sacarlos del juego y amedrentar a otros, y de recuperar partes significativas de las ganancias extraordinarias de las drogas, no se han cumplido por diversas razones. Los recursos de investigación son limitados e ineficientes, nuevos métodos de lavado (más complejos pero también más simples e informales) quedan fuera de los controles, los intereses económicos ligados a circulación de capitales pesan demasiado, y es muy difícil obtener pruebas que vinculen los bienes acumulados con el tráfico de drogas. En

⁴⁵ Thoumi, *El imperio de la droga*, cit.; van Duyne y Levi, *Drugs and money*, cit.; Naylor, Thomas, “Criminal profits, terror dollars and nonsense”, en *Crime & Justice International*, vol. 23, N° 101, 2007, ps. 27-33; y Fernández Steinko, *Las pistas falsas del crimen organizado*, citado.

realidad, una parte enorme de las ganancias de la droga jamás se “lava”, sino que ingresa en la economía formal de manera natural a través del consumo de bienes y servicios. Además, las medidas anti-lavado vulneran en muchos casos principios básicos de privacidad, etc. Algunos autores incluso plantean que el lavado de dinero en sí no parece ser el problema, sino más bien el tipo de instituciones, mercados y comportamientos especulativos que lo alimentan.

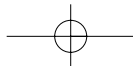
Naylor ha planteado de manera magistral la necesidad de mover de la lucha contra el lavado de dinero a la lucha contra la evasión impositiva y la fuga de capitales⁴⁶. Aplicado este principio al tráfico de drogas, las políticas deberían, por un lado, dirigirse a imponer gravámenes a los empresarios legales e ilegales que obtienen ganancias ilegales con el tráfico de drogas. Es decir, y esta es una práctica ya conocida por las oficinas de impuestos en otros ámbitos de la economía informal o ilegal (vendedores ambulantes, prostitución y muchos otros servicios o mercados sin registro de transacciones), el Estado debería, una vez identificado un traficante (no necesariamente capturado o procesado), calcular sus ganancias brutas y simplemente cobrarle impuestos a las ganancias (o perseguirlo penalmente por evasión impositiva). Incluso el gravamen de una única transacción importante puede generar impuestos del orden de los cientos de miles de euros.

Dicha práctica recaudadora debería extenderse a su vez a todos los actores y empresas legales que obtienen ganancias del tráfico, por ejemplo a través de la contratación de servicios, no declaradas en sus balances legales. De nuevo, un ejemplo proviene de Holanda, donde la oficina de impuestos tasa a los *coffee-shops* calculando sus ventas de drogas blandas, sin exigirles recibos por la marihuana comprada o vendida. Parece además más fácil investigar ganancias, calcular impuestos y probar evasión fiscal, que investigar, probar y fundamentar la confiscación de bienes privados.

Por otro lado, hay que pensar en intervenciones que eviten que los “dineros calientes” generados en países periféricos o pobres no se fuguen hacia los centros metropolitanos y financieros del primer mundo más seguros, incrementando la desigualdad entre naciones⁴⁷. Las medidas contra la huida de capitales (básicamente ligada a la evasión impositiva de capitales de origen legal) requieren transparencia,

⁴⁶ Naylor, Thomas, “Criminal profits, terror dollars and nonsense”, en *Crime & Justice International*, vol. 23, N° 101, 2007, ps. 27-33.

⁴⁷ Fernández Steinko, *Las pistas falsas del crimen organizado*, citado.



controles públicos de los flujos económicos y sobre todo una voluntad política de los países del Norte o de organismos multilaterales financieros o de control como la GAFI.

III. 7. Tolerancia cero frente a la corrupción

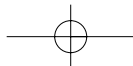
Una de las grandes causas y consecuencias negativas del tráfico de drogas ilícitas es, como se explicó más arriba, la corrupción individual y colectiva de funcionarios públicos. Reducir o acabar con la corrupción debe ser un objetivo central de las políticas, pues con corrupción generalizada es imposible implementar cualquiera de las demás medidas o intervenciones de reducción de daños.

Las intervenciones para reducir la corrupción, en especial la corrupción militar, policial o aduanera ligada al tráfico de drogas, incluyen reformas en los planes de estudio, purgas masivas en algunos casos, profesionalización, formación de cuerpos especiales de control interno, desburocratización institucional y aumento de la transparencia en procedimientos, aumento de salarios, premios y ascensos para policías honestos, programas de protección y ayuda para quienes denuncian casos de corrupción y severas penas o desprestigio profesional para aquellos involucrados en el negocio ilegal. También pueden jugar un papel importante en la lucha contra la corrupción los gobiernos locales, el poder judicial, las organizaciones no gubernamentales y de base, y los medios de comunicación independientes. Demás está decir que ética y funcionalmente tiene mucho más sentido e impacto desmantelar una red de policías corruptos o una aduana paralela que cualquier organización criminal dedicada al tráfico de drogas.

Junto a las políticas contra la corrupción, las agencias de control deben además implementar medidas que aumenten la legitimación del Estado y sus instituciones de cara a la sociedad.

III. 8. La recuperación del espacio público

Si el tráfico de drogas minorista callejero deteriora barrios y convierte espacios públicos (plazas, calles, esquinas, viviendas sociales) en lugares prohibidos o abandonados, las políticas de reducción de daños deben perseguir la recuperación y defensa de esos espacios como lugares de uso público y social. Lo que en muchos casos sucede es que las políticas represivas de tolerancia cero “extirpan” los focos “infecciosos” privatizando y securitizando dichos espacios. Plazas que se cercan y cierran al público, calles con cientos de videocámaras o viviendas sociales que se derriban para construir tiendas o apartamentos lujosos, son sólo algunos ejemplos.



Desde una perspectiva distinta, la recuperación del espacio público supone que las agencias de control trabajen con la comunidad (asociaciones civiles, de vecinos, asambleas, comerciantes, escuelas, etc.) y los gobiernos locales. Estos deben canalizar las iniciativas y demandas sociales, generando y financiando proyectos específicos que neutralicen los efectos negativos del tráfico local de drogas. Incluso se puede pensar en involucrar a los propios vendedores de drogas (con códigos de conducta o tareas concretas) en el mejoramiento de los espacios en los que operan. En tal sentido, la recuperación del espacio público puede no significar un sinónimo de la erradicación del tráfico (que en realidad generalmente se traslada a un nuevo foco problemático) sino la respuesta concertada de varios actores e instituciones, para garantizar las necesidades de la comunidad y reducir daños.

III. I. Adiós a las políticas simbólica

Finalmente, las políticas de reducción de daños respecto del tráfico de drogas deben superar el carácter simbólico que ha caracterizado a la mayor parte de las intervenciones antidrogas en los últimos 30 años⁴⁸. Dicho carácter simbólico es el resultado del alto contenido ideológico y moral de las “cruzadas” antidrogas, cruzadas que en general son políticamente redituables al combinar un alto grado de retórica populista, la masiva financiación de una gran casta de expertos, funcionarios y operadores de la “captura y la incautación”, y operaciones concretas efectistas con gran cobertura mediática. En el ámbito del tráfico, se trata en general de políticas “belicistas” que se rigen por dicotomías simples (consumidor-traficante, amigo-enemigo, etc.). Como bien señala Nils Christie, la guerra a las drogas funciona como un tranquilizante social y genera “integración” a través de la construcción de “enemigos apropiados”⁴⁹.

Pero dado que los daños descritos arriba son bien concretos y tangibles, también lo deben ser las políticas de reducción de daños. Las medidas e intervenciones que pretendan reducir daños deben ser capaces de medirlos, y se las debe juzgar y evaluar por sus resultados reales en términos de mejoras concretas. Si se considera el tráfico de drogas un problema social más, y no una fuente de legitimidad políti-

⁴⁸ Christie, “El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias”, cit.; Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit.; Ruggiero, “Drugs as a password and the law as a drug”, citado.

⁴⁹ Christie, “El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias”, citado.

ca, las intervenciones y medidas en dicho terreno deberían ser instrumentales y mantener un perfil bajo sin buscar más exposición en los medios que otras políticas públicas destinadas a aumentar el empleo, mejorar el medio ambiente o evitar la violencia de género. Al menos, la captura y la incautación no deberían ser el centro de la noticia, sino la cantidad de daños reducidos o evitados en la operación. Si las políticas, medidas e intervenciones no reducen los daños, deben cambiarse pragmáticamente como se hace por ejemplo en el terreno de la accidentalidad vial. Esto no debe significar la despolitización del problema: desde ya uno de los obstáculos más importantes para poder avanzar es el de las voluntades políticas.

IV. ¿Cómo avanzar?

Es poco realista pensar que las políticas de reducción de daños sobre el tráfico encontrarán, al menos a corto plazo, un eco positivo en instancias internacionales como la ONU, la Unión Europea, en el seno de organismos como la GIFE o Europol, o a nivel de muchos gobiernos nacionales. No hay que pensar estas políticas como un programa global a aplicar en todas partes, basadas en una legitimidad internacional a través de convenciones o tratados. Se trata más bien de una amplia gama de intervenciones puntuales, *ad hoc* y flexibles, que van de “abajo” hacia “arriba”, muy distintas dependiendo del contexto local, el tipo de mercado de drogas y la situación política e institucional de cada país. Por ejemplo, tanto los daños como las políticas y medidas prioritarias a aplicar en México, Holanda o España difieren enormemente, incluso a nivel regional o local dentro de cada uno de estos países.

En muchos ámbitos, es la policía la mejor posicionada para detectar daños y tomar la iniciativa en plantear nuevas intervenciones y medidas o abandonar las que no dan resultados. Esto es posible por ejemplo en contextos con bajo nivel de corrupción policial, con cuerpos policiales profesionales y descentralizados. En otros casos, el rol protagónico le puede caber a los fiscales (en contextos donde gozan de gran discrecionalidad ligada al principio de oportunidad), los jueces (en países con tradición garantista y constitucional, o con policías corruptas) o a las autoridades penitenciarias (en lugares con gran cantidad de presos por drogas). Puede pensarse, en algunos países, en el papel central de las Cortes o Tribunales Supremos o Constitucionales, o de tribunales especiales para casos de narcotráfico. Y aun en otros casos, el papel protagónico le cabe al poder ejecutivo (nacional o local) y sus ministerios, allí donde las relaciones de fuerza lo permitan.

Cooperando con estas agencias, otras instancias son también fundamentales en la formulación e implementación de las políticas suge-

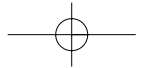
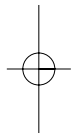
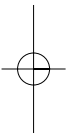
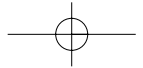
ridas arriba: municipalidades, direcciones impositivas, aduanas, hospitales y otros operadores sanitarios, y por supuesto el sector privado ligado al tráfico de drogas, personas y dinero. Finalmente, por ejemplo en el caso de las intervenciones sobre el tráfico callejero en zonas residenciales o en la recuperación de espacios públicos, es imprescindible la participación de la comunidad a través de organizaciones de vecinos, centros barriales, comercios, escuelas o asociaciones de usuarios.

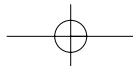
Es un error pensar que se trata de un enfoque novedoso. Las prácticas de monitoreo o los procedimientos para evitar muertos o heridos forman parte del trabajo rutinario de casi todas estas agencias e instancias, que tienen gran experiencia y saber acumulados. El desafío es expandir y convertir dichas prácticas en el objetivo central de las intervenciones antidrogas, aun cuando estas tengan un carácter provisorio y no oficial.

Los mayores avances pueden lograrse primero en ámbitos locales o nacionales donde ya domina el enfoque de la reducción de daños en el nivel del consumo (muchos países de la Unión Europea y América Latina) o donde la magnitud de los daños es tan grande (países productores o exportadores como Colombia, México, Afganistán, Bolivia o Brasil) que hasta las propias instancias oficiales buscan caminos alternativos a la guerra estéril y devastadora⁵⁰.

El avance de las políticas se debe ir concretando entonces como una serie de reformas a corto plazo dentro del marco prohibicionista global, impulsadas a veces por alianzas sociales amplias, a veces por operadores técnicos. Sin embargo, para que dichas intervenciones no sólo terminen “humanizando” la guerra, ellas deben darse paralelas a una estrategia más global y de largo plazo para cambiar las convenciones internacionales de drogas, cambio que sólo es posible si en la práctica concreta la represión y la guerra dejan lugar a intervenciones más racionales que prioricen la reducción del sufrimiento humano por sobre todas las cosas.

⁵⁰ Nadelmann, “La reducción de los daños de la prohibición de las drogas en las Américas”, citado.





La mediatización del encierro Un análisis de la justificación de la cárcel en los medios y una propuesta para salir del silencio

María Ximena Martel* y María Florencia Pérez Lalli**

“Cada día, leyendo los diarios, asisto a una clase de historia. Los diarios me enseñan por lo que dicen y por lo que callan”.

Eduardo Galeano

Que la cárcel exista responde a un compilado de intereses y directrices sociopolíticas y culturales en donde los medios de comunicación han sido promotores y justificadores desde varias aristas. Por ello, proponemos un análisis desde una visión comunicacional para reflexionar sobre la existencia de la prisión.

Para posicionarnos desde una perspectiva abolicionista, debemos conocer y reconocer por qué la cárcel, bastión visible del sistema penal, forma parte de las sociedades modernas, principalmente occidentales, y cuáles son las implicancias que ameritan una mirada desde la comunicación y los medios masivos. Es en éstos que podemos descubrir cómo se construye y se condena a quienes habitan las cárceles, o al menos a gran parte de ellos¹, mediante distintas estrategias comunicacionales como la estigmatización, la banalización y la criminalización, por lo que las empresas mediáticas son parte integrante del discurso y poder hegemónico.

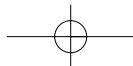
En ese recorrido, habremos comenzado a pensar en la fuerte naturalización que rige sobre el sistema penitenciario y penal en la sociedad actual y la gran contribución que ejercen los medios para tal fin.

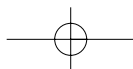
Si la comunicación masiva contribuye a la existencia de la cárcel, sería interesante pensar, finalmente, qué rol cumple frente al abolicionismo penal. En ese sentido, preguntarse qué se dice y qué no se dice al respecto también nos llevará a diagramar una alternativa comuni-

* Licenciada en Comunicación Social, Universidad Nacional de La Plata, y docente. Maestrando en Educación, Lenguajes y Medios, Universidad Nacional de San Martín.

** Licenciada en Comunicación Social, Universidad Nacional de La Plata. Presidenta del GESEC (Grupo de Estudio sobre Educación en Cárceles).

¹ En su gran mayoría, quienes se encuentran en las cárceles han tenido poco o nulo acceso al mundo del trabajo y a derechos básicos como la educación y la salud, entre otros.





cacional a la pena, basada en el perdón y en el reconocimiento del otro como sujeto de derechos.

I. La libertad administrada

Ya hace tiempo, en sus primeras obras, Herbert Marcuse² se había opuesto al pesimismo de Freud³ demostrando que una civilización no basada en la represión de los instintos era posible.

Esto no era un dato menor, ya que lo que Marcuse lograba era plantear una teoría ante la sociedad capitalista la cual concibe al cuerpo únicamente para el trabajo y despoja al hombre de su sexualidad produciendo una cosificación basada en la restricción del único placer que hace posible la subsistencia de la civilización.

El hombre renuncia a sus instintos y se lo impone a una formación social basada en la dominación, con una vida ligada íntegramente al trabajo alienante, con soportes en las estructuras sociales, políticas e ideológicas que exponen al hombre al sometimiento a través de lo que Marcuse dio en llamar las “necesidades represivas”: todas aquellas satisfacciones, multiplicadas por el desarrollo tecnológico, que posibilitan la dominación a través del consumo.

Esta sociedad cerrada y libertad administrada es lo que da forma al *Hombre Unidimensional*, aquel que dedica su vida a reproducir prejuicios y valores surgidos de la alienación que produce un sistema que se basa en la inhibición del espíritu y que se concibe a través de medios de comunicación que anulan todo tipo de autonomía⁴.

No caben dudas que lo que aquí nos entrega el teórico de Frankfurt es una forma más de entender cómo un hombre llega a ser encarcelado.

Michel Foucault se desliza por los padecimientos del hombre en *Vigilar y castigar*⁵ y piensa en el suplicio del hombre antes de llegar al castigo, que no es más que la provocación deliberada e intencional del dolor. Si podemos cruzar las teorías de estos dos contemporáneos, podemos comenzar a pensar en el hombre y la cárcel y, por supuesto, en por qué no la cárcel.

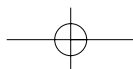
Desde ese espacio de control del cuerpo y de los instintos, se impulsa una verticalización de la justicia, en la que a cada determina-

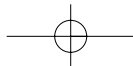
² Marcuse, Herbert, *El final de la utopía*, Planeta, Barcelona, 1986.

³ Freud, Sigmund, *El malestar en la cultura*, Alianza, Buenos Aires, 2008.

⁴ Marcuse, Herbert, *El hombre unidimensional*, Planeta, Buenos Aires, 1993.

⁵ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.





do acto indeseable se le corresponde una pena, que aparece como opción primera y naturalizada desde lo cultural y promovida desde lo mediático.

El hombre puede morir encerrado (de hecho, la mayoría de nosotros lo hacemos) aún sin nunca haberse encontrado con las rejas. La decisión de castigar a otro ser humano, no surge de una elección del hombre sino de una imposición social que desarrolla un sistema penal que se presenta como mandato supremo ante cualquier acción del prójimo. No hay en nuestras sociedades lugar para el perdón o el resarcimiento, incluso para los llamados “delitos menores”. Pero, ¿cómo podría haberlo si jamás nos han enseñado al respecto?

El hombre moderno entonces aparece como una construcción programada de un sistema que moldea a los sujetos con anticipación, a través de un molde uniforme que no admite errores. Desde niños vivimos sometidos a los castigos por nuestros actos y, si bien nadie se atrevería a encarcelar a un niño por rayar una pared, sí se avalan penitencias que implican desde limitar el normal desenvolvimiento de la vida cotidiana, hasta mantener encarcelado al chico dentro de su propia casa.

Y así crecemos. Y esta lógica se repite sistemáticamente: nuestros padres nos castigan cuando no respondemos a sus órdenes, en la escuela nos quitan los recreos ante una acción de rebeldía, en el trabajo nos despiden si no llegamos a horario y el Estado nos encarcela si realizamos actos indeseados.

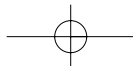
Estas instituciones modernas (familia, escuela y fábrica), que funcionan como engranajes en función de la meta institución Estado (que piensa en el ciudadano ideal para sus intereses) son las aliadas fundamentales para esculpir un hombre donde el trabajo sea su fin último, aquello que le permitirá al sujeto cumplir sus sueños.

II. Sueños modernos y medios de (in)comunicación

Los sueños, aquellos que han inspirado a poetas, que se transforman en los acordes de los músicos o en las pinceladas de algún pintor, no son más que otro ejemplo de cómo la libertad se convierte en un elemento del mercado que posibilita, nuevamente, un modo de opresión y, en definitiva, culmina con el castigo psicológico que conlleva el fracaso de no alcanzar lo soñado.

Son los sueños los que, los dueños del sistema político y económico, buscarán manejar para posibilitar llevar adelante sus objetivos. Y es aquí donde entran en juego, también, los medios de comunicación⁶.

⁶ Aquí vale diferenciar el significado de *medios de comunicación* del de *medios de información*. La distinción se basa en entender a los primeros como



Los medios funcionan como los facilitadores de una sociedad de masas, que cosifica y masifica a los individuos construyendo, así, una cultura de masas. Dentro de los medios, aparecen mensajes que fomentan tanto la cultura del consumo como la del castigo. Esto puede leerse fácilmente en las telenovelas, sobre todo juveniles o las destinadas al público femenino⁷, donde se exalta el consumo, principalmente, de indumentaria y tecnologías. Del mismo modo, suele encontrarse en abundancia episodios de encarcelamiento (tanto de héroes como victimarios), donde rara vez se proponen instancias de perdón⁸.

Los teóricos de Frankfurt ya habían dicho que los medios de comunicación servían para direccionar la superestructura a los intereses de las clases dominantes, manipulando la realidad a modo de imponer el consumismo como forma cultural. Esto es retomado por el latinoamericano Antonio Pascuali, quien traza la noción de dependencia y criticando el mercantilismo y las teorías norteamericanas sobre el funcionalismo de los medios de comunicación

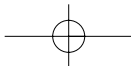
Por otra parte, los medios de comunicación forman parte de una triada imbatible que ha servido para la construcción de una cultura del silencio y de la dominación: medios de comunicación, discurso y

canales artificiales para vehiculizar mensajes de dos polos que pueden tanto recibir como enviar mensajes. Estos medios, son los que permitirían llevar adelante diálogos, donde ambas partes estén en igualdad de condiciones. Sin embargo, lo que nosotros conocemos como medios de comunicación, entonces, no entrarían dentro de esa definición.

Estos “medios de información”, son los que facilitan que mensajes del tipo ómnibus (de uno hacia todos) circulen libremente, funcionando como alocuciones que entienden al receptor como un ser pasivo; Pascuali, Antonio, *Comunicación y cultura de masas*, Monte Ávila, Caracas, 1980.

⁷ En la Argentina, desde mediados de los 90, se han proyectado producciones juveniles como “Rebelde way”, “Floricienta”, “Chiquititas” y “Casi Ángeles”, que suelen ser acompañadas por un fuerte contenido de mercadeo que van desde vestimenta hasta publicaciones. A su vez, se convirtieron en configuradores culturales del joven. En las telenovelas femeninas, el joven es relacionado con la belleza y el éxito económico. Algo que suele ser bastante contradictorio a lo que se expone en los noticieros, donde el joven es el principal enemigo social, y el más golpeado, en las estadísticas, por la falta de trabajo y de oportunidades.

⁸ Vale reconocer que en los últimos años ha habido una fuerte tendencia latinoamericana de producciones televisivas que apuestan a resaltar la identidad cultural y la diversidad de sus pueblos. Con temáticas críticas y comprometidas, Brasil, Colombia, Venezuela y Argentina han sido pioneros en la producción de guiones que complejizan el lugar de la televisión en la sociedad.



poder. Quien ostenta el discurso dominante, es quien posee el poder. Desde los medios, se puede imponer un deseo social, que tiene la función de “hacer respirable lo que asfixia”, entendiendo que los poseedores del discurso dominante utilizan el deseo y el placer para favorecer el sometimiento, esto es la necesidad del consumo como imaginario colectivo de éxito y variable para la inclusión.

En conclusión, son los medios de comunicación los que, en manos de quienes ostentan el poder, posibilitan la dominación, imponiendo sueños y objetivos de vida. Los medios, como ventana al mundo, nos muestran cómo debemos vernos, de qué forma debemos pensar, qué bienes culturales debemos consumir, y qué tendremos que hacer para obtener la felicidad.

A esto se le suma la acción modeladora de las familias y de las escuelas: ya sabiendo qué necesitamos para ser felices y ser considerados buenos ciudadanos, trabajaremos para lograr ese objetivo que la sociedad nos propone.

Ahora bien, ¿qué sucede si el hombre no alcanza ese sueño impuesto? ¿Qué ocurre con aquel que sobrevive con la imposibilidad de cumplir con esos objetivos construidos socialmente? La respuesta se relaciona inmediatamente con una de las dos instituciones totales que proponen las sociedades de disciplinamiento: el hospital psiquiátrico y la cárcel.

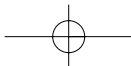
El fin máximo de éstas es transformar a los individuos: seres que han fallado y que, al ser encerrados, deben ser corregidos. Pero ¿qué hace que un hombre no sea lo que la sociedad y el Estado espera? La respuesta no está en el hombre, sino en el sistema que direcciona los sueños y así administra la libertad del sujeto.

III. Cómo encarcelamos

III. 1. La condena masiva

Con la intención de proponer una alternativa a la cárcel debemos pensar previamente en cómo es actualmente. Pero no solamente en aquellas prácticas sistemáticas de vulneración de derechos, desde la falta de acceso a derechos básicos hasta los tratos crueles e inhumanos y en la institución, con su jerarquía tajante; sino también en su naturalización. Y esto es posible, en primer término porque existe una decisión política para que esto ocurra. Pero también, los medios de comunicación masiva hacen su parte.

Para que un sistema sea posible, es necesario poner en marcha una maquinaria que moldee la vida desde una cultura de la sumisión y del silencio. La palabra se transforma en la herramienta fundamen-



tal para la dominación a través de la comunicación masiva, ya que produce una suerte de liberación que, en realidad, esclaviza.

Con esto nos referimos a que esa palabra, vehiculizada de forma viral por distintos medios tecnológicos, a la vez que visibiliza un discurso, oculta y silencia otros. Esto nos llama a comprender que el moldeado y la opresión sólo son posibles desde adentro.

De la misma forma, nos llama a pensar sobre cómo encarcelamos, ya que es desde la “complicidad” con los medios de comunicación, mantenemos un sistema cultural y se contribuye con la construcción de un imaginario social, que determinará políticas públicas, leyes, y normativas. Este complejo entramado, dará forma a una red de estereotipos, idealizaciones y mitos, la que oficiará de materia prima para el discurso de la *massmediación* que será el que permitirá, por ejemplo, una constante criminalización de los jóvenes desde las pantallas y diarios⁹.

De la misma manera, se posibilita el afianzamiento de un imaginario sobre la cárcel y sobre quienes allí se encuentran, dando lugar a una justificación y naturalización de la institución y de lo que ocurre detrás de los muros. Pero ¿cómo lo hacen? ¿Qué historias cuentan? ¿Qué comunes denominadores se registran?

Vale profundizar en esta cuestión para entender cómo se constituye y realiza el control. Los medios de comunicación masiva, operan desde los discursos, es decir, sobre cualquier materia significativa, dándole un sentido acorde a determinados intereses, que remiten siempre a lo mismo: el monopolio de la palabra.

Es por ese motivo, que a cada palabra mediática debemos corresponderle un silencio: la retórica del conflicto contra la paz, del malestar contra el bienestar, del encierro con la libertad. Cuando algo se dice, algo más se está callando o negando. Y no es difícil de entender, si pensamos en el valor real que posee el discurso como práctica y la palabra como materia de poder.

Toda palabra posee consecuencias sociales. No existe sociedad que no reglamente la producción y distribución de sus mensajes. Pensado así, no es complejo comprender por qué la lucha por el discurso.

⁹ E. Raúl Zaffaroni hace un interesante aporte al citar la investigación de Howard Becker, la cual explica que hay una empresa moral que hace las reglas. Quienes fabrican esas reglas, los empresarios morales, no son objeto de estudio ni análisis sino que lo son las personas a las que se les coloca “la etiqueta” que las deja afuera del sistema. En el marco de este artículo, podemos interpretar que las leyes son, además de influenciadas por este imaginario, generadas por hombres y mujeres, con intereses, historias y puntos de vista particulares.

En esa puja, empresas con intereses económicos, devenidos en medios masivos, y políticos de turno, conviven en esta búsqueda por la domesticación y la neutralidad alineados con el discurso hegemónico, que puede coyunturalmente estar dividido en dos, a modo bipolar, pero sigue siendo hegemónico eligiendo descontextualizar y banalizar, como un juego económico e, incluso, una estrategia de venta, cual producto de comercialización televisiva.

III. 2. La invisibilización visible

Los medios de comunicación y periodistas responden a lógicas de mercado lo que hace peligrar la producción cultural, al reforzar a las empresas más que a la sociedad. Así es que se explica la forma en que medios y periodistas lograr producir elementos de consumo más que producciones periodísticas puras.

Aparece la lógica del *best seller*, que responde a ciertas características como la banalización de temas que merecen debates realmente profundos (por ejemplo, adicciones, violencia de género, pobreza), y con efectos de amnesia permanente y exaltación de la exclusiva, contando historias superficiales que se tapan, de un momento a otro, para imponer una nueva noticia.

Demagogia y simplificación desde una visión cínica de la realidad es lo que lleva a expertos, custodios de valores colectivos a contar historias vaciadas de contenido, descontextualizadas con sutilidades *des-historizantes*¹⁰.

Explicado desde otra mirada, descontextualizar implica, por ejemplo, profundizar en la historia de la “víctima” a quien, los medios masivos toman como *héroe*, los cuales sí son vistos como sujetos de derechos y que siempre son pertenecientes a una clase social que le permite ser parte del sistema, de ese sistema que, casualmente, excluye en la cárcel a quienes no forman parte de él¹¹.

Esta mirada, responde al principio de selección que consiste en la búsqueda de lo sensacional, lo que incita a la televisión a la *dramatización*, en un doble sentido: escenifica, en imágenes, un acontecimiento y exagera su importancia, su gravedad, así como su carácter dramático, trágico. Esto lleva a que, por ejemplo, en los barrios periféricos, lo que interesa sean los conflictos, generalmente, entre partes

¹⁰ Bourdieu, Pierre, “Periodismo, televisión y política”, en *Contrafuegos*, Anagrama, Barcelona, 1999.

¹¹ Zaffaroni, E. Raúl, *La cuestión criminal*, ilustrado por Miguel Rep, 1ª ed., Planeta, Buenos Aires, 2011.

semejantes. Estas problemáticas televisadas se complementan con vocablos que crean sensaciones fantasmagóricas de terror y miedo, facilitando fobias y prejuicios y generando representaciones sociales estigmatizantes.

El resultado de estas acciones es la cosificación de quien delinque, llevando a nombrarlo con palabras como delincuente, ladrón, y hasta “caco”, en los medios más amarillistas. Esta forma de nominar al otro no es un dato menor, ya que implica la forma en que reconocemos al otro. En este caso, en una rápida visión por sobre los artículos de los periódicos vinculados a (in)seguridad, podemos concluir que en la mayoría de los casos (por no arriesgarnos a decir que siempre) no encontramos la palabra “persona” antecediendo a esta adjetivación (delincuente, ladrón, etc.). Así, el sujeto se transforma en objeto, y por lo visto, esto contribuiría a que luego no puedan serle garantizados sus derechos.

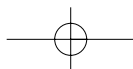
III. 3. La construcción del enemigo y la cárcel como depósito

Es interesante pensar cómo el enemigo ha ido variando históricamente. Lo que es seguro es que siempre ha existido. Desde la Inquisición hasta la actualidad.

Gauchos, criollos, aborígenes han sido construidos como enemigos en alguna oportunidad. En la década del 70, en nuestro país, el peligroso era el joven que luchaba, el que no se quedaba callado. En la actualidad, el peligroso es el joven, pero no el revolucionario, sino el que responde a un estereotipo¹² que es potenciado por la difusión mediática y que genera represión y paranoia, por citar sólo dos niveles de impacto de este imaginario social.

De esta manera, las empresas mediáticas portadoras del mensaje hegemónico, dejan de lado historias, razones y consecuencias personales, micro y macro estructurales, que pueden haber llevado a una persona a delinquir. Y ahí, ya no hay vuelta atrás para una frase que

¹² Existe una marcada condena y una suerte de “miedo preventivo” en relación a personas con rasgos propio de los pueblos originarios, quizá por herencia de la llamada “Campaña del Desierto” de principios del siglo XX, la cual masacró a miles de aborígenes patagónicos, y vendió y regaló a mujeres y niños para la servidumbre. Así, inmigrantes peruanos, bolivianos y paraguayos o argentinos descendientes de pueblos nativos, se ven expuestos a una oleada discriminatoria que tiene como única base su aspecto y nacionalidad. A esto se le suma una estigmatización relacionada con la indumentaria (principalmente deportiva, de pantalones anchos, campera, gorra y zapatillas con cámara de aire), el barrio que habitan (generalmente villas) y la música que escuchan (cumbia “villera” y reggaeton).



justifique el castigo, y que tiene una raíz histórica, y una presencia contemporánea, como “algo habrán hecho” o un decálogo de fundamentaciones que decaen por todos los costados que se lo mire, pero que buscan el impacto casi mediático, aunque no sea en este ámbito donde se esté exponiendo, producto de la sociedad mediatizada en la que vivimos.

Las razones políticas que conllevan este posicionamiento descontextualizador, también se produce y reproduce, a través de los medios, con gran aporte de la clase política dirigente. No debemos mirar muy atrás en el tiempo para reconocer que el eje de las campañas políticas fue, en la gran mayoría de los casos, el “delito” y la lucha contra “este flagelo”. Pero ¿desde qué perspectiva comunicacional se plantean estas propagandas?

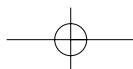
Nuevamente el impacto mediático, teñido de paranoia cotidiana con un enemigo común: el delincuente y la seguridad ciudadana. Este último concepto, en vilo en los discursos actuales de gran parte de los dirigentes políticos, es un reduccionismo fascista que nos invita a dividir a la sociedad entre ciudadanos y no ciudadanos, y a juzgar por el discurso, entre quienes tienen derechos y quienes no deberían tenerlos.

Como consecuencia de un efecto similar al de las bolas de nieve, el enemigo es construido por el sistema económico, político y dirigente y masificado por los medios masivos. Desde allí, la sociedad civil, las clases sociales, el ciudadano “promedio”, los “tipos comunes”, apuntan el dedo hacia un mismo lugar.

El resultado es similar en gran parte de las sociedades occidentales: cárceles pobladas por un alto porcentaje de jóvenes, ese enemigo público que el sistema encontró para criminalizar ante la falta de oportunidades y propuestas ofrecidas por el Estado.

Del mismo modo, encontraremos que, al menos dos veces al año, sale a la superficie y se estampa en los principales diarios nacionales el debate (bastante cerrado) sobre la edad de punibilidad de este colectivo. Esto propone rever, en la Argentina, la edad en que menores de 16 años pueden ser penados¹³.

¹³ En abril de 1999, cuando jueces impusieron las penas perpetuas a jóvenes a los que ni siquiera habían entrevistado una sola vez, el diario *Página/12* fue el único que expuso ciertas posiciones que planteaban objeciones a las perpetuas, en una nota titulada *Castigo cuestionado*, y es que tal como establece la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, a la que adhiere nuestro país, prohíbe expresamente aplicar la reclusión perpetua a menores de 18 años; Cesaroni, Claudia, *La vida como castigo*, Norma, Buenos Aires, 2010.



En conclusión, podemos señalar que el sujeto que delinque o que está acusado de delinquir se transforma en objeto, pero no sólo para los medios de comunicación, sino que éstos reproducen un discurso y, no inocentemente, lo legitiman.

Otra coincidencia que vale destacar, radica en quiénes pueblan nuestras cárceles y quiénes son considerados delincuentes para los medios de comunicación. Es que existen muchos delitos que no están considerados como tales o al menos que parecen no requerir por el conjunto de la sociedad de una sanción tal como la que sí deben padecer quienes concretan asaltos a la propiedad privada.

El delito se ha definido de distintas maneras. Nils Christie¹⁴ afirma que el delito no existe, y que se trata de actos que, según el contexto social, reciben diferentes significados. Raúl Zaffaroni¹⁵ explica que el delito es una acción humana dotada de voluntad, que está prohibida por la ley, no permitida y donde el autor pueda ser nombrado culpable, conducta típica, antijurídica y culpable. Para Claudia Cesaroni¹⁶, es una conducta que una sociedad determinada considera como dañosa y, por lo tanto, quiere evitarla. Pero ¿quién determina qué es dañino y qué no? ¿Quién adscribe significado a una acción?

Cuando nos autoconvocamos a “disertar” sobre seguridad ciudadana, raramente escuchamos expresiones sobre de qué seguridad puede hablar un niño o niña que vive en la calle, o un adulto que no accedió a derechos básicos como la educación, la salud o el trabajo. Estas falencias estructurales en la vida de una persona, representan también un delito, en este caso cometido por parte del Estado, quien incumple legislaciones incluso internacionales a las que Argentina adhiere y que tiene validez suprema en la Constitución Nacional¹⁷.

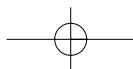
Pensemos por un momento. ¿Quién no ha cometido un delito alguna vez? Si fotocopiamos un libro o bajamos una película de Internet, también transgredimos la ley. Sin embargo, la selectividad judi-

¹⁴ Christie, Nils, *La industria del control del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993, y *Una sensata cantidad de delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

¹⁵ Zaffaroni, E. Raúl, “Derechos humanos y sistemas penales en América Latina”, en *Criminología crítica y control social*, Juris, Rosario, 1993.

¹⁶ Cesaroni, *La vida como castigo*, citado.

¹⁷ La Constitución Nacional de Argentina, en el artículo 75, inciso 22, introduce jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales, entre ellos, la Declaración de los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y la Declaración Internacional de los Derechos Humanos.



cial, aparentemente, se refleja a la perfección dentro de los muros de la cárcel.

En este sentido, debemos pensar en la cárcel como la continuación de un eufemismo social: la villa, ese lugar de control y clausura etno-racial que surge como espacio de diferenciación y que contiene a una población étnicamente homogénea¹⁸. De la misma forma que sucede en Brasil con las favelas o en Estados Unidos con los guetos, en la Argentina, las villas confinan a una población históricamente denigrada, que posee un pasado ligado a la esclavitud y con características que permiten construir a un potencial enemigo.

Esto amerita realizar una pequeña revisión a nuestra historia no muy lejana, para recordar que hace no mucho más de cien años atrás, los pueblos originarios eran devastados y, posteriormente, convertidos en mercancías para ser “utilizados” como servicio doméstico. Esos mismos rasgos étnicos son los que hoy se multiplican en villas y, luego, en las cárceles.

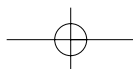
Los grupos expulsados de la sociedad y obligados a construir estructuras organizativas que contemplan, luego, andamiajes de modos de vida que se reproducen en la cárcel, encausan sus vidas a partir de la estigmatización, la constricción, la reclusión territorial y el encajonamiento institucional, elementos que se perpetúan en las prisiones.

Algunas corrientes, incluso humanistas, suelen decir que la cárcel es el lugar donde se excluye a los que no son útiles para el sistema. Sin embargo, la cárcel es tan funcional como necesaria para este sistema político-económico y social, porque si no es en la cárcel, ¿dónde se “depositaría” a estos elementos que “sobran”? Y es que en consecuencia a este sistema, la sociedad pasa a considerar a los sujetos en objetos.

La cárcel, entonces, aparece como el reflejo y consecuencia inmediata de un modelo político-económico y social del cual todos formamos parte; es el lugar donde confluyen los excluidos del modelo planteado por el poder de turno.

De aquí que la naturalización a la penitencia sea un impedimento para pensar en la inmediata erradicación de una institución establecida y legitimada hace más de dos centenarios, más aún si pensamos que desde que comenzamos a vincularnos con otros seres humanos, se reciben sanciones y castigos.

¹⁸ Wacquant, Loiq, “De la esclavitud al encarcelamiento masivo”, en *www.loiqwacquant.net*, 2002, y *Las cárceles de la mísera*, Manantial, Buenos Aires, 2004.



Una cárcel es un espacio “en reserva” que sirve para confinar a la fuerza a una población legalmente humillada, que desarrolla, allí, sus instituciones, su identidad mancillada y su cultura específica. Hablamos de un espacio de feroz exclusión, que viene a continuar con la misma historia extramuros, caracterizada por los mismos cuatro componentes fundamentales: el estigma, la coacción, el cercamiento físico y paralelismo y el aislamiento organizativo que componen una villa, un gueto o una favela.

En épocas de políticas y reclamos sobre “seguridad ciudadana”, con objetivos claramente estereotipados y estigmatizantes, el encarcelamiento masivo se condice con la imagen pública del delincuente: joven, pobre y moreno, rasgos que suelen diferenciarse del “nosotros” y que fusionan la “negritud” con la *inseguridad* social. El resultado es claro: prisiones como depósitos de marginales.

IV. La cárcel mediatizada

Pero ¿qué dicen los medios de información masiva sobre la cárcel?

La cárcel es una institución, como ya se ha dicho jerárquica, y (aunque suene una verdad de Perogrullo) cerrada. Esto, más allá del encierro propio que generan los muros, también refiere a que, aunque en los últimos años debido a la lucha de organizaciones sociales y de derechos humanos abrió las puertas a algunos sectores de la sociedad civil, poco se sabe qué ocurre rejas para adentro.

Y ese poco se reconstruye a partir de lo que se mediatiza, es decir, lo que los medios masivos de información difunden, o mejor dicho, tal como se teorizó en este artículo, eligen difundir.

Si realizamos una breve mirada por la historia del cine mundial, encontraremos cientos de películas dedicadas a esta institución, y podríamos contar con los dedos de una mano, aquellas que proponen una crítica al sistema carcelario y penal; e incluso, muchas de ellas que han intentado hacerlo, también caen en una estigmatización y reproducción estereotipada.

Además, se registra una naturalización de prácticas tortuosas e, incluso, su banalización, y no sólo de la institución cárcel, sino del encierro en sí: comisarías, instituciones psiquiátricas y orfanatos o institutos de menores, hoy llamados centros para jóvenes en conflicto con la ley penal, que a pesar del esfuerzo por encontrar una denominación humanista, continúa excluyendo a niños y niñas (porque hasta los 18 años lo son según los tratados internacionales de Derechos del Niño) y no son más que cárceles para este colectivo en situación de vulnerabilidad.

Además de los filmes, en los últimos años, han proliferado en la Argentina y en distintos países de América Latina, producciones televisivas en formato reality show dedicadas a, entre otra larga lista de protagonistas, policías y penales. Éstos últimos, en la Argentina, apelaron a la creatividad para nombrarlos, titulando al programa “Cárceles”.

Este programa elige también reproducir un mensaje trivial y descontextualizado de las personas que se encuentran en esta institución y del sistema penal en sí. Para ello se difunden historias vinculadas al arte (siendo que el acceso a la cultura también debería ser un derecho garantizado y esto ocurre muy pocas veces) o referidas a sus elecciones sexuales y son transmitidas desde una perspectiva moralizante, o se detienen en los delitos cometidos, sin profundizar en la historia previa de las personas.

Pero por sobre este análisis, lo más relevante no es sólo que el producto ha sido repetido varias veces lo cual demuestra su alto consumo y la evidencia del bajo costo que se requiere para concretarlo (ya que no se requiere caché para los actores y las actrices), sino que el programa reproduce el discurso hegemónico, en este caso del Ministerio de Justicia y Seguridad, organismo del cual depende el Servicio Penitenciario (en la provincia de Buenos Aires). La manipulación y el control está sujeto a la pertinencia de los intereses del gobierno provincial, por tal motivo cada emisión debe ser “aprobada” por esta dependencia estatal. Y de aquí se desprenderán luego aquellos discursos tales como “pero qué bien están los presos en la cárcel”, “algo habrán hecho”, entre otras tantas conclusiones que son posibilitadas por el *reality*. Así, pareciera que, se justifican casos de tortura y otros tratos crueles e inhumanos.

Otro discurso presente en los medios masivos en referencia a la cárcel es el tema del “gasto”. En un breve ejercicio, invitamos a los lectores a comprobar cómo, cada año, alguno de los principales diarios eligen titular con “El servicio penitenciario gasta X cantidad de dinero por preso”. Sin embargo, poco se dice del negocio generado detrás de este sistema y, mucho menos, se preguntan cómo es posible que una persona viva en el hacinamiento y la vulneración completa de sus derechos siendo que el Estado invierte en él mucho más que un sueldo promedio en la Argentina.

Sabemos que una gran corruptela también atraviesa la historia de esta institución; sin embargo, son muy pocos los medios que se hacen eco de esto. Tampoco se focaliza sobre la cantidad de puestos de trabajo que alberga el sistema. No pensemos sólo en el personal peniten-

ciario, sino también en los docentes, médicos, trabajadores sociales, que allí se desempeñan¹⁹.

De la misma manera que se naturalizan aquellos tratos inhumanos y condiciones de detención en este *reality* llamado “Cárceles”, los medios masivos de información (con pocas excepciones, como Horacio Cecchi en *Página/12*, periodista especializado en esta temática un caso ilustrativo entre quienes manifiestan una postura crítica ante el sistema penal y carcelario) eligen reproducir un discurso tendiente a la homogeneización de la población carcelaria, la demonización y cosificación de las personas que se encuentran encerradas en las cárceles de nuestro país, sin dejar lugar a profundizaciones o análisis contextuales y coyunturales. Incluso en este presente con una clara puja entre el gobierno de turno y el principal grupo mediático del país (*Clarín*), no se da lugar a la problematización de este sistema.

Si bien en ocasiones se puede registrar un cuestionamiento (leve) al sistema penal, principalmente para aquellos funcionarios que responden a algún sector político no afín al grupo mediático en cuestión (no sólo *Clarín*, sino cualquiera), jamás se cuestiona la existencia del mismo, y mucho menos la posibilidad del encierro.

Además, si bien podemos registrar esporádicos informes, por ejemplo, sobre las instituciones que encierran a los jóvenes, en dos páginas siguientes (o en los minutos posteriores, en el caso de la Televisión) encontramos hechos o acontecimientos (que no es lo mismo que noticias)²⁰ mediatizados desde una perspectiva descontextualizada. Paradójicamente, un clásico es el titular “Dos menores robaron a un profesor” (u otro profesional). El héroe víctima del enemigo de turno.

Parte de esa naturalización al sistema judicial y carcelario también incluye que la condición de “preso” o “presa” se eterniza. Esto está vinculado a la estigmatización y los prejuicios consecuentes. Y los medios nuevamente aparecen como grandes promotores de estas dinámicas.

Un interesante ejemplo es el siguiente artículo:

Título: Scioli busca que se les dé trabajo a los presos

Primer párrafo: El gobernador de la provincia de Buenos Aires convocará a los jefes comunales de los distritos en donde estén asentadas las Uni-

¹⁹ En un universo de 50.000 personas privadas de libertad sólo en la provincia de Buenos Aires, trabajan 28.000 agentes penitenciarios.

²⁰ Ver Verón, Eliseo, *Construir el acontecimiento*, Gedisa, Buenos Aires, 1995.

dades Penales, quienes junto a legisladores, buscarán elaborar una reglamentación para que en el sistema laboral público municipal y provincial sean contratados ex reclusos²¹.

Más allá de lo beneficiosa que podría resultar esta iniciativa, detengámonos en el tratamiento mediático que elige realizar esta página web informativa, en algo que a primera vista tal vez no nos llamaría la atención: *presos* y *ex reclusos* aparecen como sinónimos.

En un claro ejemplo de la naturalización sobre las prácticas tortuosas que ya son sistemáticas (tal como refleja desde hace más de seis años el Comité contra la Tortura en sus detallados informes sobre el “Sistema de la Crueldad”), hallamos una noticia publicada en el *Diario Hoy* (de la ciudad de La Plata, capital de la provincia de Buenos Aires) titulada “Encuentran una picana en una requisa en el penal de Melchor Romero”. En el primer párrafo del artículo se señala: “La fiscal de La Plata, Virginia di Lorenzo, reveló que esos objetos suelen ser utilizados por los presos más conflictivos para ‘autoflagelarse’”.

Estas afirmaciones, no sólo responden a conclusiones erróneas sino que parcelan y dividen las verdaderas problemáticas de la cárcel, con objetivos visiblemente relacionados a intereses económicos y políticos, como el de perpetuar un sistema que representa a un negocio muy rentable para algunos (en el rubro de la construcción, por ejemplo) o como una forma de ocultar lo que socialmente “molesta” por razones discriminatorias o porque por cuestiones económicas comienzan a ser un problema para el sistema vigente (como pueden ser los jóvenes) ante la dificultad de generar nuevos empleos. La cárcel, además, protagoniza una manera de control y domesticación del sujeto, sobre todo en sociedades donde la protesta social se convierte en un problema y encuentra en el encarcelamiento una forma de neutralización.

V. El no castigo ¿existe?

En este contexto mediático, que naturaliza la cárcel y suaviza su carácter demoledor de la condición humana, podemos afirmar que en los medios masivos de información el abolicionismo (o cualquiera de sus derivaciones) como cuestionamiento o crítica al sistema excluyente y al encierro, no tiene lugar.

Aun cuando está a la vista la ineficacia del sistema, los medios de comunicación continúan aportando y justificando razones para su

²¹ Revista *La Tecla*, 21/2/2012, en www.latecla.info.

existencia, sin proponer miradas alternativas y condenando de forma verticalista sin atender a miradas coyunturales sobre aquel que ha delinquido.

Si bien existe un sistema penal, compuesto por un código que regula a través de leyes los castigos para determinados delitos (sistema y leyes que ameritan análisis aparte, ya que descartan analizar al sujeto y las causas existenciales que llevan a él a actuar de determinada manera), existe todo un entramado que fortalece que éstos sean aceptados y aplicados a rajatabla.

Los medios forman parte de esos aparatos ideológicos, al igual que la Historia, la escuela, la familia y otras instituciones, que ofician de herramientas para reforzar la ideología, en este caso de encarcelamiento, del Estado. Historia, escuela y medios han permitido la instalación de una fuerte legitimación del castigo y la pena. Incluso algunas religiones, que mantienen discursos sobre el perdón, promueven el castigo y apoyan el encarcelamiento, a tal punto que participan (o han participado) de tortuosas experiencias como victimarios.

Al prender la televisión, leer un diario o escuchar la radio, asistimos, generalmente, a un sin fin de notas a familiares de víctimas de homicidios y violaciones. Los cronistas insisten con preguntas que, en medio del dolor, la pérdida y el daño, exponen a la persona a expresiones que no sólo exigen cárcel sino que, también, traen a la discusión la pena de muerte. A esto se le suman periodistas y políticos de turno que utilizan el hecho para réditos personales y exposición.

Luego de la experiencia de ver a una madre llorando a su hijo ¿quién se atreve a proponer que esa persona que cometió el acto que llevó a la muerte de otra persona pudiera, antes que ir a prisión, pedir perdón? Claro que tampoco creemos que las simples palabras remienden la culpabilidad, pero tampoco la cárcel es la respuesta.

Aún peor es el caso en hechos de robo. Al menos diez veces al año nos encontramos con noticias del estilo: "Por mes sufrimos 3 o 4 robos"²², "Le roban 60 veces y cierra"²³, pero no vemos propuestas más que la sentencia al delincuente, que recae en un castigo que jamás tiene que ver con el restablecimiento del valor, pero que siempre recuerda la necesidad de encerrar a los culpables.

Ante un robo, una violación o un homicidio, la cárcel es la respuesta. El castigo exigido suele representar una necesidad simbólica

²² *Infopoliciales*, 12/1/2011, en www.infopoliciales.com.ar.

²³ *Diario Crónica*, 8/5/2010, www.cronica.com.ar.

de que el crimen pueda ser usado como forma de medir el valor de la vida de la persona culpable. Entonces, el castigo es convertido en la urgencia por realizar daño: al modo que se justifica una muerte en legítima defensa, la cárcel es también correspondida como daño.

No es fácil arremeter con una idea abolicionista o minimalista²⁴ ante circunstancias simples como robos o hurtos, menos lo será frente a situaciones horribles como violación de niños seguida de muerte. Sin embargo, esto requiere de una apertura que permita la elección hacia una política penal que brinde la posibilidad de debatir sobre otras acciones y reacciones. Es nada más (y nada menos) que una cuestión cultural, invadida por infinita cantidad de moralidades, que requiere del análisis de múltiples actores que no debe reducirse a víctimas y jueces, sino a la sociedad toda.

Mientras más se hable sobre alternativas penales en los medios, nuevas ideas surgirán, en ámbitos más amplios y con mayor armonía. En esto, los medios, serían aliados fundamentales para el debate y la salida de la oscuridad.

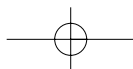
Sin embargo, en este presente mediático, el abolicionismo y sus derivaciones son sólo materias de análisis de unos pocos comprometidos que hace años intentan ganar espacio frente a soluciones simplistas que cierran los ojos al contexto y sus actores.

VI. La alternativa a la pena

Así, queda claro que los medios tampoco proponen una alternativa a la cárcel, pero ¿por qué? ¿Qué pasaría si los medios masivos comenzaran a centrar su discurso, o al menos difundieran, la posibilidad de pensar en otras formas diferentes a la propuesta del sistema penal?

Los medios proponen un enemigo y también la solución para combatirlo, que siempre es la cárcel. Imaginemos las consecuencias y

²⁴ El minimalismo penal, también conocido como garantismo penal, focaliza el sistema penal en los temas más importantes que generen mayor daño y no atender a otros que generen un daño menor. Es decir que el minimalismo penal, trata de ubicar al derecho penal a la mínima expresión, reservando la sanción penal para delitos aberrantes o delitos más graves a los delitos naturales. Esto implica descriminalizar algunos (muchos) comportamientos como delitos contra la familia, delitos morales o de índole privado como, por ejemplo, tenencia de estupefacientes, suspensión anticipada del embarazo, hurtos, fraudes, etc. Uno de sus máximos exponentes es Luigi Ferrajoli. También Alessandro Baratta y Nils Christie se han acercado a esta idea. Para algunos pensadores del derecho, como E. Raúl Zaffaroni, su aplicación es utópica en las sociedades actuales, ya que el sistema penal no sólo es violento, sino también selectivo.



el impacto que podría tener que plantearan una alternativa. Una paranoia masiva comenzaría a invadir a la sociedad, cual fobia. ¿O no? Tal vez no.

Quizá pedirles que postulen la abolición total del sistema penitenciario sería demasiado utópico, incluso lo es para quienes militan por ello, al menos en la forma más pura. Sin embargo, deberían exponer miradas críticas y superadoras de una forma que ha sobrevivido por años y, a la vista está, no ha servido en absoluto para nada a su teórica función, de hecho, las cárceles están cada vez más pobladas.

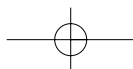
Una necesidad primaria es redefinir la noción de delito. Actualmente, conlleva una total desubjetivación de la persona, que es erradicada de esa categoría y colocada en el lugar de una cosa, sin entorno social, sin pasado, sin presente y, mucho menos, futuro.

La posibilidad de indagar sobre qué es delito y qué es un acto realmente reprochable nos daría un primer puntapié para comenzar a proponer variables de intervención estatal como alternativa al castigo y, que, a su vez, también puedan ir superándose según los cambios sociales.

La mirada minimalista, alternativa no sólo a la cárcel sino también al abolicionismo puro, acerca su mirada a la abolición de la pena, pero acepta el castigo en casos donde este es inevitable. Sin embargo, nunca escuchamos hablar de estas propuestas, al menos en ámbitos público, ni siquiera en la televisión. Cientos de veces hemos participado como televidentes a debates sobre pena capital y baja de la edad de imputabilidad, pero ¿recuerdan ustedes alguna vez haberlo hecho a uno sobre abolición del castigo? Quizá sea el momento, al menos, de impulsar ese debate que nos está faltando.

Es necesario, en este sentido, repensar el rol de los medios de información, y exigirles el aporte para un debate profundo de esta y otras temáticas que deben darse de manera esencial y urgente, porque pueden brindar una nueva mirada. Recordemos que cuando algo se dice otra cosa se calla, y las empresas mediáticas eligen callar respecto al resto de lo que ocurre detrás de la ventana. También es cierto que si bien pueden dar lucha y aportar al debate no son la solución. Pero sí pueden aportar al cambio cultural y educativo que se necesita.

Salirnos de la “necesidad penal” debería impulsar a los medios a, por lo menos, preguntarse si estamos en la absoluta obligación de castigar o si somos libres de elegir otra posibilidad. Punir o no punir, esa debería ser la cuestión a la que los medios deberían asistir. Pero esto significa no sólo plantear este debate, sino también rever al enemigo que ayudan a construir.



La desobjetivación del ser humano, es una de las primeras necesidades, junto con la definición de la noción de delito, que los medios deben atacar si pensamos hacer posible el sueño de la plena libertad del hombre: eso también implica elegir si queremos penar o no. Comenzar a hablar de sujeto o de persona²⁵ y terminar con vocablos como delincuente, implica humanizar la comunicación y permitir otorgarle vida a un ser que sólo era juzgado por un hecho en particular y no era visto como un ser completo, con experiencias y una realidad compleja. Esto es consecuente con la definición de delito, y viceversa.

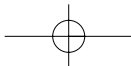
Para esto, es completamente necesario (y urgente) dejar de lado las interpretaciones que se limitan a la selectividad de hechos y situaciones, y que sólo son miradas con análisis chatos, vacíos y reduccionistas. Inmediatamente después de ellos llega el silencio, lo cual es aún peor.

El silencio es la ausencia total de sonido. Cuando hay silencio, hay algo que no existe. Si algo deja de nombrarse, ha dejado de existir. Eso ocurre con las personas y las historias en los medios, eso es lo que hace la cárcel: aislar, neutralizar y callar. En definitiva, elimina la existencia. Pero esto es algo que los medios pueden combatir. Aún más en el siglo XXI.

En la salida del silencio, los medios de comunicación son fundamentales ya que cuentan con la maquinaria para visibilizar historias y dar paso a todas las voces. Si pensamos en la puesta en marcha de un nuevo sistema que entienda que la pena no es una opción única y que existen otras formas de responder ante un hecho indeseable, podemos pensar también en la necesidad de buscar la mayor cantidad de verdades y posibilitan a todas las partes contar su historia, pero poniendo énfasis y destacando que la función primordial es la verdad (entendiendo que la verdad no es una institución única, sino que ésta varía según el sujeto que la viva) y no la decisión de cuánto castigo se le aplicara a una persona.

Los medios no sólo deben promover una alternativa al encierro, sino que deber ser parte de esas alternativas. Los medios de comunicación tienen en sus manos la facultad de desnaturalizar a la institución cárcel y sus prácticas, para que sea factible proponer una nueva mirada al castigo.

²⁵ El GESEC realizó un estudio sobre las noticias publicadas en la sección policiales de los principales diarios nacionales en el año 2009 y se concluyó que la palabra persona nunca antecedía a “delincuente”, “ladrón”, o incluso “preso”.

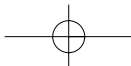
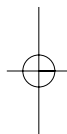
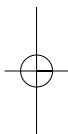


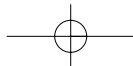
A su vez, deben ser parte de esas nuevas formas, contribuyendo a la comunicación de la verdad, a promover la reconciliación, a exponer, durante el proceso, cómo la desigualdad y la miseria se involucra en estas causas, y a ser tajante en la crítica en el pedido de más distribución de riquezas y en la verdadera aplicación de los derechos humanos.

Si los medios de comunicación no toman partido por esto, difícil será que el Estado y sus habitantes den sincera respuesta a la marginalidad dentro y fuera de los muros y, en definitiva, colaboren con la paz.

No se trata, aquí, de pecar de ingenuos. Sabemos y reconocemos que existen actos horrendos que parecieran no tener explicación. Reconocemos, aún más por nuestra historia reciente, la necesidad de exponer al genocida, al pedófilo, al asesino al castigo, pero también sabemos que es necesario que el ofensor sea construido por la verdad y no por el silencio.

También creemos, y estamos convencidas, que el daño que conlleva la cárcel no reparará jamás la falta de un ser querido y sabemos que la vergüenza y la culpa deben formar parte de un sistema que propone una salida a la prisión como única alternativa. Pero sin una mirada profunda, que sea socializada, jamás será posible dar el gran salto que la sociedad necesita: dejar el encierro y empezar a trabajar desde la luz.





Más allá del sistema penal: rescatando propuestas anarquistas de la España entre siglos (XIX-XX)

Alejandro Forero Cuéllar*

I. Introducción

Cuando se estudia la *cuestión criminal*, se suelen abrir dos perspectivas de análisis que aunque estructuralmente vinculadas podemos analizar separadamente: el delito y la pena. Cuando estudiamos anarquismo y sistema penal, esta diferenciación alcanza una significancia mayor que en otras perspectivas, pues al ser la propuesta anarquista frente al sistema penal tan *radical*, esto es, su total abolición, y no su mera reforma, nos queda preguntarnos qué pasa entonces con el vacío dejado por *la pena*.

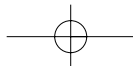
En el presente artículo me centraré en la posición sobre la no pena de los anarquistas españoles entre siglos (XIX-XX). Bien es cierto que me desvinculo geográfica y temporalmente de la temática de esta compilación, pero los debates en el anarquismo español de aquella época pueden ser muy útiles para construir o deconstruir una criminología abolicionista actual y latinoamericana. En todo caso, la pregunta es siempre la misma: ¿cómo concebir la no pena?

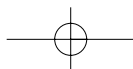
Y es que la actualidad que presenta el discurso anarquista entre los siglos XIX y XX en la posición abolicionista es aquella por medio de la cual se entiende que un cambio o transformación de/en la pena, en su forma, no conlleva ningún tipo de liberación. Es la abolición del sistema penal en su totalidad la que permitirá nuevas formas de relacionarnos entorno a los conflictos. El discurso anarquista es valioso entonces en este sentido, al ser capaz de plantear las bases de una cuestión, no los excesos o sus formas, sino la cuestión sobre el *sí o el no*.

Desde la posición abolicionista, el camino hacia la cancelación del sistema penal llevaría a verdaderas formas de solidaridad, con los (ex)presos, con las víctimas, con la sociedad y con los operadores del sistema penal. La no pena entonces no significa simplemente abolir la cárcel, sino el sistema penal que produce delincuentes y las relaciones

* Universitat de Barcelona.

¹ En cuanto a la postura abolicionista y esta concepción de la solidaridad ver, por todos, Hulsman, Louk y Bernat de Celis, Jacqueline, *Sistema penal y seguridad*





sociales que la soportan¹. Desde el ideario anarquista, la cancelación del sistema penal (como efecto necesario de la abolición del Estado) producirá una nueva sociedad donde no será necesario concebir la pena, pues no habrá más delito.

También es cierto que este anarquismo del que se habla aquí, así como cierto abolicionismo criminológico, como el de Hulsman, Mathiesen o Christie, se produjeron y pensaron para contextos y realidades distintas de la actual América Latina. Sin embargo, el sistema penal de los países latinoamericanos en gran medida se ha construido desde, y tiene su punto de mira en, premisas y construcciones sobre todo europeas. Constituciones, Códigos Penales, teorías y discursos criminológicos han viajado a través del océano durante todo el siglo XX. Desmontar los mitos en origen, puede ayudar a desmontar o cambiar lo propio en su destino.

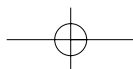
La imaginación no punitiva nunca tuvo tanto poder como en aquellos tiempos. Rescatar la fuerza del convencimiento de entonces puede servirnos para ayudar a superar esos límites que nos han impuesto haciéndonos creer que ante la burocratización y tecnificación abrumadoras del poder y la dominación actuales no hay alternativa. Así mismo, apoyarnos en herramientas propias del conocimiento o de la forma de conocer de los países latinoamericanos² puede ayudar a imaginar escenarios distintos independientes de las herramientas foráneas y colaborar para una militancia.

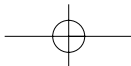
II. Anarquismo, abolicionismos y sistema penal

En el ideario anarquista, la existencia del Estado y del capitalismo, serían en sí mismos las verdaderas causas de la criminalidad. La ley crearía qué es delito, se aplicaría con doble rasero para los privilegiados y desafortunados de la sociedad, sería una manera de opresión contra los más desfavorecidos. Las relaciones derivadas de la instauración de la propiedad privada eran el origen de la mayoría de los delitos. Los valores burgueses, de otros tantos. Si el ser humano no estaba biológicamente determinado para delinquir, si lo estaría socialmente. Las condiciones misérrimas de la clase obrera, así como

ciudadana: hacia una alternativa, Ariel, Barcelona, 1984, en especial el capítulo "¿Por qué clase de libertad?".

² Ver, en este sentido, las propuestas para "descolonizar occidente" de Sousa Santos, Boaventura, *Una epistemología del sur. La reinención del conocimiento y la emancipación social*, Clacso, Buenos Aires, 2009; y *Para descolonizar occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Clacso, Buenos Aires, 2010.





la podredumbre que corrompía a las clases privilegiadas, eran el germen de la mayoría de los delitos. Todo ello, hacía necesaria la abolición de aquel orden social.

El sistema penal se yergue ilegítimo e injusto. Es sólo una herramienta que castiga a aquellos individuos que ese mismo sistema que los trata como delincuentes, los empuja hacia una vida semejante.

Desde Kropotkin³ podemos ver asentadas muchas de las críticas que la cárcel recibirá a lo largo del siglo XX. Si se le preguntara qué podría hacerse para mejorar la cárcel, él diría “¡Nada!,... porque no es posible mejorar una prisión”. “Mientras privéis al hombre de libertad, no le haréis mejor. Cosecharéis la reincidencia”⁴, y además de ineficaz, la pena de prisión sería ilegítima: “ninguno de los presos reconoce que la pena que se le ha impuesto es justa”⁵. La cárcel no puede mejorarse, por su propia naturaleza es opresión (no se puede elegir entre ella y otra cosa), y además invalida a la persona para la sociedad. No tiene efecto preventivo ni intimidatorio, ni su aplicación ni su amenaza son eficientes, al contrario, convierten en más fuertes a los criminales. La cárcel como un instrumento ineficaz e ilegítimo es entonces violencia pura. La cárcel no debe ser reformada, debe ser abolida.

Los anarquistas españoles, fuertemente influenciados además por el antiautoritarismo bakuninista, recibieron estas ideas y establecieron desde un principio esa ilegitimidad del castigo. Martínez Ruiz, traductor de *Las prisiones*⁶, también quería acabar con la violencia de la sociedad existente y caminar hacia la solidaridad. Para él, un paso básico para emprender ese camino, es la abolición de las prisiones⁷.

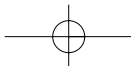
Más allá de un crítica desmenuzada hacia las agencias del sistema penal, de un estudio pormenorizado del delito y de la pena, la crítica anarquista se centraba en la idea predominante por medio de la cual, la cárcel o el sistema penal, serían solamente manifestaciones de un determinado orden social, una forma de violencia que emerge con el mismo nacimiento del Estado. Un tal sistema social, desigual y opresivo, no podía más que producir violencia:

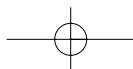
³ Al salir de la prisión de Clairvaux, entre 1886-1887, Kropotkin escribe *En las cárceles de Rusia y Francia*, obra conocida como *Las prisiones*, criticando la degradación que padecían los privados de libertad y denunciando la ilegitimidad e ineficacia de las cárceles (Kropotkin, Pedro, *Las prisiones*, presentación de M. Morey, trad. de E. Heras, José J. de Olañeta, Barcelona, 1977).

⁴ Ídem, ps. 26-27.

⁵ Ídem, p. 29.

⁶ Imprenta Unión Tipográfica, Valencia, 1897.





“decadencia brutal a la que nos conduce la civilización con todas sus aberraciones políticas, sociales, y religiosas. Sin duda, por el fruto se conoce al árbol. Y si en el mundo todas las cosas obedecen a un determinismo en que concurren herencia del pasado y adquisiciones del presente, díganse nos si la actualidad aterradora de estos días no hace el proceso y dicta la sentencia contra un orden social, en que, a poco que se haga, habrá que buscar un hombre honrado con la linterna de Diógenes”⁸.

De la misma manera, para la visión abolicionista del sistema penal, éste sería así mismo ilegítimo debido a la violencia que ejerce sobre los individuos que conforman la sociedad:

*“Un sistema muy represivo produce violencia entre los miembros de la sociedad a la cual se aplica. Nadie puede negar que la respuesta penal es una respuesta violenta. Y no hay aberración alguna en postular que tal respuesta violenta y pública es susceptible de incitar a la violencia en otros dominios de la vida”*⁹.

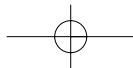
Ante aquella crítica que se le hace al abolicionismo, por medio de la cual se defiende que el derecho penal es (o debería ser), una *garantía*, que nació como reducción de las prerrogativas del soberano, para reducir la violencia del Estado o impedir sus excesos, el anarquismo propone su extinción. La propuesta anarquista no quiere intentar disminuir esa violencia, quiere eliminarla, eliminando al soberano, al Estado, origen de la violencia.

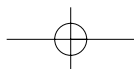
La ley, por tanto, como herramienta a través de la cual se manifestaba y se normalizaba la violencia del Estado, debía ser eliminada. La crítica a las leyes estaba muy presente en los escritos anarquistas de aquella época. La idea del poder consagrado en la ley como una ins-

⁷ Ver Martínez Ruiz, José, *La sociología criminal*, F. Pi i Margall (prolog.), Librería de Fernando de Fé, Madrid, 1899.

⁸ Mella, Ricardo, *Ideario*, Introducción de F. Montseny, J. Prat (prólogo de 1925), F. Alaiz (prólogo de 1953), CNT, Toulouse, 1975. Otras afirmaciones de este tipo pueden verse, por ejemplo, en “El garrote en acción”, en *La Anarquía*, N° 67, 1891: “Investigad las causas del crimen y encontraréis que de nadie es responsabilidad, sino de vosotros, puesto que siempre obedece a estas dos plagas que fomentáis con empeño: la ignorancia y la miseria”. Asimismo en Montseny, *Sociología anarquista*, Biblioteca de El Corsario, La Coruña, 1896, p. 82: condiciones de vida miserables que crean la degeneración y el delito (jornada laboral, enfermedades, aire enrarecido, falta de alimento). Ver algunas de estas citas en Álvarez Junco, José, *La ideología política del anarquismo español (1868-1910)*, Siglo XXI, Madrid, 1976, p. 267.

⁹ Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, cit., p. 98.





titucionalización de un poder de clase, era evidente. José Llunas, dedicó buena parte de sus escritos a este tema: Que no se confunda Justicia con Legalidad, la Justicia “tiene principios fijos eternos”. La Legalidad dependería de los hombres, de cada época, relativismo de lo justo en cada época y sociedad. Existencia de miles de leyes, que regularían cosas generales, que tratarían todo por igual, pero en la sociedad, como en la naturaleza, todos los casos y todos los fenómenos serían distintos¹⁰. Por lo tanto, las leyes no son necesarias, en la sociedad libertaria la mayoría de las transacciones se harán mediante el Pacto, y los conflictos, se resolverán mediante el Jurado. Muchos otros autores, anarquistas como Mella¹¹ o Anselmo Lorenzo¹² también criticarían esta función de las leyes, pero esta crítica también se encontraba en otras corrientes de pensamiento en aquella época, en autores regeneracionistas como Joaquín Costa, penalistas como Dorado Montero o pedagogos como Giner de los Ríos¹³.

Por tanto, cárcel, sistema penal, ley, Capital y Estado debían ser *abolidos*. La anarquía es la abolición de todo poder. Pero no sólo la abolición sino su sustitución, no por otros poderes porque la anarquía no los concibe, sino de un orden social por otro, basado en la libre voluntad de sus asociados. *El Estado y la teología serían sustituidos por la Administración y la Ciencia*¹⁴.

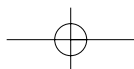
¹⁰ Llunas, José, “La familia”, “Apuntes de estadística universal”, “¿Qué es anarquía?” y “La cuestión política”, en *Estudios filosófico-sociales*, 2ª ed., Biblioteca del Proletariado, Barcelona, 1883.

¹¹ “Quien dice ley, dice limitación; quien dice limitación, dice falta de libertad. Esto es axiomático. Los que fían a la reforma de las leyes el mejoramiento de la vida y pretenden por ese medio un aumento de libertad, carecen de lógica o mienten lo que no creen”; igualmente: “¿Son malos los hombres? ¿Sí? Entonces no pueden hacer las leyes. ¿Son buenos? Entonces ninguna necesidad tienen de ellas”, en *Acción Libertaria*, N° 5, 1910, y N° 11, 1913, Vigo.

¹² “Si toda ciencia ha de partir de principios ciertos como los de las matemáticas, la ley no es de procedencia científica; y si el derecho es un conjunto de arbitrariedades, sólo se podrá imponer por la fuerza”, en “La reforma del Código Penal”, *Acracia*, II, 1887, citado en Madrid, Francisco (comp.), *Anselmo Lorenzo: un militante proletario en el ojo del huracán (Antología)*, Introducción, selección y notas de F. Madrid, Virus, Barcelona, 2008, p. 203.

¹³ Ver Álvarez Junco, *La ideología política del anarquismo español (1868-1910)*, cit., ps. 225 y 242-243, donde se cita bibliografía de estos autores en revistas anarquistas como, por ejemplo, Costa, “La función de la ley”; Dorado Montero, “Valor social de leyes y autoridades”, en *La Revista Blanca*, N° 130 y ss.; y Giner de los Ríos, “Para una historia de las teorías libertarias”, en *Boletín de la ILE*, 1899.

¹⁴ Llunas, José, *Almanaque para 1883*, Biblioteca del Proletariado, Madrid, 1882, p. 127.



La abolición de todo aquel sistema, no significaría el caos, sino que sería la oportunidad para crear algo nuevo, mejor, desde la libertad, desde la superación de la violencia y la opresión estatal. En este sentido, anarquismo y abolicionismo comparten argumentos y fines comunes: el sistema penal crea conflictos, daño, dolor. En una sociedad libre, o sin sistema penal, también habrá conflictos, pero estos se resolverán por parte de los interesados, implicados, dentro de la comunidad. No se quiere acabar con la gestión de los conflictos, sino con aquella manera artificial y violenta que recae en el Estado¹⁵.

Así, en ese anarquismo español de finales del XIX, se pensó claramente que con la abolición del Estado, y con él, del sistema penal, se abriría el camino al fin para una sociedad libre y solidaria. Al abolirse el Estado y el Capital, con la anulación de aquella estructura social basada en la economía capitalista y la forma Estado burguesa, gérmenes de la gran mayoría de los delitos, podía empezar a concebirse una sociedad basada en la no pena.

En el fondo, había una fuerte creencia en que se iba a producir un cambio de humanidad. El cambio era social, era comunitario, era humano. Así lo veían autores como Montseny en su *Sociología anarquista* o Nieva en su *Química de la cuestión social*, así como en algunos textos de revistas de la época como en *La Federación Igualadina*¹⁶.

De producirse aquel cambio pronosticado, ¿qué pasaría entonces con los comportamientos que causaran daño en aquella sociedad libre?

La llamativa idea de la no pena tuvo que ser matizada.

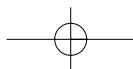
III. ¿Delitos y penas en una sociedad libertaria?

La ilegitimidad del Estado y del sistema penal para castigar que se establecía como punto de partida para criticar la penalidad, generaba la duda de la legitimidad para castigar en la futura sociedad libre. Influenciados por el fuerte principio antiautoritario bakuninista, parecía que, abolido ese Estado, la legitimidad para castigar no podía recaer en la sociedad, ya que simplemente no podía existir una autoridad legítima para castigar entre individuos libres.

Pero más allá de la concepción antiautoritaria, existía un debate más profundo, acerca de la libertad del hombre. Según muchas de las

¹⁵ Por ejemplo, Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, citado.

¹⁶ Ver Álvarez Junco, *La ideología política del anarquismo español (1868-1910)*, cit., p. 269.



concepciones anarquistas de aquellas décadas, no existiría el libre albedrío, y por lo tanto, no podría concebirse el castigo, pues no existía responsabilidad, sino que habría que perdonar o ayudar al criminal.

Pero esta explicación, dada en el marco de la sociedad estatal capitalista, no servía más, por contradecir la supuesta libertad alcanzada con la abolición de ésta última, en la nueva sociedad.

En realidad, no existió entre aquellos autores una única o clara línea de pensamiento. Enredados en la búsqueda permanente de respuestas y ataques a ciertas teorías científicas de la época, se encontraron en un auténtico laberinto discusivo acerca de la libertad, del determinismo y en la búsqueda de respuestas ante el comportamiento antisocial o desviado en la sociedad libertaria.

El punto de partida común era la ilegitimidad del Estado para castigar. Pi i Margall, cercano teóricamente a postulados libertarios diría que el derecho de penar es un “simple atributo del poder y tan inconsistente como el poder mismo. La ciencia no lo explica, el principio de soberanía individual lo niega”¹⁷. El poder de penar existe porque “en la imposibilidad de resolver el problema de la libertad y el orden, se ha pasado (...) sobre la libertad y se ha erigido en ley la tiranía. Caerá cuando caiga el poder”¹⁸.

Para la mayoría de autores anarquistas estaba clara la idea de la desaparición de comportamientos criminales con la desaparición del existente orden social: “no habiendo ley no habrá transgresiones de la ley. No habiendo instintos sanguinarios no habrá homicidios. No habiendo necesidad de robar, no habrá robos”¹⁹. Asimismo, la abolición de aquella sociedad significaba la oportunidad para la construcción de una sociedad basada en nuevas relaciones, libres, justas y humanas:

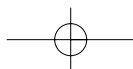
“Se dice también que sin la amenaza constante de escarmiento por parte de los tribunales ‘el hombre tendería al mal ó á embrutecerse, es decir, a valerse de la fuerza, para satisfacer sus pasiones.’ Esta concepción parte del error de confundir anarquía con etocracia, que es el vivir cada uno a su antojo, sin importar la vida social ni el cultivo de las ciencias y del arte. El anarquismo en cambio quiere la ilustración para todos”²⁰.

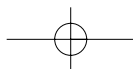
¹⁷ Pi i Margall, Francesc, “Prólogo”, en Martínez Ruiz, *La Sociología criminal*, Librería de Fernando de Fé, Madrid, 1899, p. viii.

¹⁸ Ídem, ps. viii-ix.

¹⁹ Martínez Ruiz, *La sociología criminal*, cit., p. 82.

²⁰ Llunas, *Almanaque para 1883*, cit., p. 127.





Pero, aunque la mayor parte de los delitos, como resultado de la organización social, desapareciera con el cambio hacia la sociedad libertaria, siempre cabría concebir la permanencia de acciones dañinas, aun llamadas *crímenes* en la mayoría de la literatura ácrata. De la misma manera, desde algunos criminólogos positivistas como Ferri, se dirá que aun siendo cierto que ante la ausencia de instituciones como la propiedad privada o el matrimonio no existirían los delitos relacionados con ellas, seguirían existiendo factores físicos y personales que llevarían al delito, e incluso en las sociedades colectivas o comunistas, habría un vagabundo nato que ante su repugnancia *orgánica* por el trabajo, robaría los bonos de alimentos para proveerse en los almacenes comunes²¹.

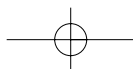
¿Cómo explicar entonces, dichos comportamientos?

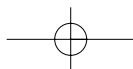
Se rechazaron, en un principio, los postulados del determinismo biológico y se defendieron postulados de determinismo orgánico-social²². Luego, establecido el final de aquellas circunstancias sociales que creaban o que no lograban contener la conducta delictiva, los anarquistas volvían a acercarse peligrosamente a la *Scuola* italiana: “ellos dicen que con la anarquía vendrá el desenfreno de los malos instintos; y nosotros estamos perfectamente convencidos que la criminalidad sería casi destruida, subsistiendo únicamente en aquellos individuos en que por su idiosincrasia revistiera los caracteres de una afección patológica”²³.

²¹ Ferri lo expone así en “Educación, ambiente y criminalidad”, en *Nuevos estudios de antropología criminal*; ver en Peset, José Luis y Peset, Mariano, *Lombroso y la escuela positivista italiana*, CSIC, 1975.

²² Explicar dichos recorridos supondría una extensión inabarcable en este escrito. En todo caso, fue famoso el rechazo de los postulados lombrosianos tanto por anarquistas extranjeros como Kropotkin en *Las prisiones*, así como de locales como Mella y Lombroso en *Los anarquistas*, de 1896. El rechazo casi unánime al determinismo biológico condujo a una defensa del determinismo social, pero en línea contraria al determinismo spenceriano que explicaba, justificando, la sociedad de clases por ser un orden social natural. Desde autores como Hamon en su *Determinisme et responsabilité*, de 1898, se estableció la falta de libre albedrío para justificar la falta de responsabilidad de los criminales. Para los anarquistas, dicho determinismo explicaba, precisamente, que la violencia, dominación y opresión ejercida por las clases privilegiadas conducía a las clases menos favorecidas al crimen. La diferencia radicaba en que mientras para quienes defendían aquel sociodarwinismo spenceriano, la sociedad existente era lo natural, el resultado de la dominación del más fuerte o capaz, para los anarquistas sería un estado antinatural, que se superaría con la abolición del Estado y de la sociedad de clases.

²³ Llunas, “¿Qué es anarquía?”, en *Estudios filosófico-sociales*, 2ª ed., Biblioteca del Proletariado, Barcelona, 1883, p. 126.





Y es que desde hacía décadas, el socialismo libertario también había encontrado raíces en la antropología médico-filosófica por influencia de Fodéré²⁴. Este autor, influyó en España, por ejemplo, al médico Fabra y Soldevilla que en 1836 publicó *Filosofía de la legislación natural*. En ella y en unas conclusiones en las que quiso resumir sus reflexiones tituladas “Inducciones antropológico-legislativas”, se formula un “credo utópico” sobre que “el fiel atenuamiento del hombre, en su comportamiento social a los que denomina principios de ‘legislación natural’, permitirá obtener una humanidad virtuosa y feliz en la que estaría ausente toda acción delictiva”²⁵.

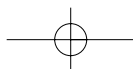
Pero no solamente las propuestas anarquistas se acercaban peligrosamente a los postulados positivistas criminológicos de la *Scuola*, sino también, a esa otra escuela, contrapuesta a la italiana en tantos debates, que explica la delincuencia en la teoría del ambiente. El acercamiento a los postulados organicistas de la Escuela Francesa permitiría argumentar que si se establecen las mejores condiciones sociales para los individuos, aquella tendencia delictiva quedaría al menos en un estado de *latencia*. El papel de la sociedad, por tanto, sería evitar las condiciones para que esa tendencia se desarrollara, y si eso ocurriera, la sociedad debería tomar medidas ante dicho sujeto.

La aceptación de estos postulados llevaba, sin embargo, a respuestas distintas a las que presentaba la existente sociedad capitalista. La criminalidad no sería un problema de jueces y cárceles sino un problema médico, de un tratamiento médico, que probablemente necesitará en algunos casos de encierro en establecimientos médico-psiquiátricos²⁶.

²⁴ Ver, Fodéré, François Emmanuel, *Las leyes ilustradas por las ciencias físicas, ó tratado de medicina legal y de higiene pública*, Real Arbitrio de Beneficencia, Madrid, 1801-1803, obra publicada en el original en 1789. Plantea la necesaria vinculación entre medicina y derecho para poder enjuiciar asuntos que tengan que ver por ejemplo con la locura, con la alienación. Primeros teóricos de la medicina legal que tanto interesará a Lombroso. Vinculación de la falta de razón con la locura, locura que significa incapacidad para entender las normas y por tanto rotura del contrato entre este individuo y la sociedad, pérdida de derechos, irresponsabilidad penal.

²⁵ Sánchez Granjel, Luis, “Medicina y antropología en la génesis de la ‘utopía’ de Dorado Montero”, en *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 3, San Sebastián, 1989, ps. 158-159.

²⁶ En *Las prisiones*, Kropotkinya había establecido un paralelismo entre la enfermedad y el delito, aunque en un sentido singular. Llamaba la atención sobre que la medicina ya no se centraba en curar sino en prevenir, y que “lo propio



Para responder a la pregunta de qué hacer con la existencia de crímenes en la sociedad libre, los autores anarquistas no se explayaron demasiado. Aunque sí dejaron algunas propuestas, estas fueron diversas, contradictorias y, algunas, sorprendentes, pero en general, rechazaron la idea de responder a un mal con un mal²⁷. Entendida, sin embargo, la posibilidad de formas de jurisdicción, surgidas de manera espontánea y con una finalidad curativa o terapéutica que debía ser libremente aceptada por el sujeto, la penalidad tomaba una forma singular²⁸. La no pena se seguía manteniendo, se hablaba de curación, de fraternidad, de ayuda al delincuente, pero se aceptaban formas de *intervención*.

Llunas, al referirse al colectivismo, argumentaba que “cuando algún individuo, ocupado en las administraciones comunales, no satisfaga á la colectividad, ésta lo relevará; y si cometiese algún delito ó se extralimitase en sus funciones, exclusiva y rigurosamente administrativas, será juzgado por un jurado creado al efecto”²⁹. Y aunque en un principio se rechazó el encierro, si el delincuente mostraba la necesidad de que la sociedad interviniera para curarle la voluntad, se empezó a entender que podía ser necesario que el sujeto fuera aislado, aunque se le trataría “científicamente, en establecimientos de curación, no en presidios infamantes, no con cadenas perpetuas ni temporales”³⁰ y

hemos de hacer en lo que atañe a ese fenómeno social que aún se llama Crimen, pero que nuestros hijos llamarán Enfermedad Social. Evitar esta enfermedad será la mejor de las curaciones”.

²⁷ Dicha diversidad o divergencia de opiniones no estaba únicamente presente entre los anarquistas españoles, sino que venía de aquellos autores “clásicos” que establecieron una línea individualista como Stirner o radicalmente abolicionista del castigo como Tolstói o Goldenweiser.

²⁸ Kropotkin resumía así esta visión que de alguna manera recogerán algunos anarquistas en España: “En cuanto a los individuos de inclinaciones perversas que la sociedad actual nos legue, deber nuestro será impedir que se desarrollen sus malos instintos. Y si no lo conseguimos, el correctivo honrado y práctico será siempre el trato fraternal, el sostén moral que encontrarán de parte de todos, la libertad. Esto no es utopía; esto se hace ya con individuos aislados, y esto se tornará práctica general. Y tales medios serán más poderosos que todos los códigos, que todo el actual sistema de castigos, esa fuente siempre fecunda en nuevos actos anti-sociales, en nuevos crímenes”, ver Kropotkin, *Las prisiones*, cit., p. 57.

²⁹ Llunas, “¿Qué es anarquía?”, en *Estudios filosófico-sociales*, cit., p. 148.

³⁰ “El presidiario”, en *Bandera Social*, N° 38, 1885-1886, citado en Álvarez Junco, *La ideología política del anarquismo español*, cit., p. 270, Asimismo, ver Litvak, Lily, “El delincuente y la justicia en la obra literaria del anarquismo español 1880-1913”, en *Archipiélago. Cuadernos de Crítica de la Cultura*, N° 3, 1989, p. 58.

además, con el “establecimiento de un sistema educativo racional, estos casos irían disminuyendo”³¹.

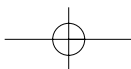
Pero no todas las corrientes estaban de acuerdo con el encierro aunque fuera de tipo curativo. Autores como Mella o Martínez Ruiz veían en las casas de curación la repetición del encierro institucional, de la deshumanización, de la caridad oficial. Ante aquellas personas que cometieran delitos y necesitaran un tratamiento, surge la cuestión de cómo y dónde. Las reticencias al encierro institucional, dejan la vía libre para el entendimiento de una cura en libertad. La influencia de Kropotkin en ellos fue patente ya que había sido contrario a cualquier tipo de encierro diciendo que “la casa de curación es una nueva prisión”, y proponía que, al igual que Plinel (*sic*) vino y quitó las jaulas y las cadenas a los alienados y los trató como hermanos, que, al igual que los labriegos del pueblo de Gheel, que habiendo desaparecido las cadenas pero no los asilos, recibieron en sus casas a los alienados, los dejaron en completa libertad, compartían la mesa, las faenas y sus fiestas, o que, como el doctor Mithhell en Edimburgo que puso en libertad a 2200 alienados, al igual que ellos que lograron el milagro de su curación, de su conducción dulce y familiar, al igual que ellos, se tratara a los criminales, con la libertad, el trabajo de los campos y el trato fraternal³².

Sin embargo, detrás de estas propuestas, se debía explicar el por qué, en dónde recaía la legitimidad para intervenir frente al individuo trasgresor. Algunos autores, se acercaron, consciente o inconscientemente a los postulados de la *defensa social* defendida por Ferri al decir que ante los criminales, la misma sociedad debía defenderse: “Si negamos la responsabilidad, y como consecuencia el derecho a imponer penas, no dejamos de afirmar el derecho de defensa (...) El individuo, lo mismo que la colectividad, derivándolo del instinto de conservación, afirma ese derecho que la lógica más elemental no puede rechazar”³³. Sin embargo, otros autores se cuidaron de este extremo man-

³¹ Ver, por ejemplo, Giner de los Ríos, Francisco, “La escuela que cerrará los presidios” en *Almanaque de la Revista Blanca*, 1902, citado en Álvarez Junco, *La ideología política del anarquismo español (1868-1910)*, cit., y Litvak, “El delincuente y la justicia en la obra literaria del anarquismo español 1880-1913”, citado.

³² Ver Kropotkin, *Las prisiones*, cit., ps. 53-54.

³³ Mella, Ricardo, colaboró con “Apuntes”, en la revista *La Idea Libre*, N° 44, 1895, p. 2. Sin embargo, Mella no habla de eliminación o postulados exagerados de que los delincuentes pongan en peligro la sociedad, sino que apostará, como la mayoría de los anarquistas, por las medidas terapéuticas, por curar sin castigar.



teniendo la coherencia teórica de la ilegitimidad del castigo, como Martínez Ruiz, quien no veía derecho a la defensa social ante el criminal sino, más bien, el deber de asistirle y curarle.

Pero, como hemos dicho, también hubo propuestas sorprendentes, de claro carácter represivo y proveniente de autores de gran importancia en el desarrollo del pensamiento libertario español. Es el caso del propio José Lluñas, quien proponía la utilización de los delincuentes para experimentos científicos peligrosos³⁴. O el caso de un anarquista tan significativo como Fermín Salvochea, quien proponía utilizar electricidad para evitar fugas, aunque esto pudiera ocasionar la muerte; lo hace en un texto que, aunque extenso, vale la pena reproducir ya que resume muchas de las posturas frente a la temática que estudiamos:

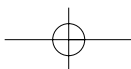
“Que se funden colonias comunistas, que sean industriales y agrícolas a un tiempo, procurando que en ellas se produzca todo lo necesario para la vida (...) que se permita al condenado vivir por un tiempo determinado en la colonia que lleve á ella á su familia, que viva en una barraca primero y en su casa después, dejándole gozar de libertad *dentro de un radio determinado*; y el *enfermo* (pues eso y no otra cosa son para mí los que la sociedad llama criminales), sin tabernas, sin garitos, sin ninguno de esos estímulos que hoy son la causa de su *degeneración* y embrutecimiento; sin curas que le ofrezcan la gloria en la otra vida, mientras ellos se comen el bollo en ésta; y teniendo a su disposición escuelas, bibliotecas y una sala de conferencias donde se divulgasen los conocimientos útiles y se *despertase en esas inteligencias dormidas el amor á la ciencia y el sentimiento de fraternidad, latente siempre en el cerebro humano*, es bien seguro que el *estado moral* de aquella persona no sólo no habría empeorado, sino mejorado grandemente, y que los beneficios serían recíprocos, tanto para el individuo como para la sociedad.

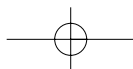
No habiendo nadie que guarde al colono, ¿quién garantiza que no se escape? La electricidad: ella, aplicada al refractario, y aumentando en intensidad cada vez que la fuga se repitiera, *daría por resultado el convencerlo o eliminarlo*; todo lo más que con este procedimiento podía perder la vida. ¡Eso no es nada, comparado con lo que se pierde en prisión!”³⁵.

Los extravíos teóricos y la falta de apoyo en alguna teoría sólida, llevaron a algún anarquista a desechar toda justificación científica para la abolición de la pena y concluir en tono profético:

³⁴ En el periódico *El Productor*, N° 40, 1887. Ver Álvarez Junco, *La ideología política del anarquismo español (1868-1910)*, cit., p. 270, y Litvak, Lily, *España 1900. Modernismo, anarquismo y fin de siglo*, Anthropos, Barcelona, 1990, p. 347.

³⁵ Salvochea, Fermín, “Las prisiones”, en *Suplemento a la Revista Blanca*, año 1, N° 20, Madrid, 1899 (el destacado me pertenece).





“Caminamos hacia la abolición de toda pena. Injusta es la pena si se apoya en el libre albedrío; arbitraria si se basa en la defensa social. (...) Desapareció el autoritario mundo romano: desaparecerá también esta sociedad en que vivimos. La justicia será entre los hombres”³⁶.

IV. ¿En dónde queda el discurso anarquista?

Y la sociedad libertaria al final no llegó, pero los postulados tratamentales se establecieron fuertemente, en la ideología carcelaria, dentro del sistema que los anarquistas denunciaron como incapacitador, injusto e ilegítimo. En España, la versión rehabilitadora bajo el denominado *correccionalismo*, habló de curación, de ayuda, de derechos de los criminales. En América Latina, las diferentes ideologías “re” han ido conociendo también un lugar de asentamiento preferente.

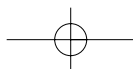
Pero la coincidencia en algunos argumentos del correccionalismo con algunas de las propuestas anarquistas, quedaba desmentida cuando dichas proclamas se llevaban a cabo precisamente *dentro del sistema*. La continuidad de las condiciones sociales que denunciaron aquellos libertarios impedía que el *tratamiento* de los delincuentes fuera efectivo. Aparte de la contradicción de privar de libertad a un sujeto para educarlo a comportarse en libertad, las condiciones sociales, tanto en España como en América Latina, no han permitido la consecución del dichoso mito de las ideologías “re”.

Sociedad *nueva* o no, la suficiente desmitificación del tratamiento, debería hacernos mirar hacia alternativas abolicionistas del sistema penal.

La ausencia de consecución práctica del ideario anarquista, en vez de ser un argumento en contra, debería bastar, contraponiéndolo al fracaso práctico de todas las propuestas modernas, para promulgarlo. En este sentido, contrario con los detractores, sería la abolición del Estado y no su permanencia la que aseguraría la paz social. Libres de opresión, estructuras y ataduras, los individuos podrían desarrollar verdaderas formas de solidaridad. El Estado no habría desarrollado el papel de pacificador para el que fue encomendado, al contrario, habría sido partícipe, directa o indirectamente, como estructura o como instrumento, de las mayores atrocidades que ha conocido la humanidad. Para la resolución de los conflictos, la abolición del Estado, permitiría llevar a la práctica formas resolutivas que el monopolio de la fuerza por parte del Estado *impedido o prohibido*³⁷.

³⁶ Martínez Ruiz, *La sociología criminal*, cit., ps. 205 y 206.

³⁷ Visión que como vemos estaría muy presente en los criminólogos abolicionistas. Por todos, Hulsman: “En mi mente, la abolición del sistema penal signi-



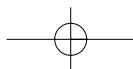
La actualidad de la no pena, su necesidad actual, radica, por lo tanto, en la toma de posición contra aquella visión progresista que anuncia que con el asentamiento del Estado social, del garantismo penal, de las libertades, la represión y el sistema penal se irían desinflando. La visión optimista acerca de que la criminología haría progresivamente desaparecer al derecho penal o de que la instauración de la sociedad sin clases haría paulatinamente desaparecer al Estado y con él la represión, resultaron imposibles³⁸. La represión sigue existiendo y el sistema penal es más grande que nunca. Es por ello también, que el anarquismo, aparece entonces como propuesta estimulante, retadora, como el abolicionismo, al menos para decir que las cosas podrían ser de otra manera.

Las contradicciones o extravíos teóricos de las propuestas libertarias de aquella época deben llamar nuestra atención sobre la *seriedad* que implica un análisis de la no pena. El poder crítico de los discursos anarquistas sobre la sociedad, no debe nunca encantarnos hasta el punto de hacernos olvidar que más allá de intentar concebir medios o alternativas a la pena, o de concebir la no pena, el sistema penal, como diría Hulsman, también somos nosotros mismos. Olvidar esto nos puede llevar a proponer alternativas o nuevos sistemas también *punitivos*. La abolición del sistema penal, por tanto, debe empezar en nosotros mismos³⁹.

ficaría *la reanimación de las comunidades, de las instituciones y de los hombres*" (Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, cit., p. 81).

³⁸ Ver Politoff, Sergio, "Postfacio", en Hulsman y Bernat de Celis, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, cit., p. 132.

³⁹ Las palabras de Hulsman, tomadas de una entrevista hecha por Rebeca Roberts, decían: "So then I begin to... say to people, 'we are criminal justice'. And abolition of criminal justice is that you abolish that in yourself, in the same way we are doing with racism and in the same way we are doing that with gender differences... You abolish criminal justice in yourself... Abolishing means that you will not anymore talk that language. And if you do not talk that language anymore then you see other things... it's like that abolition"; Roberts, Rebecca, *What happened to abolitionism? An investigation of a paradigm and social movement*, Tesina de Máster, Departamento de Política Social, LSE, Londres, 2007, inédita, citada en Scraton, Phil, "Más allá del 'momento del abolicionismo'. Un ensayo en recuerdo de Louk Hulsman: 1923-2009", en Bergalli, R., y Rivera Beiras, I. (eds.), *Desafío(s)*, N° 9, Anthropos-OSPDH.



El sol brilla a través de esos cuerpos. Tortura, aprisionamiento y policía de la sensibilidad

Claudio Martyniuk*

“Te torturaré de tal manera que el sol brillará a través de tu cuerpo”.

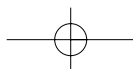
Verdugo de Bamberg, siglo XVI

I. Verdad

En el pasado griego, la tortura se practicaba en público, reglada por un procedimiento acusatorio. Los litigantes griegos tenían derecho a torturar con sus manos o podían recurrir a los oficios de la autoridad, que proveía el personal necesario. Se podía torturar a esclavos –y era una costumbre hacerlo– y también se podía torturar a extranjeros. No había excepciones para mujeres y niños. Pero la tortura tenía un carácter restrictivo, y no alcanzaba a los ciudadanos griegos. El testimonio del esclavo carecía de valor, salvo bajo tortura, que le daba a las declaraciones del esclavo fuerza probatoria. La tortura era tenida como un instrumento que provocaba una reacción animal, y en esto se fundaba la validez de ese testimonio.

En el Libro I, capítulo XV, de *Retórica*, Aristóteles ofrece una tipología de las pruebas que se podían esgrimir ante un tribunal: “Son cinco en número: leyes, testigos, contratos, testimonios bajo tormento y juramentos”. Una especie de testimonio, entonces, era el testimonio bajo tormento. La tortura, ese torcer, deriva del “ensayar sobre la piedra de toque” (*básanos*). En sentido figurado, se refiere a examinar a fondo, verificar, probar. Piedra de toque es el medio de constatación de un material. Se hacía testimoniar la carne en público. Más tarde, Cicerón, en *Tópicos XX*, señaló que “los testimonios arrancados por los azotes, la tortura o por el fuego, parecen la explosión de la verdad, y las declaraciones salidas de un alma turbada por las pasiones, tal como el dolor, el deseo, la cólera, el temor, tienen autoridad y crédito, como el producto de una fuerza irresistible”. En la antigüedad, los tratados de retórica y obras de derecho exponían la tortura al análisis, sin crítica, sin repugnancia.

* Abogado, Doctor en Filosofía del Derecho y Profesor, Universidad de Buenos Aires.



La tortura judicial, prevista en los capítulos 18 y 19 del Libro XLVIII del *Digesto* de Justiniano, será legada al derecho medieval y el siglo de los juristas será el del resurgimiento de las prácticas institucionales de tormento. Los ciudadanos romanos también tenían inmunidad, pero el crimen político, el crimen *maiestatis*, permitía someter a tortura y daba derecho a matar al enemigo extranjero *-hostis-* y al traidor. Los reyes medievales no dispusieron de la figura de crimen de lesa majestad, pero sí de la tortura, que pasará a quedar envuelta en el procedimiento inquisitivo, lo cual provocará que se la deje de practicar en público. De todos modos, la razón de Estado, de linaje antiguo, seguirá abrazada a la tortura.

El sistema inquisitorial puede tener acusación sin acusador. Y busca *-inquirere*, buscar con cuidado encuesta, investigación– a través de un procedimiento escrito y secreto. La escritura, sacada de lo público, materializa las pruebas. Y la prueba privilegiada por ese sistema es la confesión. La tortura, concebida como el medio adecuado para obtenerla, se generaliza –excepto en territorios como Gran Bretaña, en los cuales se mantuvieron el sistema acusatorio y juicio de los acusados por sus iguales. El derecho germánico, mediante las ordenanzas de Bamberg (1507), llevaba al extremo la búsqueda de la confesión, estableciendo la tortura aun cuando hubiera prueba suficiente. En algunos casos, la tortura bamberiana debía ser precedida de una consulta a la Facultad de Derecho, a la cual el juez enviaba el sumario. La respuesta invariable a las consultas era que convenía “torturar de manera adecuada”. Del *Corpus Iuris Civilis*, un escrito recuperado en el siglo XII, resurgió la tortura, que alcanza su plenitud en el sistema inquisitivo.

En la preservación del temple espiritual validado, las condenas de la iglesia cristiana medieval recibieron valor religioso, moral, político y también jurídico. La penitencia integró e integra el derecho penitencial, diferente al derecho penal canónico. Penitencia, ese sacramento, es la raíz de la penitenciaría, si no infierno del Dante, purgatorio –el siglo XII–, el siglo de los juristas y de la nueva institucionalización de la tortura, es también el tiempo del nacimiento purgatorio. La diferenciación delito y pecado, esa obra de los canonistas, mantiene una matriz teológica. La asignación a los sacerdotes de jurisdicción territorial, la diferenciación eclesiástica entre los fueros interno y externo, fue acompañada en el siglo XIII por la judicialización de la conciencia (como lo muestra Paolo Prodi en *Una historia de la justicia*). Hasta se creará el cargo de cardenal penitenciario. Y entre las obras del papa jurista Inocencio IV se hallará la autorización para que la inquisición torture a los herejes (1253). Con el *Manual del inquisi-*

dor, de Bernard Gui, quedó enterrada la doctrina de Nicolás I (papa entre los años 858-867), quien se manifestó contra tortura: *¿No reconocéis la iniquidad de vuestro procedimiento?* Todo pecado puede volverse grave, y su eje es el desprecio a la autoridad. Todo pecado busca ocultarse, y la investigación –inquisición– no buscaría más que desocultarlo a través de la tortura. La herejía, crimen de *laesae maiestatis divinae*, funda la alegación de razón de iglesia, un estrato sobre el cual se edificará la razón de Estado. También sobre el cuerpo místico se montará el concepto impersonal de Estado. El papado ha sido el prototipo del estado moderno.

Ya en el siglo XIII se advierte el nacimiento del derecho penal público, concibiéndose al crimen como una especie de pecado nocivo para toda la sociedad. Ante la lesión al orden social, la pena emergerá como castigo público; más que reparación del daño, castigo independiente de las partes, excluyendo la reparación y los castigos privados.

El quiebre de la identidad entre derecho divino y naturaleza (Guillermo de Ockham), la caída de la voluntad divina a lo insondable, develando la artificialidad igualmente insondable del derecho producido por el poder político, esta ilustración nominalista que preanuncia el camino de la Reforma, ya muestra la autonomía de la ley. Así también entre los siglos XIV y XVI se afirma la norma positiva escrita, por oposición al derecho consuetudinario oral, presuntamente “natural”. Todo se mueve entonces, la Tierra y el derecho, se reordena el cosmos y se constata la finitud, la historicidad. Una concepción revolucionaria del derecho pasará el derecho divino de físico a metafísico. Pero las aguas seguirán turbias. Jean Bodin, pensador de la modernidad que concibió al derecho que es obra humana como el único capaz de ser objeto de conocimiento, justificaba la tortura a las hijas de “brujas”. Y lo anómalo –revueltas, herejías, adulterio– ofrendará vitalidad al vínculo entre criminalización y disciplinamiento. Lutero y la literatura alemana de su época, en un mundo pregótico, estarán superpobladas de diablos. El siglo XVI fue el del apogeo de la tortura, el revés del Renacimiento, o quizá el complemento de la imposición científico-técnica que no cesará de torturar a la naturaleza. El en el siglo siguiente, la sensibilidad dominante presentará de manera naturalizada a la tortura.

Aun la conciencia utópica apelará, desde sus albores, al control social y la represión. La severidad y crueldad será paternalista y ejemplificadora, porque en el desvío se hallaría la enfermedad que impide el nacimiento de una nueva sociedad. Utopistas que vigorizan la ley del talión, que preservan las leyes canónicas y políticas de la sensibilidad –policías estéticas– hallarán en el siglo XX su reverso, o una deriva devastadora, con las utopías negativas que muestran la unidimen-

sionalidad y el aniquilamiento, el clamor de la singularidad. Relatos, confluencia de descripción de prácticas, críticas entrelazadas al refinamiento de la sensibilidad y la imaginación, narraciones de mundos reales y posibles, externos e internos, lejanos y envolventes, penetrantes. El género utópico girará en torno a visiones de la “naturaleza humana” y de las imposiciones sociales condicionantes de la infelicidad y de su reverso.

Si el siglo XVIII tuvo en su núcleo filosófico a la conciencia, ello quizás ayude a explicar el ocaso que para entonces presentaba la penitencia comunitaria y pública de los calvinistas, mientras la confesión privada luterana persistirá hasta avanzado el 1900. Esa conciencia adquirió pronto la forma de autonomía. Montaigne, siglos antes de Michel Foucault, expresó en sus *Ensayos* que mientras los demás quieren modelar al hombre, él se limita a describirlo. Ensayar es experimentar, es buscar, es sentir y expresar con libertad ideas y sentimientos. Pero esta otra policía estética choca con la perseverante sacralización de la patria, con el culto a la nación, el sometimiento al leviatán y la obediencia a los mandatos de la tierra y la sangre. No es de extrañar que en la obra de Hobbes todavía el delito sea pecado –todo delito es pecado, en cambio, no todo pecado es delito, explica en el capítulo VIII del *Leviatán*–. Criminalización del pecado que todavía se advierte en normas positivas de los estados modernos. Culpabilización, conexión entre pena jurídica y culpa moral que echa raíces en ideas de pecado, que señala la persistencia del control religioso sobre las normas sociales, aunque sea en el ocaso de la confesión como herramienta de formación de la conciencia, sede privilegiada del juicio.

II. Utilidad

“Sufro del lenguaje directo del león”.

César Vallejo

Montaigne, en el Libro II, capítulo 5, de sus *Ensayos* impugnó la capacidad de producir verdades que se le asignaba a la tortura: “¿Por qué el dolor me hará más pronto confesar *lo que es* que me obligará a decir *lo que no es*?”. La tortura, si hace decir, lo hace para huir de un gran dolor. La sensibilidad y lucidez de Montaigne siguen siendo ejemplares, y sus reflexiones germinaron lentamente. Habrá que esperar al siglo XVIII para que se haga oír la crítica sinfónica a la tortura. Esa época –siglo de la crítica y de la estética, del culto a la razón y de la exploración del gusto, de la pasión por la novela y la música, del estímulo al amor materno y a la educación por afecto– llegará ser el siglo del abolicionismo.

Beccaria se convierte en el significativo del cambio de sensibilidad. Ya el dolor dejará de ser concebido como *el crisol de la verdad*. Y ya también, la pauta utilitaria germinará como metro de justicia: “La felicidad dividida entre el mayor número”, esta fórmula del joven Beccaria (tenía 25 años en 1764, cuando se publica *De los delitos y de las penas*) acompañará la tecnología y la ideología del encierro.

No más tortura, aunque Voltaire la reserva para los casos de regicidio y parricidio. Suecia, por ejemplo, prohibió la tortura en ese siglo XVIII, como lo harán otros Estados europeos, y Gustavo III hizo clausurar definitivamente la “cueva de las rosas”, donde se encerraba al acusado acompañado de reptiles para torturarlo (como lo recuerda Alec Mellor en *La tortura*). Pero las raíces de la tortura como, en muchos casos, sus ramificaciones, no serán quemadas. La inquisición española, cordillera de crueldad, vocación decidida, esmerada, empeñada en la crueldad, esa crueldad española fecunda entre los criollos y se disemina en ejércitos y políticas que nacen corrompidas, en la policía de los pueblos de la América hispanizada, en su estética colonizada, racista, autoritaria; ella marca, deja huellas que persistirán y se elevarán, bendición mediante, hasta los vuelos de la muerte en la por venir nación argentina.

Además, la necesidad llevará a derogar prohibiciones. Y también cada revolución cultivará a sus torturadores. Luego, innecesariamente, el fascismo se encargará de desocultar la persistencia de la violencia abolida.

Como la cuestión de la verdad se desplaza, la tortura pasa de la teoría de las pruebas al encierro carcelario mismo, sea en el proceso o en la ejecución de la sentencia. Mientras se juega con la analogía entre el derecho y la literatura, las sentencias imponen dolor y los jueces, distantes, gozan de sus privilegios. Pero las sentencias, en la mayoría de los casos es tardía, insignificante como la confesión. La condena es el encierro carcelario, y éste desborda el universo de la sentencia, espacio formal que consuela y vela por el sueño de los juzgadores. En esta genealogía utilitaria, la culpabilidad jurídica es, de hecho, irrelevante. En esta producción de vida desnuda, la cárcel es un depósito de cuerpos, un cementerio en vida, un zoológico. Y en ella sigue, perdura la tortura. Ese encierro, el aprisionamiento, es tortura. El sol brilla a través de esos cuerpos, porque esos cuerpos ya son invisibles a los espectadores, ciudadanos que saben de esas existencias como del movimiento de la Tierra, pero que –policía estética mediante– sienten el sol brillar sin sentir esos cuerpos atravesados, marcados por el racismo y las formas de lo informe contemporáneo, los guetos y los campos de concentración y refugiados, los asentamientos y depósitos de vidas humanas –el sol brilla para el espectáculo de unos, como la

tierra persiste inmóvil en sus prácticas. Quizá pueda advertirse una cuota de perversión en las profecías y narrativas constitucionales acerca de la justicia, el debido proceso y la cárcel, acerca de la igualdad y los derechos humanos, en el silencio del hasta dónde resultaría correcto suspender el ejercicio de la autonomía personal, en el silencio del para qué y cómo castigar, en el silencio de los campos de posibilidades y la remoción del camino del encarcelar y alejar, distanciar y amurar, aplicar dolor y dejar de verlo, prescindir de sentirlo. Las respuestas ingenieriles, la eficiente gestión de la cárcel, la tercerización de los servicios penitenciarios, muestran la debilidad de la imaginación y del compromiso intelectual. La indiferencia a la imposición de dolor, como si se careciera de reacción ante el dolor físico sabido pero retirado de la vista publicitaria, del espectáculo; la ubicuidad del encierro carcelario carente de compromiso con el *bien* (Simone Weil) y la quita de luz, invisibilidad que deja oculto lo sabido. Esa retención atroz, policía estética mediante, es útil, deja fuera de aprehensión el dolor vivo, gratuito, y hasta se podría decir inútil.

El encierro carcelario, existencia entre potestades de ladrillo y a merced de más vejaciones que ni siquiera buscan descifrar algo con las heridas que se infligen. La utilidad de detener autonomías personales, el absurdo utilitario. La fuerza del derecho aparece, entonces, imponiendo la detención del tiempo de unas personas, dejando que acelere la temporalización de otras existencias, en mundos relativos. En esta asimetría –espacio geométrico de las travesías de sensibilidades, obra policial estética– se puede reconocer la producción de vulnerabilidad, de cuerpos que no importan, de humillación y tortura, de desvergüenza masiva sin angustia pública. Ceniza y plástico en sus cuerpos, insensibles al frío y las heridas de los otros, sin detenerse en el sentido de las retenciones de personas. Tal vez, en un sentido de comodidad, forma de utilidad derivada del clamor de unos por seguridad, bajo el manto de silencio frío que cae pesado sobre esos otros ajenos al sol que debe atravesarlos.

La cárcel, como forma de extinción posibilidades, roza un límite, desampara. Basta un pájaro para darle sombra a la cárcel. Late como intemporal en el encierro, la tortura, el desgarramiento, la doma, el matadero. Apenas late, porque las vidas encerradas en ella se hacen abstractas, registro, escritura, actas, testimonios y expedientes. Esas experiencias llevadas a nuevas formas de humillación pierden importancia. Cárcel, cuaderno en el que se escribe la sociedad. Fiel a la tortura, embrutece a un lado y otro de los candados, traza un vacío lleno de mugre, mientras en el proceso se depositan huellas de personas, se produce esa suspensión husserliana del mundo de los presos. Nadie más atezado al mundo, nadie más excluido de él en vida.

Y abolición, palabra programa, proyecto igualitario tantas veces traicionado, concita entonces simpatía. Pero puede callar la razón en la esperanza, ya que acaso la abolición del poder punitivo de encierro carcelario obtenga un triunfo trunco cuando los guetos y los campos concentren a la población “riesgosa” –el delito queda reducido a una única causa relevante, el delincuente, y poco más que una ilusión vale, aunque valga el ejercicio escolástico judicial y el afán de los abogados que toman en serio su labor, el determinar la culpa jurídica ante una imputación–, o cuando la técnica imponga la vigilancia, el control coextensivo de toda extensión –su potencia ya lo permite.

Si la perspectiva penal no retiene más que un vestigio, petrifica una acción y edifica una geometría que no observa más que ese instante, el encarcelamiento imprime ausencias en el espacio social. La conjunción de ambos produce limpieza estética, ascesis racista y clasista que preserva la economía del delito difundiendo un empirismo antropológico de Polaroid, una mirada estrábica de la comunidad, del Estado y de las existencias, una sensibilidad embotada que aplasta formas de vida, una polis que se reduce a policía, a encierro en el tiempo de vida, a reducción al extremo y en el margen el espacio existencial, convirtiendo en espectáculo efímero lo irrevocablemente arrancado, extendiendo llagas y perdiendo toda capacidad de reversión. La presencia de la cárcel en la ciudad, por la fealdad, por la afectación desagradable que provoca, se la busca evitar; es alejada, invisibilizada, puesta de espaldas a lo público tanto como sea posible; pero aun así es mala conciencia, parte maldita de lo común que acompaña a la comunidad.

¿Habrá otra lógica del don posible de trazar para el dar la pena? Habrá que seguir *cepillando a contrapelo la historia* (Walter Benjamin) y también las facultades intelectuales, prácticas y estéticas. Habrá tal vez que evaluar y juzgar el proceso, que se refiere a un solo estado de situación, que opera un corte en ese instante preciso y que no pretende retener más que un vestigio de las vidas en juego y aun de ese instante, apenas petrificación en un punto condenado a la persistencia. Habrá que trastocar a las prácticas de humillación estatal que transforman en alusión la autonomía personal eludiendo la existencia, a los juicios que saben ver no más que apariencias, formas, para dejar que se anule el porvenir. Habrá que darle densidad a los expedientes, relieve al juzgamiento, devenido en mera distancia sin mimesis, red de especulaciones. Y habrá también que cepillar a contrapelo las tecnologías siempre innovadoras, flamantes, los controles tecnológicos sutiles, reticulares, verdaderamente rizomáticos, que brillan también por su potencial de adecuación a la tortura y las capas más hondas de humillación.

Sumisión a la práctica del encierro carcelario, *amor fati*. Un cuerpo forzado a unirse a otros al nivel de la piedra. Secuela de la

autonomía personal y de la abolición de la tortura como prueba, la humillación carcelaria es una forma de cinismo. Ante el Diógenes de los perros y los animales que provocan la compasión de Elizabeth Costello, la cárcel es un tormento y su utilidad es la del remedio que enferma. Cruel ejercicio de la policía estética que trenza su raíz con el colonialismo, el racismo, el clasismo, los criterios de exclusiones y aniquilaciones que, finalmente, responden a prácticas de culpabilización colectiva, a etiquetamientos que apelan a estereotipos, a nombres sustancializadores que purgan existencias.

Cárcel es monumento a la barbarie. Al hambre, una papa caliente; al frío, una cama abrigada. Pero si la cárcel vacía la sed de justicia, resta un mundo sin hambre de reparación, sin potencia de reversión, sin anhelo de comprensión, sin búsqueda de construcción y fusión de nuevos horizontes.

En la cárcel se sobrevive a la violencia con violencia, también se sobrevive mentalmente, inventando, dejando de sentir. Se debe allí dejar de preguntar por el ocaso de la fraternidad, por el abandono sepulcral, se debe inventar la percepción. La violencia de las imposiciones sobre el encerrado y el frío que recorre la piel del semejante convertido en espectador ciego, dos coordenadas del embrutecimiento, formas de lejanía a la sensibilidad cultivada y abierta al otro, a la estética atenta, memoriosa, poética y crítica.

Estar como en casa, perseverar en la interrogación, asumir el riesgo de estudiar, reconocer el asedio por lo desconocido, atender al pensar, lograr cada tanto un instante de silencio cálido: es cierto, pueden hallarse esas experiencias en el estrecho relieve carcelario. Pero ninguna de estas vivencias removerá la imposición de exclusión y agobio humillante que implica el existir encarcelado.

III. Racionalidad

“Sócrates.– El que está castigado, cuando se lo castiga,
sufre una cosa justa, por lo tanto.

Polo.– Aparentemente.

Sócrates.– ¿No habíamos convenido que todo lo justo es bello?

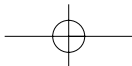
Polo.– Sí.

Sócrates.– Lo que hace la persona que castiga y lo que
sufre la persona castigada, es, pues, bello.

Polo.– Sí”.

Platón, *Gorgias*

Un modelo, muchos modelos de conocimiento jurídico presuntamente diferentes avalan la distancia de la experiencia, la escisión nor-

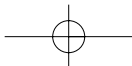


matividad/estética. Y esa distancia de teoría pura monta, en un espectro de filosofías, abstracción e insensibilidad en la normatividad, y así se configuran perfiles epistemológicos del sentir y pensar jurídicos –en términos comunitarios– se trata de las cuestiones acerca de qué es relevante para el derecho y cómo eso se presenta, analiza y resuelve.

“La ciencia jurídica forma parte de las ciencias que no dependen de los experimentos sino de las definiciones, no de lo que muestran los sentidos, sino de demostraciones racionales... Puesto que la justicia consiste en una congruencia y en una proporcionalidad, se puede entender que algo es justo, aun cuando no exista ninguno que ejerza la justicia y ninguno respecto al cual se ejerza” (Leibniz, *Elementa Juris naturalis*).

En la figuración, el trabajo de arrancar una figura captura la vida. Orden, noción cardinal helada, que supone desinterés práctico, que edifica lo jurídico puro, combinación de razón y necesidad, prescindente de sensualidad y libertad. El juzgar nublado por la socialización en esta figuración acompaña a la imagen de la justicia ciega, limitada a reconocer la conmensurabilidad de un caso con otro. La miseria es mimética. Esta carencia de relación adominativa, esta falta de afinidad entre sujetos, es una forma de encarcelamiento teórico, de efecto policial que llega a la sensibilidad del abogado, y que lleno de ella se reduce a mero técnico en un dominio colonizado, ingenieril. La arquitectura del conocimiento normativo encarcela la sensibilidad en una prisión kafiiana. La experiencia, más aún la del dolor, queda como sublime, irrepresentable en la ceguera autoimpuesta. Zombis, ciegos, embrutecidos unos en un palacio, otros en su revés. Purga de sensibilidad, indiferencia ilustrada, inmune al estoicismo que, tras un principio de subjetividad, vincula, vinculaba la ley con la conciencia y la sensibilidad, purga que lava el desarraigo institucional y monta modales condescendientes con la razón de Estado y la necesidad del poder, purga árida que se expande en el desierto nihilista.

Prosecución del miedo al purgatorio en la tradición jurídica occidental, consumación de la espera kafiiana, la detención –purgatorio–, un criterio bivalente rueda sin salvaguarda de la sensibilidad en manos de los durmientes de Heráclito que se olvidan de lo que hacen y se retiran a su mundo propio. Platónicos hedonistas, ajenos a la sensibilidad en su ideología, pero con útiles privilegios salariales e impositivos en su práctica. Platonismo de la perspectiva que dejó a Savigny encantado y aterrorizado por la “perfección formal” de la ciencia jurídica. Figuración insensible, distante, distanciadora. Funcionalidad sin pregnancia, que deja ocultas a las vidas que exigen, ya como objetos,



ser miradas. Ni se atisba la cárcel. Un pacto de excepcionalidad parece unánime: no mirar la cárcel. Y la impostura, y la elocuencia. Máquina técnica, ya megamáquina de policías, abogados, burócratas, médicos, dentistas e ingenieros que retiene los cuerpos en el purgatorio, haciendo que no se vean ni oigan fuera, manteniéndolos perforados para que el sol brille por los agujeros de las exclusiones, manteniendo el ocultamiento, la pérdida de toda performatividad pública.

Aun siendo la autonomía y la empatía más que ideas, por las bases corpóreas y la dimensión emocional que involucran, porque las visiones de yo y de identidad no son fácilmente escindibles, por el mundo de vida en el que se entretejen moléculas de la subjetividad y de la sociedad, por la materialidad de la ideología, por la geometría fractal de la jerarquización encarnada –y no sólo en la clara heteronomía– y por tantas estratificaciones, resultaría ingenuo concebir a la sensibilidad como mero sentido súbito de lo justo. Pero tiene que existir autonomía para que se presente la compasión. La heteronomía sin más, en cambio, embrutece y la cárcel es la prueba más elocuente. Sensibilidad compasiva, melancolía de la empatía en la escritura del nihilismo. La cárcel embrutece (una demostración se encuentra en “El carpintero”, de Thomas Bernhard), embrutece como purgatorio. Encierra en una idea aterradora de la sociedad y de uno mismo. Muestra que el mundo no es sólo espantoso. La cárcel, depósito de crueldades y dolores, amplificación del miedo y el hastío. La cárcel no progresa, penetra y enferma el alma. Llena de oscuridad y frío al mundo. Cada uno de sus ladrillos lleva inscrita la palabra tormento. Cada instante se cobra el precio de la vida, reclama otra libra de carne. Se trata de sobrevivir a las órdenes de la noche. Hay que pasarlo. ¿Cómo pasarlo? La soledad, la compañía, la jerarquía, la mugre y la humedad: todo es jurídico, todo es parte de una monstruosa jurisprudencia. A salvo, pensando en posibilidades, en la soledad, escapando, encontrando siempre la brutalidad. La cárcel, estado insuperable de aversión y asfixia. Desde allí, sentir cómo los otros duermen. Hacer acrobacias, disminuir los tormentos, el refinamiento de la desesperación. Lograr el punto de no sentir el dolor insoportable como insoportable. Ningún salario lo compensa. Ninguna reincidencia lo justifica, pero no es más que la reacción a las reacciones, prosiguiendo la racionalidad de la tortura impuesta a los animales vivientes esclavizados en la antigüedad. Es reincidir o el vacío. Sobrevivir. Y un sobrevivir miserabilizado, cavado hasta hacerlo mineral, ya privado de formas, ya ni siquiera vegetal. Domadores, enjauladores, *¿quién hay en el mundo que sea más que un hombre?* (Thomas Paine).

Y se trazan huellas, como letras en el cuerpo, como en “la colonia penitenciaria”, y la ley las reúne, liga multiplicidades y las esconde. A

la physis le gusta permanecer oculta, lo sabemos. Hay afán humano por ocultar, por dejar oculto. Dejarse en la apariencia, en el límite de la prisión, quedando esa desmesura oculta. La cárcel es toda una definición –*finis*, límite– que abraza al dualismo cuerpo y alma, llega a colonizar los últimos rincones de la interioridad a fuerza de humedad y frío que penetran por los huesos, a base de gimnasia evangelista que dobla las rodillas, por la ontología negativa de la comida que revela el más atroz revés sistémico de la exquisitez. Define criaturas esteoritipadas, cosas de existencias, igualdades basadas en la relación con la nada, desarraigados subsumidos en desideratas judiciales. Espejo y lupa del mundo, prosa amenazante y suplicante de la sociedad, carnavalesca fuente de la forma, purgatorio sin gracia, inseminación de reflejos del reconocer. El preso termina como el artista kafkeano del hambre, animal domesticado en el encierro, fiel al espectáculo de la tortura que se le imprimió, ya sin lamento resonante, sin búsqueda de clemencia y sin príncipe que pueda realizar esa tarea.

Quizás para que este espectáculo conmueva deban mutar los afectos humanos. ¿O acaso las personas no sólo son personas para las personas? Como efecto de la dialéctica de la autoafirmación y autoalienación, como resorte del racismo, la explotación y la jerarquización, como mineral ideológico, se construye y destruye la unidad de referencia, se adquiere conciencia de la corporalidad vívida –*impatía*– y se pierde la conexión que crea ese uno. Otra libra pretende Shylock, otra más. Y se cede. Se dobla la venda, se pierde la experiencia, se engrosa el carbón de la indiferencia. La cárcel, entonces, monumento de bien público, capital público, banco central deficitario que oculta la inflación, el daño al capital simbólico que provoca, pero estas cuentas no importan si el rédito está en otra escena –*racionalidad del utilitarismo de la indiferencia*.

La cárcel también, entonces, es montaje, forma de organizar imágenes basadas en la tortura sobre el sentimiento absoluto de dependencia (Scheiermacher). En el montaje de la civilización empática, es lección sin elección, vacío de la voluntad general, exclusión de la atención e imposición publicitaria aleccionadora. La policía estética es entrópica y la cárcel, mandala de la tortura, lo muestra. Y el sentimiento se relativiza, es sentimiento de indiferencia.

Esa sensibilidad quizás sea una derivación aún del “siglo de los juristas”, de las glosas del derecho romano, de la construcción de una noción de ley otra, pensada entonces para el derecho, constitutiva de la ciencia moderna. En esa episteme, la tortura sobre los cuerpos, la tortura como imposición técnica a la naturaleza (Bacon) hacen al requerir del material humano. La cárcel es un torbellino que se impo-

ne sobre unos cuerpos para dejar sobre seguro a otros. Engaño y resignación administrados que desfiguran el resplandor todavía vigente, el de ese sol que atraviesa los cuerpos. La cárcel es un indicio del peligro de la sociedad y el orden que la preserva.

Su acceso es el de las piezas de un depósito, con la tortura en el fondo, con la eficacia de la sustracción. La fantasía de hacer ángeles concibiendo demonios, esta obra monstruosa es un poema roto, es un atributo de la justicia vuelta enigma, de la justicia enceguecida –imagen difundida en paralelo a la tortura en el derecho–. En *la cueva de las rosas*, nominalmente derogada, la existencia transcurre entre potestades de ladrillo. Facticidad, historicidad, el sol sigue pasando a través de esos cuerpos, sin que se advierta cómo eso afecta los cuerpos, la sensibilidad, la atención de todos. El sol de la simpatía a la caza de brujas, el fuego de la simpatía con el demonio del aprisionamiento, y enceguece esa imposición, quizás apenas una de las mil formas de frialdad, una de las mil formas de indiferencia. Cárcel, nube de la experiencia de la no experiencia, purgatorio que, además de ladrillo y acero, es disposición hacia los demás, convicción de cómo son las personas, entretenimiento esencial y, cada tanto, espectáculo, espectáculo de sociedades en las que la humillación se hace objeto de respeto.

