

El Encarcelamiento Masivo

Análisis particular del caso chileno

Silvio Cuneo Nash

TESI DOCTORAL UPF / UNIVERSITÀ DI TRENTO 2015

DIRECTORS DE LA TESI

Dr. Carles Mir, Dr. Gabriele Fornasari i Dr. Iñaki Rivera

DEPARTAMENT DE DRET



A mi maestro y amigo Manuel de Rivacoba.

*Su amor y lucha por la libertad le significaron casi diez años de cárcel y trabajos forzosos en la
España franquista.*

De él aprendí el amor por la libertad y el repudio por las prisiones.

Ya van quince años de su muerte, y cómo lo extraño.

*Recuerdo aquella llamada fatal a las 3 de la mañana y lo difícil que fueron para mí los meses
sucesivos.*

*Recuerdo haberme sentido muy solo y perdido, incapaz de seguir adelante sin las orientaciones
del maestro.*

*Pero la vida siguió su curso y desde entonces intento mantener viva su figura y sus enseñanzas
más allá de la muerte, y permanecer leal a sus doctrinas y a su noble ejemplo.*

De alguna manera, esta tesis es la respuesta al compromiso que asumí tras su muerte.

*Seguramente no estará a su altura, pero es mi sincero homenaje al hombre más extraordinario
que he conocido.*

AGRADECIMIENTOS

Nunca hubiera podido escribir esta tesis sin la ayuda de muchas personas a las que les estaré agradecido por siempre.

Agradezco en primer lugar a Nicole Selamé, quien desde antes de iniciar esta tesis me apoyó y me motivó, convenciéndome de seguir por este camino. Su constante preocupación y dedicación la hacen prácticamente coautora de este trabajo, y su tarea de editora hizo posible sistematizar una maraña de ideas.

Agradezco muy especialmente a mis directores, los profesores doctores Iñaki Rivera, Gabriele Fornasari y Carles Mir. Su confianza y vibrante interés me permitieron escribir esta tesis con libertad y me ayudaron a desarrollar un profundo sentimiento de justicia y de amor por la tarea investigativa.

A los viejos amigos Raúl Zaffaroni y José Luis Guzmán por estar siempre dispuestos a resolver dudas.

A los compañeros de las universidades Pompeu Fabra y de Trento, especialmente a Ilaria Campagna, Alvise Sciavon, Felipe Gorigoitia, Iván Navas, Carlos Cabezas, Luis Duarte, Fabrizio Costantino, Fabrizio Sgrignuoli, Federico Pintore, Chiara Bongiorno, Juan Pablo Castillo y Andrés Peña.

A los doctores y amigos Emanuele Corn y Simone Penasa.

A quienes fueron mi familia en Barcelona: Nicole Selamé, Loreto Castillo, Alfonso Califano, Vincenzo y Pierluigi Bavestrello, Sandra Caimi y Matías Pincheira.

A quienes me ayudaron a ganar la beca, sin la cual no podría haberme doctorado: de nuevo Nicole Selamé y José Luis Guzmán, Sebastián Cabezas, Martín Besio, Pia y Raúl Tavolari, Laura Mayer e Iñigo Ortiz de Urbina.

A las mejores secretarias del mundo, Lluïsa y Adela.

Por último, a mi familia, quienes siempre han creído en mi: Silvio y Lila; Digna y Calos; Eugenio y Flor; Rina y Ricardo; Coco Y Michelle; Gianvictor y Francisca ; Dante y Bianca; Tuto y Valentina.

RESUMEN

Esta tesis analiza el problema del encarcelamiento masivo, centrándose en el caso chileno. La utilización desmedida y selectiva de las penas privativas de la libertad se ha vuelto un mecanismo de control, llenando nuestras cárceles con los excluidos. Luego de un análisis histórico del nacimiento y evolución de la prisión moderna, nos ocupamos de las causas que explican el encarcelamiento masivo: el desmantelamiento social (acompañado de mayor punitividad) y el populismo punitivo (resultado de un discurso demagógico-vindicativo). Sostenemos que la selectividad con la que opera, los efectos que produce y la forma como beneficia a grupos minoritarios la hacen una medida no solo ilegítima, sino también insostenible en una sociedad democrática. Concluimos con una propuesta factible y alternativa al encarcelamiento masivo, compatible con el respeto por la dignidad humana.

SOMMARIO

Questa tesi analizza il problema della carcerazione di massa, con particolare attenzione al caso cileno. L'uso eccessivo e selettivo della privazione della libertà è diventata un meccanismo di controllo, riempiendo le nostre prigioni con gli esclusi. Dopo un'analisi storica della nascita e l'evoluzione del carcere moderno, ci rivolgiamo alle cause della carcerazione di massa: lo smantellamento sociale (accompagnato da una maggiore punizione) e il populismo punitivo (risultato di un discorso demagogico-vendicativo). Noi riteniamo che la selettività con cui opera, gli effetti che produce e i vantaggi per gruppi di minoranza lo rendano non solo illegittimo, ma anche insostenibile in una società democratica. Concludiamo con una proposta fattibile e alternativa alla carcerazione di massa, compatibile con il rispetto della dignità umana.

El amor es todo lo contrario de la prisión

Antoine Doinel (El Amor en Fuga)

Índice

CAPITULO I	9
LA PRISIÓN MODERNA Y SUS PRETENDIDAS JUSTIFICACIONES	9
I) La privación de libertad como sanción.	9
1.- ¿Cuándo nace y cómo opera la pena privativa de libertad?.....	10
a) Antecedentes	10
b) Nacimiento de la prisión moderna	13
c) Elementos: espacio, tiempo y trabajo	17
d) Selectividad	21
2.- ¿Por qué nace esta pena?	23
a) Teoría tradicional	23
b) Otras teorías.....	23
c) Rol de la sensibilidad	27
d) Repaso crítico de las diversas teorías.....	30
3.- Efectos que produce	33
a) Nacimiento de la criminología.....	33
b) Efectos en el penado	37
-Prisionización	37
-Desculturación	37
-Desidentificación	38
-Desmoralización	39
-Otros efectos	39
4.- Críticas.....	41
a) El fracaso de la prisión.....	41
b) Principales críticas.....	42
c) Posibles motivos de su subsistencia.....	46
II) Posibles justificaciones de la prisión (las teorías sobre el fin de la pena)	49
1.- Sentido del tema	51
2.- Concepto de pena	51
3.- Clasificación de las teorías sobre el fin de la pena.....	52
4.- Las teorías absolutas o retributivas (la pena <i>justa</i>)	53
5.- Las teorías relativas o preventivas (la pena <i>útil</i>).....	55
a) La prevención general	55
b) La prevención especial	58
6.- Características comunes de las doctrinas preventivas	63
7.- Las teorías mixtas.....	63
8.- Depuración del concepto de retribución	66
9.- Teorías negativas.....	68
10.- Denominaciones anglo-norteamericanas	71
11.- Toma de postura	72

CAPITULO II	75
EL ENCARCELAMIENTO MASIVO	75
1.- ¿Cómo se produjo en encarcelamiento masivo? Principales factores, causas y explicaciones del fenómeno.....	83
2.- El debilitamiento del ideal de resocialización y el auge de las teorías del merecimiento (primera causa).	90
a) Críticas a la rehabilitación (de izquierdas y de derechas)	96
b) Cuestiones vinculadas con la prisión en Estados Unidos.....	104
3.- La mediatización del crimen y la consecuente rentabilidad electoral del populismo punitivo o de la demagogia vindicativa.....	112
a) Mutación de la opinión pública.....	112
b) Reparación e identificación con la víctima.....	116
c) La criminología del control (<i>nosotros y ellos</i>) y su pretendida cientificidad	118
d) Comentario crítico	127
4.- Selectividad con la que opera	130
a) Pobreza y raza como principales criterios de selección.....	130
b) La cárcel como gueto	132
c) La Guerra contra la Droga	133
5.- ¿Por qué subsiste el encarcelamiento masivo?	140
a) Beneficios directos e indirectos	140
b) Descenso actual del encarcelamiento masivo en EE.UU.	143
6.- Exportación de la política criminal norteamericana	144
CAPÍTULO III.....	161
EL ENCARCELAMIENTO MASIVO EN CHILE.....	161
1.- Aproximación histórica del encarcelamiento en Chile	164
2.- Causas del Encarcelamiento Masivo en Chile	171
2.1.- Causas Mediatas	173
a) Neoliberalismo en Chile y régimen penal.....	175
b) Democracia y populismo punitivo.....	184
-Miedo y delincuencia.....	184
-Poderes hegemónicos en los aparatos estatales en la actual sociedad. El grupo <i>Paz ciudadana</i> y su pretendida cientificidad.....	192
-Grupos de presión. Un caso emblemático.....	198
-Rentabilidad electoral del discurso punitivista.....	202
-La víctima y la lógica del juego de suma cero.....	207
2.2.- Causas inmediatas. Política legislativa del Estado chileno en materia penal y procesal penal. Fuerzas o factores controladores del Estado chileno.	214
a) Reforma Procesal Penal.....	214
-Efectos de la Reforma.....	219
-Reformas al Código Procesal Penal.....	221
-La <i>Reforma de la Reforma</i>	223
b) Leyes sustantivas.....	224
-Leyes sobre tráfico ilícito de estupefacientes.....	226
-Delitos contra derechos patrimoniales.....	228
3.- Consecuencias jurídico-penales, individuales y sociales del fenómeno.....	231

4.- Reforma penal. Un panorama adverso.....	237
CONCLUSIONES.....	241
BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA.....	255
CONCLUSIONI	279

PRESENTACIÓN

A poco más de doscientos años de su nacimiento, la prisión moderna, sorda a las críticas que la han acompañado desde siempre, se venga y desmiente bibliotecas enteras que hablan de crisis, de *perenne crisis*, de una institución obsoleta, indefendible, cuyos días se encontrarían contados. Las cifras son aplastantes y, pese al leve decrecimiento en los últimos años en algunos países centrales, la prisión entró al siglo XXI con más presencia que nunca. El aumento de presos es un dato duro que evidencia que nuestras sociedades se acostumbran, cada vez más, a segregar a grandes grupos humanos. La crisis de la prisión (de la que hablan Foucault y otros) no es tal y más bien es la crisis de sus discursos legitimantes lo que, en todo caso, no parece afectar ni a su existencia, ni a su extensión. Un claro ejemplo de crisis de los discursos que pretenden legitimar la prisión es el de las ideologías resocializadoras, que hace no tanto tiempo gozaron de gran popularidad cuando se creía, o al menos se sostenía, que la privación de libertad podía reinsertar a los condenados. Desde hace ya varios años que sus postulados resultan indefendibles de cara a la realidad.

Últimamente el discurso se ha venido sincerando y la cárcel se muestra como un instrumento de neutralización de enemigos, cuya principal finalidad es sacarlos de circulación, inocuizarlos. El 11 de septiembre de 2001 acentúa el lenguaje belicista. La guerra contra el terrorismo se confunde con las guerras contra la delincuencia, contra las drogas, contra la pedofilia. Sin embargo, quienes llenan las prisiones no son ni peligrosos pedófilos, ni líderes de bandas terroristas, ni grandes narcotraficantes. El sistema norteamericano se imita e importa rápidamente en Latinoamérica y especialmente en Chile. Nuestras estructuras económicas facilitan la diferenciación y los enemigos resultan fácilmente reconocibles. *Feos, sucios y malos* –parafraseando un film de Ettore Scola- son los clientes preferentes de nuestras cárceles latinoamericanas.

Ante este fenómeno de elefantiasis punitiva, ante la revancha de la prisión en el siglo XXI, surge la pregunta central de nuestra investigación: ¿Por qué las sociedades actuales encierran masivamente a tantos seres humanos? Y junto a esta interrogante aparecen otras: ¿Por qué la prisión se reserva casi exclusivamente para los sectores más pobres y discriminados de nuestras sociedades? Comprobados los efectos criminógenos de la prisión y constatados los elevadísimos costos que supone, ¿por qué ésta aumenta hasta llegar a niveles tan elevados? ¿Alguien se beneficia del encarcelamiento masivo?

Este trabajo comprende tres capítulos y un apartado de conclusiones. Cada capítulo habla de cosas diferentes, pero estrechamente relacionadas con las de los otros. Si bien se trata de capítulos integrantes de un cuerpo único y mayor, tratamos de hacer que cada uno fuera autosuficiente y pudiera ser leído y comprendido en forma autónoma. Para ello ha sido necesario repetir y volver

en reiteradas ocasiones sobre los mismos puntos, sacrificando así la brevedad en aras de una mayor claridad.

Si bien el camino más corto entre dos puntos es la línea recta, en nuestro derrotero no será infrecuente que nos desviemos hacia cuestiones tangenciales que deben ser planteadas para ubicar al lector en la complejidad de los temas tratados. Somos conscientes de que al no optar por la línea recta quedan varios “desvíos” no suficientemente analizados. Asumidos estos riesgos y para no dejar abandonados a quienes quieran ahondar en el análisis sobre lo que para nosotros fueron desvíos, señalamos la biografía necesaria en los puntos no estudiados en profundidad tal como lo hacemos con los temas centrales de esta investigación.

Si quisiéramos sólo decir algo original, bien podríamos haber prescindido de los dos primeros capítulos y habernos centrado, desde el comienzo, en el encarcelamiento masivo en Chile. No obstante, haber seguido dicha opción hubiera supuesto elaborar un material sólo para quienes se encuentran familiarizados con estudios históricos y sociológicos sobre la prisión moderna y con el complejísimo fenómeno del encarcelamiento masivo en Estados Unidos y en el resto del planeta. Pero nuestra pretensión, en cambio, es llegar a todo aquél que se interese por estos temas. Asimismo, el fenómeno chileno no constituye un sistema aislado y las influencias entre las políticas criminales norteamericanas y chilenas –como también las imposiciones económicas, el régimen político y las ya conocidas intervenciones en nuestra dolorosa historia– evidencian que lo que sucede en Chile no puede ni entenderse ni explicarse sin referirnos al régimen norteamericano.

Esta pretensión de masividad parece alejarse de lo que tradicionalmente han sido las tesis doctorales. Empero, elaborar un texto de seiscientas o más páginas, pensado casi exclusivamente en la lectura de los tutores y miembros del tribunal, para terminar como un bulto espacioso en una biblioteca destinado a la acumulación de polvo, no nos parece que sea lo más conveniente. El tema que hemos elegido busca llenar un vacío en Chile. Poco y nada han dicho los juristas nacionales sobre el encarcelamiento masivo. Ante esta carencia en la literatura jurídica chilena y dada la urgencia del tema, asumimos los riesgos y nos aventuramos en la escritura de un texto amplio y complejo que busca explicar el encarcelamiento masivo en Chile.

Necesario resulta indagar en sus causas, tanto en las leyes que lo generan como en el ambiente que hace posible su promulgación. Sin embargo resulta aún más imperioso atender a sus nefastos efectos que suponen el incumplimiento de diversas normas internacionales como la Resolución 45/111 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre tratamiento de los reclusos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; etc.

Nuestra memoria tiene, o debiera tener, muy frescos los recuerdos de las brutales violaciones a los derechos humanos, perpetradas por una dictadura que aún pervive, como para cerrar los ojos ante las actuales vulneraciones. Ante la indignante situación de las cárceles, el silencio es cómplice y es deber del jurista la denuncia, la protesta y la búsqueda de responsables, puesto que el encarcelamiento masivo, como la esclavitud y la tortura, no son fenómenos naturales: son construcciones sociales que se pueden y de deben modificar.

Para el análisis de la situación chilena debemos estudiar el sistema norteamericano -más que en el resto de Latinoamérica y Europa-, por el rol de laboratorio experimental que le ha tocado jugar a Chile en materia económica. Nuestra pregunta sobre el encarcelamiento masivo en Norteamérica y en Chile busca respuestas en los respectivos contextos nacionales, pero también en el puente que une -verticalmente- a ambos países. Dicho puente, influencia, imitación o imposición constituye uno de los objetos fundamentales de nuestro estudio. Estados Unidos, como paradigma, ha tenido y sigue teniendo una aplastante influencia en Latinoamérica. Para llegar a Chile tenemos necesariamente que pasar por el estudio del encarcelamiento masivo en Norteamérica, y luego verificar de qué manera sus políticas criminales fueron (mal) implementadas en nuestras latitudes con presupuestos mucho más reducidos. El contexto económico, político y cultural da un marco explicativo al complejo fenómeno del encarcelamiento masivo en Chile.

Como señalamos precedentemente, este trabajo se divide en tres capítulos:

- I) La prisión moderna y sus pretendidas justificaciones
- II) El encarcelamiento masivo
- III) El encarcelamiento masivo en Chile

En el primero, de carácter introductorio, como su título lo sugiere, primeramente se aborda la prisión moderna y, luego, las pretendidas justificaciones.

En la primera parte nos formulamos preguntas centrales tipo *cuándo, cómo y por qué* nace la prisión moderna. Asimismo, estudiamos los efectos que ésta produce y las principales críticas que han recibido las penas privativas de libertad. Nuestras pretensiones no son dar respuestas definitivas y categóricas a las cuestiones planteadas. Más bien, nos conformamos con dejar dichas interrogantes abiertas mientras repasamos las principales teorías o hipótesis sobre cada una de ellas. El análisis se mueve de lo fáctico a lo teórico, y viceversa, según los temas que vayan surgiendo, utilizando los hechos y la historia para verificar o falsear las teorías estudiadas. Nuestro planteamiento busca explicar la prisión de manera pluri- o multicausal, sin por ello dejar de revisar diversas teorías que la explican de manera menos compleja, rescatando de cada análisis los aportes más valiosos.

La segunda parte del primer capítulo (sobre las justificaciones a la prisión) es abstracta y consiste en el estudio de las teorías sobre el fin de la pena. Si bien este acápite puede parecer un injerto extraño en un trabajo que deambula entre lo jurídico y lo sociológico, su inclusión responde a la importancia de su estudio, puesto que es aquí dónde se encuentran los fundamentos de los discursos legitimantes del castigo en general y, en particular, de la prisión. Su incorporación busca no caer en el reiterado descuido de textos de la sociología del castigo que prescinden casi completamente del análisis sobre los fines de la pena. Quizá por lo mismo no resulta extraño que confundan venganza con retribución, o que idealicen doctrinas preventivas -especialmente la reinserción social- sin reparar en el espíritu autoritario que pueden conllevar, y que a lo sumo las critiquen, no con argumentos axiológicos, sino sólo en base a la incapacidad que han mostrado de conseguir los resultados deseados. Esta omisión resulta comparable con la de varios textos penales, bien sean filosóficos o de carácter dogmático, que no incluyen referencias a estudios empíricos, cuyo análisis no baja de la abstracción, llegando incluso para explicar los temas tratados o para plantear problemas prácticos que se derivan de sus teorías a acudir a ejemplos inventados (v. gr., el guardagujas). Nuestro análisis, a caballo entre la sociología del castigo y lo jurídico, buscará nutrirse de ambos mundos en busca de una comprensión más global de las materias tratadas.

El segundo capítulo versa sobre *el encarcelamiento masivo* y se subdivide en seis partes. La primera busca responder a la pregunta de cómo se produjo el encarcelamiento masivo. La segunda y la tercera analizan las causas de este fenómeno -políticas, económicas y sociales- y el respaldo por parte de ciertos sectores de la política criminal y de la criminología. La cuarta parte consiste en un análisis de la selectividad con la que opera. La quinta busca comprender quién se beneficia del encarcelamiento masivo. Y, finalmente, la sexta explica cómo la política criminal norteamericana se exporta a Latinoamérica. La finalidad de este capítulo es entregar un resumen en español de la actual discusión de un tema ampliamente debatido por expertos, especialmente del mundo anglo-norteamericano. Particular atención dedicamos al paso, relativamente breve, de un sistema de bienestar, que creía en la rehabilitación, a uno aparentemente retributivo o del merecimiento, cuestionando en todo caso qué tan cierta fue la existencia de dicho sistema *welfarista* del que habla David Garland. En base a datos tomados de distintas realidades, quedará demostrado que el mayor encarcelamiento no se debe a una mayor criminalidad y que, a lo sumo, existe una tenue relación entre delincuencia y encarcelamiento. Por lo mismo, las reales causas del encarcelamiento masivo responden a una decisión política que evidencia qué tan democrática o autoritaria es nuestra sociedad.

El capítulo tercero y final, sobre *encarcelamiento masivo en Chile*, es la parte original de nuestro estudio. Sigue, en su primera parte, la senda trazada por el capítulo antecesor y no se limita a un análisis normativo de las leyes que generan directamente el aumento del encarcelamiento. El estudio se centra en un período relativamente reciente (Chile en democracia) y se contextualiza el ambiente en que se promulgan las normas que más han influido en el

encarcelamiento masivo, centrando nuestra atención en los procesos electorales y en el lenguaje punitivo de las campañas políticas. Particular consideración se le dedica a la fundación *Paz Ciudadana* como la institución que más ha influido en lo que la gente debe saber y creer sobre el delito, la delincuencia y las políticas penales que deben emplearse. Luego intentamos identificar qué leyes e instituciones son las causas inmediatas del aumento de la prisión en Chile, y el contexto en que han sido dictadas.

Nos detenemos en el estudio particular de la Reforma Procesal Penal y en algunas leyes sustantivas que inciden en los índices de encarcelamiento. La Reforma Procesal Penal -que con apariencia liberal sustituyó un arcaico procedimiento inquisitivo por uno acusatorio y puso fin a la inaceptable desproporción de más presos sin condenas (en prisión preventiva) que condenados- detrás del traje garantista y moderno, ocultaba una maquinaria autoritaria que con una velocidad y facilidad sin precedentes en el sistema jurídico chileno, llenó las cárceles de condenados. A este rápido aumento de personas presas, la casi inmediata respuesta de los gobiernos social-demócratas fue la construcción de nuevas y más grandes cárceles, las que, como suele pasar, se fueron llenando en la medida en que se iban construyendo. La justicia negociada, los estímulos procesales por el reconocimiento de la culpabilidad, como veremos con detención, contribuyen al encarcelamiento masivo en Chile. Por otra parte, leyes que aumentan las facultades del Ministerio Público y de las policías -autorizándolos a intervenir teléfonos, presionar a imputados premiándolos con la delación, etc.- aparecen como instituciones *excepcionales* para los llamados delitos *especialmente graves* -de terrorismo, narcotráfico, etc.- y, poco a poco, se transforman en prácticas habituales amenazando expandirse a otros ámbitos del proceso penal.

Sin caer en teorías conspirativas, tampoco creemos que la desproporción entre delitos y penas (por ejemplo, que la pena del robo sea mayor a la del homicidio) sea sólo consecuencia de una despreocupación o de falta de asesores jurídicos que puedan advertir las aberraciones de dichas alteraciones del sistema penal. Nuevamente se trata de la consolidación de un Estado penal que crece en un contexto de cada vez mayor desigualdad y en la identificación y segregación de enemigos que neutralizar y chivos expiatorios que amedrentarán a los sectores populares de la población.

No pretendemos responder a todas las razones, o sinrazones, que hay detrás de todo esto. Al menos esperamos dejar planteadas cuestiones que develan negociaciones que evidencian que, a fin de cuentas, las dos coaliciones que comparten el poder político en Chile no son tan distintas entre sí y que responden a intereses similares. Las coincidencias bien pueden vislumbrarse al intentar responder cuestiones como: ¿quiénes promueven dichas reformas?, ¿quiénes las votan?, y, ¿por qué la crítica a las mismas resulta tan limitada, casi inexistente?

Desde las cátedras universitarias se escuchan loas al espíritu liberal de la Reforma Procesal Penal, pero poco se dice sobre los efectos que trajo y tampoco

se analiza su vinculación con el aumento del número de presos. ¿No tendrá alguna relación nuestro sistema penal con una estructura social cada vez más desigual? ¿No será la respuesta penal rápida y eficiente la única manera para controlar a las masas de malvivientes que tan poco se parecen a nosotros, ciudadanos respetuosos de la ley? ¿Será la respuesta penal la llamada a suplir un Estado social inexistente?

Luego, este capítulo analiza las consecuencias jurídico-penales, individuales y sociales del encarcelamiento masivo en Chile, evidenciando cómo se ha acentuado la criminalización de la pobreza en Chile. Finalmente, termina con un comentario sobre el panorama adverso en el que se discute actualmente una reforma penal. En las conclusiones se esbozan diversas propuestas, punitivas y no punitivas, a la masificación de la prisión. Sin perder de vista la rentabilidad electoral del populismo punitivo, con pesimismo realista, hacemos una propuesta en términos generales tendiente a la aplicación de penas no privativas de libertad para delitos de mediana y baja gravedad, la rebaja, en general, del tiempo de las penas privativas de libertad y la despenalización de conductas junto a la utilización de sanciones en el ámbito administrativo.

En el curso de la investigación nos encontramos con algunos impedimentos prácticos que limitaron nuestro trabajo. Especialmente, la falta en Chile de estudios empíricos¹ en materias de interés para la política criminal hace sumamente difícil poder verificar hipótesis o comprobar teorías, lo que nos obliga o a trabajar con intuiciones o a trasplantar trabajos de campo de otras latitudes (especialmente británicos y norteamericanos), lo que distorsiona cualquier análisis, puesto que la realidad social, y la carcelaria, presentan especificidades que no deben ser desatendidas. Asimismo, la hermeticidad de las prisiones hace sumamente difícil entender qué es lo que verdaderamente pasa dentro de ellas y qué efectos produce en quienes sufren una pena privativa de libertad. También aquí habrá que extrapolar estudios de campo que reflejan una específica situación analizada y que sólo en algunos aspectos pueden tener valor, pero no en aquello que refleja las particularidades de la situación observada. Por ejemplo, podemos, tras analizar distintos estudios de campo, concluir que los intentos de suicidio o la depresión son más frecuentes entre quienes se encuentran privados de libertad que entre quienes no lo están, y habrá cierta coincidencia entre presos de cárceles muy diversas. Sin embargo, los efectos que produce una moderna prisión sueca son distintos a los de una sobrepoblada prisión de una gran ciudad latinoamericana. El lugar del encierro, el mayor o menor hacinamiento, el barrio del que provienen los internos, la mayor o menor comunicación que tienen los presos con el mundo libre y el

¹ La situación es mucho más penosa de lo que pudiera pensarse. En el último censo oficial de 2012, la cifra de población censada fue de menos de 16 millones, mientras que, según los datos del Instituto Nacional de Estadísticas, la población superaría los 17 millones de personas. Estos burdos errores contrastan con completos y complejos estudios de mercado. Es decir, no sabemos ni siquiera cuántos somos los chilenos, pero sí qué preferencias tenemos a la hora de consumir.

porcentaje de extranjeros son algunas de las circunstancias fundamentales que deben ser consideradas en todo análisis que se haga sobre los efectos que produce la prisión en los condenados.

No queriendo extendernos más en lo que sólo debe ser una presentación, dejemos en claro que se trata de un análisis jurídico-penal, y que la incursión en materias sociológicas responde a nuestra convicción de que estos temas no deben reservarse sólo a los profesionales de dicha área de estudio. Resulta necesario recordar que el Derecho penal es una moneda de dos caras (*delitos y penas*, nos decía hace poco más de 250 años Cesare Beccaria). Sin embargo parece que los penalistas se han olvidado de la pena y en sus manuales, tratados, monografías, etc., se dedican casi exclusivamente al análisis de la teoría del delito, cada vez con más abstracción, desde arriba, omitiendo casi todo tipo de referencia al mundo de la pena. Los penalistas en su mayoría, desde lo alto, no bajan nunca a la realidad de la pena, no conocen las cárceles y su silencio termina legitimando ese espacio que es un vacío de derecho o la negación del mismo. De esta manera, la cárcel se expande sin perder su esencia de espacio sin justicia olvidado por los penalistas.

Las críticas a la prisión que vienen desde la sociología difícilmente pueden hacerse sentir por quienes estudian y aplican las leyes (los operadores del sistema jurídico penal) que fomentan el encarcelamiento masivo, puesto que no entran en el análisis directo de las causas inmediatas del mismo, quedándose principalmente en el entorno en el que nacen. Nuestra propuesta, tras identificar un problema central –el encarcelamiento masivo, especialmente el chileno-, busca tanto las causas directas –leyes y prácticas- como el cúmulo de circunstancias en que éstas nacen.

Durante todo nuestro derrotero no quisimos perder de vista, a modo de estrella polar, el concepto de persona. Ver hasta qué punto nuestras sociedades lo tienen en consideración, si conciben a la persona como fin o como medio y si su esencia resulta inviolable o no. No olvidemos que la existencia de un concepto de persona mundialmente reconocido, fijado en pactos internacionales –sobre el tema penal, procesal penal y penitenciario, y especialmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos- plantea límites a la intromisión o trato estatal y obliga a no instrumentalizar a nuestros semejantes. Estos pactos integran los ordenamientos jurídicos en un lugar prioritario. Por ende, la legislación, la reglamentación y las prácticas funcionarias deben ajustarse a ellos. Todo ordenamiento jurídico debe ser congruente consigo mismo, lógica y axiológicamente.

Concebir la prisión es también concebir la pena, y concebir la pena es concebir al hombre. Tomando como objetivo principal de consideración normativa los comportamientos personales, debe ser consecuente consigo mismo conforme a los postulados básicos de intervención mínima de la legalidad penal. Episodios fatales como las muertes de internos en incendios en las cárceles o a manos de otros presos, las prácticas de tortura, legislaciones xenófobas disfrazadas de

leyes antiterroristas, entre otras, hacen dudar del respeto por los derechos humanos en el Chile de hoy.

Por último, quisiéramos plantear, en coincidencia con Rivera (2009: 472), que el problema de la cárcel debe resolverse atendiendo primeramente a las demandas de los propios internos. Sin embargo, difícilmente se resolverá dentro de la misma cárcel, sino que lo hará en su exterior, en la misma sociedad que la crea, que la produce, que la alimenta y que la reproduce. En este sentido, “la mejor opción nunca pasará por ‘mejorar’ a una institución tan salvaje y violenta como es la cárcel, sino en pensar en cada vez *menos cárcel*, buscando verdaderas estrategias de contención de nuevos ingresos, primero, de reducción, después, y de radical eliminación, finalmente” (2009:472).

Esperamos que este trabajo sea un aporte y sirva para señalar el camino a nuevos y mejores estudios sobre el encarcelamiento masivo en Chile que, con bases empíricas, complementen, desmientan y critiquen lo acá planteado. Si al menos nuestro estudio fomenta un debate que contribuya al desarrollo de estudios críticos sobre el encarcelamiento masivo en Chile, creeremos que habrá valido la pena.

No quisiéramos dejar de mencionar, a modo de homenaje póstumo, que mientras realizábamos esta investigación murió Nils Christie quien en muchos aspectos fue fuente de inspiración en la elaboración de esta tesis.

Barcelona, verano de 2015.

CAPITULO I

LA PRISIÓN MODERNA Y SUS PRETENDIDAS JUSTIFICACIONES

Este primer capítulo tiene una finalidad introductoria y se divide en dos partes: 1.- la privación de libertad como sanción; y 2.- las posibles justificaciones de la prisión. Cada una de estas partes contiene pequeños apartados como se señalará oportunamente. Las divisiones tienen por finalidad analizar separadamente los temas tratados, sin embargo, en muchos casos los argumentos no se dejan encasillar y pasan de un punto a otro.

I) La privación de libertad como sanción.

Usualmente se señala que si hay algo característico de la pena privativa de libertad ha sido su *perenne crisis* y, con ella, su constante reforma. Ésta ha sido cuestionada prácticamente desde su aparición. Ya en 1777 John Howard (2000), en su precursor análisis fruto de visitas a varias cárceles de su época, describió la realidad carcelaria como un espacio sucio, violento, corrupto, promiscuo e insano, y propuso reformas radicales.

Al hablar de *perenne crisis* de la prisión moderna, surgen inmediatamente dos problemas:

Por una parte, resulta conceptualmente contradictorio, puesto que la crisis, *per se*, debe referirse a un momento o episodio determinado, cosa que no sucede en las penas privativas de libertad. Hay algo funesto, esencial en ellas, que las hace confundirse e identificarse con la crisis y, como nos enseña la historia de la prisión moderna, la superación de la crisis es imposible. Así como del hombre que a los 40 años no ha madurado podría decirse que ya no maduró, de estas penas es dable señalar que incluso reformando sustancialmente su aplicación, nunca podrán liberarse de las críticas porque jamás mejorarán esencialmente. Esto no significa que nos opongamos a transformaciones que puedan hacer más humana la vida de los condenados o que tiendan a disminuir su aplicación. Antes bien, todo lo contrario, puesto que la dificultad de legitimar esta sanción, nos lleva a adherir a todo aquello que lleve a limitarlas y humanizarlas. Coincidimos con Baratta para quien:

cualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas las condiciones de la vida en la cárcel, aunque sea sólo para un condenado, debe ser mirado con respeto cuando esté realmente inspirado en el interés por los derechos y el destino de las personas detenidas, y provenga de una voluntad de cambio radical y humanista, y no de un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean las de legitimar a través de cualquier mejoramiento la institución carcelaria en su conjunto (1993: 4).

Es decir, desconfiamos de todas las propuestas tendientes a mejorar la cárcel, pero sí creemos que se deben respaldar todos los planteamientos que procuren su reducción y que, eventualmente, desemboquen en su franca eliminación en el largo plazo.

Por otro lado, la presencia cada vez mayor de la prisión moderna niega que esta pena se encuentre en crisis. En verdad lo que se encuentra en crisis son sus discursos legitimantes, lo que, en todo caso, no parece afectar ni su existencia ni su extensión.

Ya que las penas privativas de libertad “han vivido en un constante cuestionamiento teórico y enfrentadas a la realidad de un sempiterno fracaso” (Guzmán, 2008: 166), resulta curioso entender cómo las prisiones, sordas a las críticas, han logrado no sólo sobrevivir más de doscientos años, sino que además han crecido y engordado, llegando al siglo XXI con más presencia y extensión que nunca y logrando identificarse con el concepto mismo de pena, lo que hace sumamente difícil pensar que podamos prescindir de ellas. Por lo mismo, debemos indagar qué poderosas razones -culturales, sociales y económicas- le dan soporte a una institución que subsiste, crece y que azota con crueldad y por orden del Estado -como antaño lo hiciera la esclavitud y la tortura- a cada vez más vastos sectores de las clases más desposeídas de las sociedades actuales.²

Presentada la paradoja de la subsistencia y la expansión de una pena prácticamente imposible de defender, revisaremos en este apartado los siguientes puntos:

- 1.- ¿Cuándo nace y cómo opera la pena privativa de libertad?
- 2.- ¿Por qué nace esta pena?
- 3.- Efectos que produce
- 4.- Críticas

1.- ¿Cuándo nace y cómo opera la pena privativa de libertad?³

a) Antecedentes

Aunque hoy la pena privativa de libertad, normalmente denominada *cárcel* o *prisión*, parece ser la sanción penal natural, lo cierto es que el origen de ésta es relativamente reciente. Fue sólo a finales del siglo XVIII, o principios del XIX, cuando la privación de libertad constituyó el contenido de una sanción penal. Lo anterior no significa que con anterioridad no se haya encerrado a personas por orden de la autoridad, pero estos encierros más tenían que ver con asegurar

² En verdad ni la tortura ni la esclavitud han dejado de existir. Pogge (2013:41) estima que el número de esclavos hoy en día es cercano a los 27 millones de personas y agrega que “[h]ay más esclavos hoy en día que los que fueron secuestrados en África durante los cuatro siglos de trata de esclavos transatlántica”.

³ La historia de las penas privativas de libertad en Chile la analizaremos en el capítulo tercero.

la presencia de los acusados a un juicio o a la ejecución de tormentos u otras penas corporales o la de muerte, con segregar a personas con el fin de obligarles a realizar trabajos forzados. Así, el confinamiento tenía una función limitada y excepcional, al que sólo se le dio un uso generalizado con la prisión moderna. Es decir, el encierro anterior a fines del siglo XVIII cumplía objetivos de custodia o de defensa y no una finalidad sancionatoria. Matthews distingue claramente entre “cárceles y fortalezas medievales –en un comienzo, lugares donde los prisioneros estaban recluidos a la espera de juicio, ejecución o deportación- y la prisión moderna, donde la propia privación de libertad por un determinado período se convierte en el modo de castigo predominante”. (2003:22) En sentido semejante, para Foucault “[l]a prisión no era una pena propia del sistema penal de los siglos XVII y XVIII” (2003: 180); sin embargo, ya en el Medioevo existía la prisión eclesiástica que buscaba, a través de la penitencia, la oración y la soledad, purgar la falta del pecador. “[O]riginalmente, enclaustrar fue la pena asignada a los clérigos que incurrieran en delitos eclesiásticos y siempre en un régimen celular, de total aislamiento, pues se creía que la soledad de la celda debía servir de medio para la expiación del pecado” (Guzmán, 2008: 172).

La disolución de la sociedad feudal produjo una masiva migración del campo a la ciudad arrojando “como consecuencia legiones de desarraigados que pululaban por las ciudades despertando el temor de la burguesía”. (Guzmán, 2008: 176) Es en este contexto en el que surgen tanto las penas de galeras como las casas de corrección. Ambas instituciones, anteriores a la prisión moderna, son consecuencia de una estructura social capitalista que se mostró incapaz de absorber a tanto desocupado como mano de obra y son también antecedentes inmediatos de las penas privativas de libertad.

Foucault (1991) en su *Historia de la locura en la época clásica*, llama el *gran confinamiento* al momento en que pobres y locos de toda Europa fueron trasladados a casas de corrección y asilos por primera vez. Si bien Foucault entiende que los orígenes de la internación son lejanos, y cita en Inglaterra un acta de 1575 que prescribía la construcción de *houses of correction* “para el castigo de los vagabundos y el alivio de los pobres” (1991: 87), es a mediados del siglo XVII cuando se aísla de golpe a diversa categoría de gente destinada a poblar los lugares de internación (1991: 90). En concreto, durante el siglo XVII “miles de pobres, indigentes, vagabundos, dementes y homosexuales se vieron segregados y confinados en instituciones especiales diseñadas para quitarlos, ya sea temporal o permanentemente del espacio social.” (Matthews, 2003: 21)

Como señalamos precedentemente, dos claros antecedentes de las penas privativas de la libertad lo constituyen la *pena de galeras* y las *casas de corrección*. Entre el fin del Siglo XV e inicios del XVI, ante la necesidad de enrolar remeros a bajo o a ningún costo, surgió la *pena de galeras*, castigo extremadamente cruel, peligroso y arduo, en donde los condenados debían remar en horribles condiciones. Inicialmente este castigo fue una *alternativa* a otras penas corporales, mas luego, en la medida en que aumentaron las necesidades

navales, éste pasó a ser una pena principal y directa, incluso para gitanos y vagabundos. “El esclavo de la galera, encadenado a la nave y fustigado durante las faenas, a menudo no sobrevivía a la experiencia, aún si la condena tenía un plazo máximo de duración”. (Guzmán, 2008: 174) El límite de la extensión temporal de la pena de galeras se debía a que, tras arduos meses de faena, los remeros quedaban atrofiados e incapacitados para seguir remando y no a motivos humanitarios. Esta pena fue ampliándose según las necesidades económico-navales. Así, cuando fueron necesarios más galeotes, se rebajó la edad de los posibles condenados aumentando su número. Por otra parte, esta pena decreció en la medida en que los progresos en la navegación la tornaron innecesaria. El desarrollo de la galera como *castigo* “se basa exclusivamente en consideraciones económicas y no penales” (Rusche y Kirchheimer, 2004: 65); por ende, no se trata de una pena privativa de la libertad propiamente tal. Fueron las necesidades económicas, unidas a la imposibilidad de contratar a personas libres para que trabajaran como remeros en las galeras (debido a las paupérrimas e inhumanas condiciones) las que explican este tipo de penas. Lo central de este castigo era la obligación de remar, por lo mismo, esta condena se asemeja más a –o se identifica con- la realización de trabajos forzados y no a la privación de libertad. Esta última era necesaria para cumplir el contenido de la condena, pero no era la condena en sí. Por lo mismo, una vez que no se necesitaron galeotes, las condenas más usuales consistieron en diversos trabajos los que fueron modificándose según las necesidades económicas de cada época.

Las *casas de corrección*, por su parte, surgen en el siglo XVI. Éstas tampoco constituían una pena privativa de la libertad, ya que el propósito de las casas de corrección era, como lo sugiere su nombre, *corregir, enmendar* –y no castigar- a los segregados. Subyace también en estas entidades una potente razón económica, toda vez que éstas “eran instituciones donde los remisos se vieron obligados a conducir su vida cotidiana conforme a las necesidades de la industria” (Rusche y Kirchheimer, 2004: 50) y “se establecieron en Inglaterra para suprimir el vagabundeo y la ociosidad, a la luz de la aparente ineficacia de las medidas tradicionales para evitar la mendicidad y los delitos morales.” (Matthews, 2003: 27). Como se desprende del análisis de Rusche y Kirchheimer (2004: 50), la enmienda buscaba la transformación de vagos y mendigos en trabajadores útiles y sumisos respecto de las nuevas sociedades capitalistas y mercantiles. Esto explica la selectividad con la que operaban las casas de corrección encerrando casi exclusivamente a personas sanas y aptas para el trabajo, posibles de amaestrar como operarios eficientes y sumisos.

De manera clara, los citados autores sostienen que “[l]a institución de las casas de corrección no constituyó ni el resultado del amor fraterno ni un sentimiento público de solidaridad para con los desposeídos y desgraciados; por el contrario, formaba parte del desarrollo capitalista” (2004: 60). Melossi y Pavarini entienden que estos establecimientos buscaban “la transformación del antiguo trabajador agrícola expulsado del campo en obrero, con todo lo que eso significa” (1977: 38). De esta manera, las casas de corrección tuvieron por principal función la educación de la disciplina de la producción capitalista. Por

lo mismo “el trabajo que en ellas se realiza es, en general, inútil, insignificante, pensado más bien en exigencias de disciplina y amaestramiento que en el rendimiento productivo” (Engels, citado en Pavarini y Melossi: 1977: 64).

b) Nacimiento de la prisión moderna

Como venimos diciendo, las reclusiones en presidios, cárceles, fortalezas y otros espacios existían con anterioridad a la pena privativa de libertad, pero ésta sólo se configuró con la ideología ilustrada, cuando se le dio un contenido jurídico. En Francia, por ejemplo, “hasta el Código de 1791, la detención no se consideraba una pena, sino únicamente como medio de seguridad” (Carrara, 1986: 117). El nacimiento de la prisión moderna coincide con un momento de mayor valoración de la libertad, propia de la ilustración. De esta manera, la pérdida de un bien tan apreciado como la libertad sirvió para darle contenido a una nueva sanción. Asimismo, como observa Sandoval Huertas, “fue la ideología liberal, con sus tesis contractualistas –como origen de la sociedad- la que ofreció el soporte conceptual para que la idea de corregir el comportamiento criminal apareciera” (1982: 68). Para Marí “[l]a declaración de 1789 convierte a la libertad de los individuos en el primero de los derechos del hombre, desaparece la reclusión indiscriminada, y el procedimiento inquisitorial y secreto. Nace la prisión como forma de castigo” (1983: 160).

La pena privativa de la libertad aparece como una sanción sumamente graduable según criterios de proporcionalidad en atención a la gravedad de cada delito. De esta manera cumplía con las exigencias del principio de proporcionalidad, necesario a los ideales ilustrados, al mismo tiempo que no se oponía a las nuevas sensibilidades, ya que se trata de una pena aparentemente menos cruel que sustituyó a la de muerte y a los suplicios. En un proceso relativamente rápido se fueron consagrando penas temporales privativas de libertad en distintas leyes, consolidándose luego en diversos códigos penales europeos que se limitaron a establecer el tiempo de la sanción sin describir las condiciones, las que sólo en algunos casos y más de un siglo más tarde fueron tratadas por leyes de ejecución penal. Así, la situación del preso quedó normalmente sin una clara regulación y la propia administración de las prisiones fue intentando mantener cierta disciplina sin respetar los derechos de los internos, quienes quedaban expuestos a ser víctimas de todo tipo de malos tratos, tanto por parte de guardias como de otros internos. Incluso la posterior existencia de reglamentos no pudo modificar la realidad carcelaria y, en los hechos, las penas privativas de libertad siempre han sido mucho más que sólo eso.

De alguna manera la pena de prisión se mostraba como humana y civilizada en comparación con sus antecesoras, mucho más crueles y sanguinarias, al menos en apariencia. En este sentido, para Pellegrino Rossi la privación de la libertad constituía *la pena por excelencia de las sociedades civilizadas*, afirmación cuestionable, pero que a primera vista resulta plausible si se la compara con el espectáculo que constituía el suplicio y con las penas públicas que se ejecutaban

con anterioridad. El cambio en la forma de sancionar parecía un camino natural de progreso en el que quedaba atrás la barbarie dando paso a la civilización. Sería el “humanismo del liberalismo clásico el que propició una paulatina reducción del uso de otras penas crueles y; en consecuencia, abrió paso al nacimiento de la cárcel punitiva” (Rivera, 1995: 39-40). Junto a los ideales del humanismo, también los criterios de corte utilitarios explican el origen de la pena de prisión. Para un utilitarista como Bentham la cárcel debía ser un mecanismo transformador de pillos en honestos. Sin embargo, siempre fue utópico pensar que instituciones miserables, sobrepobladas, sujetas a abusos, podían cumplir los fines propuestos. Arduos intentos por impedir la relación entre los internos (y así prohibir que se corrompieran unos a otros) fracasaba porque siempre los internos encontraban formas para comunicarse (Matthews, 2003: 43).

Por otras latitudes, en Norteamérica, a caballo entre los siglos XVIII y XIX surgieron dos sistemas carcelarios. Hay en estos, por una parte, clara influencia de movimientos abolicionistas de la pena de muerte, pero especialmente son sistemas que buscaron influir y educar a los internos. Detrás estaba la idea cierta de que las primeras cárceles, con sus condiciones insanas y de hacinamiento, corrompían a sus internos. El primer sistema, filadélfico o de *solitary confinement* -implementado con finalidades religiosas primeramente por los cuáqueros a fines del siglo XVIII- se caracterizaba por el silencio y la soledad en la que debían estar los presos, quienes cumplían sus condenas incomunicados en celdas individuales. La esperada finalidad era la purificación del alma y la reflexión religiosa. Sin embargo, el verdadero resultado fueron tanto numerosos suicidios e intentos de suicidio, como trastornos mentales de los penados. Las críticas se hicieron sentir y a los pocos años el *solitary confinement* se modificó levemente, dando lugar al *silent sistem*, o sistema de Auburn -original de la prisión de Auburn, Nueva York (inicios del siglo XIX). Como su antecesor, este sistema suponía silencio y celdas individuales donde pernoctaban los presos, pero incluía también trabajo obligatorio en talleres comunes durante el día en absoluto silencio. A fin de cuentas, estos sistemas, al imposibilitar la mínima comunicación y convivencia entre los internos, resultaron más crueles e inhumanos que lo que modificaron, lo que no era necesariamente sabido por sus reformadores.

Durkheim,⁴ que entiende que las funciones del castigo son constantes e invariables, nota que sus formas institucionales sufren un cambio histórico.

La intensidad del castigo tiende a disminuir en la medida en que las sociedades se vuelven más avanzadas y, al mismo tiempo, la privación de la libertad por medio del confinamiento surge como la forma predilecta de castigo, sustituyendo diversos métodos capitales y corporales que la antecedieron (citado en Garland, 1999: 54).

⁴ Ferrajoli sostiene que Durkheim no pretendió justificar la pena, sino sólo explicarla (Ferrajoli 1995: 275).

Desde esta perspectiva, los castigos severos serían característicos de las sociedades simples, mientras que las sociedades modernas serían más indulgentes en sus métodos penales. Durkheim, ejemplificando la forma del castigo de una sociedad simple, menciona las diferentes tribus de Siria en la que “los criminales eran lapidados, muertos a flechazos, colgados, crucificados, tironeados y descuartizados; se les lanzaba de rocas, se les quemaban las costillas y las entrañas [...] o bien se les aplastaba bajo las patas de animales, etcétera” (citado en Garland, 1999: 54). Asimismo, precisa Durkheim, la cárcel, como institución que reemplaza a las antiguas atrocidades, sería producto de los mismos procesos que llevaron a reducir la dureza del castigo:

El surgimiento de sociedades no diferenciadas y el desarrollo del individualismo pusieron fin a la ética de la responsabilidad colectiva e incrementaron la movilidad social, con la consiguiente necesidad de contar con sitios donde se retuviera a los delincuentes que esperaban juicio [...] Una vez establecida, la prisión perdió su carácter meramente preventivo y de confinamiento, adquiriendo cada vez más el carácter de un castigo. Gradualmente se convirtió en el “sustituto necesario y natural de otros castigos que iban desapareciendo” (citado en Garland, 1999: 59).⁵

Foucault, quien limita su análisis a la realidad francesa, inicia *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión* con el relato de la condena de Damiens ejemplificando con un caso extremo, y posiblemente exagerado e inusual, las condenas que antecedían a las penas privativas de la libertad:

Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a "pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París", adonde debía ser "llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano"; después, "en dicha carreta, a la plaza de Gréve, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado [deberán serle] atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento".

"Finalmente, se le descuartizó, refiere la Gazette d'Amsterdam. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas...

"Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna; tan sólo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: 'Dios mío, tened piedad de mi; Jesús, socorredme.' Todos los espectadores quedaron edificadas de la solicitud del párroco de Saint-Paul, que a pesar de su avanzada edad, no dejaba pasar momento alguno sin consolar al paciente." [...]

⁵ Se suele criticar a Durkheim porque, por una parte, exagera la importancia del derecho “represivo” de las sociedades modernas, subestimándolo en las avanzadas y, por otra, carece de una concepción de las etapas intermedias entre lo “primitivo” y lo “avanzado”. Véase Garland (1999: 67) especialmente notas al pie 1 y 2 con citas a varios estudios sobre el particular.

"Después de estos atenaceamientos, Damiens, que gritaba mucho aunque sin maldecir, levantaba la cabeza y se miraba. El mismo atenaceador tomó con una cuchara de hierro del caldero mezcla hirviendo, la cual vertió en abundancia sobre cada llaga. A continuación, ataron con soguillas las cuerdas destinadas al tiro de los caballos, y después se amarraron aquéllas a cada miembro a lo largo de los muslos, piernas y brazos. [...]"

"Después de dos o tres tentativas, el verdugo Samson y el que lo había atenaceado sacaron cada uno un cuchillo de la bolsa y cortaron los muslos por su unión con el tronco del cuerpo. Los cuatro caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron tras ellos los muslos, a saber: primero el del lado derecho, el otro después; luego se hizo lo mismo con los brazos y en el sitio de los hombros y axilas y en las cuatro partes. Fue preciso cortar las carnes hasta casi el hueso; los caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron el brazo derecho primero, y el otro después."

"Una vez retiradas estas cuatro partes, los confesores bajaron para hablarle; pero su verdugo les dijo que había muerto aunque la verdad era que yo veía al hombre agitarse, y la mandíbula inferior subir y bajar como si hablara."

"Se quiere hallar significado al hecho de que un perro se echó a la mañana siguiente sobre el sitio donde había estado la hoguera, y ahuyentado repetidas veces, volvía allí siempre. Pero no es difícil comprender que el animal encontraba aquel lugar más caliente." (citado en Foucault, 2002: 11-13)

La descripción transcrita, aunque poco frecuente, permite entender lo que constituía el espectáculo del castigo y cómo éste era aceptado a mediados del siglo XVIII.⁶

Asimismo, en Londres el ahorcamiento constituyó un ritual público hasta bien avanzado el siglo XIX en que pasa a practicarse dentro de las prisiones. Matthews cita un relato sobre un día de ahorcamiento:

Las cadenas del malhechor eran quitadas de golpe en el patio de reclutamiento, frente a amigos y parientes, curiosos, boquiabiertos y mirones que se apiñaban en las puertas de la prisión [...] la gente reunida a pie, a caballo, en sus carruajes, atestando las casas de los alrededores, colmando las calles adyacentes, trepando escaleras, sentada sobre los muros que delimitaban Hyde Park, o parada sobre los contiguos prados de pastores, se reunía para ser testigo del ahorcamiento (2003: 23).

A medida que avanzaba el siglo XVIII, los ahorcamientos cada vez fueron menos populares, llegando incluso a no ser infrecuente que hordas arrebataran por la fuerza al reo liberándolo de la ejecución. Es muy probable que en esta impopularidad de los ahorcamientos públicos se encuentre la causa de su sustitución por una nueva pena, principalmente la del encarcelamiento solitario (Matthews, 2003: 24).

La última ejecución pública en Inglaterra fue el 26 de mayo de 1868:

Esta mañana el convicto feniano Michael Barrett expió su gran crimen en el cadalso, en presencia de un vasto concurso de personas. La multitud estaba

⁶ Más relatos de ejecución de penas crueles, especialmente en la Edad Media, en Cuello Calón (1958: 178 y ss.).

compuesta en gran medida de personas de mejor clase que las que actualmente suelen verse aquí en las ejecuciones y la conducta prevaleciente fue concordante con ello. [...] En vez de ser conducido a la sala de prensa para ser esposado, el convicto fue esposado en su celda en presencia de subalguaciles, y llevado desde allí, por una vía enteramente privada e inusual, al cadalso. Subió a éste con paso firme, acompañado por su sacerdote y [...] el verdugo. En el momento en que apareció sobre la trampilla surgió una especie de celebración de la multitud, que se movía en un gran estado de excitación. [...] [El sacerdote] siguió murmurando palabras de consuelo al condenado, cuyas respuestas eran marcadas por el movimiento de los labios, aunque su boca estaba oculta por la capucha que se le había colocado. Al fin cayó la trampilla y sonaron gritos de mujeres en la multitud, mientras se percibía el murmullo indescriptible, peculiar de tales ocasiones. El convicto, que tenía gran fuerza muscular, pareció morir lentamente (*The Times*, 26 de mayo de 1868, p. 12, citado en Pratt, 2006: 33).

Algunos encuentran los motivos del nacimiento de la pena privativa de la libertad, que es manifestación directa de la reforma penal del Iluminismo, en la sensibilidad ilustrada, que no toleraba las penas crueles y cuestionaba duramente la de muerte. “Pronto ésta se apodera de la Codificación penal del ochocientos, alcanza la mayoría de las infracciones delictuosas y se convierte en la principal especie de castigo de la época contemporánea” (Guzmán, 2008: 165). A fines del siglo XIX, y hasta mediado el siguiente, la cárcel decayó, luego, ésta ha aumentado, expandiéndose como nunca antes, a partir desde los años setenta del siglo pasado.

La prisión, como hemos dicho, fue desde sus orígenes selectiva. Primero eligió a los inútiles –vagos, locos, etc.–, luego a los útiles –gente que servía para insertarse en la lógica capitalista– y finalmente a los feos. La estética jugó un rol importante en la elección de los delincuentes. Se confundió –consciente o inconscientemente– lo ético con lo estético y la conclusión no podía ser otra: el feo es malo (Zaffaroni, 2011: 97). Quien revise textos criminológicos de principios del siglo XX verá los catálogos con fotos de los tipos criminales (violador, asesino, ladrón habitual, negro hechicero, etc.) y notará que todos se alejan de los modelos estéticos de la época. Asimetría facial, anomalías en los dientes, etc., eran características de gran parte de los condenados.

c) Elementos: espacio, tiempo y trabajo

Establecida la pena privativa de libertad como sanción, pasaremos a examinar de qué manera ha operado. Para Matthews (2003), la cárcel moderna debe analizarse en relación a la cambiante naturaleza de tres elementos: *espacio*, *tiempo* y *trabajo*. La especial forma de combinación de estos ha dado características específicas a esta sanción. “La coercitiva segregación de los delincuentes en Instituciones diseñadas para tal fin es uno de los principales distintivos de la cárcel moderna como forma de castigo” (Matthews, 2003: 51). Revisemos a continuación estos tres elementos, deteniendonos con mayor atención en el último de ellos.

Crear y distribuir *el espacio* dentro de las prisiones ha sido una constante preocupación de los arquitectos de las cárceles. Por ejemplo, el sistema de

Auburn suponía una segregación total de los condenados, por lo que requería encierros individuales y compartimentación de los espacios. Por otra parte, el sistema de Filadelfia, en el que los condenados trabajaban en espacios comunes pero en silencio, necesitaba espacios más amplios donde los presos pudieran trabajar y un sistema de vigilancia que posibilitara el control de los internos evitando la comunicación entre ellos. Matthews (2003: 55), revisando los diversos diseños carcelarios desde comienzos del siglo XIX, menciona cuatro estilos principales que se corresponden con cuatro épocas determinadas: radial, panóptico, poste telégrafo y el de “prisiones de nueva generación”, que incorpora el diseño “capsular”.

El *tiempo*, como segundo elemento, aparece como un atributo común a todos los hombres por igual. Ricos y pobres poseen más o menos el mismo tiempo; por ende, la *privación de libertad por un tiempo determinado* sería una sanción igualitaria que resulta conciliable con los principios de la Ilustración. Asimismo, el capitalismo, que ve en el hombre un poseedor de mano de obra y de libertad, crea la prisión moderna, en términos de tiempo. Además, el tiempo, con su elasticidad total, ofrece múltiples alternativas para darle contenido a una pena con pretensiones de proporcionalidad, puesto que permite sancionar desde un instante de privación de libertad hasta la vida entera de un individuo. Sin embargo, como es evidente, el tiempo dentro de una cárcel jamás ha sido igual al vivido fuera de ella:

[e]l confinamiento institucional cambia la forma en que se percibe el tiempo [...] [e]l proceso de encarcelamiento, más que canalizar y distribuir el tiempo, implica la negación del mismo (Matthews, 2003: 66-67). La organización del tiempo, al igual que la del espacio, está intrínsecamente ligada al establecimiento del orden y el control, y ambos se relacionan, directa o indirectamente, con la organización del trabajo dentro de la prisión (Matthews, 2003: 70).

El *trabajo*, observa Simon (1993), es un mecanismo de control que suministra una manera de ordenar el tiempo y mantener ocupados a los prisioneros. La existencia misma del trabajo, en la cárcel y fuera de ésta, ha modificado y dado forma a la naturaleza de las sanciones en general y a la cárcel en particular. En virtud del principio de menor elegibilidad (*less eligibility*) elaborado por Rusche y Kirchheimer (2004), las condiciones de la vida de los presos y sus posibilidades de desarrollar un trabajo remunerado no podían ser superiores a la de los trabajadores más pobres en libertad para no generar incentivos para ir a la prisión y para que la pena produzca un efecto disuasivo. El concepto de menor elegibilidad resulta sumamente relevante en sociedades con altas tasas de desempleo, hambre y una extendida pobreza donde la cárcel, incluso ofreciendo sólo la subsistencia, podía aparecer como una opción más atractiva que una miserable vida en libertad.

Rusche y Kirchheimer (2004) observaron que el empleo en la prisión no sólo se condiciona por la forma del trabajo dentro de la misma, sino que también por el desempleo *fuera* de la prisión o las condiciones del mismo. En este sentido

comentan, a propósito de una tensa situación en Francia a mediados del siglo XIX, que:

la clase obrera en su lucha por el derecho al trabajo se expresó en la abolición del trabajo carcelario, indicio significativo de la nueva situación en la que en vez de una clase alta ávida de obtener mano de obra de cualquier procedencia, encontramos una clase obrera levantando barricadas para asegurar el reconocimiento oficial de su derecho al trabajo (2004: 113).

Incluso en la segunda mitad del siglo XX, los sindicatos italianos, por razones similares a las citadas precedentemente, se oponían al trabajo en las cárceles.

Así, para Rusche y Kirchheimer el mercado laboral junto con la demografía del crecimiento poblacional:

tienden a fijar el valor social de la vida humana [...] Durante los períodos en que abunda la mano de obra la política penal puede darse el lujo de ser inflexible con la vida humana, como sucedió en la Edad Media, cuando el castigo capital y corporal era tan frecuente. No obstante, cuando la demanda de mano de obra amenaza con exceder la oferta -como sucedió en algunas partes de Europa durante el período mercantilista- el Estado y las instituciones penales estarán menos dispuestas a deshacerse del recurso valioso que representan sus cautivos, y probablemente los pongan a trabajar de una u otra manera (Garland, 1999: 116).

Siguiendo la senda iniciada por Rusche y Kirchheimer diversos autores han intentado demostrar empíricamente una relación directa y positiva entre desempleo y delito (a mayor desempleo, mayor delito), relación fácil de intuir, pero complejísima en su comprobación. Resultados de distintas investigaciones llevaron incluso a que los criminólogos concluyeran que delito y desempleo son dos fenómenos independientes que se mueven por fuerzas propias y entre los cuales resulta prácticamente imposible establecer algún tipo de relación (Matthews, 2003: 146). Sin embargo, la dificultad de comprobar una relación no significa necesariamente que ésta no exista. Además, el desempleo se percibe de distinta manera por los desempleados atendiendo a sus entornos, características personales, grupos de apoyo, edades, la mayor o menor existencia de un Estado social, etc. Algunos sujetos se deprimen al sentirse excluidos, otros participan de empleos informales y subterráneos y también están los que perpetran delitos. Box (citado en Matthews, 2003: 147) analizó, para ver si existía alguna relación entre desempleo y delito, 32 series de tiempo y concluyó que de los 32 estudios, 19 apoyaban la tesis de una correspondencia positiva entre desempleo y delito, en tanto 13 no demostraban dicha relación.

Recordemos que no necesariamente existe un vínculo de causalidad entre dos fenómenos que se correlacionan o que se suceden. Por ende, si aumenta el delito en un área determinada después de un aumento del desempleo en la misma área, de eso no podemos necesariamente desprender una relación de causalidad. Porque el hecho de que *b* suceda a *a* no significa que *a* genere a *b*, como tampoco la presencia de cigüeñas en París sería la causa del nacimiento de un niño en la capital del amor.

El delito es un ente complejo que no puede explicarse mono-causalmente. Por lo mismo al analizarlo no deben dejarse de lado otros factores que pueden influir, ni las especiales características del área estudiada. Si el aumento del desempleo eleva el delito en una zona y ese mismo aumento del desempleo no influye en un lugar distinto, habrá que ver qué circunstancias particulares elevan la delincuencia en la primera y no en la segunda. Estas circunstancias pueden ser de muy diversa índole, desde la iluminación en las calles, la presencia de bares y clubes donde poder emborracharse, espacios recreativos, posibilidades de ejercer labores informales, el costo de la vida, etc.

Sin embargo, pareciera que generalmente, aunque no siempre, el desempleo aumenta la delincuencia, es decir, sí existiría una relación entre ambos fenómenos. Así al menos se desprende de la mayoría de los estudios de Box. Pero esto no es *necesariamente* así, puesto que el desempleo también puede ser resistido y así sucede en la mayoría de los casos.

Por otra parte, tampoco sabemos –aun cuando pudiéramos concluir que el desempleo tiene una correlación positiva con el delito- si esto se debe a que el desempleo significa privar a una persona de su fuente de ingresos o de si el trabajo mantiene a los trabajadores fuera del delito puesto que *ordena sus vidas* imponiendo ciertas rutinas y disciplinas, manteniéndolos lejos de los vicios, o bien a ambas cosas. Paradójicamente, observa Christie (1993), el delito se ha convertido en una industria que reemplaza a otras que han desaparecido, por ejemplo, las construcciones de cárceles. De esta manera, la cárcel (y su aumento) podría convertirse tanto en producto del, y en solución al, problema del creciente desempleo (Matthews, 2003: 319). Algunas empresas privadas de la industria carcelaria incluso cotizan en la bolsa (Christie, 1993: 106)

La dificultad de encontrar nexos entre desempleo y delito hizo que se buscara otro tipo de relaciones. Field, un investigador del Ministerio del Interior (*Home Office*) (Matthews, 2003: 149), concluyó que hay una asociación más estrecha entre el nivel de consumo personal y el delito que entre este último y el desempleo. Más que el desempleo mismo:

las cambiantes formas de empleo alientan el delito, ya sea porque aumentan la pobreza o estimulan las desigualdades [...] La creciente brecha entre ricos y pobres ha creado nuevas aspiraciones y deseos, a la vez que niega a los sectores más marginados de la población los legítimos medios para conseguirlos (Matthews, 2003: 163 y 164).

En similar sentido Box explica que las progresivas desigualdades estimulan las privaciones relativas al igual que las absolutas, y sirven para incrementar el nivel de delito no sólo entre los sectores más pobres de la comunidad, sino también entre aquéllos que consideran que no están recibiendo su justa parte de los bienes y recompensas disponible (citado en Matthews, 2003: 313-314).

d) Selectividad

Diversos estudios en Estados Unidos e Inglaterra se han centrado en el nacimiento de una clase sumergida integrada por personas involucradas con el delito. Se cree que el crecimiento de estos grupos marginales puede originar mayor delincuencia.

Se estima que en Estados Unidos, en un día cualquiera, al menos la mitad de los jóvenes de la *clase sumergida* están detenidos, y que en todos los hogares de las zonas de la más cruda pobreza un miembro ha estado en prisión o está cumpliendo una condena (Simon, 1993).

Asimismo, en Estados Unidos uno de cada tres negros entre veinte y veintinueve años se halla en la cárcel. Wacquant (2000) analiza la mutación del Estado social en Estado penal y cómo éste profundiza las discriminaciones y segregaciones raciales y de clase continuando el racismo del *apartheid*. No olvidemos que, más allá del contenido de leyes penales o de prácticas de jueces, que ambas pueden ser, y en los hechos son, enormemente selectivas, “el verdadero poder punitivo lo ejercen las agencias policiales”. No son los legisladores, ni los jueces, ni los fiscales quienes detienen a los delincuentes en las calles. “El poder de selección está en manos de las agencias ejecutivas” (Zaffaroni, 2011: 504).

Si bien los códigos y otras leyes penales contemplan un amplio número de delitos sancionados con penas privativas de libertad y en virtud de principios consagrados en las constituciones y tratados internacionales todos somos iguales ante la ley, la realidad carcelaria muestra que el poder punitivo es sumamente selectivo en su actuar. Por una parte, la mayoría de los internos que cumple una pena privativa de libertad (o que está en prisión preventiva) lo hace por delitos contra los derechos patrimoniales (especialmente robos), delitos vinculados al tráfico de drogas o delitos contra las personas (homicidios, violaciones y lesiones).⁷ Respecto a delitos de cuello blanco –utilizando la denominación de Sutherland (1999)- como grandes estafas, tráfico de influencias, blanqueo de capitales, etc., la cárcel, en los hechos, es una sanción muy extraña y excepcional. El poder punitivo, más allá de lo que señalen las normas, en la práctica selecciona y sanciona a los más vulnerables (Sutherland, 1999:64). En su selección el poder punitivo se dirige principalmente a los hombres de extracción obrera y con poca instrucción. Así lo demuestra la *Encuesta nacional sobre la prisión 1991* (citada en Matthews, 2003: 127).⁸ Situación similar ofrece la *Encuesta de la Prisión de South East*, donde la mayoría de los internos tenían antecedentes laborales inestables o deteriorados (citado en Matthews, 2003: 127). Así, la cárcel “es una herramienta dirigida fundamentalmente al control de la población masculina” (Rivera, 2009: 264). Sin embargo, la selectividad en las mujeres reclusas opera al encerrar muy

⁷ La realidad carcelaria europea en este punto no difiere de la latinoamericana. Para un análisis de la prisión punitiva europea véase Rivera (2009: 260 y ss.)

⁸ La obra de Matthews no señala la fuente, pero entendemos que se refiere a Inglaterra.

especialmente a un grupo vulnerable que en su mayoría comparte tres características: son mujeres sin poder ni influencias, generalmente encarceladas por delitos vinculados al tráfico de drogas; han vivido en la pobreza; y en una elevada proporción pertenecen a grupos étnicos minoritarios (Carlen, citado en Rivera, 2009: 264).

Además del clasismo, las prisiones parecen fomentar tendencias racistas. Así, por ejemplo, cada vez hay más afroamericanos en las cárceles de Norteamérica. Hoy son mayoría en las cárceles y son sólo el 12% de la población nacional. “[E]n su vida, un hombre negro tiene una probabilidad sobre cuatro de pasar al menos un año en la cárcel, un latino una sobre seis, un blanco una sobre veintitrés” (Wacquant, 2000: 68).

Como señalamos precedentemente, este tipo de sanción se consideraba igualitario porque privaba a los condenados de un atributo que los hombres tenían por igual, el tiempo, “[p]ero algunos críticos como Carlos Marx comenzaron a sostener, a mediados del siglo XIX, que debajo de la apariencia de libertad e igualdad se encontraba un sistema de explotación, desigualdad e incipiente esclavitud” (Matthews, 2003: 305-306).

Tras la caída de las políticas que pretendían rehabilitar a los internos -desde los años setenta, primero en Norteamérica, luego en Europa y Latinoamérica- los discursos que pretenden legitimar o justificar la cárcel mutan. Con el avènement de las políticas actuariales y de la adopción, por parte del Estado, de técnicas manageriales (típicas del sector privado) cambian las justificaciones de la pena. Éstas se desentienden del estudio de las causas del delito, centrándose en “una explicación económica del derecho configurando una teoría del comportamiento que pronostica cómo responderán los individuos ante los cambios en las leyes” (Cooter y Ulen 1998:14).

Las nuevas teorías descansan en conceptos económicos de racionalidad, maximización de costos y beneficios de la criminalidad y proponen el aumento del *precio* o *costo* del delito para la disuasión del mismo: “[l]a justicia actuarial no piensa en términos de culpabilidad sino de riesgo” (Rivera, 2009: 341). De esta manera, se acentúa la selectividad del aparato penal toda vez que serán los pobres, los marginales y los inmigrantes los sujetos que presentarán mayor riesgo de convertirse en delincuentes. Estos grupos marginales habitan en “zonas de riesgo” y su peligrosidad, de acuerdo con las teorías actuariales, será la que debe orientar las políticas criminales. Habitualmente la percepción del riesgo resulta mayor que el riesgo real, por la exagerada difusión de los medios de comunicación de hechos delictivos y violentos, lo que repercute en una mayor selectividad, y discriminación, del aparato penal. “La manipulación que se lleva a cabo a través de los *mass media* respecto a los riesgos de ser víctima de un delito explicaría cómo la ciudadanía, incluso las clases más humildes, reclama muchas veces más represión y más sistema penal” (Rivera, 2009: 344).

Tras haber repasado el momento del nacimiento de la prisión moderna, la forma en que ésta nació y haber planteado la selectividad con la que siempre ha operado, y que últimamente se ha acentuado, pasemos a analizar las distintas teorías que buscan explicar las causas de su origen.

2.- ¿Por qué nace esta pena?

a) Teoría tradicional

Como adelantábamos, tradicionalmente se cree que el nacimiento de las penas privativas de libertad se asocia a cierta humanización de las condenas y al repudio por los castigos crueles e inhumanos. Para esta teoría la nueva forma de sancionar sería una manifestación del pensamiento ilustrado, que erradicó las penas que consistían en un espectáculo sanguinario, reemplazándolas por la prisión. Se trata de un proceso evolutivo que deja atrás formas arcaicas y de una violencia inaceptable. La pena privativa de libertad aparece como una forma suave y racional de castigo, fruto de una reforma inspirada por teorías penales racionalistas y humanitarias como las de Beccaria y otros teóricos.

Sin embargo, algunos autores, Foucault entre ellos, entienden que más que principios humanitarios sería el “vil principio de interés propio lo que finalmente llevó a reconocer la exigencia política y la necesidad del cambio” (Garland, 1999: 172). Por otra parte, la realidad misma de la prisión, que salvo en excepcionalísimos casos cumpliría con los principios humanitarios y racionalistas de los reformadores, hace dudar de esta teoría y buscar otros planteamientos o elementos que puedan explicar mejor la reforma, toda vez que esta teoría humanista y/o pietista es cada vez más difícil de aceptar puesto que supone afirmar que la humanidad –de la noche a la mañana- tomó conciencia (o se hizo más buena) en torno a la barbarie de las antiguas formas de ejecución penal (Rivera, 2005b: 20).

b) Otras teorías

Mantovani (2001) agrega a la tradicional explicación otras tres teorías las que, a nuestro juicio aportan preciosos elementos y no resultan ni contradictorias ni incompatibles con ella:

La primera teoría alternativa plantea que habrían sido prácticas religiosas provenientes de trabajos y penitencias las que luego se aplicarían en los establecimientos penitenciarios. Pensamos más bien que esta explicación tiene importancia en la forma en que se llevó a cabo la pena privativa de la libertad, especialmente con las reformas introducidas bajo orientaciones religiosas como las de Howard y el sistema de Filadelfia -de aislamiento, silencio y oración- y en la influencia en la arquitectura carcelaria, en especial la prisión secular. Sin embargo, no nos parece que ésta brinde una explicación sobre el origen de la prisión, aunque sí un antecedente importante. Sí, en cambio, la influencia

religiosa ha sido fundamental en las reformas de las prisiones y en la política penal. Muchas reformas de los sistemas penales han venido de movimientos religiosos y, hoy en día, al menos en Sudamérica, las distintas Iglesias continúan desempeñando un rol fundamental en las prisiones.

Otra teoría se centra en una específica estrategia de poder que buscaría excluir y disciplinar a los sujetos que pudieran afectar la conveniencia de los grupos dominantes en manicomios, cárceles, escuelas, fábricas, regimientos, etc. (Foucault, 2002 y 1991; Goffman, 1992; etc.). Así, para Foucault, la prisión “da un poder casi total sobre los detenidos; tiene sus mecanismos internos de represión y de castigo: disciplina despótica. Lleva a su intensidad el más fuerte de todos los procedimientos que se encuentra en los demás dispositivos de disciplina” (2002: 238). Charles Lucas (partidario del sistema de Auburn o *silent system*) observa que la prisión “regula los movimientos del cuerpo e incluso en los momentos de reposo determina el empleo del tiempo, esa educación, en una palabra, que entra en posesión del hombre entero, de todas las facultades físicas y morales que hay en él y del tiempo en que él mismo está inserto” (citado en Foucault, 2002: 238-239). Para Foucault, si las prisiones se han mostrado siempre ineficaces para reducir la delincuencia:

Sería preciso entonces suponer que la prisión, y de una manera general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones; sino más bien a distinguirlas, a distribuir las, a utilizarlas; que tienden no tanto a volver dóciles a quienes están dispuestos a transgredir las leyes, sino que tienden a organizar la transgresión de las leyes en una táctica general de sometimientos (2002: 277).

Foucault entiende la desaparición del castigo público y su sustitución por la prisión moderna, no tanto como una dulcificación de la pena, sino más bien como un cambio cualitativo, una modificación de propósitos, dando paso a medidas destinadas a afectar el “alma” más que el cuerpo de los castigados. Para este planteamiento tanto la ley como la manera de aplicarla sirven a los intereses de una clase y es éste el único lugar desde donde puede entenderse el fracaso de la prisión. La ley penal, como toda ley, se hace por algunos y recae sobre otros. En teoría es igualitaria y obliga a todos por igual, pero en su aplicación real se dirige contra las clases más desposeídas y menos ilustradas. Buré en 1840 nos invita a recorrer:

los lugares donde se juzga, donde se encarcela, donde se mata... Un hecho nos impresiona en todos ellos; en todos vemos dos clases de hombres bien distintas, de las cuales los unos se encuentran siempre en los sillones de los acusadores y de los jueces y los otros en los banquillos de los acusados y de los reos (citado en Foucault, 2002: 281).⁹

⁹ La cita de Buré, de 1840, buscaba describir, como el título de su obra lo señala, *De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France*, pero resulta vigente para muchas de las sociedades actuales. Personalmente, antes de iniciar estudios de postgrado trabajé como abogado defensor penal público en Chile, donde constataba diariamente los diferentes *status* de los intervinientes del proceso penal. Usualmente abogados defensores, fiscales y jueces tomábamos café y comentábamos el fútbol del fin de semana o las pasadas vacaciones. Algunas veces también

Foucault cree que el fracaso de los objetivos reconocidos por la prisión moderna (control del delito, rehabilitación de los condenados, etc.) sería funcional a ciertas estrategias de control. Supone, así, una racionalidad que explicaría la supervivencia de la pena privativa de libertad. Según esta teoría el poder punitivo no se ejerce tanto sobre los presos, sino sobre la generalidad de las personas pues es un poder de vigilancia y control.

Para Foucault esta nueva sanción (la privación de libertad) se sirve de formas preexistentes. Diversos procedimientos existían con anterioridad a esta sanción que buscaba distribuir espacialmente a los individuos para controlarlos, utilizarlos, educar su cuerpo, codificar su comportamiento y observarlos constantemente (2002).

La forma general de un equipo para volver a los individuos dóciles y útiles, por un trabajo preciso sobre su cuerpo, ha diseñado la institución-prisión, antes que la ley la definiera como la pena por excelencia. Hay en el viraje decisivo de los siglos XVIII y XIX, el paso a una penalidad de detención, es cierto; y ello era algo nuevo. Pero se trataba de hecho, de la apertura de la penalidad a unos mecanismos de coerción elaborados ya en otra parte (citado en Rivera, 2005b: 20).

Sin desconocer los innumerables méritos que representa “Vigilar y Castigar”, creemos que el análisis de Foucault yerra al pensar que el castigo y sus efectos son algo absolutamente racional e intencionado. Resulta muy difícil sostener, y mucho más demostrar, que a las autoridades les convenga que la cárcel sea criminógena y que aumente los niveles de violencia. Pensamos que dichos efectos no son funcionales a la autoridad. Nos parece que este tipo de hipótesis, aunque valiosísimas, resultan insuficientes pues desatienden toda la irracionalidad que hay detrás de todo castigo y de la prisión moderna.

Por último, muy vinculadas con los planteamientos anteriores, se encuentran la teorías neo-marxistas^{10 11} que ven que el nacimiento de la prisión es

hablábamos de literatura y de dogmática jurídico-penal. Los funcionarios nos trataban con especial respeto y un poco de pleitesía. Por otra parte, imputados y gendarmes, que entraban por una misma puerta distinta a la nuestra, se comunicaban con códigos propios que no lográbamos comprender.

¹⁰ Hay quienes prefieren denominar estas teorías simplemente marxistas, en las que incluirían trabajos como “Pena y Estructura social” de Rusche y Kirchheimer, “Carcere e Fabbrica” de Melossi y Pavarini, etc. Sin embargo, nos parece más precisa la utilización del prefijo *neo*, puesto que ni Marx ni Engels hicieron una aportación directa y fundamental al análisis de las instituciones penales. El único escrito de Marx sobre la cuestión penal fue un artículo publicado en la *Gaceta Renana* en el que criticaba la penalización del apoderamiento de leña (Zaffaroni, 2011: 157). Para Ortiz de Urbina (2007: 6) estas teorías pueden “describirse como el reverso de la versión ilustrada: se alude a los mismos hechos, pero éstos son interpretados de manera muy distinta. De acuerdo con la caracterización del marxismo como una *ideología de la sospecha*, allí donde los ilustrados ven la actuación de la razón, la perspectiva marxista ve ideología [...] y dominación de unas clases por otras”.

¹¹ Como toda clasificación, ésta resulta difusa en ciertas zonas, especialmente entre las dos últimas teorías que comparten la mayor parte de los planteamientos. Por lo mismo, podría analizarse a Foucault dentro de las teorías neo-marxistas. Sin embargo, hemos preferido incluirlo en aquella que se centra en una específica estrategia de poder, porque nos pareció más

consecuencia de un régimen capitalista que busca transformar a las clases bajas en mano de obra barata y sumisa. Por lo mismo “[e]n un sistema de producción pre-capitalista la cárcel como pena no existe” (Pavarini y Melossi, 1977: 21). Los sistemas de producción capitalistas, al requerir personas dóciles y sometidas, utilizarán el castigo junto a otras instituciones para moldear, vigilar y adiestrar el cuerpo del condenado y volverlo útil a los deseos de la clase dominante.

En este sentido en 1939 Rusche y Kirchheimer, en un análisis pionero, escribieron “Pena y estructura social” donde desarrollan el axioma según el cual *cada sistema de producción tiende a encontrar castigos que se correspondan con sus relaciones productivas*. Estos autores entienden que:

en la sociedad capitalista el sistema penitenciario depende sobre todo del desarrollo del mercado de trabajo. La magnitud de la población carcelaria y el empleo de ésta, como mano de obra, dependen del aumento o de la disminución de la fuerza de trabajo disponible en el mercado y de su utilización (Baratta, 1986: 204).

Al parecer, la obra de Rusche y Kirchheimer fue la primera en impugnar la tradicional explicación que veía en la pena privativa de libertad un natural resultado de cierta evolución de las sensibilidades al entenderla como un producto del desarrollo capitalista. Ellos mismos plantearon el principio de menor elegibilidad (*less eligibility*) según el cual la prisión, para poder ser disuasiva, ha debido ofrecer condiciones de vida inferiores a las peores de la sociedad libre. En las crisis económicas del siglo XIX se hizo sumamente difícil obtener un efecto intimidatorio, puesto que bastaba que la prisión ofreciera apenas el mínimo vital de subsistencia para que la situación ya fuera mejor de la de aquellos que estaban en libertad (Melossi y Pavarini, 1977: 91). Como la obra de Marx no trata en profundidad el tema penal y la penalidad (como objeto de estudio para los teóricos marxistas es relativamente reciente) las interpretaciones que hicieron estos autores ha dado lugar a diversas versiones. Por una parte, autores como Rusche y Kirchheimer, o Melossi y Pavarini, destacan la:

interrelación entre instituciones penitenciarias y los requerimientos económicos de los modos de producción, en tanto que otros autores, como Pashukanis, Hay o Ignatieff, prefieren hacer énfasis en el papel del castigo en la lucha de clases política e ideológica y en la conservación del poder del Estado o de la hegemonía de la clase dirigente (Garland, 1999: 111).

Para Rusche y Kirchheimer (2004), el Derecho, y en particular el Derecho penal, estaría determinado por la economía. Pashukanis, sin negar el análisis de Rusche y Kirchheimer, entiende que “el proceso contrario también es real: las formas legales proporcionan una importante estructura normativa que sanciona las relaciones capitalistas y refuerza las normas económicas apropiadas” (Garland, 1999:138); así, el Derecho penal -que para Pashukanis es un

coherente con su análisis que, en algunos aspectos, es bastante crítico con diversos elementos de la tradición marxista.

instrumento de dominio y, en ocasiones, de terrorismo de clase- estaría determinado por la economía y, al mismo tiempo, legitimaría estas relaciones económicas. Por lo que venimos diciendo, no resulta correcto hablar de un único análisis marxista, más bien se trata de análisis diversos y generalmente compatibles dentro de un amplio margen que se encuentra en las obras de Marx. Los autores marxistas:

[p]ese a su diferencia de enfoque y énfasis, comparten una perspectiva común frente al castigo, que lo vincula, sobre todo, con un grupo particular de relaciones de propiedad y con la lucha de una clase dirigente por mantener su predominio social y económico sobre las clases subordinadas de la sociedad” (Garland, 1999: 111).

c) Rol de la sensibilidad

Es posible que tanto la explicación de una aparente humanidad de las penas, coherente con los ideales de la ilustración, junto a las dos últimas teorías, revelen distintos aspectos de un fenómeno complejo que no puede ser explicado mono-causalmente. En este mismo sentido David Garland (1999: 14), preocupado por la naturaleza del sustento social del castigo y su significación cultural, se aleja de Foucault y de las teorías neo-marxistas que consideran el sistema penal casi exclusivamente como un aparato de poder y control. Este pluralismo analítico de Garland no niega los aportes de dichos planteamientos, simplemente rechaza análisis reduccionistas. A diferencia de la clasificación que hemos realizado nosotros al estudiar las teorías que intentan explicar el nacimiento de la prisión, Garland (1999:30) prefiere analizar las interpretaciones sociológicas del castigo (se refiere especialmente a las dadas por Durkheim, los neomarxistas, Foucault y Elias). Sostiene que cada una ha sintetizado y aislado una faceta o aspecto particular, dando origen a análisis serios. Se trata, según Garland, de interpretaciones claras y agudas, pero parciales y unilaterales.

Así, los análisis económicos o del control muchas veces subvaloran la importancia que juegan las sensibilidades en el castigo. Olvidan que son éstas las que limitan el contenido de la sanción al considerar ciertas conductas intolerables en una determinada época. Lo anterior no significa que en la práctica no se realicen, por parte de quien detente el poder, comportamientos abiertamente incompatibles con las sensibilidades de un momento determinado (la tortura en democracia, por ejemplo). Pero la negación o disimulación de las mismas e incluso, cuando resultan demasiado evidentes, las sanciones a los funcionarios que las practican, confirman la importancia de las sensibilidades, las que, al menos formalmente y a nivel de discurso, constituyen un límite al poder estatal.

Esto no supone necesariamente que una cultura más sensible conlleve un trato más humano con el condenado. Por ejemplo, la mayoría de las sociedades actuales toleran que un sujeto sea sancionado a penas de 15, 20 y más años de prisión. Tampoco nadie se sorprende, quizá porque sea usual, que un preso muera asesinado por otros internos mientras cumple su condena. En nuestras

sociedades actuales la pena privativa de libertad, de 20 o más años, es tolerable y se repara poco en los nefastos efectos que esta pena produce en quien la padece. En cambio, la mutilación pública de un dedo, que puede ser mucho menos cruel para el condenado que una larga condena de cárcel, resulta incompatible con nuestras sensibilidades.

No sería entonces la pena en sí la que se humaniza. Simplemente a nuestra cultura, que no tolera *presenciar* ciertas cosas, le resulta cómodo el encierro del condenado en un lugar oculto. La situación se asemeja al trato que damos a los animales. Las sensibilidades modernas no toleran el maltrato al animal doméstico, pero poco dicen de lo que sucede en los mataderos. Incluso las muertes de animales que se realizaban en casa por generaciones han disminuido, y hasta se prohíben, dejando toda esta actividad en manos de *especialistas*. El *maltrato* posiblemente aumente, pero en recintos en los que las personas normales no tienen acceso.

Cárceles y mataderos no son lugares cuya existencia sea desconocida por la gente, como tampoco de los que no se pueda saber qué es lo que realmente sucede dentro de ellos. Sin embargo, basta con que las personas no quieran saber, para que no se sepa. Más bien, se trata de indiferencia que de ignorancia. Lo mediático favorece ciertas imágenes sobre otras y también la cárcel (y los mataderos) tienen tribuna cuando se ve en ellas situaciones violentas y sangrientas que despiertan nuestro morbo. Pero normalmente las vidas de quienes estamos en libertad las vivimos sin tener conciencia de qué es lo que pasa con quienes están privados de ella. Tampoco generan la preocupación que debieran producir las miserias, matanzas, los campos de concentración, las torturas, etc. A veces basta con que quienes tienen más injerencia en ellas (jefes de Estado, por ejemplo, sean éstos dictadores o presidentes electos en democracias) se muestren en actividades caritativas o que justifiquen su actuar con un discurso que busca convencernos de que en verdad nos quieren defender, para que pasemos por alto que se están ejecutando actos, intencionadamente, que van contra lo que nos parece tolerable.

Norbert Elias (1978) habla de un *proceso de privatización* que hace desaparecer ciertas escenas públicas ocultándolas tras bambalinas. Así, para Elias la violencia no desaparece en las sociedades *civilizadas*, pero se oculta y se acumula *detrás del escenario*, es decir, en cárceles, cuarteles militares, etc. La sensibilidad moderna lo que no tolera es el espectáculo del sufrimiento y por eso lo esconde, lo que no significa que ni la violencia ni el dolor desaparezcan. Entonces, según Elias, la civilización no supone un mejoramiento moral ni una dulcificación de la vida sino sólo una nueva configuración del poder:

El nuevo estilo punitivo tuvo incluso precisos contornos en el ámbito del proceso y de la ejecución penal: en el Antiguo Régimen, el proceso penal (su fase declarativa) era secreta y en cambio, la ejecución penal era pública. En la Modernidad los términos se invirtieron: el proceso penal (su fase declarativa) pasó a ser público, pero la ejecución de la pena se hizo secreta, se escondió de los ojos del público y se

confinó en un lugar más íntimo y apartado: la celda delimitada por los muros carcelarios (Rivera, 2009: 78).

Como afirma John Stuart Mill:

Uno de los efectos de la civilización [...] es que el espectáculo e incluso la idea misma de dolor se mantiene cada vez más alejada de la vista de las clases que disfrutaban plenamente de los beneficios de la civilización [...]; el refinamiento consiste en evitar la presencia no sólo del dolor, sino de todo lo que sugiera ideas ofensivas o desagradables (citado en Ortiz de Urbina, 2007: 8).

En estas mutaciones de la sensibilidad se encuentran también poderosas razones que explicarían, en parte, el cambio en el castigo que sustituyó las penas corporales públicas por el encierro en recintos ocultos a la vista del público. En el mismo sentido, Sprirenburg (1984) entiende que fue un cambio de sensibilidad lo que llevó a que se modificara el sistema penal en forma paulatina. De esta manera, en gran parte de Europa en el siglo XVIII se abandonó el uso de la tortura, la exposición de cadáveres y se redujo la exhibición del sufrimiento de los condenados. Para comienzos de la siguiente centuria, prácticamente habían desaparecido las antiguas penas que consistían en espectáculos atroces. Sin duda, este tipo de explicaciones –que se centran en un cambio de sensibilidades como causa del cambio del sistema penal- brindan una respuesta satisfactoria al porqué del nacimiento de la prisión moderna, pero no suficiente y de una complejísima comprobación fáctica. Garland presta especial atención a la cultura como un determinante del castigo y viceversa.

Se trata de un proceso bidireccional –una relación interactiva- y si hubiera que considerarlo en términos de causa-efecto, o en vectores de determinación, las flechas deben correr en ambas direcciones simultáneamente (aunque no requieren ser de igual magnitud ni estar en el mismo plano) [...] Por ende, en lo que a cultura se refiere, las instituciones penales son tanto “causa” como “efecto” (1999: 290-291).

Como observa Pratt (2006: 23-24), en los siglos XIX y XX, los contornos del desarrollo penal del mundo civilizado establecen un sistema de castigos que se adecua a los valores y expectativas y que *encubre* sus rasgos más desagradables y degradantes.

La civilización, con sus características de organización y planificación, brinda autoridad al actuar de los especialistas, transformando en tolerables distintas situaciones, basándose en una pretendida autoridad científica. Bauman (1989: 96) sostiene que se entiende por sociedad civilizada aquella que ha suprimido la mayor parte de lo feo, lo cruel y lo violento. De esta manera, las violencias sufridas dentro de las paredes de la cárcel (fuera de la vista del público) serían imperceptibles, pues encubrirían los rasgos degradantes del castigo. Para Bauman (1989: 64), una de las características de la civilización sería la heterofobia, es decir, el temor y la desconfianza por los sujetos diferentes. Y precisamente esta heterofobia hizo posible el Holocausto (Pratt, 2006: 24). Será entonces que “el mismo proceso civilizatorio puede provocar consecuencias muy incivilizadas” (Pratt, 2006: 25).

Otro ejemplo de la importancia de las sensibilidades en relación al *espectáculo* del sufrimiento y no al sufrimiento en sí, lo constituye reintroducción de la pena de muerte en Estados Unidos en 1776. El Tribunal Supremo de dicho país en 1972 la había suspendido por considerarla un castigo cruel e inhumano. Sin embargo, con la nueva modalidad de la inyección letal, este castigo podía considerarse *civilizado*. De esta manera se conciliaban los sentimientos hostiles de un público sediento de ejecuciones con el proceso civilizatorio que se oponía a las ejecuciones bárbaras (Pratt, 2006: 234).

Como hemos venido diciendo, la cárcel como sanción penal nace en las postrimerías del siglo XVIII, para instalarse a inicios del siguiente en una sociedad que no quiso seguir viendo espectáculos crueles. Quizá se trata de una sociedad cínica más preocupada por las apariencias que por la fraternidad y que, más que importarle el dolor humano, lo que evitó fue la publicidad de éste. De esta manera el encierro, que resultaba coherente con una nueva sensibilidad, aseguraba que el padecimiento y el sufrimiento de los condenados ya no sería un espectáculo que se opusiera a sus sensibilidades, sino que estarían lejos de la vista de los ciudadanos respetuosos de la legalidad. Detrás de ese cortinaje, fuera de la vista del público, burócratas del Estado, funcionarios y expertos podrían manejar el asunto de acuerdo con una mezcla apropiada de sufrimiento humanitario y de argumento racional (Pratt, 2006: 57). La cárcel moderna con toda su crueldad e inhumanidad no parece chocar con las sensibilidades actuales:

[d]ebido a que el público no escucha la angustia de los presos ni de su familia, a que el discurso de la prensa y de la criminología popular presenta a los transgresores como “diferentes” y menos que humanos, y a que la violencia penal generalmente es aséptica, situacional y de baja visibilidad (Garland, 1999).

d) Repaso crítico de las diversas teorías

En este apartado analizaremos críticamente algunos aspectos de las diversas teorías estudiadas.

Foucault (2002) sugiere que el paso del espectáculo de los suplicios a la pena de prisión más que una humanización, lo que encierra es la mutación del castigo en la parte más oculta del proceso penal. Si bien Foucault limita su análisis a un cambio en la forma de ejercer el poder que tuvo lugar en un periodo más o menos breve (entre 1750 y 1830), dichas mutaciones tendientes a reducir el espectáculo del sufrimiento y a humanizar, al menos en parte, las penas, ya se encontraban en marcha en el siglo XVII y no necesariamente tienen que ver con el poder y la política y sí con cambios de sensibilidad y culturales que coinciden con la formación de los Estados y su pacificación interna (Garland, 1999: 189). Sin negar el aporte de la interpretación de Foucault, creemos que no debemos prescindir de las razones de humanidad y benevolencia e influencia de autores, como Beccaria, en la dulcificación de los castigos. Creemos, junto con Garland (1999), que el valiosísimo análisis de Foucault peca de reduccionista al creer que la penalidad es sólo poder, puesto que el castigo es esto, pero también es algo

más. No negamos que el Derecho penal sea un instrumento político de control, pero creemos que también es algo más que sólo eso. Foucault pasa por alto toda la irracionalidad que tiene el castigo, que no logra ser desplazada completamente por la modernidad.

Las teorías neo-marxistas, que vinculan el nacimiento de la prisión a las necesidades capitalistas, explican además importantes cambios en la forma de las penas privativas de libertad. Recordemos que dos modelos típicos de prisiones implementados en Estados Unidos son el sistema de *Filadelfia (solitary confinement)* y el de *Auburn (silent system)*. La pretendida justificación del primero se encontraría en motivos religiosos y en una pretendida reconversión del delincuente-pecador. El condenado, en absoluta soledad, debía leer la biblia y otros libros religiosos para así poder reconciliarse con Dios. Asimismo se creía que la soledad evitaba que los internos se contaminaran de las malas influencias de otros condenados y la necesaria castidad los iría purificando. Las únicas actividades sociales en las que los presos podían participar eran de tipo religioso (misas y confesiones), pero siempre se resguardaba que los internos no pudieran comunicarse entre ellos. En la práctica este modelo que buscaba convertir a los prisioneros en almas piadosas sólo contribuyó a enloquecerlos, muchos de los cuales se suicidaron. El sistema Auburn (*silent system*), por su parte, suponía trabajo grupal, pero en completo silencio, y aislamiento nocturno. Aunque este sistema no trajo los mismos elevados resultados de locura del filadélfico, el silencio también trastornó a los condenados y tras poco tiempo éstos perdían las habilidades sociales más básicas.

Si bien hay quienes explican el paso del sistema Filadelfia al de Auburn por motivos de humanidad, entendiendo que Auburn era menos pernicioso para los internos, poderosas razones económicas también determinarían este cambio. Como sugiere el estudio de Beaumont y De Tocqueville, realizado en el decenio de 1830, “el nuevo régimen penitenciario se estableció con poco costo, era autosustentable e incluso una fuente de ingresos” (citado en Garland, 1999: 129). El sistema de Auburn, justificado por una moral religiosa, igualmente suponía que los internos pasaran largos períodos de silencio y soledad, lo que más que reformar a los mismos, constituía una pavorosa tortura y sólo lograba que los presos sintieran cada vez más terror por la cárcel y fueran perdiendo habilidades sociales. A diferencia del tormento público, como las que se aplicaba en épocas anteriores, éste tendría lugar dentro cuatro paredes, como lo exigía la sensibilidad de la modernidad.

Como ilustran Pavarini y Melossi (1977), a inicios del siglo XIX Norteamérica vivió un aumento en la demanda de trabajo. Por una parte, la importación de esclavos resultaba difícil, mientras que la conquista de nuevos territorios y la rápida industrialización determinaban un vacío del mercado de trabajo que no podía colmarse con los mayores índices de natalidad y de inmigración. Esto produjo un aumento del nivel de los salarios. Las posibilidades laborales que ofrecía entonces Estados Unidos eran muy superiores a las de Europa. Las necesidades económicas hicieron que en Norteamérica incluso los ex

condenados no encontraran mayores impedimentos para poder trabajar. Es precisamente en este escenario donde se hallan las principales razones al del cese del sistema penitenciario Filadelfia y su posterior sustitución por Auburn y otros, puesto que el “*solitary confinement* no sólo privaba al mercado de fuerza de trabajo, incluso a través de la imposición de un trabajo anti-económico deseducaba a los internos, reduciendo en estos últimos las originarias capacidades laborales” (Pavarini y Melossi, 1977: 180-181). De esta manera, el *silent system* (Auburn) se estableció como un modelo de “pedagogía penitenciaria” para una cárcel industrializada, para una cárcel-fabrica (Pavarini y Melossi, 1977: 193). Asimismo con posterioridad, la cárcel fue adecuando nuevos modelos, según las necesidades y realidades económicas del momento. No se piense por ello que la cárcel, como actividad económica, haya sido útil en relación a la productividad que ésta ofrecía, puesto que “el objetivo de esta producción no fueron tanto las mercancías, como los hombres” (Pavarini y Melossi, 1977: 202). Se trataba de una mutación antropológica que buscaba la transformación del hombre, de criminal a proletario. En palabras de Foucault, la prisión era un “aparato de transformar los individuos” (2002: 234). Lo que la cárcel moderna pretende, según Rusche y Kirchheimer (2004), será adiestrar nuevas reservas laborales, educando a los internos en una disciplina sumisa y obediente a la autoridad que les enseñe a vivir resignados y de buena gana al destino de las clases bajas. En este sentido, el rol que jugaría la prisión moderna sería semejante a la exaltación de la pobreza que profesa la Iglesia pretendiendo conseguir, ambas instituciones, la resignación y la sumisión de los sometidos.¹²

Coincidiendo con lo planteado por Garland (1999), la cárcel moderna -y el castigo en general- debe explicarse contemplando elementos de causalidad múltiples, puesto que acontecimientos determinados y particulares son generados por causas diversas que interactúan. El análisis del por qué de la prisión moderna debe ser multicausal y no reducido. Habrá que reparar tanto en sus elementos, racionales e irracionales, funcionales y no funcionales, como también en sus diversos significados y efectos.

A fin de cuentas, y para concluir este apartado que busca explicar el porqué de la prisión moderna, digamos que esta pregunta puede y debe ser respondida de muchas maneras, puesto que la prisión, como castigo moderno, es muchas cosas: es un medio que busca conseguir diversos fines (rehabilitar, segregar, castigar, encerrar a los pobres, inocuizar a los peligrosos, etc.); es también una manifestación de una relación entre el poder punitivo y el preso; un

¹² También la ex Unión Soviética buscó, a través de las penas, la transformación de los condenados. Demostrativa es la locución de Gorki para quien “el sistema penal soviético luchaba a treinta grados bajo cero por transformar a lumpens y enemigos de la revolución en hombres socialmente útiles” refiriéndose a la construcción del *Kanal ímeni Stáline* (canal Mar Blanco-Báltico). La construcción del canal de veinticinco millas servía para que Stalin demostrara al mundo la superioridad de la ingeniería socialista y costó la vida a miles de prisioneros, principalmente opositores políticos, campesinos inconformes, burócratas degradados, religiosos, etc. (Citados en Padura 2010: 145).

instrumento de dominación de clase; un aparato de control; un rito; un producto del populismo punitivo; una consecuencia de un discurso simplista; la expresión de un sentimiento colectivo; etc.

3.- Efectos que produce

a) Nacimiento de la criminología

Instalada la prisión moderna en nuestras sociedades, ésta supuso un lugar de concentración de criminales y sirvió de laboratorio social para el estudio del delincuente. Reunidos los condenados en un espacio común, éstos fueron observados, analizados, medidos, fotografiados, catalogados, etc. Por primera vez se vio al delincuente como sujeto-objeto desviado y los estudios se centraron más en el delincuente que en el delito. De estos análisis surgen y se desarrollan a una velocidad sin precedentes estudios de campo con pretensiones científicas sobre las características individuales de los internos. A partir del examen de los presos se busca encontrar particularidades y diferencias entre criminales y no-criminales. Conocer su constitución física, carácter, inteligencia, *raza*, familia, entorno, etc., lleva a crear teorías explicativas de la delincuencia y del delincuente dando origen a una nueva ciencia, *la criminología*, cuyo padre fue el médico veronés Cesare Lombroso. De él:

se nos puede decir que el contenido que le dio está hoy superado y sólo perviven los chispazos de genio; pero éste no sería motivo para negarle la paternidad de la ciencia, inédita hasta él, como nadie arrebató a Hipócrates su calidad de padre de la medicina, aunque haya cambiado cuanto de ella se dijo, desde la raíz a la frondosa copa (Jiménez de Asúa, 1960: 64).¹³

La obra de Lombroso, como toda obra humana, responde a su momento histórico. Dicho tiempo era uno que, apartándose de concepciones metafísicas, buscaba explicarse causalmente el comportamiento humano y, dentro de éste, el delito. Lombroso, padre de la criminología, sintetizó un ambiente¹⁴ que, con influencias de Darwin, Spencer y otros, desembocó en su teoría del *criminal nato*.

Puesto que, a la sazón, los estudios psicológicos y sociales no tenían aún el carácter de científicos, se intentó explicar el delito (y el comportamiento humano en general) atendiendo principalmente a aspectos somáticos (Rivacoba, 1982: 86). Desentendiéndose de las causas psicológicas y sociales, se entendió al delincuente como miembro de una subraza, neurótico e irresponsable de sus

¹³ Para Zaffaroni, en el siglo XIX con Lombroso y otros la criminología adquiere *status* científico. Sin embargo, el cuerpo de conocimientos acerca del crimen y la estructuración de un saber orgánico a su respecto era muy anterior, como se puede verificar en la sofisticada elaboración de los *demonólogos* y la masiva combustión de mujeres (brujas) por toda Europa (2011: 24).

¹⁴ Elocuentes son las palabras de Alfredo Frassati (1981: 61) al explicar el momento histórico de Lombroso: *Nada faltaba, ni los datos en que fundar las afirmaciones, ni los numerosos exámenes de los delincuentes; sólo faltaba el hombre que recogiera estos datos y que les agregara otros propios, sistematizándolos para los científicos y para el público. Este hombre tuvo lugar en Italia, y fue Cesare Lombroso, profesor de medicina legal en Turín.*

actos. Lombroso en 1876 escribió *L'uomo delinquente*,¹⁵ donde desarrolla su teoría que entiende a los delincuentes como una especie humana diferente. Se trataría de sujetos que nacen sin que en el seno materno se haya completado el ciclo evolutivo; por ende, su comportamiento se manifiesta como una continuación de la edad infantil, como un estado de *infancia prolongada* (Zaffaroni, 2011: 99 y Rivacoba, 1982: 109). *L'uomo delinquente* se complementa con un atlas de retratos de tipos de criminales. Los rasgos de este *hombre delinquente* eran principalmente corporales -pero también los había psicológicos como la inteligencia, sensibilidad, sentido moral, etc.-. Algunos de éstos eran: senos frontales enormes; frente estrecha; prominencia de la protuberancia occipital; cabello espeso, oscuro y rizado, con canicie y calvicie retrasadas y lentas; cejas muy pobladas y poco separadas; mirada vidriosa, fría, inmóvil en los asesinos, oblicua y de ojos pequeños y movedizos en los ladrones, y centelleante en los violadores; labios finos en el asesino y gruesos en los violadores; anomalías en los dientes; brazos desproporcionadamente largos; piel oscura y pilosidad escasa en el cuerpo; manos cortas y anchas en los asesinos, y largas en los ladrones; mayor precocidad e intensidad en la vida sexual; suma agilidad, parecida, muchas veces, a la del mono; falta de sensibilidad del dolor, que, a su vez, es una de las fuentes de la falta de compasión; poca inteligencia; mala memoria; abulia; falta de afectividad y sentido moral; carencia de remordimiento; religiosidad y superstición; abundancia de tatuajes, etc. (Rivacoba, 1982: 111 y ss.).

Detrás de los estudios de esta criminología positivista, se encontraría la creencia en el *determinismo* del comportamiento humano, dejando atrás las concepciones del libre albedrío en la que se fundaban teorías más liberales del Derecho penal. Claramente la criminología positivista conllevaba una importante cuota de racismo, y suponía la rebaja del sujeto a nivel de objeto. La experimentación humana, la castración y las intervenciones forzadas tendientes a disminuir los impulsos violentos o la degeneración serán consecuencias de esta observación *científica* y desprovista de valores del delincuente.

Lo anterior no significa que los criminólogos positivistas fueran sujetos facinerosos, pues al analizar directamente sus obras descubrimos una sincera preocupación en la sanación de los desviados, como si de un tratamiento médico se tratara; y no resulta justo culparlos por los efectos que sus estudios generaron, ni por la legitimación de un poder punitivo racista y totalitario. Más bien creemos que sus teorías fueron utilizadas y manipuladas para la transformación del poder punitivo en terrorismo de Estado. Así, "los crímenes del nazismo fueron la culminación práctica del discurso del reduccionismo racista" (Zaffaroni, 2011: 114).

¹⁵ El texto de 1876 se titulaba *Trattato antropologico sperimentale dell'uomo delinquente*. Dos años después, con la segunda edición, cambia el título por el de *L'uomo delinquente in rapporto dell'antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie*. Luego la suceden otras tres ediciones, la última de 1897, cada una más completa que la anterior.

Los estudios de Lombroso, que era médico y no jurista, pertenecen al mundo de las disciplinas descriptivas o causal-explicativas, pero sus observaciones repercuten en el mundo de las disciplinas valorativas, llegando al Derecho penal. Quizá donde más claro se ve cómo la *Scuola Positiva* de Lombroso entra al mundo jurídico-penal es en la obra de Von Liszt. La influencia de Lombroso no sólo repercute en Europa, y rápidamente sus ideas desembarcan del otro lado del Atlántico. De esta manera, por ejemplo, en Norteamérica, en 1893, Arthur Mc Donald publicó *Abnormal Man*, texto claramente lombrosiano. El Derecho penal deja de ser un cuerpo normativo-valorativo de comportamientos externos, para buscar ver las formas con las cuales poder modificar el comportamiento y la esencia de los individuos. Las teorías que pretenden la reinserción, rehabilitación, resocialización, etc., florecen como nunca antes con los estudios del positivismo criminológico.

Un mérito evidente de la concepción de Lombroso lo constituye haber sido la primera en intentar una consideración científico-causal del delito, y en buscar un tratamiento político criminal del problema del delincuente. Sin embargo, la existencia de sujetos determinados por su constitución orgánica a la delincuencia es demasiado simplista, aunque Lombroso reconoció, sin desarrollar con profundidad, también la existencia de causas sociales en el delito.

Garofalo (en su *Criminología*, 1905), por su parte, amplió la visión de Lombroso en sus aspectos psicológicos y Ferri (en su *Sociología criminal*, 1884), en los de carácter sociológico. Las causas del comportamiento delictivo estaban así determinadas: biológicas, psicológicas y sociológicas (Rivera, 2009: 56).

El positivismo podía generar respuestas lógicas por parte del poder punitivo, pues, si sabemos por los caracteres somáticos que una persona es un delincuente, ¿por qué entonces habría que esperar que cometa un delito?, ¿no resulta socialmente conveniente detenerlo antes? Esto daría lugar a las llamadas *medidas de seguridad sin delito*, que en la práctica no difieren de las verdaderas penas (penas sin delito).

Como bien observa Zaffaroni, el error de Lombroso fue interpretar esos signos como *causa de la delincuencia*, cuando en la generalidad de los casos se trataba de *causas de criminalización* (2011: 100); y agrega:

[e]sta teoría tiene un efecto claro sobre el Derecho penal, que es el de proporcionar una base de apariencia científica a la consideración del delincuente como el "otro", alguien distinto a nosotros. Naturalmente que esto otorga una gran tranquilidad a cualquier grupo de poder dominante, puesto que considera que el delincuente es un producto biológico y no sociocultural; no somos nosotros ni nuestra organización los productores del delito, sino un defecto biológico; el delincuente es distinto a nosotros, es un ser inferior en la escala zoológica. El carácter reaccionario de esta teoría es evidente (Zaffaroni, 1977: 186).

Quizá el trabajo más reaccionario de Lombroso fue *Los anarquistas*, de 1894, donde entiende que éstos eran exponentes de una conjunción de criminalidad y locura, la expresión de un intento por volver a formas sociales de barbarie

primitiva, de un regreso al hombre prehistórico, a una edad que todavía no conocía la autoridad del *pater familias* (Bulferetti, citado en Riera, 2009: 61).

Si bien adherimos a los postulados de la criminología crítica, pensamos que éstos a veces se exageran en contra de Lombroso, puesto que se abstraen de su época y se le responsabiliza de los efectos no queridos, y muy manipulados, de sus estudios. Toda crítica –sea de autores, teorías o corrientes- debe realizarse atendiendo a sus contextos y ambiente en que desarrollan sus aportaciones para no caer en simplismos que no explican los fenómenos con la complejidad que se debe. La defensa del determinismo, al oponerse a doctrinas del libre albedrío defendidas por la Iglesia, fue también contestataria en su momento. Por lo demás, el debate entre determinismo y libre albedrío, fundamental para el estudio del Derecho penal y la criminología, está muy lejos de encontrarse superado y cada tanto reviven las teorías deterministas, hoy con amplia aceptación por parte de la neurociencia.¹⁶ Las teorías de Darwin, por ejemplo, con todo el racismo que hoy parece evidente, constituyeron en su momento ataques directos al poder establecido al ofrecer una hipótesis evolutiva científica que se oponía a las explicaciones entregadas por las doctrinas cristianas. Rescatemos la figura de Lombroso con las palabras de Rivacoba:

Absorbido siempre por las inquietudes múltiples, trabajador infatigable, concienzudo en cuanto hacía, tenaz en el empeño, pero no muy brillante en la exposición y poco dotado para el debate o la polémica; apegado más que a las teorías a los hechos, superior en la adversidad, nunca desanimado, que se exalta y apasiona, mas ignorante del resentimiento y el rencor; distraído, generoso, modesto, ingenuo y entusiasta, su imagen y su vida son las de un sabio (1982: 104).

Análisis posteriores, v. gr. Foucault (2002) y Garland (1985 y 1988), entienden que la prisión, más que identificar a los delincuentes, los fabrica en dos sentidos. Por una parte, la prisión, al estigmatizar a los delincuentes, los impulsaba una vez en libertad a seguir con una carrera delictuosa. Por otra parte:

la prisión producía delincuentes en un sentido caracterológico o epistemológico, al crear con sus sistemas la categoría de “criminal individual”; fue en la cárcel donde el criminal individual se volvió por primera vez un objeto visible y aislado, sujeto de estudio y control (Garland, 1999: 180).

Con el positivismo el castigo cambia su esencia, puesto que abandona las nociones de culpabilidad o reprochabilidad del delincuente, para centrarse en mecanismos tendientes a corregir deficiencias, anormalidades o degeneraciones del criminal, como si de un tratamiento médico se tratara. Respecto de los incorregibles –cuál enfermos incurables- la alternativa no podía ser otra que la inocuización. El estudio de estas técnicas curativas no tiene sólo un valor anecdótico en el estudio de la historia del castigo, puesto que a partir de estas concepciones comenzaron a practicarse, bajo una justificación terapéutica,

¹⁶ Sobre el particular pueden verse: Molina Fernández, “¿Culpabilidad sin libertad?”, o Jakobs, “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, ambos estudios en Cancio Melia y Feijoo Sánchez (2008).

técnicas de “modificación de comportamiento” entre las que se encuentran terapias de electro-choques, esterilización, obligación a consumir drogas, psicocirugía, etc. (Zysman, 2012: 245). Dichos tratamientos nos recuerdan “A Clockwork Orange”, y el *tratamiento Ludovico* que, lejos de ser producto de las mentes de Anthony Burgess o de Stanley Kubrick, se basa en técnicas reales que buscaban inhibir tendencias delictuosas. Rotman (1990: 102) relata la utilización de electro-choques en pedófilos mientras se les exhibían fotografías de niños desnudos.

b) Efectos en el penado

Visto *grosso modo* cómo la prisión moderna trajo consigo el nacimiento de una nueva disciplina, pasemos ahora a revisar diversos estudios sobre los efectos que ésta produce en quienes la padecen.

Los efectos que producen las penas privativas de la libertad serán diferentes, obviamente, según las condiciones del encierro y las características personales de cada recluso (personalidad, edad, apoyo familiar, entorno del que viene, situación económica, sexo, etc.). Sin embargo, haremos referencia a los estudios que analizan en general qué efectos produce el encierro.

-Prisionización

Desde los años cuarenta del siglo XX se han venido realizando diversos estudios de campo que han demostrado los efectos devastadores que produce el encierro en la personalidad del penado, especialmente si éste es muy prolongado. Ya en 1940 Clemmer (1958), tras investigaciones realizadas en cárceles norteamericanas, llamó *prisionización* al proceso por el cual un individuo adquiere los valores y las costumbres de la prisión. Este proceso tendría lugar cuando una persona entra en la cárcel. Los internos modificarían su conducta para adaptarse al nuevo ambiente. Cuando una persona se mezcla con otro grupo se produce una *asimilación* y, para Clemmer, mientras mayor sea el contacto de la persona con el grupo, mayor será la asimilación. En sus conclusiones, Clemmer destaca que el encierro hace que el penado pierda facultades sociales mínimas para llevar una vida en libertad. Muñoz Conde (1999: 99), refiriéndose a los estudios de Clemmer, señala que “es evidente que la prisionización tiene efectos negativos para la resocialización difícilmente evitables con el tratamiento (...) la cárcel cambia abiertamente al delincuente, pero generalmente lo hace para empeorarlo”.

-Desculturación

Goffman, en un estudio de 1961,¹⁷ define *institución total* como un “lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación,

¹⁷ Al igual que el citado trabajo de Clemmer, el de Goffman es un estudio precursor sobre los efectos que produce el encierro en quien lo padece. En realidad Goffman no limita su estudio a las cárceles; más bien, su principal preocupación se centra en los hospitales psiquiátricos. Si bien

aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente” (1992:13 y 1968). Goffman señala que lo normal es que los internos (sean los de una cárcel o los de un hospital psiquiátrico u otra institución total) lleguen al establecimiento con una *cultura de presentación* que traen del entorno del que vienen, la que cambia con el ingreso a la institución. Sin embargo, no se trata de que las instituciones totales hagan que el interno reemplace íntegramente su propia cultura. Lo que sucede es que el interno sufre una mutación que viene dada en gran parte por la eliminación de oportunidades de conductas y la imposibilidad de mantenerse al día de lo que sucede en el mundo exterior. Por ende, si la estadía del interno es larga puede ocurrir lo que se denomina *desculturación*, es decir, un desentrenamiento que incapacita temporariamente para encarar ciertos aspectos de la vida diaria en el exterior (1992: 26) y que comprende “la pérdida o la incapacidad para adquirir los hábitos que corrientemente se requieren en la sociedad general” (1992: 81).

El quiebre que supuso el ingreso a la institución total ahora el recién liberado lo sufre al revés, justo cuando parecía haber aprendido en la prisión. “Es posible que la liberación se le presente como el traslado desde el nivel más alto de un pequeño mundo, hasta el nivel más bajo de un mundo grande” (1992: 82).

-Desidentificación

El sujeto antes de su internación tiene una concepción de sí mismo que es consecuencia de su medio habitual. La internación supone un quiebre que hace que comiencen para él una serie de depresiones, degradaciones, humillaciones y profanaciones del yo (Goffman, 1992: 27). Las instituciones totales suponen un corte con los diversos roles que tuvo el sujeto en el pasado (mientras estaba libre) y aparece el despojo del rol. La imposición de una rutina diaria forzada hace que el interno asuma un rol que lo desidentifica. Por otra parte, las instituciones totales en las que no hay posibilidad de mantener relaciones heterosexuales o, en caso de tenerlas, que éstas sean muy limitadas, pueden inspirar el temor de perder la virilidad (Goffman, 1992: 35). El interno, al sentir que debe pedir permiso para hacer cosas tan elementales como ir al baño, enviar una carta o encender un cigarrillo, va asumiendo un rol de sometimiento. La obligación de tener que raparse la cabeza, usar uniforme y ser tratado por un número supone una mortificación o disminución del yo.¹⁸

la realidad descrita en estos trabajos necesita ser actualizada a la luz de nuevos estudios empíricos, partiremos con éstos para destacar lo antiguo de las críticas que ha recibido la cárcel precisamente por los efectos que produce en los condenados, y luego entraremos en estudios más recientes. Otros fundamentales estudios institucionales sobre el sistema penitenciario son: R. Cloward et al., *Theoretical studies in social organisation of the prison*, 1960; G. Sykes, *The society of captives*, 1958; T. Morris y P. Morris, *Pentonville*, 1963; J. B. Jacobs, *Stateville: The penitentiary in mass society*, 1977.

¹⁸ Afortunadamente cada vez es menos usual la obligación para los internos de usar uniforme, ser tratado por un número o raparse la cabeza. Sin embargo, en la época del estudio de Goffman, era una práctica usual.

Según Goffman el condenado siente que su castigo es injusto y excesivo, y comprueba que su trato es más degradante que el prescrito por la ley, lo que puede llevarlo a desquitarse y, en cuanto pueda, a cometer nuevos delitos. Por otra parte, en el interno opera una especie de “mecanismo de defensa” que le permite evitar los devastadores efectos de la introyección e impedir que el repudio social se convierta en autorrepudio. Por un extraño mecanismo el interno, para no repudiarse a sí mismo, termina repudiando a quienes le repudian (1992: 27).

-Desmoralización

Goffman analiza los “temas principales en la cultura del interno”, dentro de los cuales destaca un nivel peculiar de egoísmo, la depresión personal que padecen los internos que los lleva a caer en un exceso de compasión de sí mismos y el sentimiento de que el tiempo pasado encerrado es tiempo perdido. Esto explicaría los efectos desmoralizantes que produce una condena demasiado prolongada o por tiempo indeterminado.

Goffman, por último, se refiere a los procesos más frecuentes que se dan cuando los sujetos vuelven a la vida en libertad. Antes de que llegue la fecha de la salida, la mayoría de los internos experimentan una gran ansiedad, llegando incluso algunos a cometer faltas deliberadas y notorias para detener la ansiedad. Esta ansiedad va acompañada a la pregunta que se hacen los internos de si podrán arreglárselas fuera de la prisión. Una vez en libertad, la posición social de los presos nunca será la misma que tuvieron antes de la prisión.

Con la evidencia de los efectos devastadores y en muchos casos irreversibles que produce la pena de cárcel en períodos prolongados¹⁹ surgió el cuestionamiento de la constitucionalidad de la cadena perpetua y de las penas privativas de libertad de larga duración.

-Otros efectos

Un estudio de 1971 elaborado por Mario Gozzano señala, entre otras patologías que produce o alimenta la prisión, las siguientes: la psicosis, la neurosis, los delirios de persecución, las depresiones –que muchas veces terminan en suicidio-, el consumo patológico de sustancias tóxicas, el síndrome de Ganser (caracterizado por contenidos absurdos del pensamiento), etc. (Gozzano, 1971: 240-246). Gonin (2000) realizó en 1991 estudios de campo de población reclusa masculina para analizar “las relaciones existentes, en términos de causa-efecto, entre las condiciones de vida en la cárcel y el manifestarse o el agravarse de las patologías más frecuentes encontradas en el contexto penitenciario”. En su estudio concluyó, entre otras cosas, que: cerca del 25% de las personas que entran en prisión sufre vértigos desde los primeros días, como consecuencia de

¹⁹ Para un estudio más actualizado sobre este tema, véanse los diversos artículos contenidos en: Liebling y Maruna (2005).

la pérdida y deformación de las referencias espacio-temporales; en los meses sucesivos se padece de una:

atrofia progresiva de los cinco sentidos (deformaciones de la percepción visual, trastornos del oído por estados de hiperagudeza, alteraciones del sueño, fuerte reducción de la capacidad de concentración, el olfato se anula en el 31% de los detenidos, y afectación del gusto y del tacto); el 60% de los presos sufre, desde su ingreso hasta, como mínimo, el octavo mes de encierro, carencia de energía; el 28% de los internos sufre de frío, incluso en los meses de verano, provocado por una especie de anestesia cutánea; mayor frecuencia de afecciones a la piel, muchas veces de naturaleza psicosomática, así como trastornos del sistema digestivo y de las vías de respiración (Rivera, 2009: 271 y ss.).

Las investigaciones más recientes no niegan los aportes de los clásicos, como los señalados por Clemmer y Goffman, sino que más bien se centran en aspectos específicos basados en estudios empíricos. En general existe cierta coincidencia sobre algunas premisas que se ven reforzadas por los resultados de investigaciones, como aquélla que sostiene que, en general, *la prisión no funciona*. Con esto se quiere decir que la prisión no cumpliría los supuestos fines rehabilitadores que usualmente se plantean como fines esperados por parte de los agentes políticos.²⁰

La mayor o menor coincidencia de los efectos de la prisión en el condenado dependerá de varios factores, principalmente de las condiciones de las prisiones; sin embargo, algunos efectos los padecen los presos de manera general. “Miedo, ansiedad, soledad, trauma, depresión, injusticia, impotencia, violencia e incertidumbre son parte de la experiencia de la vida en prisión” (Liebling y Maruna, 2005: 3). Rivera, analizando los problemas a la salud psíquica que genera la prisión, señala las siguientes patologías: fobias que pueden desembocar en cuadros psicóticos; depresiones que pueden desembocar en el suicidio; síntomas alucinantes; trastornos psicosomáticos; disminución de las capacidades cognitivas; cuadros neuróticos; cuadros psicóticos; trastornos de la personalidad; trastornos del comportamiento; trastornos del humor; síndrome de prisionización; síndrome gangseriano; dependencias y toxicomanías (2009: 274).²¹

²⁰ La famosa frase atribuida a Martinson “nada funciona”, de su artículo divulgativo *What works? Question and answers about prison reform* de 1974, debe contextualizarse, pues no se trataría de una crítica a la resocialización *per se*, sino a su implementación. El mismo Martinson en 1979 señala que aquellos tratamientos que ayudan deben ser destacados e incrementados y aquéllos que perjudican o resultan inoperantes, eliminados. Sobre esto véase Ortiz de Urbina, 2013.

²¹ Sobre cárcel y suicidio, una aplastante crítica al sistema carcelario italiano puede verse en *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri*, de Luigi Manconi y Valentina Calderone (2011). El título del libro, en directa alusión a una canción de Fabrizio de André (*La Ballata di Miché*), denuncia las inhumanas condiciones de las cárceles italianas y su fatal efecto de suicidios *intramuros*. Un comentario del citado libro en Lugli (2012).

Como habíamos señalado, los estudios más modernos sobre los efectos que produce la prisión se centran en análisis específicos y tienen objetivos más concretos. Así, investigaciones realizadas en prisiones australianas han concluido que en la cárcel existen riesgos enormes para la salud de los internos, como por ejemplo los de contraer VIH o hepatitis tipo B y C, especialmente para aquellos presos que se inyectan drogas o se hacen tatuajes sin las medidas higiénicas necesarias, o quienes tienen relaciones sexuales sin protección.²²

En relación a los trastornos de estrés post-traumáticos que padecen los presos, existen estudios que demuestran los altos niveles de ansiedad que experimentan los internos, los problemas de insomnio, la depresión crónica, el aislamiento de los demás y el constante sentimiento de ser “diferentes” (Grounds, 2004: 165-182).²³

Murray (2005) ha analizado los efectos nocivos que la cárcel produce en la familia del condenado;²⁴ en el mismo sentido, Light (1993: 322-329) sostiene que el período de encarcelamiento no sólo afecta al encarcelado y que los familiares del preso suelen ser los que más sufren con la pena. Otros estudios se han centrado en las posibilidades de disminuir la reincidencia de quienes han estado en prisión.²⁵

Las múltiples críticas a las prisiones unidas a las investigaciones de campo que demuestran los efectos negativos que produce la cárcel han llevado a cuestionar o a plantearse el futuro de las mismas. En este sentido, Matthews, (2003), tras analizar la historia de las cárceles en Inglaterra y Gales, muestra la realidad carcelaria de los últimos años. Finalmente, se pregunta por el devenir de las cárceles, cuestionándose si en el futuro próximo se seguirán pagando los delitos con tiempo.²⁶

4.- Críticas

a) El fracaso de la prisión

Como hemos señalado precedentemente, las penas privativas de libertad y la cárcel moderna han sido desde sus comienzos sumamente criticadas. La prisión moderna, cuyo objeto era el control de la delincuencia, ha fracasado. “Porque inmediatamente la prisión, en su realidad y sus efectos visibles, ha sido denunciada como el gran fracaso de la justicia penal” (Foucault, 2002: 269) Dorado Montero en 1916 escribió:

²² Sobre el particular véase Crofts, N. et al. (1995: 285-289).

²³ Sobre los problemas que genera la cárcel en la salud mental y física del condenado véase Jewkes, Loss (2005), y Crawley y Sparks (2004).

²⁴ También sobre la salud y las condiciones de la vida de los familiares de los presos, véase Lanier (2003).

²⁵ Véase Burnett (2004).

²⁶ Quizá uno de los más destacados trabajos sobre el futuro de las prisiones lo constituye la obra colectiva “The future of imprisonment”, de Michael Tonry (2004).

[l]a cárcel, forma de penalidad en la que, durante el siglo XIX, puede decirse que han venido a refundirse todas las demás anteriormente existentes, se halla en crisis. La gran confianza que en ella se había puesto, como la pena por excelencia, está perdida, poco menos que del todo (1999: 472).²⁷

Como la crisis, también la reforma es casi contemporánea a la prisión misma (Foucault, 2002: 236). Modificaciones que en el discurso oficial pretendían corregir y humanizar los castigos, en los hechos no han conseguido ni lo uno ni lo otro, y probablemente las verdaderas razones de las reformas responden a otro tipo de motivos. Para Foucault “hay que asombrarse de que desde hace 150 años la proclamación del fracaso de la prisión haya ido siempre acompañada de su mantenimiento” (2002: 277). El mismo Foucault se pregunta si:

¿[n]o forma parte entonces, el pretendido fracaso, del funcionamiento de la prisión? ¿No habrá que inscribirlo en esos efectos de poder que la disciplina y la tecnología conexas de la prisión han inducido en el aparato de justicia, más generalmente en la sociedad, y que pueden reagruparse bajo el título de “sistema carcelario”? (2002: 276).

b) Principales críticas

Las principales críticas que se hacen a la prisión moderna se apoyan fundamentalmente en tres discursos: sus efectos criminógenos, su inhumanidad y su alto costo.

Con el nacimiento de la prisión moderna rápidamente se constató también el alto índice de reincidencia de los ex convictos, lo que endureció las críticas a las penas privativas de la libertad, toda vez que se constató que “[l]as prisiones no disminuyen la tasa de la criminalidad: se puede muy bien extenderlas, multiplicarlas o transformarlas, y la cantidad de crímenes y de criminales se mantiene estable o, lo que es peor, aumenta” (Foucault, 2002: 269). Diversos estudios que mostraban la reincidencia de quienes estuvieron presos hicieron que se calificara a la prisión como una *fábrica de delincuentes*.

Para Wacquant, más que como fábrica de delincuentes, la cárcel funciona como *fábrica de miseria*, puesto que:

...los efectos pauperizantes de la penitenciaría no se limitan exclusivamente a los detenidos y su perímetro de influencia se extiende mucho más allá de sus muros, porque *la prisión exporta su pobreza* al desestabilizar constantemente a las familias y los barrios sometidos a su tropismo. De modo que el tratamiento carcelario de la miseria (re)produce sin cesar las condiciones de su propia extensión: cuanto más se encierra a los pobres, más certeza tienen éstos –si no hay por otra parte algún cambio de circunstancias- de seguir siéndolo duramente y, en consecuencia, más se ofrecen como blanco cómodo de la política de criminalización de la miseria. La gestión penal de la inseguridad social se alimenta así de su propio fracaso programado (2000: 151).

²⁷ Nuevamente quisiéramos hacer notar que, más que la prisión, son sus discursos legitimantes los que se encuentran en crisis. Resulta contradictorio hablar de crisis de una institución que se mantiene y crece. Hecha esta salvedad, seguiremos hablando de crisis según los autores citados.

Sin embargo, si bien es cierto que la cárcel no logra cumplir los supuestos fines de reinserción y, por el contrario, la alta tasa de reincidencia de los ex convictos sugiere lo opuesto, tampoco nos parece que resulte sencilla la comprobación de que sea la misma prisión la que genera la reincidencia, aunque ésta parezca evidente.

Nuevamente la relación causal entre el encierro y la perpetración de nuevos delitos por parte del ex-presos es muy difícil de comprobar, puesto que suelen existir diversos factores que inciden en la comisión de éstos. Por ejemplo, si el ex-presos, una vez cumplida su pena de prisión, vuelve al mismo lugar en el que vivía antes de su encierro. ¿No será que es el mismo entorno el que influye en el comportamiento delictivo? Esto sólo lo planteamos para no caer en explicaciones simplistas sobre cárcel y reincidencia, relación que tampoco negamos, pero que debe ser analizada con suma cautela.

A continuación veremos someramente las críticas a las penas privativas de libertad de corta duración y luego a las penas largas. Si bien el límite temporal entre penas cortas y largas es ambiguo, entenderemos, más o menos, que las penas superiores a un año son ya largas.

Críticas a las penas cortas

Incluso un defensor del encierro y de la cadena perpetua como Franz Von Liszt, se opuso a las penas privativas de libertad para quienes se inician en la carrera delictiva. Recordemos que para este autor la cadena perpetua era una pena apropiada para los criminales irrecuperables, pero para quienes delinquirían por primera vez la cárcel se presentaba como una verdadera escuela que estimularía una incipiente carrera delictiva. En síntesis, Von Liszt en su *Programa de Marburgo* en 1882 clasificaba a los delincuentes y sugería penas de la siguiente manera “1) Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección; 2) intimidación del delincuente que no requiere corrección; 3) inocuidad del delincuente que carece de capacidad de corrección” (1995). El tema de las penas cortas privativas de libertad fue debatido arduamente en los Congresos internacionales penitenciarios de 1872, 1890, 1895, 1910, 1925, 1950 y siguientes (Cuello Calón, 1958: 585 y ss.).

De la mano de Von Liszt rápidamente comienzan a proliferar críticas a las penas cortas. Por una parte están las de corte utilitario que se centran en los altos costes económicos de esta sanción²⁸ y su inexistente efecto rehabilitador o resocializador, que contrasta con un enorme efecto corruptor fomentando el delito y la reincidencia. Asimismo la pena de prisión supone para el condenado,

²⁸ El argumento económico como crítica a las penas privativas de la libertad está hoy en día muy en boga. Quizá es en este enfoque de costes donde pueda explicarse el levísimo descenso de esta pena en algunos Estados donde hace más de 30 años ésta sólo aumentaban. Si bien sobre este punto volveremos más adelante, advertimos desde ahora que la falta de perspectiva histórica nos imposibilita explicar este fenómeno, ya que no sabemos si se trata del inicio de un franco retroceso de esta pena, que auguramos, o bien, si es sólo un leve movimiento que en perspectiva será irrelevante.

y para su familia, un efecto estigmatizador difícil de superar. De esta manera “la prisión constituye un doble error económico: directamente por el costo intrínseco de su organización e indirectamente por el costo de la delincuencia que no reprime” (Foucault, 2002: 273).

Críticas a las penas largas

Por otra parte se critican las penas largas de prisión por su dudosa constitucionalidad dados los efectos que producen en el condenado. El cuestionamiento de las penas largas, especialmente de la cadena perpetua, siempre ha estado unido a la capital. Se hacen las mismas críticas a una y otra porque comparten varias características. Refiriéndose a la cadena perpetua, se pregunta Guzmán Dalbora “si existe alguna razón valedera para retener en los Códigos una clase de pena de muerte en que el verdugo no es un hombre o una máquina, sino el tiempo” (2008: 199). En el mismo sentido, para Ana Messuti tanto la pena de muerte como la prisión:

tienen un mismo significado: la exclusión; sólo en cuanto a sus consecuencias en el futuro se diferencian [...] En una, en el presente se prevé la posibilidad del regreso -del penado-; en la otra se excluye esa posibilidad. Es decir que la pena de prisión se diferencia de la pena de muerte por la presencia o ausencia de la posibilidad de reincorporación a la coexistencia social (Messuti, 2001: 32).

Así, lo que distinguiría a la pena de prisión de la de muerte sería el elemento cuantitativo de su duración; el tiempo de exclusión del penado. Por lo mismo, Mathieu denomina a la pena de prisión perpetua “sentencia de muerte retardada” (citado en Messuti, 2001: 33). En ambas no existe voluntad de convivir con el penado; sin embargo, usualmente las penas largas y perpetuas han sido defendidas como alternativas a la abolición de la pena capital.²⁹

En conclusión, tanto tratándose de penas cortas o largas, las críticas a la prisión coinciden en varios puntos. La cárcel moderna se pensó como un espacio en el que podría mejorarse a los individuos. Se creía que, segregando a los criminales y disciplinándolos en la laboriosidad, podrían transformarlos en sujetos sumisos, trabajadores y respetuosos de la ley. Sin embargo, desde una perspectiva utilitaria no ha podido comprobarse que la prisión disminuya los índices de delincuencia. Más bien, como señalamos precedentemente, parece ocurrir lo contrario, puesto:

que la cárcel, con sus condiciones innaturales de vida, es criminógena, tanto porque impulsa en muchos casos la reincidencia, recaída a que favorecen la mácula jurídica, el desamparo institucional y el estigma social que ha de soportar quien resultó liberado, cuanto porque, al corroer el entorno humano del preso, sentencia indirectamente a otras personas a un quiebre existencial que puede desembocar en el crimen (Guzmán, 2008: 201).

²⁹ En 2001, con la abolición de la pena de muerte en Chile (con exclusión de delitos militares en tiempo de guerra), se reintrodujo la figura del presidio perpetuo calificado. Más allá de la odiosa denominación, en términos prácticos dicha pena impide obtener la libertad condicional o disfrutar de permisos de salida antes de transcurridos 40 años de cárcel efectivos.

Esta situación se agrava por las condiciones arbitrarias y desiguales que deben sufrir los presos según el recinto en el que deban cumplir la pena. Las circunstancias mismas de cómo se cumplirá la pena, en muchos aspectos, más que sujetarse a lo prescrito por la ley o por el juez, dependerán de un carcelero e incluso de los compañeros de celda del prisionero. Sus derechos fundamentales “se encuentran ‘devaluados’ en comparación con la tutela que poseen esos mismos derechos cuando los mismos se refieren a quienes viven en libertad” (Rivera, 1995: 208). La devaluación de estos derechos “ha supuesto la construcción (jurídica) de un ciudadano de segunda categoría en comparación con aquél que vive en libertad” (Rivera, 1995: 233).

Más allá de los significados que se le atribuyan a la pena privativa de libertad por parte de la ley, de reformadores, del mundo académico, del juez o del público, serán las reales condiciones y las miserias de la prisión las que otorgarán el verdadero significado del encarcelamiento a quienes tengan que sufrirlo, sean éstos los penados o sus familiares y cercanos. Horarios, tamaños de celdas, hacinamiento, calidad de los alimentos, acceso a educación y participación en talleres, posibilidades de ejercer un empleo remunerado, mayor o menor facilidad y frecuencia de las visitas, posibilidad de ver televisión, de hablar por teléfono, buena o mala relación con los carceleros, posibilidad de participar en actividades recreativas y religiosas, asistencia médica, etc., son aspectos de vital significación en la prisión.

En la cárcel reina la arbitrariedad, ésta constituye un vacío del Derecho, circunstancia que apenas se modifica por la existencia de buenos reglamentos penitenciarios, que en muchos países ni siquiera tenemos. En la pena de prisión, como en la de muerte, falta completamente la voluntad de convivir con el penado. En opinión de Rivera, la incorporación de controles jurisdiccionales a la prisión, si bien brinda una apariencia garantista, no logra cambiar la realidad carcelaria. La instancia llamada a controlar a la administración de justicia penitenciaria no consigue disminuir los nefastos efectos de ésta; sin embargo, termina dándole legitimidad (Rivera, 1995: 201).

Sobre las distintas versiones de la vida en prisión, Pratt nos advierte que:

[p]or un lado, tenemos el discurso penal oficial. Según éste, las prisiones llegaron a funcionar como es debido en una sociedad civilizada: no habría castigos inútiles y bárbaros –éstos han quedado en el pasado-; las mordazas, los azotes, incluso las dietas de pan y agua habían sido eliminadas de la agenda de la prisión hacia el final de este período; la atmósfera sombría, sepulcral, había sido anulada; las prisiones se habían convertido en instituciones en gran medida libres de conflicto, según las autoridades, dentro de las cuales las cuestiones alimenticias, de vestimenta e higiene habían sido normalizadas; se alentaba a los presos a superarse utilizando las facilidades educativas; ahora lo que había eran problemas de personalidad y se contaba con programas de tratamiento y rehabilitación para remediarlos. Por otro lado, tenemos la historia muy diferente que cuentan los presos. En sus relatos, éstos caracterizan la vida carcelaria con las referencias continuas a privaciones y degradación (Pratt, 2006: 173).

c) Posibles motivos de su subsistencia

Esbozadas las anteriores críticas que se fundan en innegables evidencias del fracaso de la prisión, surge entonces la pregunta central: ¿por qué subsiste la prisión? Y de cara a la realidad del siglo XXI resulta central plantearnos: ¿por qué crece la prisión? Si la cárcel no rehabilita, parece generar reincidencia y significa costos altísimos para Estados, que, en muchos casos, ni siquiera pueden asegurar prestaciones básicas como salud, vivienda y educación: ¿quién se beneficia de ésta?, ¿a quiénes interesa que se gasten enormes sumas de dinero en una institución que termina fomentando y aumentando los niveles de violencia y delincuencia?, ¿quién gana con el dolor que genera el encierro en el preso y en sus parientes y amigos?

Resulta sumamente paradójico cómo la prisión, con sus condiciones siempre miserables, con los nefastos efectos que produce continuamente en los internos y con la evidente inutilidad rehabilitadora, ha logrado sobrevivir. Situación aún más difícil de justificar si atendemos a los elevadísimos costos que supone la mantención de esta sanción. Si la prisión no logra cumplir los fines reconocidos, ¿dónde se encontrarían entonces los motivos de su subsistencia? Si el castigo no logra “controlar el delito”, “entonces debe haber alguna otra intención, como la solidaridad social (Durkheim) o la dominación política (Foucault)” (Garland, 1999: 35). Recordemos que para Durkheim el castigo es funcional para la sociedad. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común. Así, el castigo sería una necesidad social: “nunca es sólo una reacción ante ciertos delitos y el perjuicio directo que causa porque, además de su función inmediata como medio para controlar el crimen, también tiene la de preservar el sistema, función que, en términos sociológicos, resulta esencial” (citado en Garland, 1999: 79).

David Rothman (1980) sugiere que los ideales de *conciencia* fueron minados por los de *conveniencia* y luego alude a que tal vez las prisiones estaban llevando a cabo otras funciones menos visibles. Como observa Matthews, “cuando se formula la pregunta *¿Funciona la cárcel?*, la respuesta necesariamente debe ser: *¿Funciona para quién?*” (2003: 92). El propio *Home Office* (Ministerio del Interior inglés) ha señalado que *la cárcel es un modo caro de hacer que la gente mala se vuelva peor* (Matthews, 2003: 319). ¿Será entonces que los fines que cumple son difíciles de reconocer expresamente, como la verticalidad social, la mantención de la sumisión de las clases desposeídas y una simbólica respuesta enérgica proveniente de una demagogia vindicativa de políticos populistas que pretenden capitalizar el dolor de las víctimas con fines electorales y así perpetuarse en el poder?

Para Ignatieff resulta inexplicable el apoyo a la cárcel por su capacidad funcional para controlar el delito. “En cambio, el apoyo económico a la prisión se soportaba en su función como parte de ‘una estrategia más de reforma legal, política y social, diseñada para restaurar el orden en una nueva fundación’” (citado en Matthews, 2003: 44).

Para Foucault la verdadera finalidad de la prisión no sería tanto la disminución de los delitos como una táctica general de sometimiento (2002: 277). Así, la penalidad no sólo “verifica” las ilegalidades, sino que las “diferencia”. La penalidad de esta manera serviría a los intereses de una clase como un mecanismo de explotación, útil como estrategia de dominación política, que garantiza la autoridad y el poder de la policía. La cárcel, que para Foucault (2002) crea al criminal, sirve no sólo para controlar a éste, sino también para controlar a toda la clase trabajadora y aquí es dónde se encuentra su justificación. Se trata de una estrategia no reconocida, pero deliberada.

A las anteriores explicaciones, Garland (1999: 18) agrega que “[l]a existencia misma del sistema penal nos hace olvidar que hay otras posibles respuestas a estos problemas: que las instituciones se sustentan más en la costumbre que en su esencia”. Para Stone (citado en Garland, 1999: 19) las prisiones en el siglo XX subsisten “sencillamente porque han asumido una vida propia casi independiente que les permite sobrevivir a la abrumadora evidencia de su disfunción social”.

Como hemos visto, a los argumentos de inhumanidad se suman los de ineficiencia económica contra las penas privativas de libertad. Por ende, incluso para quienes reconozcan expresamente que la dignidad de los internos no importa, la prisión no puede ser defendida por los exorbitantes costos económicos que ésta supone sin la producción de beneficios. Sin embargo ésta, de manera indirecta, genera grandes beneficios electorales. El populismo punitivo y la demagogia vindicativa resultan altamente rentables de cara a una elección. Por ende, quien quiera detentar el poder político –y en consecuencia, también el económico- se verá tentado a utilizar todos los medios necesarios para obtenerlo. Y los discursos bélicos contra la delincuencia, guerra contra las drogas, guerra contra la pedofilia, guerra contra el terrorismo, resultan efectivos de cara a una elección, sin importar si realmente el endurecimiento penal supone una real disminución de la delincuencia. Esto ha quedado de manifiesto en Estados que han transitado de crueles dictaduras a democracias más o menos frágiles, como España y Chile, aumentando abruptamente la población penal los regímenes democráticos.

La demagogia vindicativa resulta muy rentable en Estados formalmente democráticos. Si bien este tema será tratado más adelante, resulta interesante presentar algunos planteamientos por parte de políticos que dan cuenta de cierto populismo punitivo. Richard Nixon, en 1973, cuando era Presidente de Norteamérica señalaba:

En la última década a los americanos les contaron, a menudo, que los delincuentes no eran responsables por sus delitos contra la sociedad, sino que la responsable era la sociedad. Yo desacuerdo totalmente con esta filosofía permisiva [...] La sociedad es culpable del delito sólo cuando fallamos al llevar al delincuente a la justicia. Cuando fallamos en hacer pagar al delincuente por su delito, lo alentamos a pensar que el delito es rentable [crime will pay] (citado en Zysman, 2012: 252).

En Norteamérica la politización de la pena de muerte, como los vínculos entre ésta y los discursos punitivistas, se explican porque la mayoría de los cargos de fiscales y jueces son electivos. “De hecho, ninguno de los miembros de la Corte Suprema federal de los últimos años ha manifestado una posición abolicionista” (Zysman, 2013: 85). Asimismo, en las campañas presidenciales no resulta *rentable* mostrar una postura abolicionista. El último que lo hizo fue Michael Dukakis en 1988 en un debate con George Bush.³⁰ Dukakis, con su liberalismo y su lenguaje tecnócrata excesivamente racional, aparecía, para los norteamericanos, como “blando frente al crimen” y esto fue probablemente decisivo en su derrota electoral. En 1992, el entonces candidato Bill Clinton, en campaña electoral viajó a Arkansas para presenciar personalmente una ejecución capital y así demostrar públicamente su adhesión a ésta.

También en Chile han tenido lugar discursos análogos a los señalados en Norteamérica. El populismo punitivo además de resultar rentable electoralmente aparece como última alternativa para olvidar o limpiar escándalos de corrupción e intentar resucitar a fósiles de la política o, al menos, dejar atrás máculas y estigmas. Sólo a modo de ejemplo señalemos dos funestas intervenciones de dos ex-parlamentarios, uno de la derecha más tradicional y otra de la concertación social-democrática, convencidos de que la relación entre corrupción y populismo punitivista no es una mera coincidencia:

El año 2007 el diputado del partido de derecha “Renovación Nacional” Maximiano Errázuriz pidió al Gobierno que dé urgencia a un proyecto de Ley que permitía castrar químicamente a los violadores. El mismo diputado fue formalizado por delitos reiterados de fraude al fisco y uso malicioso de documento privado falso por el uso indebido de asignaciones parlamentarias para el arriendo de sedes distritales entre los años 2004 y 2009. A raíz de esto su partido decidió expulsarlo y quitarle el cupo parlamentario.

El otro caso es aún más lúgubre y evidencia con mayor nitidez el nexo entre populismo punitivo y corrupción. La otrora defensora de los derechos humanos, la ex-diputada Laura Soto, tras verse envuelta en un bullado caso de desvío de dineros del programa de Generación de Empleos, abroga de su pasado abolicionista para pasar al equipo de los mortícolas. Si bien la diputada resultó absuelta de los cargos, la condena de su hija, de su ex jefe de gabinete y de otros 4 imputados vinculados a ella la mancharon, mostrando inverosímil su versión de una “conspiración política con el fin de perjudicarla”.

Poco después de terminado su juicio, Valparaíso se vio conmovido por un sangriento delito de violación y asesinato de una menor. Éste fue el escenario perfecto para que la entonces diputada, aprovechándose del dolor de los familiares, volviera a las pantallas de televisión, pero no del lado de los imputados, pasándose al de las víctimas y haciendo planteamientos a todas luces inconstitucionales y contrarios a la Convención Americana sobre

³⁰ Sobre esto véase Zysman (2013) y Garland (2007: 247).

Derechos humanos. Al respecto, las palabras de la ex-diputada hablan por sí solas:

Creo que quien cometió este brutal acto francamente no merece vivir. Siempre he sido evolucionista [sic] y he estado en contra de la pena de muerte, pero cuando una se enfrenta a un caso así, uno se replantea muchas cosas [...] Creo que es momento de abrir el debate sobre la pena de muerte, y si bien siento grandes contradicciones en mi interior porque he sido históricamente luchadora en contra de ella, hoy día pienso que no podemos permitir que niños inocentes sigan muriendo en manos de monstruos como éste.

Son este tipo de discursos demagógico-vindicativos (sobre esto volveremos en los capítulos siguientes) los que han dado lugar, en Norteamérica, a leyes como *three strikes and you're out*, cuya denominación beisbolista aseguraría que criminales violentos y habituales reciban la pena más grave posible. Esta situación trae efectos que difieren abiertamente al discurso que las sustenta. Así, en Rummel se condena a un acusado a cadena perpetua por una estafa sobre la reparación de un aparato de aire acondicionado por un valor de 129,75 dólares debido a que ya tenía otras condenas por comportamientos similares (Robinson, 2012: 113).

En Chile, en plena campaña electoral por la presidencia de la República, un candidato de la derecha católica, históricamente vinculado a Pinochet y defensor de la pena de muerte, propuso una norma semejante llamada *la tercera es la vencida*, la que fue combatida por un discurso aún más duro por parte del grupo social-democrático (la Concertación de los Partidos por la Democracia). La respuesta del entonces candidato, Ricardo Lagos, fue: *la primera es la vencida*. Normalmente este tipo de normas que se presentan como protectoras de la ciudadanía tienen lugar en momentos de miedo colectivo, generalmente exagerado, al delito. El mundo mediático, especialmente los noticiarios centrales que dedican gran parte de sus espacios a mostrar y repetir escenas de delitos violentos, puede hacer pensar que la sociedad es mucho más peligrosa de lo que en realidad es, y que los delitos son mucho más frecuentes de lo que son. Así, sin mayores análisis y con un lenguaje punitivista directo, la prisión se ofrece como respuesta drástica y como solución a la delincuencia.

II) Posibles justificaciones de la prisión (las teorías sobre el fin de la pena)

A continuación examinaremos las posibles justificaciones de la pena privativa de libertad y, como la prisión se ha convertido en la sanción penal más recurrente, haremos un análisis general sobre las teorías que buscan justificar la pena, revisando críticamente si es dable sustentar la prisión desde las diversas teorías.

Si bien sobre este asunto se han escrito bibliotecas enteras y las fuentes son prácticamente inabarcables, nos resulta imprescindible analizar las principales corrientes y los autores más influyentes que se han ocupado de este tema, para proseguir con nuestro análisis del encarcelamiento masivo.

Como advertimos en la presentación, este apartado puede parecer un injerto extraño en un trabajo que deambula entre lo jurídico y lo sociológico. Las teorías sobre el fin de la pena más que buscar comprender una realidad determinada se mueven en la máxima abstracción. Por ende, sus enunciados nada tienen que ver con las funciones que las penas “materialmente cumplen en los sistemas punitivos en la realidad, cuestión que por pertenecer al universo sociológico, (casi) nunca fue advertida por aquel discurso jurídico hegemónico” (Rivera, 2005b: 8). Sin embargo, su inclusión responde a la necesidad de analizar los fundamentos de los discursos legitimantes del castigo en general y, en particular, de la prisión.³¹

Dividiremos este apartado en los siguientes puntos:

- 1.- Sentido del tema
- 2.- Concepto de pena
- 3.- Clasificación de las teorías sobre el fin de la pena
- 4.- Las teorías absolutas o retributivas
- 5.- Las teorías relativas o preventivas
 - a) La prevención general
 - b) La prevención especial
- 6.- Características comunes de las doctrinas preventivas
- 7.- Las teorías mixtas
- 8.- Depuración del concepto de retribución
- 9.- Teorías negativas
- 10.- Denominaciones anglo-norteamericanas
- 11.- Toma de postura

³¹ En sentido análogo Rivera (2009), en el Capítulo I de su Primera Parte, trata el problema de los fundamentos legitimadores de la intervención penal calificándolo, en la presentación de su obra, de “imprescindible debate filosófico”. Para un análisis más cercano a la teoría social y a la función de la pena *in the facts*, véase Rivera, 2005b.

1.- Sentido del tema

El estudio de los fines de la pena versa sobre el Derecho penal contemplado en su más alto grado de abstracción. Su análisis usualmente se conoce con el nombre de *Escuelas Penales*, el que trata más o menos sobre la noción más amplia y universal del Derecho penal, sus fundamentos, sus elementos constitutivos, su finalidad y su método de conocimiento. Ninguno de estos puntos se refiere a un ordenamiento jurídico positivo; así, las denominadas *Escuelas Penales* han sido un discurrir del Derecho penal en su máxima abstracción. La distancia que separa a las teorías, doctrinas o discursos de la pena –siempre abstractos- de la realidad fáctica es abismal y parece utópico –y a veces incluso distópico- pensar que puedan encontrarse. Por esta diferencia entre teorías del castigo y su realidad es que David Baigún e Iñaki Rivera prefieren hablar de “las mitologías de la pena” (Rivera, 2009: 3).

Entre los autores que analizan estas cuestiones nadie puede dejar de preocuparse por el fin del Derecho penal y de la pena. Digamos desde ahora que el Derecho penal proyecta siempre una determinada concepción o imagen del ser humano. A éste no le caben neutralidades: desde el momento en que se adopta una concepción o tendencia del Derecho penal, se adopta también una *determinada imagen del ser humano*.

Antes de preguntarnos cuál es o cuáles son los fines de la pena, o bien para qué sirve la pena, podríamos formularnos otras interrogaciones como: ¿tiene la pena algún fin?, ¿sirven las penas para algo? O, como se pregunta Sergio Politoff, si acaso la pena “vale la pena” (1998: 2). Dejemos planteadas estas interrogantes, y pasemos a conceptualizar la pena.

2.- Concepto de pena

Para evitar confusiones distinguiremos los conceptos de *penalidad* y *pena*. Entenderemos por **penalidad** la amenaza penal, esto es, la pena abstracta indicada por la ley para quien perpetre un delito. Por **pena**, en cambio, entenderemos algo absolutamente concreto; no ya la amenaza que la ley designa en abstracto para un determinado delito, sino su “actualización y concreción, mediante el proceso de su individualización, en una posibilidad y magnitud incluida en aquélla que el juez precisa e impone por una ocurrencia delictuosa particularizada y que el condenado debe cumplir” (Rivacoba, 1995: 44-45). Así como para Julio Cortázar (1995: 30), “un puente no es verdaderamente un puente mientras los hombres no lo crucen. Un puente es un hombre cruzando un puente”, podríamos decir que la pena sólo es una pena cuando un hombre la cumple, o sea, una pena es *un condenado, o una condenada, cumpliendo y sufriendo una pena*. La pena sí, y no su posibilidad, es consecuencia del delito.

Vistos estos dos conceptos, y antes de entrar en el estudio de las teorías sobre el fin de la pena, conviene tener presente que:

cualquiera que sean los fines que se propone el Derecho punitivo, tiene que proponérselos y perseguirlos mediante la pena; tienen que ser los fines de la pena, los que ésta se proponga o persiga. Por lo cual, discurrir acerca de las finalidades del Derecho punitivo, es en el fondo, reflexionar sobre las finalidades de la pena (Rivacoba, 1995: 30).

En el mismo sentido, para Alcácer Guirao “la legitimación misma del Derecho penal se hará depender, en gran medida, de la legitimación de la institución social de la sanción penal” (Alcácer, 1998: 369). Así también Feijóo Sánchez señala que “la misión del Derecho penal se rige por la función de la pena” (citado en Alcácer, 1998: 425).

Ahora bien -nos recuerda Rivacoba-, el concepto de fin supone por su propia índole el de medio y, en consecuencia, los fines de la pena, prescindiendo aun de cuáles sean o pueden ser, requieren inexcusablemente *medios* oportunos para su consecución. Sin mayores reflexiones, podemos entender que dichos medios vendrán dados por su aplicación, es decir, por la pena que se le impone a un condenado, y, su inmediata ejecución y cumplimiento (1995: 30 y siguientes).

3.- Clasificación de las teorías sobre el fin de la pena

A este respecto resulta útil la antigua clasificación de Bauer de las teorías o doctrinas de la pena en absolutas, relativas y mixtas. Antes de entrar en la explicación de éstas, esquematicémoslas.³²

1º Teorías absolutas o retributivas (la pena <i>justa</i>)
2º Teorías relativas o preventivas (la pena <i>útil</i>)
Prevenición general
a) Positiva
b) Negativa
Prevenición especial
a) Positiva
b) Negativa
3º Teorías mixtas

³² Además de estas teorías existen teorías negativas, a las que nos referiremos más adelante.

Si bien, autores como Rafael Alcácer (1998: 378) distinguen, para justificar las penas, criterios empíricos o instrumentales de aquéllos valorativos o ético-políticos, para nosotros esta diferenciación no tendría gran importancia, porque, como ya veremos, respecto de las teorías relativas o preventivas (utilitarias), que sólo buscan generar algún efecto en el *futuro* y no suponen una desvaloración de un acto *pasado*, bastaría la comprobación empírica de eficacia de la pena para justificar o no una sanción. Por ejemplo, si un drástico aumento de penas para el delito de manejo en estado de ebriedad logra demostrar empíricamente que éste se reduce, podríamos decir que, desde una perspectiva preventivo-general –y quizá también especial-, dicha sanción encuentra justificación. Por otro lado, si tras un estudio histórico podemos concluir que la hoguera no logró disuadir a los iniciados en hechicería y que incluso supuso un fomento del estudio de magia negra, entonces, para la brujería, la sanción de la hoguera, desde criterios preventivo-generales, no podría justificarse; pero sí desde criterios de prevención especial negativa, ya que el brujo que encontró la muerte en la hoguera no podrá seguir perpetrando delitos de nigromancia, al menos desde este mundo.³³ En conclusión, respecto de la prevención, como ésta no supone el desvalor de una conducta *del pasado*, sino sólo un instrumento tendiente a la evitación de delitos *futuros* o, como su nombre lo indica, a *prevenir* delitos, carece de sentido preguntarnos por alguna legitimación o justificación que diga relación con valores. Por otro lado, en la retribución, consistiendo ésta en una desaprobación, en una desvaloración pública que se concreta en la pena, sí tiene sentido hablar de justificación valorativa o ético-política, puesto que la retribución se mueve en el mundo de los valores.

4.- Las teorías absolutas o retributivas (la pena *justa*)

Las teorías **absolutas**, también llamadas retributivas o del merecimiento,³⁴ sostienen que la pena no es medio para ningún fin extrínseco, ajeno a su propia noción, sino que constituye la mera sanción del delito. Su función no traspasa los límites de su intimidad y su entidad, acción y finalidad se agotan en ella misma. Para estas teorías se pune *porque* se ha delinquido, no para evitar que se cometan nuevos delitos. De manera similar, para Roxin la teoría de la retribución “no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido” (Roxin, 1997: 82). Si bien los orígenes de la retribución se remontan a la

³³ El ejemplo, si bien parece caprichoso, no lo es en absoluto ya que cuando para el poder punitivo el enemigo era Satán, la muerte de brujas, magos y hechiceros se presentaba como una empresa piadosa. Sobre la muerte de Giordano Bruno en el año 1600 puede verse nuestro trabajo “Giuliano Montaldo y la pena de muerte” (Cuneo, 2010). Para Zaffaroni “[d]esde su origen mismo, el poder punitivo mostró su formidable capacidad de perversión, montada – como siempre- sobre un perjuicio que impone *miedo*, en este caso, sobre la vieja creencia vulgar europea en los *maleficia* de las brujas, admitida y ratificada sin tapujos por los académicos de su tiempo” (Zaffaroni, 2007: 33). Sobre los pactos diabólicos véase Olmos (1990).

³⁴ Aunque existen teorías absolutas no necesariamente retributivas, v. gr. las reparatorias, identificaremos retribución y teorías absolutas para simplificar nuestro discurso.

Antigüedad, su fundamentación filosófica se debe a Kant, quien en 1785 con “La metafísica de las costumbres” cimentó las ideas de retribución y justicia como leyes inviolablemente válidas haciéndolas prevalecer contra todas las interpretaciones utilitaristas (citado en Roxin: 82). Para Kant la pena nunca puede concebirse como un medio para conseguir un fin, puesto que esto supondría tratar al hombre como un medio al servicio de determinados fines, desconociendo su dignidad y tratándolo como un objeto o un animal. Por el contrario, Kant entiende a la pena como un fin en sí mismo (1984). La pena, así, no busca “utilidades” ni para la sociedad en general, ni para el condenado. La pena debe ser proporcional y buscar solamente la justicia.

Hegel, por su parte, entiende el delito como negación del Derecho y, la pena, como negación de la negación, que restablece el Derecho. Tanto Kant como Hegel se oponen a las penas que busquen la prevención de nuevos delitos, señalando el segundo que “[c]on la fundamentación de la pena de esta manera, es como cuando se levanta un palo contra un perro: y al hombre no se le trata según su honor y libertad, sino como a un perro” (citado en Roxin, 1997: 82).

Para la retribución, la pena se justifica en criterios de justicia y no de utilidad. La justicia presupone cierta relación o correspondencia entre el delito y la pena, lo que conlleva necesariamente que la pena deba ser proporcional. Como para esta teoría la pena no busca ningún fin social, la idea retribucionista exige la imposición de la pena aun cuando ella resulte manifiestamente innecesaria (Roxin, 1997: 84). Esto porque no se pune *para* algo -por ejemplo, para evitar nuevos delitos-, sino que se pune *por* algo. En este sentido, observa Carlos Nino que:

si el objetivo de la pena fuera la retribución por un mal causado en el pasado, el sufrimiento o la situación desagradable, generados por la privación en que la pena consiste, se buscaría como un fin en sí mismo, independiente de cualquier consecuencia ulterior (Nino, 1980: 203).

Un mérito de la retribución, incluso reconocido por sus detractores, es que ésta proporciona un baremo para la gradación de la pena estableciendo un límite al poder punitivo del Estado “y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad” (Roxin, 1997: 84). En toda idea retributiva subyacen los conceptos de proporcionalidad y merecimiento, nociones que Von Hirsch vincula. Para él “son las pretensiones de justicia, no las de eficacia en el control del delito, las que subyacen en el principio de proporcionalidad” (1998: 159).

Crítica

Entre las críticas que se le suele hacer a la retribución está, por una parte, que la pena, al prescindir de todos los fines sociales, se aplica incluso cuando ésta sea completamente innecesaria para la protección de los bienes jurídicos. Por otra parte, si la retribución requiere culpabilidad, necesariamente supone la existencia del libre albedrío, “cuya indemostrabilidad la hace inadecuada como

único fundamento de las intervenciones estatales” (Roxin, 1997: 84).³⁵ Otras críticas que se formulan a las teorías absolutas evidencian, más bien, una confusión de la retribución con el talión, la venganza, la expiación y el sadismo. Sobre esto volveremos más adelante cuando depuremos el concepto de retribución, donde veremos además la compatibilización entre retribución y pena privativa de libertad.

5.- Las teorías relativas o preventivas (la pena *útil*)

Para las teorías **relativas**, también llamadas preventivas, preventivistas o utilitaristas, en cambio, la pena de un delito pasado es un *medio* que evita otros en el futuro. Para estas doctrinas se pune *para* evitar que se vuelva delinquir. A esta teoría no le importa tanto la proporcionalidad de la pena con el delito cometido, ni la culpabilidad del delincuente; lo único que le interesa es la prevención de nuevos delitos. Al respecto Nino señala que “si el objetivo de la pena fuera la prevención general o especial, tal sufrimiento o situación desagradable para el penado se buscaría como un medio para disuadirlo a él o disuadir a otros de cometer actos similares en el futuro” (Nino, 1980: 203).

Tal como señalamos precedentemente, en términos generales podríamos decir que las teorías absolutas (retribucionistas) miran hacia el pasado y su justificación vendría dada por criterios de justicia, de merecimiento; las teorías relativas (preventivistas), en cambio, miran hacia el futuro y su justificación se encontraría en una pretendida utilidad.

En atención a si la prevención busca efectos particulares en el condenado o, en general, en la sociedad, las teorías preventivas se clasifican en prevención especial y general.

a) La prevención general

La prevención será **general** si obra sobre los seres humanos *en general*, haciendo que por el espectáculo de la pena impuesta al delincuente los demás se abstengan de delinquir. La pena para estas teorías funciona como un instrumento que impresiona a los individuos y que les hace abstenerse de delinquir. Es el escarmiento en cabeza ajena: a través del penado se intimida a

³⁵ La existencia del libre albedrío –como la del determinismo– ha sido ampliamente debatida desde tiempos inmemoriales por diversas disciplinas. Hoy esta cuestión interesa especialmente a la filosofía, la teología, la psicología, la antropología, la neurociencia, etc. El ir y venir del determinismo al libre albedrío y viceversa pone en duda cualquier resultado por contundente que éste pueda parecer. Vinculado a los estudios penales, pueden verse obras desde *L'uomo delinquente* de Cesare Lombroso, escrita en 1875, hasta recientes estudios de neurociencia. Sobre determinismo y culpabilidad pueden verse: Molina Fernández, “¿Culpabilidad sin libertad?”, o Jakobs, “Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica”, ambos estudios en Cancio Meliá y Feijoo Sánchez (2008). Para Roxin “[l]a pregunta relativa a la existencia real de la libertad de voluntad puede y debe ser excluida debido a su imposibilidad de decisión objetiva” (1997: 101).

los demás miembros de una sociedad que verán en el condenado lo que sufrirían ellos si cometieran delitos.

Fue Feuerbach quien desarrolló la prevención general vinculándola a la *teoría psicológica de la coacción*. Para éstas lo importante es causar una fuerte impresión de desagrado en la psique de las personas ante el delito, que se producirá por una asociación entre delito y pena. Con ésta última se busca hacer saber que a la comisión de un delito ha de seguir un mal mayor que aquél que produce la no comisión del delito. Para Feuerbach el fin último de la pena es la intimidación.

La pena, para cumplir la finalidad de prevención general (intimidatoria) irá generalmente acompañada de publicidad; por ejemplo, la ejecución de Damiens citada en la primera parte de este primer capítulo. Nino nos advierte que:

si la protección de la sociedad fuera la única justificación de la pena, estaríamos autorizados a emplear medidas extremadamente severas para prevenir el daño social implícito en cualquier delito; ahorcar a los automovilistas sería, por ejemplo, una medida mucho más efectiva para prevenir faltas de estacionamiento que aplicarles una multa moderada (Nino, 1980: 215).

La prevención general admite una subclasificación en prevención general negativa y prevención general positiva.³⁶

La prevención *general* será *negativa* cuando se espera de ésta que obre de manera indiscriminada sobre la sociedad como freno inhibitorio de la delincuencia; se trata de la prevención intimidatoria de la que hablaba Feuerbach. Sera *positiva*, por su parte, cuando la pena se ejerza sobre la sociedad, no para inhibir en ella tendencias o impulsos delictuosos, sino para reforzar la confianza y adhesión social en el complejo normativo y el sistema de valores que lo informan. Mientras lo esencial para la prevención general negativa es la *intimidación*, para la positiva lo será el efecto de *aprendizaje* motivado social-pedagógicamente, la confianza en el Derecho, cuando la sociedad ve que el Derecho se cumple, y el efecto de pacificación (Roxin, 1997: 91-92).

La prevención general negativa (intimidatoria) estará normalmente vinculada a un incremento en la severidad de las penas. Sin embargo, más que la severidad es la certeza de sanción la que tiene efectos preventivos comprobados (Silva Sánchez, 2010: 352). Ya desde Beccaria se viene diciendo que la prevención de los delitos se consigue más por la *certeza* de la pena que por su *severidad*. Esto

³⁶ Partidario de la prevención general positiva era Jakobs, quien en sus primeras obras la entendía en términos de psicología social. Luego concibió la pena en términos idealistas según una visión retributivo-funcional. Últimamente, tras un giro fáctico, abandona el idealismo y adhiere, a nuestro entender, a una teoría mixta que combina principalmente concepciones preventivo generales positivas y negativas. Sobre el particular puede verse Jakobs (2006), o bien la recensión a dicha obra realizada por Silva Sánchez (2006).

que intuía el marqués lombardo hoy cuenta con estudios de campo que parecen comprobarlo.³⁷ En este mismo sentido, para Silva Sánchez:

mientras los incrementos en la *severidad* de las penas no tienen efectos preventivos comprobados, éstos sí resultan del reforzamiento de los factores que inciden en una mayor *certeza* de la sanción [...] si el aumento de la certeza de las sanciones penales (y por tanto, en general, el aumento de la certeza de que el sistema penal funcionará satisfactoriamente) supone incrementos verificables en la eficacia preventiva de las normas, ello es indicativo de que el Derecho penal en su conjunto intimida más de lo que intimidaría su ausencia (2010: 352-353).

La afirmación de que el Derecho penal no intimida ha sido sostenida por varios autores. Para Muñoz Conde, “[e]n ningún caso se puede aceptar [...] que las leyes penales cooperan productivamente en el aumento o en la disminución de la criminalidad”, (1999: 125); para Bustos y Hormazábal (1997), los efectos preventivo-generales no serían comprobables empíricamente. Como se ve, la eficacia de la prevención general negativa es un hecho controvertido, especialmente por la dificultad de comprobación empírica. Para Roxin cada delito es ya, por el hecho de existir, una prueba en contra de la eficacia de la prevención general (1976: 18).

La prevención general positiva “tiene sus destinatarios esencialmente en el conjunto de la sociedad, por considerarlos, generalmente, como ciudadanos fieles a Derecho o potenciales víctimas” (Alcácer, 1998: 372). Para Streng la prevención general positiva operaría principalmente en un plano subconsciente. Desde un análisis proveniente de la psicología profunda:

se afirma que el quebrantamiento del tabú institucionalizado en la norma por el delincuente, conlleva un riesgo de *infección*, ya que la colectividad tenderá a imitar el mal ejemplo del delincuente [...] [l]a pena sirve, así, al fin de satisfacción de dichos instintos colectivos de venganza, restableciendo el equilibrio afectivo y restituyendo la vigencia del tabú, fortaleciendo con ello el súper yo formado por la internalización de los valores inscritos en las mismas (citado en Alcácer, 1998: 409).

Para la prevención general (positiva y negativa) la pena privativa de libertad se puede justificar sólo si se comprueba empíricamente que ésta previene delitos. Esta formulación choca con dos problemas prácticos. Por una parte, parece difícil dicha compatibilización porque la experiencia demuestra que crímenes castigados durante grandes períodos de tiempo con penas severas se siguen cometiendo, lo que hace dificultoso fundamentar cualquier pena desde la

³⁷ Diversos estudios han demostrado que más importante que la gravedad de la sanción lo es su probabilidad. Sobre el particular: Lieberman (1993), Azran (1963) y Lande (1981), entre otros. Otro factor importante disuasivo lo constituye la dilación, en el sentido que una sanción próxima a la perpetración de un delito puede ser más disuasiva que una más grave si es más inmediata. Al respecto: Solomon, Turner y Lessac (1968) y Loewenstein (1996). Sobre el estudio de Solomon, Turner y Lessac hay que ser sumamente cautos puesto que no nos parece que puedan ser comparables las reacciones de los animales sancionados con las de personas sancionadas. Resulta difícil, si no imposible, que un perro entienda el por qué de una sanción por algo que hizo hace una semana. En cambio creemos que un hombre puede entender el por qué de una sanción aplicada meses e incluso años después de la perpetración de su delito.

prevención general. Y, por otro lado, no podemos saber si es la pena la que genera el efecto preventivo o si, más bien, la mayoría de las personas no suelen cometer delitos no por temor a una pena, sino por otro tipo de consideraciones de carácter ético. Si bien la prevención general no parece encontrar impedimentos axiológicos para justificar cualquier tipo de pena, sí parece difícil demostrar que esta sanción consiga los efectos esperados.

Crítica

La principal crítica que se le suele hacer a la prevención general es la falta de un baremo para limitar el poder punitivo, pudiendo desencadenar el terror estatal. Alcácer, criticando la prevención general negativa señala “que según su propia lógica nada obstaría a punir a inocentes o inimputables si ello elevara el efecto intimidatorio” (1998: 464). Para nosotros, lo mismo podría formularse de la prevención general positiva, pues la condena del *chivo expiatorio* servirá también para alcanzar los fines esperados.³⁸

Para Bettioli, “la prevención general, desprovista de todo ligamen con la idea de una justa retribución, lleva directamente al terrorismo penal”, por su parte, Guarneri observa que “en la lógica de la prevención general hay un trágico punto de llegada: la pena de muerte para todos los delitos” (citados en Rivacoba, 1993: 41). De manera más bien metafórica, y un poco caricaturesca, Dorado Montero señala que la prevención general lleva lógicamente a *matar insectos a cañonazos*; y agrega Rivacoba:

[n]o tiene por qué retraerse ante los hechos pequeños, ni ante los actos preparatorios, ni ante lo que se piensa ni ante lo que se quiere; lo único que verdaderamente importa es el ejemplo, el escarmiento y la eficacia. Es la doctrina favorita de los caracteres y los gobiernos autoritarios o totalitarios, y aun en los regímenes democráticos la tentación no falta en los momentos de inseguridad colectiva, cuando la mente se ofusca y la serenidad se pierde (Rivacoba, 2002: 51).

b) La prevención especial

La prevención será **especial** si obra sobre el propio condenado, haciendo que por los efectos que haya surtido en su personalidad la pena que ha sufrido sea precisamente él quien se abstenga de delinquir, que no reincida, cumpliendo así una función preventiva de carácter y alcance individual o especial. Es decir, el propio condenado aprenderá, sufriendo la pena, que no deberá delinquir más. Desvinculada de la culpabilidad del infractor, estas teorías se enfocan en la *peligrosidad*.

Si bien la prevención especial tiene antecedentes remotos, ésta tuvo un significativo auge en la Ilustración, pero principalmente cobra importancia con

³⁸ Piénsese, por ejemplo, en *Farhenheit 451*, novela de Ray Bradbury llevada al cine magníficamente por François Truffaut, en la que el protagonista, tras haber perpetrado un *grave crimen*, escapa impunemente. Ante esto el régimen cree necesario que la comunidad entienda que se mató al infractor y monta un espectáculo televisado de la muerte del criminal para así mantener la paz social.

mayor fuerza a partir del positivismo italiano de finales del siglo XIX y principios del XX, cuando se creyó ver en el delincuente a un enfermo con posibilidad de mejora y corrección. Fue, luego, Von Liszt el primordial portavoz de esta teoría, para quien la prevención especial debía actuar “**asegurando** a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos; **intimidando** al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos: y preservándole de la reincidencia mediante su **corrección**” (citado en Roxin, 1997: 86). Esta corrección normalmente se suele denominar *resocialización*.

La ilusoria filantropía de esta teoría, que busca mejorar y educar al delincuente en vez de segregarlo y excluirlo, le otorgó una amplia aceptación. Sus ventajas, parecían evidentes en comparación con una retribución que no pretendía cumplir ningún fin social.³⁹

Al igual que la prevención general, la especial admite la subclasificación en prevención especial negativa y prevención especial positiva. La prevención especial será *negativa* cuando se espera que la pena inhiba en el delincuente que la cumple tendencias o impulsos delictivos, es decir, que por la pena que cumple aprenda su lección y no vuelva a delinquir; y, *positiva*, al reforzar en el penado su adhesión y confianza en el complejo normativo y el sistema de valores que lo informa, conforme al cual debe aprender a conducirse.

Rivera menciona como ejemplos de respuestas punitivas que se articulan en clave preventivo-especial negativa los siguientes: penas de muerte, reclusión a perpetuidad, modalidades “duras” de ejecución de las penas privativas de libertad (aislamiento celular, cárceles de máxima seguridad, etc.), intervenciones de carácter médico-quirúrgico que incapaciten (total o parcialmente) determinadas aptitudes o “inclinaciones” del transgresor, etc. (2011: 15).

En principio, la prevención especial *negativa* puede, sin mayores problemas, justificar la pena privativa de libertad, puesto que el sujeto inocuizado tendrá menos posibilidades de perpetrar delitos contra la comunidad libre. Sin embargo, como se habrá advertido de la afirmación anterior, esto supone desconocer la dignidad de las personas privadas de libertad, o plantear directamente que su seguridad vale nada o menos que la de quienes se encuentran en libertad. Lo único que se puede esperar de una pena privativa de libertad es que los internos no puedan perpetrar delitos en la comunidad libre, puesto que, como observa Hentig:

[n]umerosos delitos se producen en las cárceles, desde los comunes atentados contra la propiedad, hasta falsificaciones documentales y de moneda, extorsiones,

³⁹ Cuando estas doctrinas contaban con gran apoyo por su aparente altruismo y bondad, la literatura y el cine nos advirtieron de los peligros de la prevención especial y de las penas-tratamiento con “La naranja mecánica”, novela de Anthony Burgess llevada al cine magistralmente por Stanley Kubrick, evidenciando lo cruel y deshumanizador que podía ser un tratamiento *resocializador*. Nosotros analizamos desde una perspectiva jurídico-penal este film en “Stanley Kubrick y las doctrinas preventivistas” en (Cuneo, 2010).

tráfico ilegal de alcohol y estupefacientes, violaciones, riñas y, desde luego, homicidios (citado en Guzmán, 2008: 201).

Hoy, además, se cometen múltiples delitos desde dentro de las cárceles hacia la comunidad libre, por ejemplo, estafas telefónicas. Asimismo, grupos de crimen organizado, mafias y narcotraficantes, suelen reclutar a sus *soldados* en las prisiones, los que, una vez libres, y por falta de otras oportunidades, entran rápidamente a las filas de estas bandas criminales. En estas circunstancias parece quimérico afirmar que la privación de libertad significa que el interno no cometerá delitos. Las cárceles distan mucho de ser un lugar donde se cumple una pena sólo privativa de libertad en la que sus presos conviven sin perpetrar crímenes preparándose para la tan anhelada reinserción social. Antes bien, todo lo contrario: los niveles de violencia y la constante comisión de delitos en la mayoría de las cárceles son muy superiores que en la comunidad libre, situación que se agrava con las condiciones de hacinamiento que padecen muchas cárceles.⁴⁰ Muchos de los delitos perpetrados por los internos tienen también repercusiones fuera de la cárcel (falsificación de moneda, tráfico de drogas, etc.). Sin embargo, al parecer, respecto de la sociedad libre las posibilidades de perpetrar delitos desde la cárcel son inferiores en relación a las que tiene un sujeto en libertad.

Desconocer la calidad de personas de los condenados (o de los delincuentes en general o de algún tipo de delincuentes) y no mostrar mayor interés por lo que pueda sucederles mientras cumplan una condena puede perfectamente conciliarse con las doctrinas preventivas o utilitaristas que principalmente se interesen por lo que suceda en la comunidad libre. Quizá es más frecuente matizar las declaraciones y no resulta extraño que importantes líderes políticos manifiesten en sus campañas electorales que ellos priorizarán su preocupación por los ciudadanos respetuosos de la ley y no por los criminales. Esta situación, más o menos usual, deja entrever que existirían distintas dignidades, ciudadanos de primera y de segunda clase o incluso, sujetos que no merecen ser tratados como personas.

En este mismo sentido, la reserva de la categoría de *persona* sólo para algunos seres humanos ha sido defendida por diversos autores que, de una u otra manera, han legitimado un poder punitivo de carácter totalitario o con incrustaciones de corte autoritario. Por ejemplo, Carl Schmitt como jurista del nacionalsocialismo y defensor del Estado absoluto participó en la creación de leyes tendientes a purificar al III Reich de la *contaminación judía*; o Jakobs, para quien “un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede disfrutar de los beneficios del concepto de persona” (2003: 40). Tales concepciones, aunque se autodenominen meramente descriptivas y

⁴⁰ Como solución al hacinamiento en las prisiones nigerianas las autoridades de dicho país habían decidido reanudar la ejecución de presos. Más información en: <http://www.amnesty.org/fr/library/asset/AFR44/010/2010/fr/68399f62-e72f-448a-8b51-fb532ca8f8a8/af440102010es.html>

que ostenten asepsia científica, abundan en la historia del Derecho penal y han contribuido a:

[t]omar con naturalidad y hasta considerar revolucionarias la esterilización y la castración como medidas de policía preventiva, la profusión de penas de muerte, la ejecución de adolescentes, considerar delito la relación sexual con judíos o negros, los campos de concentración incluso para quienes no cometieron ningún delito, etc., (Zaffaroni, 2009: 10).

En el mismo sentido, observa Muñoz Conde:

Grispigni describe la decidida aceptación en los textos jurídico-penales nacionalsocialistas de sanciones tales como la *esterilización* de enfermos con enfermedades hereditarias, asociales, alcohólicos, etc.; la *castración* de delincuentes sexuales peligrosos; y la aplicación a menores de edad peligrosos de penas previstas para delincuentes adultos, incluso la pena de muerte. Y describe y entiende esas reformas como la consecuencia de una concepción del derecho penal basado en la idea de peligrosidad y que no tiene otra misión que la defensa social (2009: 102-103).

El propio Grispigni no formula ninguna aseveración, ni expresa ni tácita, “contra el hecho mismo de la esterilización o castración de delincuentes o asociales como sanción criminal” (Muñoz Conde, 2009: 106). Garofalo, también partidario de la prevención especial negativa, al menos respecto de los *delincuentes inadaptables*, la que entendía como la exclusión absoluta del criminal de toda clase de relaciones sociales, llegaba a legitimar la pena capital como medio más adecuado para la eliminación de antisociales e inadaptables de la vida social (1912: 265 y 343).

Para la prevención especial *positiva* resulta sumamente difícil poder justificar una pena privativa de libertad, puesto que si lo que busca es la resocialización, los hechos niegan categóricamente que ésta se pueda obtener con las privaciones de libertad. Sí podría, en cambio, justificar un encierro perpetuo respecto de los *delincuentes incorregibles*,⁴¹ utilizando la denominación de Von Liszt y de Ferri. Es decir, esta teoría, que profesa la resocialización, puede justificar largas penas privativas de libertad, incluso la cadena perpetua, basándose para ello en la supuesta existencia de *seres inferiores* a los que es necesario separar de la convivencia social. Como el tratamiento de *incorregibles* no es posible, precisamente porque son incorregibles, esta teoría necesita complementarse con la prevención especial negativa, puesto que al distinguir entre delincuentes *tratables* y *no tratables*, sólo podrá hacerse cargo de los primeros, dejando a los últimos en manos de la prevención especial negativa.

Crítica

Comúnmente y sin mayor reflexión se habla de la *resocialización* del penado, concepto que pierde fuerza al comprobar que la mayoría de los condenados provienen de contextos muy marginales y que nunca han estado socializados y

⁴¹ Bien podría tratarse de sujetos indisciplinables.

que, por ende, difícilmente pueda *resocializárseles*. El término resocialización, observa Muñoz Conde (1979), “es una palabra de moda que por todo el mundo se emplea, y no sólo entre los juristas, sin que nadie sepa muy bien lo que se quiere decir con ello”.

Sergio Politoff, refiriéndose a la prevención especial, señala que:

algunas doctrinas supuestamente protectoras del delincuente juvenil, que consideran inútil la pregunta acerca de la culpabilidad del menor y sólo piensan en la rehabilitación, ofenden la dignidad de éste, cuando pretenden que se le someta, sin más, al *tratamiento reeducador* haciendo caso omiso de sus propuestas de inocencia (1998: 11).

Nino llama la atención sobre las posibles pruebas que muestran las penas como ineficaces, innecesarias y socialmente perniciosas y al respecto, apoyando a Glover, señala que “es una hipocresía frívola proclamar que la pena es un medio necesario para precaver males sociales mayores y al mismo tiempo cerrar los ojos ante posibles demostraciones en contrario” (Nino, 1980: 213). En el mismo sentido, ya en 1949, Ruiz Funes observa que la prisión:

mantiene al hombre apartado de la sociedad, pero no crea en él aquellas disposiciones sociales cuya carencia puso de relieve el delito. Quiere ser un monólogo que haga brotar, por el remordimiento, las aguas purificadoras de la catarsis y resulta un diálogo que engendra nuevos impulsos criminales en el prisionero. Lo degrada o lo embrutece. Lo devuelve a la sociedad estigmatizado, sin más opción que la reincidencia (1949: 7).

Además de las críticas ya esbozadas, en relación a su fracaso reeducador y con la evidencia empírica que demuestra que los efectos de las penas sólo muy excepcionalmente pueden ser educadores, o que si educan para algo no es precisamente para una vida en libertad, la principal crítica que podemos hacer a esta teoría es que supone otorgarle al Estado la facultad de operar sobre la interioridad del individuo y ya no sólo regular las relaciones externas. Asimismo, esta teoría “no proporciona un baremo para la pena” (Roxin: 1997: 88), pues el tratamiento corrector, como si de un tratamiento médico se tratara, requiere del tiempo necesario para que el delincuente pueda ser resocializado, lo que inevitablemente conlleva a la imposición de penas indeterminadas. Otra cuestión que la prevención especial no resuelve es “que ésta no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización” (Roxin: 1997: 89). Y como esta teoría se funda en criterios de utilidad y no de justicia, puede conllevar enormes injusticias; por ejemplo, para la prevención especial habría que dejar impune a un genocida ya viejo e incapaz de cometer nuevos crímenes.

Crítico con la prevención especial negativa, para Ferrajoli:

[e]stas teorías son la versión penal y criminológica del determinismo positivista, es decir, de una concepción opuesta pero igualmente metafísica del hombre, considerado como entidad animal carente de libertad y completamente sujeta a las leyes de la necesidad natural (1995: 266-267).

Alessandro Baratta, con una postura más realista, insta a no abandonar la prevención especial positiva (la rehabilitación del condenado), aun cuando los hechos demuestren que es imposible rehabilitar o resocializar en la cárcel. La finalidad reintegradora, para Baratta, no debe ser abandonada, sino que debe ser reinterpretada y reconstruida sobre una base diferente. “La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de ella, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad” (1993: 3).

6.- Características comunes de las doctrinas preventivas

Las doctrinas preventivistas, relativistas o utilitaristas conciben la pena como un *medio* para fines extrínsecos a sí misma. Tienen como razón de ser el disuadir, sea indistintamente a los integrantes de la sociedad, en la prevención general, o en particular al condenado a ella, en la prevención especial, de la perpetración de nuevos delitos. Tienen, todas, un signo utilitario: estas penas se justifican sólo en la medida que sirvan para evitar futuros delitos (Rivacoba, 1993: 24).

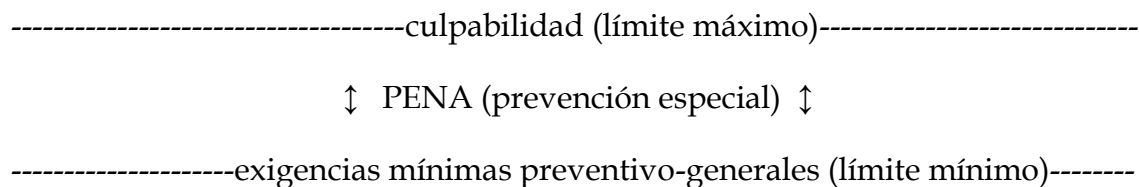
7.- Las teorías mixtas

Las teorías **mixtas**, también llamadas *unificadoras*, añaden y yuxtaponen ambos criterios (absolutos y relativos) tratando de combinar dos puntos de vista contrapuestos. Para ellas la pena mira a la vez hacia el pasado y hacia el porvenir, retribuyendo el delito ya perpetrado y previniendo al propio tiempo la realización de otros nuevos. Se pune porque se ha delinquido y para evitar nuevos delitos; se castiga *por* y *para*.

Roxin distingue, dentro de las teorías mixtas, aquéllas que son *sólo aditivas* de aquéllas que son *unificadoras*. A su juicio, las primeras acumulan las críticas de unas y otras, mientras que las segundas –sostenidas y defendidas por el propio Roxin– intentan transformar concepciones antitéticas en una síntesis (Roxin, 1997: 95). A su teoría mixta Roxin la llama *Teoría unificadora preventiva*, que parte del supuesto de que hoy sólo puede defenderse una pena que busque un fin preventivo. Luego, Roxin cree que debe primar la prevención especial por sobre la general, pero sin que se pueda reducir la pena hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad, puesto que se rompería la confianza en el ordenamiento y se estimularía la imitación (1997: 97). Para Roxin se debe renunciar a toda retribución, y rebate el argumento retribucionista de que sólo en virtud de la retribución se puede justificar la pena de los graves crímenes del nazismo. Según Roxin dichas penas bien pueden justificarse desde la prevención general, puesto que la impunidad de estos criminales estremecería gravemente la conciencia jurídica general, relativizando la validez de la prohibición de matar y su efecto preventivo de forma intolerable (1997: 98).

A pesar de la renuncia a la retribución, Roxin cree que un elemento de ésta, a saber, el *principio de culpabilidad*, debe pasar a formar parte de su teoría como límite máximo de la pena. Es decir, aunque los efectos preventivos sugieran una pena más extensa, ésta no puede sobrepasar la medida de culpabilidad. Según Roxin “el principio de culpabilidad tiene, pues, una función liberal absolutamente independiente de toda retribución” (1997: 100). En conclusión, Roxin, ante las disputas de si la pena se debe justificar con criterios de utilidad o de justicia, entiende que no hay incompatibilidad entre ambos y concluye que la pena debe justificarse por su utilidad “y” por criterios de justicia. La “y” exige lógicamente la presencia copulativa de ambos elementos, es decir, el examen de justificación que realiza Roxin es más exigente, puesto que si la pena no es justa o no es útil, ésta no podrá entonces ser justificada.

Intentaremos graficar la tesis de Roxin. Al centro ubicaremos la pena, en la que, como dijimos, deben primar criterios de prevención especial, pero dentro de ciertos límites. La pena no puede ir por debajo de los mínimos tolerables según criterios de prevención general, ni puede sobrepasar los máximos indicados por el principio de culpabilidad.



Para nosotros la teoría unificadora de Roxin no sería tal, porque más que unificar criterios lo que él hace es aumentar las exigencias de legitimidad de la pena. Aunque el autor diga lo contrario, nos parece que se trata de una teoría aditiva, que *adiciona* los requisitos derivados del principio de culpabilidad a las exigencias preventivas.⁴²

Para Paul Robinson, otro defensor de las teorías mixtas, la pena debe graduarse según la gravedad del delito, proporcionalmente. Sin embargo, admite este autor ciertos incrementos en circunstancias extraordinarias “si son necesarios para prevenir un *nivel intolerable del delito*” (Von Hirsch, 1998: 86). La teoría o el modelo propuesto por Robinson admite criterios proporcionales (retributivos) y, excepcionalmente, utilitaristas o preventivistas que admiten desviarse del principio de proporcionalidad. Sin embargo, para Robinson no serían tolerables enormes desviaciones de dicho principio. “[E]l juez sólo puede imponer una sanción más-severa-que-proporcional para prevenir graves daños criminales” (Von Hirsch, 1998: 92). Para Jiménez de Asúa, la pena tendría una naturaleza retributiva y una finalidad preventiva, distinción que Rivacoba califica como juego de palabras (1993: 31-32).

⁴² Sobre la teoría de Roxin puede consultarse Pérez Manzano (1997: 73 y ss).

Críticas

En principio estas doctrinas, aunque han tenido mucha aceptación y han sido defendidas por penalistas como Roxin o Jiménez de Asúa, parecen estar condenadas al fracaso –al menos en su análisis teórico–, porque no reelaboran nuevos conceptos, sólo los yuxtaponen, los que por lo demás son tan antagónicos como los puntos de vista absolutos y relativos. De esta manera para Rivacoba las teorías absolutas y relativas “no admiten ningún grado de conciliación entre sí” (1995: 80). Las primeras conciben al ser humano como un ser de razón, por consiguiente, responsable de sus actos; las segundas, en cambio, conciben al ser humano como un medio para fines ajenos a sí mismo.⁴³ Francesco Carrara (1986) nos advierte que punir y curar, punir y reeducar, punir y enmendar, no pueden ser compatibles, puesto que punir significa causar un mal, en cambio curar, reeducar y enmendar significa justamente lo contrario, causar un bien.

Sin embargo, estudios demuestran que “las personas piensan naturalmente en términos retributivos” (Greenawalt, 1983: 43 y ss.). Por ende, podríamos encontrar un punto de conciliación entre ambas teorías, puesto que cuando el Derecho penal se considera justo, legítimo en su autoridad, resulta altamente persuasivo. Una sanción que se considere justa por parte de la comunidad será asimismo disuasiva. El Derecho penal será persuasivo si es creíble moralmente, lo que a su vez trae como corolario que la expansión del Derecho penal debilita su credibilidad moral, ya que al extender su espectro pierde su pretendido efecto estigmatizador (Robinson, 2012: cap. XII).

Diversos estudios han arrojado resultados que “refuerzan la idea de que la intuición natural para asignar responsabilidad criminal coincide con el modelo de merecimiento” (Robinson, 2012: 227). Asimismo, numerosas investigaciones han demostrado que es más probable que la ley se cumpla cuando las personas la consideren una autoridad moral legítima (Tyler, 1990: 68), puesto que “la influencia normativa más importante para el cumplimiento de las normas jurídicas es el juicio de la persona de que cumplir con ellas está de acuerdo con su sentido de lo que está bien y lo que está mal” (Tyler, 1990: 64).⁴⁴

En concreto, la compatibilidad entre las teorías absolutas (retributivas o del merecimiento) con las relativas (preventivas, utilitaristas) vendría dada por el hecho de que un sistema penal que haga justicia o que al menos así sea percibido por la población resulta más persuasivo que uno que se considere injusto. Diversas investigaciones concluyen que cuando una fuente es

⁴³ Pensamos que esta afirmación categórica no se ve desmentida por el hecho de que algún fin pueda estar pensado en el propio beneficio del condenado, puesto que, por más altruistas que puedan ser éstos, no los ha elegido en forma libre. De manera distinta la comprende Alcácer, para quien existe una proximidad entre la retribución y la prevención general positiva, (1998: 373).

⁴⁴ Las investigaciones realizadas por Tyler a través de encuestas concluyen que las personas cumplen las normas penales no tanto por la amenaza disuasoria como por su legitimidad moral.

considerada legítima en su autoridad, experta en sus conocimientos y confiable en sus motivos, resulta altamente persuasiva (Petty y Cacioppo, 1996: 62-69).

8.- Depuración del concepto de retribución

Creemos fundamental depurar el concepto de retribución porque se suele identificar erróneamente a las teorías retributivas o del merecimiento con concepciones vindicativas, responsabilizándolas de un aumento de la punibilidad. Esto quizá puede explicarse atendiendo al punitivismo norteamericano que, abandonando políticas de prevención especial, fue calificado no muy correctamente como retributivo o del merecimiento. Puede también ser cierto, como señala Bergalli, que “la retribución se ha hecho mucho más perversa y sus históricos fundamentos kantianos y hegelianos en la actualidad son manifiestamente inhumanos” (en Rivera, 2011: XXVIII).

Volviendo a las doctrinas absolutas o retributivas señalemos que, en términos generales, “retribuir consiste en compensar, corresponder, y, en su sentido peyorativo, en desaprobar algo malo, perjudicial [...]. [R]etribución es la desaprobación o desvaloración pública, que se concreta en la pena, de los actos de más grave trascendencia social” (Rivacoba, 1995: 56).

Se suele confundir a la retribución con en el talión, la venganza, la expiación y el sadismo. Sin embargo, lo que la retribución busca o debiera buscar es concretar y expresar acabada y proporcionadamente la reprobación social que merece el delito. Es un juicio negativo de valor, y la pena su expresión sobre actos determinados del individuo. Esto no quiere decir que no exista relación entre venganza y pena, en el sentido de que “el Derecho penal ofrece legítima satisfacción a la pasión de la venganza” o, como se ha señalado metafóricamente, “la sanción penal es a la venganza como el matrimonio al instinto sexual” (Rivacoba, 1995: 93). Para Durkheim, la “pasión constituye el alma de la pena”, y la venganza la motivación primordial que subyace en los actos punitivos. Si bien los sistemas penales modernos –en oposición a los sistemas de sociedades simples y arcaicas- intentan actuar racional y no pasionalmente, esto no logra cambiar la naturaleza esencial del castigo. “La venganza está mejor dirigida hoy que antes. El espíritu de previsión que se ha despertado no deja ya el campo tan libre a la acción ciega de la pasión; la contiene dentro de ciertos límites, se opone a las violencias absurdas, a los estragos sin razón de ser. Más instruidas, se derrama menos al azar; ya no se la ve, aun cuando sea para satisfacerse, volverse contra los inocentes. Pero sigue formando, sin embargo, el alma de la pena” (Durkheim, citado en Garland, 1999: 49).

Si bien la retribución y la pena provienen de la venganza y en ésta encuentran su raíz más profunda, esto no equivale a decir que sean la misma cosa, ya que todo el progreso del Derecho penal tienen por finalidad que triunfe la racionalidad por sobre el apetito irracional e ilimitado de la venganza. El paso de la venganza a la pena-retribución coincide con aquel momento en que el

instinto se somete a la razón. “Este proceso que, partiendo de la venganza, configura la pena, es interesante, porque, entre otras cosas, permite deducir y comprender lo que la última es y lo que nunca puede ser” (Rivacoba, 2002: 50).

La venganza, por su propia naturaleza, no conoce límites; es un mecanismo irracional, cruel e instintivo. La pena, en cambio, es –o debiera ser- obra de la razón; “representa una ecuación o equilibrio de valoraciones, y se propone evitar la violencia, resolver conflictos y lograr la paz social” (Rivacoba, 1993: 57). En concreto, lo que hay en el fondo de la retribución es la desaprobación por un delito que se concreta en una pena. Ferrajoli nos recuerda que el Derecho penal no nació como un desarrollo de la venganza sino como negación de la misma, y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla. Así, la historia misma del Derecho penal es la de una larga lucha contra la venganza (1995: 333).

La pena, entendida desde la retribución, supone un hombre responsable, es decir, que debe *responder* por su delito. La principal crítica que se le suele hacer a las doctrinas retributivas es que supone el libre albedrío, el que no puede demostrarse. Se dice, con razón, que el castigo como finalidad de la pena supone culpabilidad, y la culpabilidad a su vez supone libre albedrío, esto es, la libertad de actuar tal como se actuó. Luego, se pone en duda la existencia del libre albedrío y, por último, se dice que aun cuando se piense que éste existe, sería indemostrable.

Si bien es cierto que el libre albedrío es indemostrable, también lo es el determinismo, pero la sola observación del fenómeno humano nos mostrará a personas con capacidad –o al menos con la sensación- de autodeterminarse. Hombres y mujeres que, dentro de ciertos márgenes, elegimos y decidimos. De esta forma, creemos que se pueden reprochar actos y sancionarlos sin perjuicio de la indemostrabilidad del libre albedrío.

Lo relevante para una concepción retributiva o del merecimiento es la magnitud de la sanción y no el método utilizado para imponerla (Robinson, 2012: 271). Es decir, este principio se refiere a la extensión de la pena y es aquí donde debemos respetar la proporcionalidad vinculada a la culpabilidad del autor para determinar la medida justa de la sanción.

La prisión no resulta incompatible con las teorías retributivas siempre y cuando se funden en la culpabilidad del delincuente, que es condición suficiente y necesaria de la condena y que se respeten los criterios de proporcionalidad. “Lo único que exige el merecimiento es que la suma total de la pena global llegue a una magnitud que cuadre con la cantidad de pena que el delincuente merezca de acuerdo con su grado de reprochabilidad” (Robinson, 2012: 243). Lo principal es que los delincuentes sean sancionados con la cantidad justa de pena que merecen.

Sin embargo, para la retribución la pena de prisión debe tener una duración determinada y un límite máximo. Para la retribución la cadena perpetua u otra

pena privativa de libertad demasiado extensa no puede justificarse, y esto por dos motivos vinculados entre sí. En primer lugar, porque si la retribución, como desvaloración, concibe a los delincuentes como personas responsables de sus actos, debe seguir entendiéndolas como tales a la hora de condenarlas y en todo momento en el que cumplan la pena. Es decir, para la retribución los delincuentes son personas porque responden de sus actos y al momento de responder, esto es, al cumplir la pena, siguen siendo personas, por lo que debieran quedar fuera penas que deshumanicen al condenado. El segundo motivo por el que pensamos que la retribución no puede justificar penas privativas de libertad perpetuas o demasiado extensas es porque la retribución a la hora de sancionar mira al *Yo*, a la identidad del sujeto, la que, con el tiempo, cambia, lo que necesariamente supone que en un momento ya no podremos retribuirle la culpa a un sujeto por un delito perpetrado hace tanto tiempo.⁴⁵

9.- Teorías negativas⁴⁶

No podemos dejar de mencionar, al hablar de las teorías sobre el fin de la pena, las corrientes abolicionistas, el agnosticismo penal y el reduccionismo. Todas estas teorías impugnan la legitimidad de la pena estatal, o bien, su utilidad. Propugnan la abolición o la disminución de las penas y del sistema penal en general, puesto que éste se ha mostrado incapaz de solucionar los conflictos sociales. Muchas veces estas corrientes han ido acompañadas de propuestas alternativas al sistema penal actual. Dentro de los principales exponentes del abolicionismo encontramos al holandés Louk Hulsman, quien conocía en carne propia la brutalidad del *ius puniendi*, tras haber sido prisionero en un campo de concentración nazi. Hulsman (1984), además de denunciar la irracionalidad del poder punitivo, propone soluciones composicionales a los conflictos.

Otros destacados autores del abolicionismo son: el noruego Nils Christie (1984) quien, más que proponer formas de limitar el poder punitivo, plantea alternativas a éste; el otro noruego, Thomas Mathiesen (1974), que distingue entre *reformas positivas*, tendientes a mejorar el sistema penal, y *negativas*, de

⁴⁵ Quisiéramos insistir en que el concepto de retribución que hemos utilizado en este apartado se corresponde con una noción ideal de merecimiento basado en la culpabilidad del autor. Por lo mismo, nos hemos apartado de perspectivas que identifican mayor punibilidad con retribución o merecimiento. Como este acápite trataba de teorías, no hemos analizado la concreción de discursos llamados (o mal llamados) retributivos. Aun cuando importante parte del neo-retribucionismo hoy en boga va en otra dirección –tanto en el Derecho penal chileno como internacional– nuestra definición se ha centrado en el concepto de diversos autores que, con diferencias, coinciden en los postulados generales que ven en la retribución *la* teoría que puede limitar el poder punitivo. Véanse: Bettioli (1986), Rivacoba (1993; 1995; 1999; y 2002), Von Hirsch (1998), Guzmán Dalbora (2008), etc.

⁴⁶ La incorporación de este apartado tiene por finalidad entender que además de las teorías que pretenden justificar las penas, hay otras que niegan su justificación. Sobre estas teorías puede verse: Hulsman y Bernat de Celis (1984), Christie (1993), Larrauri (1987), Zaffaroni (2000), etc. Para una revisión de las teorías anarquistas frente al Derecho penal, véase Jiménez de Asúa (1964: 16 y ss.).

carácter abolicionista, dentro de las cuales elabora el principio de lo inacabado (*the unfinished*), en el sentido que los movimientos que se enfrentan al poder punitivo deben mantener una posición de confrontación hacia la contención del poder punitivo nunca del todo acabado (Zaffaroni, 2011: 269). Las reformas negativas deben seguir, reproducirse, recrearse y no terminar nunca (Rivera, 2009: 405). Otra importante autora abolicionista es la canadiense Ruth Morris (2000), intelectual y activista, que se destacó, entre otras cosas, por su constante preocupación por los derechos de los presos y sus proposiciones tendientes a que la prisión moderna debía ser abolida. Más que un movimiento se trata de diferentes autores, cada cual con su teoría propia, pero que comparten el anhelo de abolir el actual sistema de justicia penal.⁴⁷

Dentro de los reduccionistas, que, como su nombre lo dice, buscan la reducción del poder punitivo, nos encontramos con los italianos Alessandro Baratta, Luigi Ferrajoli, Massimo Pavarini, entre otros.

Nos parece que la teoría preventivista, sea general o particular, negativa o positiva, es del todo incompatible con los postulados de las teorías negativas, puesto que precisamente lo que define a las teorías que justifican la pena en la prevención es la *utilidad* de la pena, la misma que niegan abolicionistas, reduccionistas y agnósticos penales. En cambio, la contradicción no parece tan evidente entre las doctrinas retributivas y el agnosticismo penal. Así, para un retribucionista como Guzmán Dálbora “la pena jamás ha servido para resolver ningún problema social -los que, antes bien, a menudo agudiza o acrecienta” (2002: 10). Por otra parte, un retribucionista neo-kantiano como Rivacoba -que bien sabía lo que era el poder punitivo, tras haber vivido casi 10 años de cárcel y trabajos forzados, los que se interrumpieron por su fuga hacia Francia- mantiene una especial afinidad con el reduccionismo penal, sin dejar de lado su retribucionismo.

Dentro del agnosticismo penal nos encontramos con Zaffaroni, para quien la pena es un hecho político que no puede ser legitimado (1993). Según este autor el Derecho penal hay que concebirlo como un discurso para limitar, para reducir, para acotar y eventualmente, si se puede, para cancelar el poder punitivo. Con esto volveríamos, de alguna manera, a refundar un Derecho penal liberal, una segunda versión del Derecho penal liberal, no la del comienzo del siglo pasado, sino una versión mucho más sana en su fundamento.

Dicha teoría agnóstica de la pena dice: *Yo no sé para qué sirve la pena; todo lo que se ha dicho sobre ella es falso. Sociológicamente, tiene una gran cantidad de funciones múltiples, tácitas, que no conocemos o que no hemos agotado, y por ende, en tanto que hecho no legitimado, trato de reducirlo.*

⁴⁷ En este sentido Elena Larrauri (1987: 95) señala que la primera dificultad que surge cuando se estudia el *movimiento* abolicionista es precisamente determinar si éste puede ser adecuadamente descrito como un movimiento.

Zaffaroni sostiene que “[u]n concepto negativo o agnóstico de pena significa que la misma queda reducida a un mero acto de poder, que sólo tiene explicación política”. Luego se plantea cómo legitimar una pena que es puro poder, que no admite explicación racional, y observa que el “derecho penal no tiene por tarea la legitimación de toda la criminalización y menos aun del conjunto amplísimo del poder punitivo [...] sino la de *legitimar sólo lo único que puede programar: las decisiones de las agencias jurídicas*” (2000: 48-49).

Antes de pasar a las críticas de las teorías negativas, concluyamos con palabras de Zaffaroni (2011: 271):

Si tuviese que sintetizar el aporte del abolicionismo y del minimalismo, diría que tuvieron la virtud de cambiar el eje de la discusión. En efecto: por lo general se pensaba que quien hacía alguna de estas propuestas debía justificar por qué pretendía hacer desaparecer o minimizar el sistema penal, considerado *natural*. Estas opiniones –en su conjunto– tuvieron el efecto de invertir la cuestión: si el sistema penal es un artificio humano, es decir, que no es *natural* sino *creado por el poder*, es éste el que debe justificar su existencia y no a la inversa.

Crítica

Crítico con el abolicionismo penal, Silva Sánchez entiende que las posturas abolicionistas tienen el sello de lo utópico e ingenuo (2010: 17-19). Para Silva Sánchez la “capacidad real de resolución del problema de la criminalidad termina donde comienza el verdadero núcleo del Derecho penal” (2010: 17-18). Luego agrega que “las propuestas alternativas son, ya se ha dicho, utópicas; su bagaje teórico es limitado; además, se ven expuestas a la crítica incluso desde dentro de los propios movimientos alternativos” (2010: 22). Al menos desafortunada nos parece la afirmación de Silva Sánchez, pues la existencia de críticas dentro de los propios movimientos más parece ser una virtud que una falla.

Rivacoba realiza una crítica de corte más realista (1993: XIII):

[r]econociendo siempre los nobles impulsos que alientan en todas las actitudes y aspiraciones abolicionistas, se puede recordar a propósito de cualquiera de ellas, y, por ende, a propósito del movimiento abolicionista de nuestro tiempo [...] que, a menos que se produzca una trasmutación en la naturaleza humana y, por consiguiente, en las exigencias y las instituciones sociales, no es, como en el conocido símil de Stammler la estrella polar para los navegantes, un puerto al que llegar y en el que desembarcar, sino una idea rutilante que guía y hacia la cual tender incesantemente, un principio regulador, o sea, un módulo que mensure el grado de perfección, que es decir de benignidad, de los distintos ordenamientos punitivos. De otra suerte, creerlo asequible y empeñarse por conquistarlo o alcanzarlo en nuestros días puede distraer la atención y los esfuerzos de quehaceres más urgentes y factibles; entre ellos, conocer a fondo y aplicar racionalmente el Derecho vigente, emprender o continuar un proceso serio y consistente de descriminalización o avanzar por la ruta de la humanización. O en otras palabras: que lo deseable no nos impida o arrebathe lo posible; que el vuelo maximalista hasta lo absoluto no nos frustre un Derecho penal verdaderamente mínimo, soportable, digno.

Para nosotros las teorías negativas encierran cuestiones complejas. Por una parte, cuando éstas dicen que no legitiman o justifican la pena, parecen querer acusar a otras de ser legitimantes. Sin embargo, es fundamental precisar los diversos sentidos de dicha expresión que puede significar cosas muy distintas. Por ahora sólo quisiéramos dejar abierta la siguiente interrogante: ¿qué futuro moral resiste que nunca pueda haber una pena justificada?

10.- Denominaciones anglo-norteamericanas

De modo simple, en el mundo anglo-norteamericano se suele decir que la pena se justifica según criterios de *justicia* o de *utilidad*. Los primeros coincidirían con las teorías absolutas, mientras que los segundos con las relativas.

Las teorías que justifican la pena según criterios de utilidad serían consecuencialistas⁴⁸ y las que se basan en criterios de justicia serían teorías del merecimiento.

Luego, las teorías consecuencialistas se subdividen en la disuasión general, la disuasión especial, la incapacitación y la rehabilitación; y las del merecimiento en teorías del merecimiento vengativo, deontológico y empírico (Robinson 2012).

Esta diferenciación de las teorías del merecimiento, al igual que la depuración del concepto de retribución, es fundamental para tener claridad conceptual, puesto que el llamado merecimiento vengativo equivaldría a concepciones vindicativas y en algunos casos talionales,⁴⁹ mientras que el merecimiento deontológico se centra en la culpabilidad del infractor y el empírico en lo que la gente piensa sobre la culpabilidad del autor. La diferencia entre estas dos últimas concepciones radicaría en que

[l]a concepción deontológica del merecimiento se basa en el análisis razonado a partir de los principios de lo correcto y lo bueno, lo que resulta en una noción de justicia trascendente e independiente de las instituciones de justicia de la comunidad. La concepción empírica carece de una base independiente de tal tipo: no apunta a la auténtica culpabilidad moral de ningún sentido trascendental, sólo a las intuiciones compartidas sobre la asignación de culpabilidad (Robinson, 2012: 116).

⁴⁸ Si bien existen algunas diferencias entre consecuencialismo y utilitarismo, creemos que se trata de conceptos muy similares. El utilitarismo, al postular la toma de decisiones éticas que beneficien a la mayor cantidad posible de personas, normalmente coincidirá con el consecuencialismo que busca las decisiones éticas que tengan mejores consecuencias.

⁴⁹ Si bien Robinson parece no darle mayor importancia a las diferencias que existen entre venganza y talión y une ambas concepciones dentro del llamado “merecimiento vengativo”, nos parece pertinente indicar que el talión supone cierta equivalencia. Por ende, establece límites a la sanción, mientras que la venganza, de naturaleza irracional, no tiene por qué conocer límites.

11.- Toma de postura

Como habíamos adelantado, cualquier sentido en que se vea al Derecho penal traduce una determinada concepción o imagen del ser humano: no caben neutralidades. Por consiguiente, el penalista al adoptar un modelo determinado de Derecho penal responde a una concepción de lo que es la persona. Por su parte, no se puede tener una concepción del ser humano sin verlo en cuanto a sus relaciones con otros individuos y con la sociedad. De esta manera se llega necesariamente a la relación ineludible de la política con el Derecho penal.

Las doctrinas preventivistas no concuerdan con un Derecho penal liberal y democrático, respetuoso de la dignidad del ser humano, ya que consideran a hombres y mujeres como medios para fines ajenos, incapaces de trazarse un plan de vida. Para un preventivista como Welzel “el contenido material de los preceptos del Derecho penal no sería ya la *mera tutela de bienes jurídicos*, sino el mantenimiento de los valores del acto, en obediencia a la referida función moralizadora del Derecho penal” (citado en Politoff, 1998: 15). Al respecto Politoff señala que “semejantes criterios, propios de ideologías penales autoritarias [...] no son compatibles con un Estado democrático de derecho. El Estado no es una institución para el fomento de una determinada concepción de la moralidad” (1998: 15).

Creemos que la prevención especial revela una actitud de superioridad moral, que ve en el condenado un sujeto inferior al que se debe ayudar a mejorar. Tras estas doctrinas hay una clara actitud paternalista, mientras que en la general se vislumbra una confianza en la violencia y en el temor.

No obstante, no podemos dejar de reconocer que la prevención especial ha significado también un límite al poder punitivo y, aunque en la generalidad de los casos las normas tendientes a reinsertar, reeducar, rehabilitar, etc., se han mostrado ineficientes, también algunas han podido concretarse en programas de ayuda cierta a presos, o bien, han posibilitado beneficios para los condenados, los que, si bien no han servido tanto para rehabilitarlos, al menos han ayudado a disminuir los efectos criminógenos del castigo. En este sentido, no nos parece que podamos calificar de autoritario el artículo 27 inciso 3º de la *Costituzione Italiana* que dispone que “[l]as penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado”. Lo mismo podemos decir del artículo 25, número 2, de la Constitución Española que señala que “[l]as penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”.

Quizá lo nefasto de las disposiciones que buscan la reinserción del reo sea una injusticia subrepticia que se traduce en que el más vulnerable (a quien menos podemos reprocharle) tendrá menos posibilidades de beneficiarse de tales normas en comparación con quien sea menos vulnerable. Aterrizando la teoría, un juez ante un joven de buena familia puede preferir una pena no privativa de

libertad para evitar los efectos criminógenos que generaría en él un encierro junto a otros condenados. Por el mismo delito, un joven poblador, huérfano o hijo de delincuentes, podrá no verse beneficiado de la norma rehabilitadora, toda vez que en su caso los efectos criminógenos lo afectarían menos. Esta deformación o aplicación inversa del principio de culpabilidad nos resulta insoportable e incompatible con criterios de justicia.

Por otra parte, la existencia, para quienes cumplen una pena, de la posibilidad de proseguir con estudios, de aprender un oficio, de participar en actividades culturales y recreativas, etc., es también una manifestación de las teorías preventivas y nos parece loable, especialmente en cuanto puede entregar herramientas útiles que ayuden a que el condenado tenga alternativas distintas al delito una vez cumplida su condena. Sin embargo, y como hemos venido diciendo, normalmente los efectos negativos (en el penado, en su familia y en la sociedad toda) serán gigantescos en comparación con el modesto bien que pueden generar las buenas intenciones de los rehabilitadores. Lo anterior no significa que no podamos adherir a las actividades tendientes a la reinserción, pero sólo en cuánto éstas hagan menos inhumana la vida del condenado, mas no como fundamento mismo de una pena.

Recordemos que para Rivacoba “la pena no es, ni, por ende, puede funcionar como, medio ni remedio de nada, sino sólo una amarga realidad, que hay que administrar igual que se maneja y proporciona todo lo amargo, ingrato y doloroso: con suma parsimonia” (1993: XV). Con todo, sería aún peor que la pena sirviera, ya que esto convertiría al ser humano en un triste instrumento.

Según un retribucionista como Bettiol, “el hombre sólo se salva en el plano de lo penal como persona salvando la idea retributiva” (Bettiol, 1986: 814). El Derecho penal, para la retribución, en vez de endurecerse, aparece como la *ultima ratio*, el último medio del ordenamiento jurídico. Las penas se justifican sólo cuando son necesarias. Considera al hombre no como cosa, sino como hombre, es decir semejante, prójimo y hermano.

Si bien hemos señalado que la prevención especial revela una actitud de superioridad moral, y que tras ella hay un talante paternalista, no creemos que la retribución se salve de una crítica como ésta, puesto que en toda desvaloración hay un juicio moral. Además, no podemos olvidar que la inclusión de conductas en el catálogo de los delitos más que ser una manifestación de una desvaloración social, es un producto realizado por, y en beneficio de, quienes detentan el poder. La ley penal, tanto al tipificar delitos como al establecer penas, es un acto de poder, de definición, con una intencionalidad política determinada.

Quisiéramos terminar este primer capítulo con dos observaciones. La primera consiste en que, para nosotros, las teorías absolutas y relativas, en términos

abstractos, no pueden conciliarse porque constituyen conceptos antitéticos.⁵⁰ La concepción de hombre y de sociedad que sustentan ambas teorías es absolutamente contradictoria. Mientras la retribución concibe a un hombre responsable de sus actos porque los ha realizado voluntariamente, con autodeterminación, la prevención –tanto la general como la especial– sólo busca la evitación de delitos futuros, sin importar la pena un juicio de reproche. En la esencia de la retribución hay un juicio de desaprobación, mientras que la prevención sólo busca alcanzar los efectos disuasivos. La antítesis de ambas teorías no excluye, como señalamos al analizar las llamadas teorías mixtas, que en la práctica se adicionen requisitos. Como ha señalado Roxin en Alemania, o Moccia en Italia, la culpabilidad (retribución) representa un límite máximo, dejando que el criterio preventivo sea el que determine la pena, siempre bajo el baremo retributivo.

La retribución requiere necesariamente la culpabilidad del autor. En cambio, las doctrinas que sólo buscan prevenir futuros delitos pueden prescindir cómodamente de la noción de culpabilidad. Incluso más, como ya hemos esbozado, las doctrinas preventivas podrían servirse de la noción de culpabilidad, pero en sentido inverso al de la retribución, puesto que no será infrecuente que quien actúe con menor grado de culpabilidad –por ser muy vulnerable, por ejemplo– requiera de una pena más severa si se buscan fines de reinserción, mientras que para autores no tan vulnerables, bastaría una sanción simbólica para generar los efectos preventivos esperados. Por último, para la retribución debe existir una relación de proporcionalidad entre el delito pasado y la pena, en cambio para las teorías preventivistas “la pena no tiene por qué sujetarse a, ni reconocer, límites en la gravedad del delito pasado, sino que orientarse a, y detenerse en, la evitación de otros nuevos” (Rivacoba, 1993: 81). Lo que usualmente determinará la sanción para las teorías preventivas será la peligrosidad del penado, esto es, un pronóstico de vida futura. Dicha peligrosidad, inherente a toda prevención, pero de manera mucho más estrecha a la especial, requiere una indeterminación total de la pena.

Nuestra segunda observación, se sustenta en el concepto de dignidad. Recordemos que para Kant, “el hombre no es una cosa; no es, pues, algo que pueda usarse como simple medio; debe ser considerado, en todas las acciones, como fin en sí” (1990: 85). A juicio nuestro, ninguna de las teorías relativas ha podido responder a la crítica del filósofo de Königsberg, ya que todas utilizan al penado como un medio para la evitación de delitos futuros, desconociendo así su dignidad.

⁵⁰ En el mismo sentido véase Rivacoba (1993, 1995 y 2002). En sentido contrario, como ya observamos, véase Alcácer (1998), Roxin (1997) y Jiménez de Asúa (1964).

CAPITULO II

EL ENCARCELAMIENTO MASIVO

Presentación

No porque las cosas sean de una forma significa que deban ser así. La esclavitud, la pobreza, las injusticias sociales y la explotación, al igual que el encarcelamiento masivo, no son fenómenos naturales: son construcciones sociales que se pueden y se deben modificar. Aun cuando algo parezca inviable (por ejemplo, el fin de la discriminación en contra de la mujer o de las miles de muertes diarias de niños por causas relativas a la pobreza) no lo hace menos moralmente deseable.

En este capítulo trabajaremos con cifras que representan a millones de personas privadas de libertad, y a muchas otras que desde fuera sufren el encierro de sus cercanos. Sin embargo, no quisiéramos que los números nos hagan perder de vista lo esencial, la persona humana, el individuo único e irrepetible que padece en cuerpo y alma la brutalidad del poder punitivo. Aquél que desde su celda solitaria y silenciosa, o hacinada y bulliciosa, siente que la vida que vive no merece ser vivida.

El encarcelamiento masivo es un fenómeno actual. Consiste en el encierro de un enorme número de personas en la prisión por parte de determinados Estados. Se trata de una anomalía sin precedentes en la historia y es, sin duda, “uno de los experimentos históricos más imprevistos y crueles de la era democrática” (Wacquant, 2002b: 44). Lo que produce el encarcelamiento masivo es la diferencia entre el número de personas que entra a la cárcel y el número – mucho menor- que sale de ellas. Mientras mayor sea la diferencia y el tiempo en que ésta se mantenga, mayores serán también los índices o niveles de encarcelamiento.

Las causas inmediatas se encuentran directamente en las legislaciones penales. Por ejemplo, en el amplio catálogo de delitos que se sancionan con penas privativas de libertad, en la larga extensión que tienen dichas penas, en la imposibilidad o dificultad de obtener formas de libertad antes de cumplida la condena, etc. Dentro de estas normas, un papel importantísimo en el encarcelamiento masivo lo desempeñan las leyes procesales que hacen que la justicia penal sea mucho más rápida permitiendo condenas privativas de libertad de manera expedita. En Estados Unidos de forma clara, pero también en otras latitudes, la Guerra contra las Drogas y las leyes que sancionan los delitos vinculados al narcotráfico son la causa directa más importante del aumento del encarcelamiento.

Sin embargo, detrás de estas causas inmediatas hay un contexto más general que primero permite y aprueba, y luego exige y aplaude, el encierro. David Garland entiende que:

el campo actual del control del delito es el resultado de opciones políticas y decisiones administrativas, pero estas opciones y decisiones están radicadas en una nueva estructura de las relaciones sociales y están coloreadas por un nuevo patrón de sensibilidades culturales (Garland, 2005: 39).

Lo esencial en el encarcelamiento masivo es el gran número de personas en prisión. Esta cifra se suele graficar cada cien mil personas. El promedio mundial se estima cercano a 140 presos por cada 100.000 habitantes, es decir, habría 1,4 presos por cada mil. Estados Unidos (paradigma de Estado penal) actualmente cuenta con cerca de 700 presos por cada 100.000 personas, Rusia 468, etc.⁵¹ Europa, sin llegar al elevadísimo nivel de encarcelamiento de Estados Unidos, también ha aumentado el número de presos desde la década de los noventa del siglo pasado.

No debe confundirse encarcelamiento masivo con hacinamiento o sobrepoblación de reclusos en las cárceles, fenómeno este último que no necesariamente se vincula al alto número de presos de un Estado determinado, sino a la presencia de más internos en las prisiones que aquellos para los que ha sido diseñada. Al sobrepoblarse las prisiones, las condiciones de los internos se suelen deteriorar agravando las indignas condiciones en las que viven los presos. Ambas situaciones muchas veces coinciden, pero esto no es siempre así.⁵²

Las ideas que le dan soporte al encarcelamiento masivo no son compatibles con la noción de dignidad humana. El concepto de persona que se deriva de éste es

⁵¹ Datos tomados de: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All

⁵² Si bien no debe confundirse hacinamiento con encarcelamiento masivo, entre ambos conceptos hay una clara relación. Normalmente el mayor encarcelamiento será causa directa del hacinamiento. Como usualmente la construcción de nuevas prisiones no logra mejorar las condiciones de hacinamiento, es posible sostener que el hacinamiento es consecuencia necesaria del encarcelamiento masivo. De esta manera, podemos concluir que el encarcelamiento masivo (que genera hacinamiento) vulnera importantes normas del derecho internacional como: la Resolución 45/111 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre tratamiento de los reclusos; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; etc.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha condenado a diversos Estados por vulnerar normas internacionales por las inhumanas condiciones de sus cárceles. Asimismo, diversas sentencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han señalado que el hacinamiento constituye una vulneración de los derechos fundamentales del recluso.

uno que divide el mundo entre amigos y enemigos, entre nosotros y ellos, entre incluidos y excluidos. Detrás del encarcelamiento masivo está la lógica de la guerra, de la segregación y de la masacre. Conocidos los nefastos efectos que la prisión produce en quien la padece y en sus cercanos, el respaldo a las decisiones políticas que se traducen en el encierro masivo responde a procesos complicados que analizaremos a continuación. Dentro de la complejidad del fenómeno, hay también una banalización y un acostumbramiento al dolor ajeno. Así como ya nadie se sorprende por las escalofriantes cifras de muertes por desnutrición crónica en el mundo, ni por los bombardeos que matan constantemente a víctimas inocentes, ni por los millones de muertos por falta de acceso a los medicamentos, ni por la pobreza extrema en que vive un importante porcentaje de personas del planeta, así también el sufrimiento de los presos con sus inhumanas condiciones parece no sorprender a nadie.⁵³ Esta indiferencia moral, esta banalidad del mal,⁵⁴ es el racismo actual,

entendiendo por racismo una antropología de la desigualdad en función de la cual poblaciones enteras o categorías de personas pueden ser destruidas por ser consideradas humanamente inferiores y privadas de identidad y de la dignidad como personas. El racismo que subyace a esta aceptación y a esta indiferencia es en realidad un mecanismo político de exclusión basado en la negación de la humanidad de categorías enteras de personas (Ferrajoli, 2014: 85).

La crueldad del encierro se encuentra banalizada y normalizada. Ni las muertes en riñas y motines, ni las denuncias de torturas parecen escandalizar a nadie. La

⁵³ El encarcelamiento masivo y las inhumanas condiciones de las prisiones constituyen una forma moderna y aceptada de tortura y, a juicio nuestro, la criminología debiera incluir en su objeto de estudio el encarcelamiento masivo como un crimen de Estado. Wayne Morrison propone y promueve el desarrollo de una criminología global que asuma como objeto de estudio el “delito global” ampliando su horizonte a los crímenes de Estado o a los crímenes de los mercados (Morrison, 2012 y 2014). Hasta ahora tanto el Derecho penal como la criminología tradicional han centrado su estudio en delitos cometidos por particulares sin prestar mayor atención a las grandes masacres. Ante este cómplice silencio surgen voces que reclaman la criminalización de los genocidios, de las guerras de agresión, de los crímenes de Estado, etc. En este sentido, la interpelación de Morrison a la criminología es clara: “¿por qué una disciplina cuyo *logos* es justamente el estudio del crimen solo había vivido persiguiendo al ladrón y a las infracciones menores descuidando justamente a los grandes procesos de victimización y dejando en la total invisibilidad (léase impunidad) a los grandes perpetradores del mal extremo?” (Citado en Rivera, 2014: 7 y 8). ¿Puede la criminología escapar de la prisión del espacio civilizado y alcanzar una imaginación global? (Morrison, 2014: 247).

Asimismo, esta nueva criminología planetaria, que es un capítulo que recién comienza a escribirse, debe decir algo sobre el hambre mundial, la devastación ambiental fruto de un capitalismo salvaje, el mercado financiero sin reglas, las muertes de miles de millones de personas por no tener acceso a medicamentos que salven sus vida, la inhumana condición de las cárceles, etc. Todas estas atrocidades han provocado un daño incomparablemente mayor que el de todos los delitos castigados por el Derecho penal y que la “Criminología mundial” debe incorporar como tema central de su estudio y reconocer a las masacres masivas como crímenes contra la humanidad (Ferrajoli, 2014: 83 y ss.). Sobre este tema véanse: Cabezas, 2014; Ferrajoli, 2014; Rivera, 2014; Morrison, 2012 y 2014; Young, 2011; Christie, 1973.

⁵⁴ La expresión “banalidad del mal” fue acuñada por Hannah Arendt (2003).

fatalidad se entiende como algo natural imposible de combatir y se olvida que es consecuencia de decisiones políticas que mantienen y acrecientan las desigualdades.

El encarcelamiento masivo es hoy en día un rasgo distintivo, quizá uno de los más importantes, del autoritarismo de los Estados. Junto al encarcelamiento masivo, estos Estados extienden la red punitiva mediante la implementación de otras formas de control como: penas en libertad condicional o bajo fianza, monitoreos electrónicos, listados públicos de condenados, etc. Asimismo, los Estados más punitivos aumentan abruptamente los gastos del sector judicial, policial y penitenciario, llegando el propio aparato penal del Estado a ejercer un rol central en la generación de empleos vinculados al control y al cumplimiento de las penas. Como veremos más adelante, el encarcelamiento masivo es el resultado de una política criminal equivocada que provoca más daño social que el que pretende contener. Los principales afectados son los presos y sus entornos familiares. Sin embargo, el encarcelamiento masivo afecta también a los trabajadores penitenciarios y a la sociedad en general (Rivera, 2015: 2).

Si bien el encarcelamiento masivo es un fenómeno global, en ningún Estado se ha presentado como en Estados Unidos. “Desde 1973 hasta la actualidad, su tasa de encarcelamiento incrementó, sin retrocesos, prácticamente cada año” (Zysman, 2012: 279). El crecimiento sin precedentes del número de presos en dicho país no es el resultado de una política punitiva planificada, sino más bien el corolario de decisiones y políticas que convergieron en un entorno social propicio. Este fenómeno, pese a disminuciones en el índice de delitos que se cometen, continúa inertemente con la complicidad de los electores, líderes políticos, jueces, empresas privadas y otros agentes relevantes que contribuyen al aumento del encarcelamiento, sin considerar las nefastas consecuencias sociales y políticas que genera (Iturrialde, 2007: 70-71).

Los perfiles de los prisioneros coinciden en sus generalidades en contextos muy diversos. Se trata principalmente de varones jóvenes, de extracción obrera y con poca instrucción. En Estados Unidos otra importante tendencia del encarcelamiento ha sido la preferencia por el encierro de los jóvenes negros. En dicho país “uno de cada tres hombres negros entre veinte y veintinueve años se halla en la cárcel” (Zaffaroni, 2011: 316).

En este capítulo prestaremos especial atención a la experiencia de Estados Unidos de América, país que en las tres últimas décadas del siglo pasado se convirtió en el más punitivista del mundo. Intentaremos explicar de qué manera se produjo este fenómeno y veremos cómo su punitivismo fue exportado a Europa y Latinoamérica.

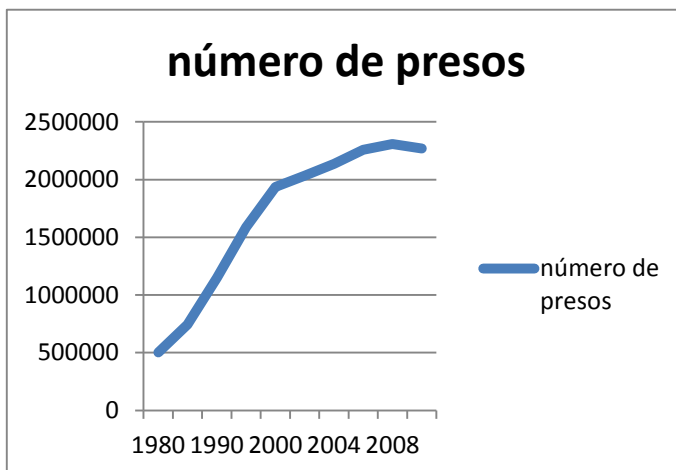
El advenimiento del encarcelamiento masivo y el nacimiento de una retórica punitivista fue un proceso gradual, pero veloz, que fue posible debido a una mutación de las preferencias del público. Al mismo tiempo, el mayor punitivismo fue también causa (no sólo consecuencia) de un giro autoritario de

las opiniones públicas. Este proceso significó una burda simplificación de un problema complicado incentivado por una mentalidad que se oponía a ideas elaboradas y que en su lugar se estimulaba con premisas sencillas y directas con forma de eslogan. La demostración más grosera consiste en la mediática y exitosa campaña de “tolerancia cero” que sólo pudo triunfar en un contexto de desprecio por el delincuente, que reconocía su condición de enemigo haciéndolo desmerecedor de todo tipo de tolerancia.

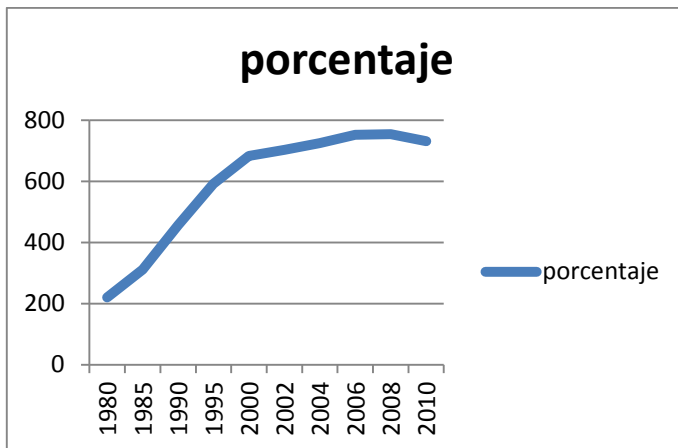
Revisemos a continuación las cifras generales que grafican el aumento sin precedentes del número de presos. El encarcelamiento en Estados Unidos históricamente había sido estable. Entre 1920 y 1970 era aproximadamente de 110 presos por cada 100.000 habitantes, y a partir de los la década del setenta del pasado siglo comienza a dispararse la cifra hasta llegar a los actuales niveles que superan los 700 presos por cada 100.000 personas.

La siguiente tabla y gráficos muestran el aumento del número y porcentaje de presos en los Estados Unidos desde 1980 hasta el año 2010.⁵⁵

1980	503.586	220
1985	744.208	311
1990	1.148.702	457
1995	1.585.586	592
2000	1.937.482	683
2002	2.033.022	703
2004	2.135.335	725
2006	2.258.792	752
2008	2.307.504	755
2010	2.270.142	731



⁵⁵ Datos tomados de Pratt (2006: 221 y ss.) desde 1950 a 1980, y de 1980 a 2010 de: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief>



El aumento del número de presos ha sido posible debido a la construcción de nuevas cárceles. Se argumenta, por parte de los impulsores de esta verdadera industria, que la finalidad de estas nuevas edificaciones es la de poner fin al hacinamiento y a las malas condiciones en la que viven los presos. Sin embargo la experiencia ha demostrado que las nuevas prisiones al poco tiempo reproducen el hacinamiento y la sobrepoblación sin solucionar los problemas que justifican su construcción. En Inglaterra y Gales, entre 1987 y 1997 los gobiernos conservadores patrocinaron el programa más grande de edificación de prisiones que haya existido desde el siglo XIX en respuesta al hacinamiento carcelario (Matthews, 2003: 186). La crítica a dichas medidas llegó de varios sectores. Por una parte Blumstein y Cohen (1973) señalaron que en la medida en que se incrementa la capacidad de las prisiones, éstas se van llenando rápidamente, puesto que al aumentar los espacios carcelarios los jueces recurren con mayor frecuencia al encarcelamiento.⁵⁶ En sentido semejante Mathiesen (1991) plantea que la construcción de prisiones promueve el expansionismo del encarcelamiento, y propone la reducción de los períodos de penas como herramienta eficaz para la reducción de la población carcelaria y del hacinamiento en las prisiones. Confirma esta línea teórica lo acaecido en Holanda que a mediados de la década de 1970 se embarcó en un programa de construcción de nuevas cárceles y la población reclusa aumentó de 2500 en 1975 a más de 12.000 a mediados de la década de 1990 (Matthews, 2003: 200).

El tema de la mayor construcción de cárceles no resulta pacífico y desde sectores progresistas se encuentran tanto argumentos a favor como en contra. Si por una parte la experiencia nos enseña que la construcción de nuevas cárceles más que solucionar el problema del hacinamiento lo mantiene o acrecienta al “estimular” a los jueces a preferir la cárcel por sobre otro tipo de penas,

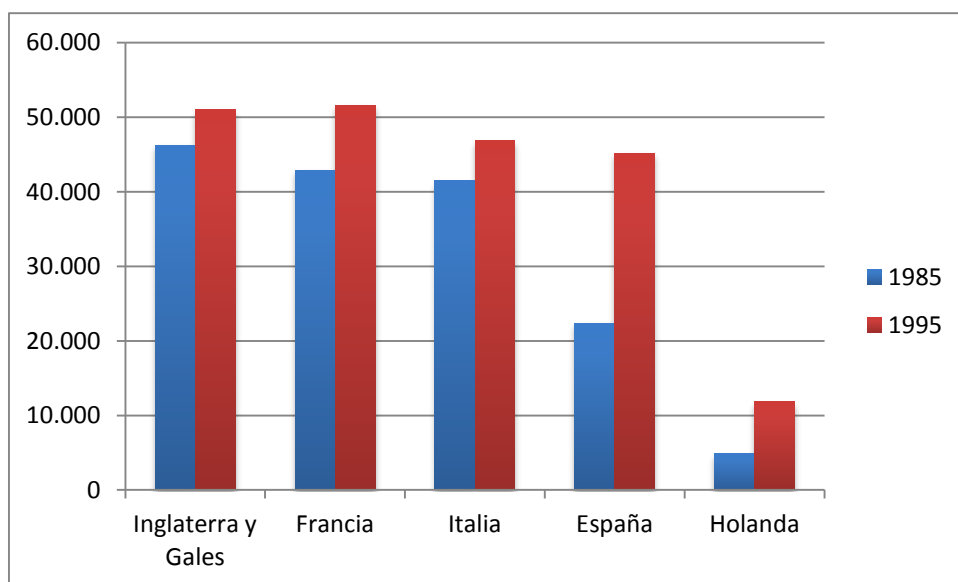
⁵⁶ La denuncia de Blumstein y Cohen podría hacerse también a las políticas impulsadas por los gobiernos social-demócratas del Chile democrático que, so pretexto de mejorar las condiciones carcelarias y disminuir el hacinamiento, construyeron nuevas cárceles, las que se fueron llenando hasta sobrepasar sus capacidades sin solucionar el problema, aumentando sin precedentes el encarcelamiento. En 1990 (año en que terminó formalmente la dictadura militar chilena) en Chile había 22,729 presos, lo que correspondía a 172 por cada 10.000 personas. El año 2000, el número de presos superaba los 33 mil, y había 215 personas presas por cada 10.000 habitantes (datos tomados de: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief>).

tampoco es efectivo que la carencia de plazas disponibles los disuada de la aplicación de las sentencias de prisión. Por ende, la postergación de la construcción de nuevas cárceles también puede perjudicar la vida de los presos aumentando el hacinamiento (Downes, 1988: 193 y 194).

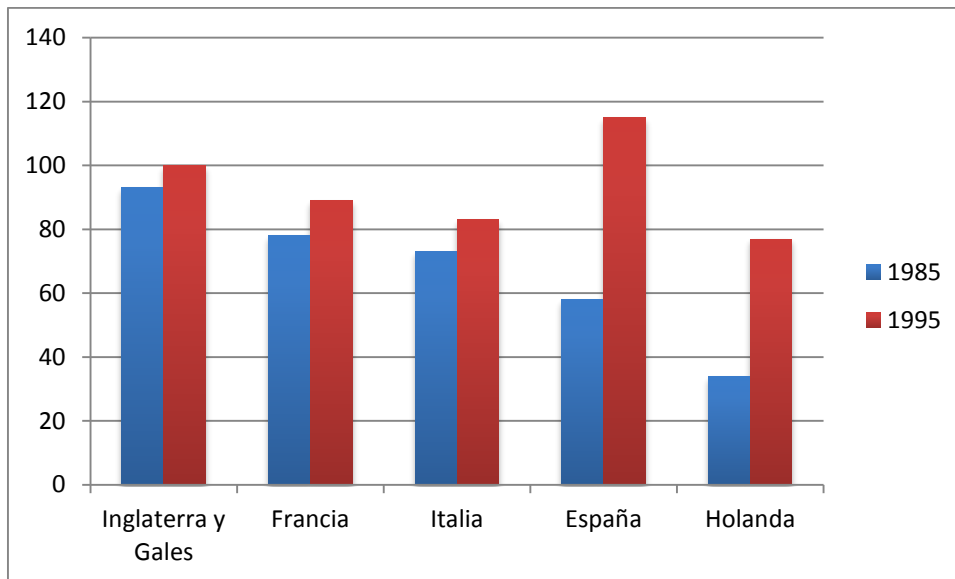
Dado lo anterior, no pensamos que resulte posible sostener que la construcción de nuevas y numerosas cárceles sea causa del encarcelamiento masivo, sí al menos es condición necesaria para el aumento carcelario.

En Europa, aunque las cifras no han llegado a los niveles norteamericanos, el número de presos se acrecentó de manera significativa entre mediados de la década de los ochenta y mediados de la siguiente. La siguiente tabla y gráficos muestran el aumento de la población carcelaria en diversos países europeos entre 1985 y 1995.⁵⁷ En la tabla al lado del número con el total de presos se indica el porcentaje por cada 100.000. El primero gráfico muestra el total de presos y el segundo el porcentaje.

	1985	1995
Inglaterra y Gales	46.278 (93)	51.047 (100)
Francia	42.937 (78)	51.623 (89)
Italia	41.536 (73)	46.908 (83)
España	22.396 (58)	45.198 (115)
Holanda	4.888 (34)	11.886 (77)



⁵⁷ Datos tomados de: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief>.



No siendo posible dividir el estudio de *qué* es lo que ha ocurrido del *cómo* o *por qué* ha ocurrido, no será infrecuente que los contenidos de este capítulo se reiteren en diversos apartados. Por otra parte, toda clasificación o agrupación de series de causas o de fenómenos resulta forzada y escapa a la realidad que se presenta como un todo único y enmarañado. Sin embargo, asumimos los riesgos e intentaremos fraccionar lo que naturalmente está interrelacionado esperando brindar una explicación clara y didáctica a un fenómeno complejo. Para esto, dividiremos este capítulo en seis puntos, cada uno estrechamente vinculado con los otros cinco.

En primer término (punto 1) examinaremos las principales teorías que tratan de explicar *cómo* llegamos al encarcelamiento masivo. Luego estudiaremos sus causas, esperando responder a la pregunta de *por qué* se genera el encarcelamiento masivo. El estudio de las causas lo dividiremos en dos secciones: en primer lugar (punto 2), *el debilitamiento del ideal de rehabilitación*, donde analizaremos las críticas a las doctrinas de la prevención especial positiva provenientes tanto de sectores liberales como conservadores. Luego, y en esta misma sección, para una mejor comprensión de lo acaecido en Estados Unidos repasaremos tres cuestiones esenciales relacionadas con la prisión, a saber: la discrecionalidad en la concesión de la libertad condicional, la indeterminación de las penas y el internamiento como medida preventiva o rehabilitadora.

Como segunda causa, nos centraremos en la *mediatización del crimen y la consecuente rentabilidad electoral de la demagogia vindicativa* (punto 3). En esta sección analizaremos la mutación de la opinión pública en torno a la criminalidad, la reaparición e identificación con la víctima, la criminología del control y su pretendida científicidad. Finalmente, concluiremos este punto con un juicio crítico.

Luego (punto 4) veremos *cómo* opera el encarcelamiento masivo, es decir su *selectividad*, específicamente en lo que dice relación con las teorías que ven en el encarcelamiento masivo un solapamiento y una sustitución del sistema penal respecto al gueto como mecanismo de control racial (Wacquant, 2002b). A continuación analizaremos *por qué* se mantiene el encarcelamiento masivo, tratando de comprender *quiénes se benefician* de un sistema tan inhumano y costoso fomentando su subsistencia (punto 5). Por último, nos detendremos en la *exportación* del encarcelamiento masivo en el mundo, prestando especial atención a lo sucedido en Latinoamérica (punto 6).

1. ¿Cómo se produjo en encarcelamiento masivo? Principales factores, causas y explicaciones del fenómeno.

Diversos análisis tratan de entender qué fue lo que hizo posible el encarcelamiento masivo. Revisaremos los principales autores que examinan este argumento rescatando los aportes de cada uno de ellos sin perder de vista que el encarcelamiento masivo, como respuesta penal actual, no puede ser entendido mono-causalmente. Son innumerables los factores que influyen en el régimen penal que adopta una determinada sociedad. Al mismo tiempo, el propio sistema penal, como parte de la cultura, determina también las sensibilidades que permiten la retroalimentación del mismo sistema.

Pavarini entiende que sobre este fenómeno se han planteado distintas explicaciones: por una parte, se ha sostenido que el aumento de la criminalidad ha significado un crecimiento del encarcelamiento; también se ha planteado que han sido las leyes penales más duras las que más han contribuido al mayor encarcelamiento. Por la otra parte, hay quienes creen que dicho aumento se debe a una mayor severidad por parte de las agencias de criminalidad secundaria. Por último, están también las explicaciones basadas en el paradigma de la construcción social (Pavarini 2006: 143-150).

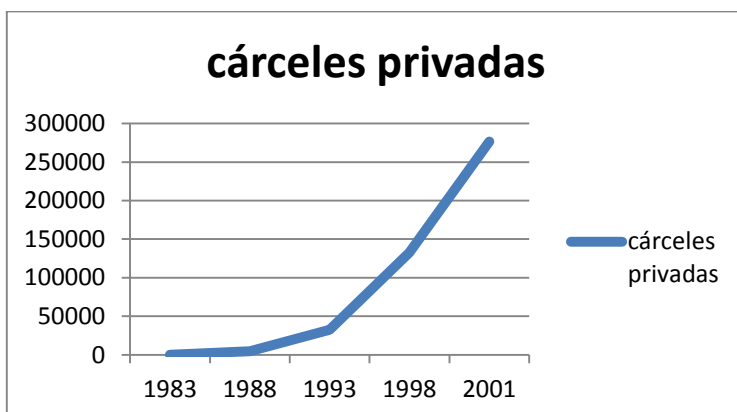
Para Wacquant (2000b: 58 y ss.) las cinco tendencias caracterizan la política penal norteamericana a partir de los años setenta son:

1. *Expansión vertical del sistema.* El hecho de que en quince años Estados Unidos haya triplicado su población penal no tiene precedentes en las sociedades democráticas. Esto resulta aún más sorprendente al comprobar que el incremento del encarcelamiento coincide con un período en el que la criminalidad se mantuvo primero constante y luego incluso descendió.
2. *Extensión horizontal del enrejado penal.* Además del aumento desproporcionado de personas en prisión, se produjo una ampliación de la red punitiva y un incremento de sujetos sometidos al beneficio de la suspensión de la pena (*probation*), en libertad condicional (*parole*) y a otros sistemas de control penal.

3. *Llegada del "big government" carcelario.* Curiosamente, el aumento exorbitante de los costos del encarcelamiento masivo y de la ampliación del aparato penal se dio en una época de vacas flacas para el sector público. La disminución del presupuesto destinado a ayudas sociales, salud y educación pública, etc., coincidió con el alza desmesurada de costos generados por el encarcelamiento masivo. Detrás de estos cambios del destino presupuestario, había una opción política por medio de la cual los gobiernos de Estados Unidos priorizaron construir cárceles para encerrar a sus pobres en lugar de invertir en hospitales, asilos o escuelas.

4. *Renacimiento y prosperidad de la empresa privada de la cárcel.* Estados Unidos agregó a su expansión sin precedentes de las cárceles públicas, desde 1983, las cárceles privadas. La siguiente tabla⁵⁸ y gráfico muestran el aumento de los puestos disponibles en las cárceles privadas en Estados Unidos.

1983	0
1988	4630
1993	32.555
1998	132.572
2001	276.655



El negocio de las cárceles privadas ha resultado ser muy rentable llegando a cotizar en *Wall Street* con óptimos resultados. La construcción de cárceles, además de ser un negocio muy provechoso, se ha transformado en un instrumento importante de planificación territorial. Así, el antiguo rechazo por parte de los vecinos a la construcción de cárceles en sus barrios ha cambiado y hoy, al contrario, son solicitadas puesto que generan trabajos estables.

⁵⁸ Datos en Wacquant (2000b: 66).

Esto no significa que la cárcel sea rentable para el Estado. La prisión nunca ha sido fructífera y siempre ha significado una enorme carga para el Estado (que además paga a las cárceles privadas). Lo que queremos destacar es que para el empresario de las cárceles (que perfectamente puede estar vinculado a coaliciones políticas, financiar campañas electorales, etc.) sí puede representar un negocio rentable.

5. *La política de affirmative action carcelaria.* Cada vez hay más personas afroamericanas en las cárceles norteamericanas. A partir de 1989 constituyen la mayoría de la población reclusa siendo sólo el 12% de la población total. Las probabilidades de pasar al menos un año en la cárcel son de una sobre cuatro para un hombre negro en los Estados Unidos, para un latino la probabilidad es de una sobre seis, y para un blanco de una sobre veintitrés. Esta desproporción racial del encarcelamiento, más que deberse a que los negros delincan más que los blancos es consecuencia de la discriminación de los agentes policiales y judiciales que ejercen mayormente el control sobre la población juvenil negra masculina.⁵⁹

Matthews (2003: 122 y ss.) menciona las siguientes tendencias recientes del encarcelamiento:⁶⁰

1. El cambio en la duración de las sentencias que se traduce en el decrecimiento de las sentencias cortas y el aumento de las sanciones de más de un año.
2. El crecimiento del porcentaje de infractores violentos considerados peligrosos. “La tendencia general en la última década ha mostrado un incremento en la proporción de cumplimiento de condenas por robo, delitos sexuales y de drogas” (2003: 123-124). El resultado ha sido el cambio de la población carcelaria. Dominan condenados a condenas largas.
3. El incremento de la proporción de prisioneros de minorías étnicas. Según datos del *Home Office*, el incremento ha sido superior en las mujeres negras que en los hombres negros.⁶¹
4. El aumento de la reclusión preventiva. Se trata técnicamente de inocentes en prisión.
5. La caída en el uso de la detención inmediata.
6. Mayor empleo de sanciones basadas en servicios a la comunidad.

⁵⁹ Si bien porcentualmente podría argumentarse que los negros delinquen más que los blancos, dicha argumentación adolece del error de comparar cosas esencialmente distintas. El delito, como acto político de poder, siempre recaerá sobre los sectores más vulnerables. Si comparamos población negra y blanca de posición social similar, no se perciben significativas variaciones entre ambos grupos. (vid. Matthews 2003: 277 y ss.)

⁶⁰ Se refiere a Inglaterra y Gales.

⁶¹ Datos del decenio 1984-1994.

Garland (2005) observa con perplejidad los cambios que han sufrido las sociedades norteamericana e inglesa en un período relativamente breve (últimos 30 años). Un rápido acostumbamiento a las cosas hace que hoy a casi nadie le causa extrañeza que en Estados Unidos haya más de dos millones de personas presas, ni que se aplique regularmente la pena de muerte. Para este autor (Garland 2005: 271) el encarcelamiento masivo tiene lugar en una nueva cultura penal de la modernidad tardía. Se trata de una cultura sumamente compleja que se caracteriza por:

- 1- considerar a las altas tasas de delitos como un hecho normal;⁶²
- 2- la inversión emocional en el delito es generalizada e intensa;
- 3- las cuestiones referidas al delito están politizadas;
- 4- la preocupación central por parte de la política de la víctima y la seguridad;
- 5- la justicia penal estatal es visualizada como inadecuada e ineficaz;
- 6- aumento del mercado de la seguridad privada;
- 7- la conciencia del delito se institucionaliza en los medios de comunicación, en la cultura popular y en las ciudades

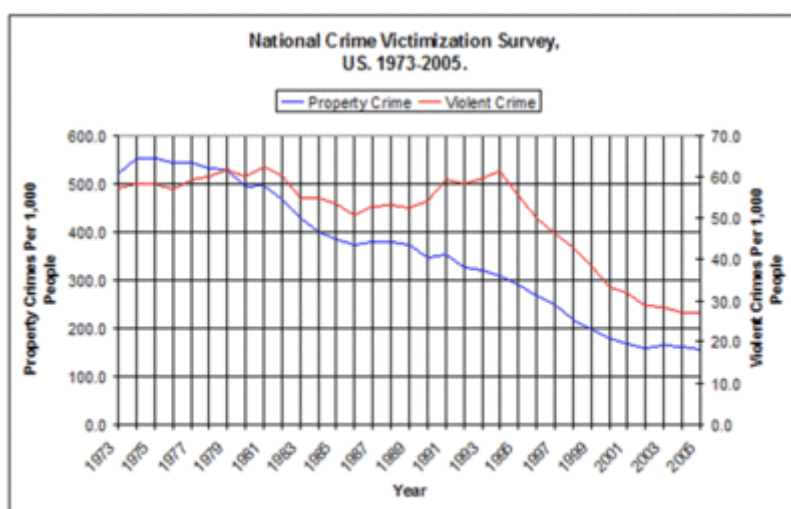
Las causas del encarcelamiento masivo son múltiples. Como en todo fenómeno complejo, debemos rechazar explicaciones simplistas e intentar comprenderlo como una mutación cultural enmarañada que debe ser analizada con cautela y atendiendo a una multiplicidad de factores. En gran medida las causas directas e inmediatas del encarcelamiento masivo se encuentran en modificaciones de las legislaciones. Sin embargo, nosotros nos detendremos principalmente en las causas más generales y sociales que permitieron que se promulgaran las normas que endurecieron el sistema penal.

Siguiendo la línea de Rusche y Kirchheimer (2004) y de Pavarini y Melossi (1977) debemos prestar especial atención a la importancia que juega la estructura económica en la forma y contenido de respuesta penal. La pena de galeras, la cárcel como fábrica, etc., fueron castigos que resultaban sumamente útiles a las necesidades económicas de su época. Con la sustitución de los modelos fordistas por algo distinto -que llamamos postfordismo a falta de un término más preciso- se pasó a un régimen económico que requiere de menos mano de obra y que, como consecuencia, genera enormes masas de desocupados a los que conviene controlar, separar y enjaular. Estas extensas poblaciones ya no resultan económicamente útiles y la cárcel pierde su importancia educativa transformándose sólo en un espacio que debe mantener inocuizados a quienes no pueden aportar al sistema económico imperante. Esta exclusión tiene dos maneras de expresarse: por una parte, con la separación y encierro físico de los penados (que provienen de los sectores marginados de la

⁶² Esto no debe entenderse como un aumento en el número de crímenes, sino con una consideración subjetiva de mayor inseguridad. Recordemos que la inseguridad subjetiva y el miedo al delito pueden no coincidir con la inseguridad objetiva y con el real número de delitos. Si bien el real número de delitos es imposible de conocer, las tasas de victimización, como puede apreciarse en el gráfico adjunto un poco más adelante, no dan cuenta de un aumento de la criminalidad en los años del enorme aumento del encarcelamiento en Estados Unidos.

sociedad); y, por otra parte, con la limitación de derechos para quienes hayan sido catalogados de delincuentes después de haber cumplido su pena. Sobre esto volveremos en el punto 2 cuando hablemos del desmantelamiento del Estado social.

Antes de pasar a revisar las causas del encarcelamiento masivo, es fundamental descartar una *aparente causa*, esto es, el aumento de los delitos. Es de sentido común y parece obvio que el aumento del encarcelamiento sea consecuencia de una mayor criminalidad. Sin embargo no ha podido establecerse una relación directa y causal entre ambas variables. Como se muestra en el gráfico adjunto, entre 1973 y 2005 no ha existido un alza en los crímenes; empero, en dicho veinteno las penas privativas de libertad se dispararon en Estados Unidos.⁶³



(Source: US Department of Justice - Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics. "National Crime Victimization Survey Violent Crime Trends, 1973-2003. www.ojp.usdoj.gov/bjs/gi/ncvs/viortdtab.htm and www.ojp.usdoj.gov/bjs/gi/ncvs/proprtdtab.htm)

Por otra parte, en los Estados que han disminuido sus tasas de encarcelamiento, como Alemania, Austria y Finlandia, no se ha experimentado ninguna incidencia en el nivel de criminalidad.⁶⁴ Al parecer, el nivel de encarcelamiento no guarda relación con el índice de criminalidad, más bien es el resultado de elecciones culturales y políticas (Christie, 1997). Son los gobiernos los que deciden cuánto castigo quieren (Tonry, 2004: 14).⁶⁵ De esta manera, más que un

⁶³ Gráfico tomado de: http://krusekronicle.typepad.com/kruse_kronicle/2008/02/crime-part-1.html#.VPdG_vmG_mY

⁶⁴ Entre los años 1983 y 1997 Alemania disminuyó su tasa de encarcelamiento en un 4%, Austria en un 8% y Finlandia en un 41%. Entre los años 1960 y 1990 los niveles oficiales de delincuencia eran similares entre Estados Unidos, Finlandia y Alemania. Sin embargo, el promedio de encarcelados disminuyó en Finlandia en un 60%, en Alemania se mantuvo relativamente estable y en Estados Unidos se cuadruplicó (Tonry, 2004: 14).

⁶⁵ El encarcelamiento masivo no es consecuencia ni respuesta a un mayor índice de criminalidad, ni tampoco es cierto que sea causa de una disminución de los delitos. Es decir, no existen estudios empíricos que demuestren que más personas presas significa menos delincuencia. En cambio sí existen estudios que apuntan a mostrar una relación en la dirección

aumento de la criminalidad lo que acrecentaría el encarcelamiento sería un cambio de prioridades del gasto público que es consecuencia de decisiones políticas. El abandono de un pretendido Estado social⁶⁶ y su remplazo por un Estado penal, corresponde al paso de un discurso con pretensiones igualitarias de *guerra contra la pobreza* a uno punitivista de *guerra contra el crimen*. Con todo, sólo se trataría de un discurso, pues el mayor encarcelamiento no significó una verdadera guerra contra el crimen, el que, como señalamos, no se ve afectado por un mayor encarcelamiento. Es decir, tal como el índice de criminalidad no es causa del aumento del encarcelamiento, tampoco este último es causa de una disminución de los delitos. Además, quienes llenaron las cárceles norteamericanas no fueron grandes y peligrosos criminales, sino pequeños delincuentes no violentos (Wacquant, 2002b: 34).

Diversos estudios empíricos realizados en distintas sociedades capitalistas demuestran que no es posible determinar un nexo directo entre encarcelamiento y criminalidad. Sí, en cambio, existe una relación comprobable entre deterioro del mercado laboral y aumento de los detenidos (véase Chiricos y Delone, 1994), o entre disparidad de ingresos y encarcelados (Mauer, 2001: 9). Tampoco es posible sostener que a mayor penalidad los delitos disminuyen, puesto que ni de la pena capital ni, menos aún, de la prisión, se han podido demostrar efectos disuasivos, salvo en casos muy específicos e incluso en estos casos los efectos han sido mínimos (Mauer, 2001: 10).

Así, el mayor número de delitos no es causa del mayor encarcelamiento, sino que éste se produce por decisiones políticas precisas como la extensión de la duración de las penas de prisión, puesto que éstas, más que el número de personas que ingresan a prisión, es lo que más determina la magnitud del encarcelamiento. De esta manera, Suecia y Holanda presentan niveles bajos de encarcelamiento en función del promedio generalmente más breve de las penas impuestas y cumplidas (Farrington y Langan, 1992; Lynch, 1988; citados en Matthews, 2003: 193). A una conclusión similar arriban Warren Young y Mark Brown (1993) para quienes reducir el período de las penas es el método para disminuir el tamaño de la población carcelaria. Pero, como venimos señalando, no nos interesan tanto las causas directas (leyes penales y procesales penales),

opuesta, es decir, que el encarcelamiento genera mayor delincuencia de la que previene al desgarrar redes sociales frágiles, destrozando familias y creando una clase permanente de personas no aptas para el mercado laboral. Así, en Estados Unidos la Guerra contra las Drogas es una *causa* principal de pobreza, desempleo crónico, familias rotas y delincuencia (Alexander, 2012: 355).

⁶⁶ Si bien utilizamos las expresiones “Estado social” y “Estado de bienestar”, no por ello creemos que éstos hayan llegado a existir como tales. Conceptos como “Estado de bienestar”, “libertad” o “democracia” pertenecen al mundo de las ideas y, por lo mismo, son irrealizables. Cuando aludimos al Estado social o de bienestar nos referimos a un modelo en el que existía *cierta* seguridad social, en contraposición a posteriores sociedades del riesgo que se caracterizan por la desarticulación del Estado social dando paso a una mayor precariedad y flexibilidad en el mundo del trabajo.

sino el contexto en el que se generan dichas leyes. Mauer (2001) explica el aumento desproporcionado del encarcelamiento en Estados Unidos como el resultado de criterios políticos, la Guerra contra las Drogas y los cambios en el sistema de determinación de las penas (de un sistema indeterminado y flexible a uno más rígido). Este autor, sin defender el indeterminismo, cuestiona la manera en que se implementaron las penas determinadas y en especial las *United States Sentencing Guidelines*, sobre las que volveremos más adelante en este capítulo, número 2, b, ii.

Habiendo repasado someramente en este punto los principales autores que buscan explicar el por qué del encarcelamiento masivo, y tras descartar la aparente causa que entiende que el aumento de los delitos es el principal motivo del alza del número de presos, nos centraremos en el análisis de dos causas o grupos de causas que consideramos fundamentales, a saber:

-El debilitamiento del ideal de resocialización y el auge de las teorías del merecimiento.

-La mediatización del crimen y la consecuente rentabilidad electoral del populismo punitivo⁶⁷ o de la demagogia vindicativa.⁶⁸

Elegimos centrarnos en estos dos grupos de causas porque engloban diferentes fenómenos que, a juicio nuestro, comprenden los motivos principales del encarcelamiento masivo, norteamericano primero, y luego también europeo y latinoamericano. Si lo que determina el aumento del encarcelamiento es la diferencia entre el mayor número de personas que ingresan en prisión y el menor egreso de internos de las prisiones, estos dos grupos de causas se conectan con ambos flujos al fomentar tanto el mayor ingreso como el menor egreso. El debilitamiento del ideal rehabilitador tiene una especial importancia en el *cierre de la válvula* que permite las liberaciones anticipadas de los internos.

⁶⁷ Si bien la expresión *populismo punitivo* o *punitividad populista* (Bottoms, 1995) es un poco imprecisa y equívoca, la utilizaremos porque de manera sencilla enuncia una idea fundamental vinculada al encarcelamiento masivo. Para nosotros, la expresión *populismo* no tiene necesariamente una connotación peyorativa, puesto que en muchos aspectos si no fuera por algunos populismos latinoamericanos (que nuestras derechas repudian) estaríamos en los tiempos de las repúblicas oligárquicas de comienzos del siglo pasado.

⁶⁸ Para Wacquant (2002b: 37 y ss.) hay tres distintas series de causas del encarcelamiento masivo norteamericano: a) el cambio del sistema judicial legal vinculado al declive del ideal de rehabilitación; b) la mutación del uso político-mediático de la criminalidad; y, c) el solapamiento y la sustitución del sistema penal respecto al gueto como mecanismo de control racial. También según Jonathan Simon (2001: 15) habría tres grupos de causas: a) cambios en la cultura política que han hecho del miedo al crimen un asunto prioritario para la política, b) la guerra a las drogas y c) la creciente integración de las agencias de justicia criminal en un sistema más transparente e interactivo que ha introducido un fuerte elemento de reflexividad en el sistema, el que a su vez produce fuertes presiones internas para el crecimiento del sistema penal.

El populismo, por su parte, se manifiesta en penas más duras dando lugar a penas privativas de libertad cada vez más largas.

Excluimos las causas directas, como las legislaciones anti-drogas, para centrarnos en el contexto en que se crean leyes y procesos que permiten el encierro masivo. Tampoco estudiaremos como causa lo que Wacquant considera el “solapamiento y la sustitución del sistema penal respecto al gueto como mecanismo de control racial”, puesto que preferimos analizar el componente racista del encarcelamiento masivo dentro de la selectividad (el *cómo*) con que opera el sistema penal.

2. El debilitamiento del ideal de resocialización y el auge de las teorías del merecimiento (primera causa).

Ante todo, creemos que el debilitamiento del ideal de resocialización debe analizarse circunscrito a un cambio más general, cual es, la disminución del Estado social de bienestar y la glorificación del Estado penal. Esta mutación viene de la mano con la adopción de regímenes neoliberales, en el sentido que es frecuente –y no mera coincidencia- que la desregulación social, el incremento de la precariedad salarial y de la desestabilidad laboral vayan de la mano con el auge del Estado punitivo o autoritario (Wacquant, 2000b):

La “mano invisible” del mercado de trabajo precarizado encuentra su propio complemento institucional en el “puño de hierro” del Estado que reformula la propia operatividad para *suprimir los desórdenes generados por la difusión de la incertidumbre social* (Wacquant, 2000b: 122).

El “modelo” neoliberal que profesa la desregulación económica, genera una sobrerregulación penal. Las consecuencias creadas por el desmantelamiento del Estado social, principalmente la inseguridad material en las clases más bajas, produce la sobreinversión carcelaria como instrumento de opresión y de control social.⁶⁹

Garland (1999 y 2005) se preocupa de evidenciar los vínculos del sistema penal con las otras estructuras y relaciones sociales. Para este autor el sistema penal propio del Estado de bienestar sería un complejo que denominó *penal welfare context* y que, imitando la traducción de *La Cultura del control*, denominaremos

⁶⁹ Un análisis sobre el desmantelamiento actual del Estado social en Europa puede verse en Silveira (2014). Para este autor “[l]as políticas de austeridad y los recortes en las políticas sociales están abriendo una brecha inmensa entre los ciudadanos y el sistema político. Este ha dejado de responder a las necesidades de las personas y al interés común de todos para convertirse en una casta de políticos que defienden los intereses de unos pocos” (2014: 99). Afirma Silveira que la democracia está en peligro y que las políticas neoliberales, especialmente en los países europeos del sur (Grecia, Italia, España y Portugal), están poniendo en jaque el funcionamiento y la legitimidad de las propias instituciones democráticas de estos países (2014: 101).

welfarismo a falta de una mejor expresión en castellano. Este Estado social o asistencialista no ve en el delito una amoralidad del autor, sino una manifestación de un problema social que sería resultado de una sociedad industrial, clasista y desigual (1999). Este sistema de castigos welfarista busca más que reprochar el actuar individual de quien perpetra un delito, la corrección del delincuente, entregándole herramientas tendientes a reinsertarlo socialmente. Garland considera que, para el welfarismo, el objetivo primordial de la pena sería la corrección individual o resocialización de los infractores. La idea misma de resocialización encierra la de tratamiento, la que con el avance del siglo XX va adquiriendo mayor científicidad y contribuye a desarrollar un lenguaje penal. “Es el caso de los *reformatorios*, institutos y asociaciones *correccionales*, *terapias*, *terapeutas* y *guardianes de prisión*” (Zysman, 2012: 231). Tanto el ideal rehabilitador, como su necesaria consecuencia de penas indeterminadas, tuvieron gran extensión y fuerza en Estados Unidos, no así en Europa continental (Zysman, 2013: 285). El welfarismo creía que la resocialización de los criminales, además de ayudar a los propios condenados, constituía un método eficiente para prevenir futuros delitos.

Aunque parece que Garland sugiere lo contrario, nosotros no creemos que con anterioridad a la irrupción del neoliberalismo haya existido en Estados Unidos un Estado social.⁷⁰ A lo sumo podemos hablar de un semi-Estado social que fue desapareciendo para transformarse en un Estado policial que optó por criminalizar la pobreza y encerrar, según criterios de selección sociales y raciales, a los grupos más vulnerables. Tampoco creemos que haya una correspondencia exacta entre menor Estado social y mayor Estado penal, ni que necesariamente las sociedades mientras más adecuen sus políticas a modelos neoliberales serán más punitivas, puesto que el punitivismo y el encarcelamiento masivo pueden responder a causas muy diversas. Sólo así puede entenderse que dentro de los países con mayor encarcelamiento en el continente americano se encuentren Estados Unidos y Cuba. Las causas del mayor encarcelamiento pueden responder a políticas totalitarias o autoritarias de regímenes con estas características, o bien pueden ser impulsadas en democracias por medio de un populismo punitivo por parte de los legisladores. Simplemente lo que estamos afirmando es que no es infrecuente, ni tampoco es mera coincidencia, que el retroceso de los Estados o semi-Estados de bienestar sea compensado por un mayor punitivismo.⁷¹ Sin embargo este trasvasije no es

⁷⁰ Rivera, parafraseando a Pavarini, piensa que la idea misma de Estado de bienestar, particularmente la de *welfarismo penal*, puede tal vez constatarse *in the books*, pero no *in the facts*, puesto que la vida real de los internos siempre ha estado muy lejos de un verdadero asistencialismo y resulta hasta insultante mencionar un supuesto asistencialismo (2012: 16).

⁷¹ Beckett y Western (2001: 39) tras comparar los diversos Estados de Estados Unidos concluyen que hay una relación negativa, en términos generales, entre welfarismo y encarcelamiento.

exacto ni inmediato. El paso que se ha repetido en diversas latitudes del desmantelamiento de los Estados sociales ha traído como consecuencia una mayor criminalización como respuesta preponderante a nuevas formas de miseria, pobreza y marginalidad. El mismo Estado que primero daba una relativa seguridad social, salarial, médica, etc., cambia y se propone, generalmente sin mucho éxito, ser garante de la seguridad física de las personas.

El paso de una producción industrial basada en los principios fordistas hacia formas de acumulación más flexibles trajo una caída general de las manufacturas, desempleo masivo e inseguridad laboral (Matthews 2003: 312). El cambio del sistema fordista al post-fordista corresponde al de una economía basada en la producción de bienes a otra que ofrece y produce principalmente servicios. Si bien el sistema fordista da lugar a la explotación, el postfordista significa el aumento del desempleo y de la marginalidad y, como observa con un poco de ironía John A. Powell, “hasta cierto punto, en realidad es mejor ser explotado que marginalizado, porque si te explotan, probablemente te necesitan todavía” (citado en Alexander, 2012: 330). Estas nuevas sociedades con amplias masas humanas marginadas -de educación, de cultura y de los valores de los que están *dentro*- buscarán la tranquilidad de los incluidos controlando, segregando, inocuizando y encerrando a los marginales. La relación explotador-explotado muta en una no-relación incluidos excluidos (Zaffaroni, 2007b).

Este nuevo Estado se caracteriza por aumentar la flexibilidad laboral, es decir, una menor estabilidad para los trabajadores, y por el incremento de la privatización en diversas áreas. Con este desmoronamiento del Estado de bienestar y la pérdida de seguridad laboral nace una nueva pobreza constituida por el desempleo masivo y por amplios sectores que oscilan entre la precariedad laboral y el trabajo ilegal (muchas veces constitutivo de delito). Con la pérdida de la estabilidad se eleva la inseguridad y el riesgo cobra un papel primordial en esta nueva sociedad. El “riesgo” ya no será erradicable y, por ende, habrá que buscar mecanismos de gestión que minimicen o distribuyan sus efectos (Rivera y Nicolás, 230: 2005). Esta gestión del riesgo basada en el cálculo actuarial pretende ser neutra. En este nuevo paradigma surge también una nueva criminología, de carácter actuarial, que ya no se preguntará por las causas del delito, sino que lisa y llanamente intentará gestionar la criminalidad con técnicas actuariales. Dicha tendencia, según Bernard E. Harcourt, se caracterizaría por:

el uso de métodos estadísticos, en vez de clínicos, consistentes en amplias bases de datos, para determinar los diferentes niveles e actuación criminal relacionados con uno o más rasgos grupales, a los efectos (1) de predecir la conducta criminal pasada, presente o futura, y (2) de administrar una solución político criminal (citado en Brandariz, 2014: 110 y 111).

El desmantelamiento del Estado social y el aumento del punitivismo se vinculan igualmente a la emergencia de una nueva industria del control del

delito (Christie, 1993) y a la caída del Estado soberano como controlador exclusivo del delito (Garland, 1999, 2001 y 2005).

Es en el contexto de una transición desde una sociedad que otorgaba cierta estabilidad laboral y que fomentaba políticas sociales asistencialistas hacia una nueva cultura de inseguridad social y laboral, donde se abandona el ideal de la rehabilitación dando paso a formas punitivas que son expresión de un discurso que pierde prácticamente todo interés por el condenado y que centra su atención en la seguridad de los no-delincuentes.

Con la adopción de políticas económicas neoliberales desaparece todo atisbo de Estado benefactor, aumenta la producción de miseria y, como contrapartida, se incrementa el Estado penal. Del mismo modo, con la crisis del Estado de bienestar se produce una caída del “constitucionalismo social”, con una consecuente disminución o desaparición de varias garantías procesal-penales, irrumpiendo un sistema penal de orientación meramente incapacitador, devolviendo a la pena el rostro de crueldad (Rivera, 2005: 11).

John Pratt (2006: 234) entiende que el racionalismo económico fue uno de los rasgos importantes del neoliberalismo y que cumplió un destacado rol en el desarrollo penal llevando adelante un mayor racionalismo burocrático que ayudó a solidificar y estabilizar el marco penal existente.

Esta nueva criminología del *actuarialismo* pretende mitigar los riesgos del delito a través de un sistema penal de control de los comportamientos de diversos grupos poblaciones. Es fruto de una visión neoconservadora que desprecia las políticas welfaristas por considerarlas un fomento a la dependencia de las personas por parte del Estado, lo que aumenta el gasto público y obstaculiza la productividad del sector privado.

En el ámbito penal, se deja de lado la idea de una corresponsabilidad social en la gestación del delito (co-culpabilidad), para centrarse primordialmente en la culpa individual. Ahora la prevención (real o ideal) ya no buscará la transformación del infractor, sino que se concentrará en hacer menos “rentable” el delito para su autor, al que se supone capaz de una elección racional. Detrás de la criminología actuarial está la idea de un análisis económico del delito donde predominan conceptos económicos básicos como racionalidad, maximización, costo-beneficio y eficiencia a la hora de combatir la actividad criminal, etc. (Roemer, 2002: 495). Sobre esto volveremos más adelante en el punto 3, apartado iii, cuando hablemos de la criminología del control.

Esta criminología actuarial tiene una profunda fe en su capacidad para predecir la criminalidad, con especial atención a los grupos que generan mayor peligrosidad (que normalmente coinciden con los sectores más precarios y desvalidos). Primeramente, esta criminología actuarial, identificará y clasificará a los grupos peligrosos, para luego vigilar y controlar sus comportamientos buscando disminuir los riesgos. “La categoría de riesgo se superpone a la clase

social, siendo las poblaciones de riesgo los habitantes de los territorios de la exclusión” (Rivera y Nicolás, 2005: 239).

En concreto, junto con la desaparición del Estado de bienestar o welfarista, se desmantela el ideal de rehabilitación, dando lugar a una penalidad difícil de justificar. Por una parte, no se abandona la idea de la prevención, pero la prevención ya no tendrá tanto que ver con el tratamiento como con el control y los obstáculos para potenciales infractores.

Se suele sostener, sin tanto rigor, que el abandono de la rehabilitación habría sido sustituido por una penalidad retributiva. Más allá del cuestionamiento de que se haya implementado un sistema basado en la retribución, conviene recordar que la simple adopción de una determinada teoría sobre el fin de la pena no significa necesariamente un aumento o una disminución del punitivismo. En este sentido discrepamos con aquellos análisis que entienden que el abandono de las teorías rehabilitadoras significa necesariamente el aumento de las condenas, y que la adopción de las teorías del merecimiento (retributivas) se traduce necesariamente en condenas más severas. Que esto haya ocurrido en Estados Unidos no significa que sea necesariamente así. No olvidemos que una de las virtudes de las teorías retributivas o del merecimiento es que éstas fijan un límite que viene dado por la reprochabilidad a la hora de determinar la pena. Por ende, bien puede la retribución estipular penas menos punitivas que la prevención. Esto tampoco significa afirmar que la retribución signifique un sistema menos punitivo. También conviene precisar que las reformas penales en Estados Unidos cambiaron el paradigma de la rehabilitación y sus penas indeterminadas por penas determinadas según directrices que pretendían cierta uniformidad. Con todo, estas reformas no tienen una clara justificación filosófico-jurídico-penal. Al parecer la fundamentación del castigo ha perdido relevancia, por ende, no resulta correcto calificar a este nuevo sistema de retributivo, sólo porque abandona un sistema preventivo.

Garland (1999 y 2007) entiende que lo que ocurrió en Estados Unidos a partir de los años setenta del siglo pasado fue un abandono de ciertas estrategias e instituciones de control del delito vinculados a un Estado de bienestar o de beneficencia social que Garland llamó “complejo penal-welfare”. Dicho Estado de bienestar o welfarista se habría caracterizado por intervenciones basadas en la prevención especial, especialmente en las teorías de la rehabilitación y correccionalistas, con la existencia de diversos programas de tratamientos para los condenados. Lo que se buscaba entonces con la pena era la rehabilitación de los condenados, y la mayoría de los operadores del sistema penal eran considerados especialistas en las políticas rehabilitadoras.

Como habíamos anticipado en el capítulo anterior, las doctrinas de la prevención especial, y en particular aquéllas tendientes a la reinserción o rehabilitación de los condenados, propugnan condenas indeterminadas, toda vez que la pena entendida como *tratamiento* debe cesar cuando el penado haya

sido rehabilitado, momento difícil de determinar en el momento mismo de una sentencia condenatoria. En este sentido, las condenas basadas en ideales correccionalistas o rehabilitadores se caracterizan por su indeterminación y por la posibilidad de una liberación anticipada que depende de los operadores que evaluaban la idoneidad de las medidas alternativas a la prisión.

En los años del welfarismo, que ubicaremos temporalmente más o menos desde la década del veinte hasta los años setenta de la pasada centuria, existía cierta confianza en que las condenas podían ser útiles en la lucha contra la delincuencia (no contra el delincuente) y generar un beneficio social. Se sostenía que con el tratamiento se beneficiaba tanto a la sociedad en general como al delincuente, al que se le daba herramientas tendientes a su resocialización. Lo que había en el fondo del welfarismo era una confianza enorme en los operadores del sistema penal a quienes se consideraba especialistas en políticas tendientes a la rehabilitación de los condenados. Por lo mismo, dichos operadores tenían amplísimas facultades para determinar el tipo de condenas, clasificar a los presos, evaluar la posibilidad de una liberación anticipada, ver la necesidad de una supervisión más o menos intensa, etc. La opinión de los operadores expertos del sistema penal llegaba a ser más decisiva que la autoridad judicial. El tipo de condena y beneficios de los condenados estaba en manos de funcionarios del *probation*,⁷² trabajadores sociales, psicólogos, psiquiatras, especialistas en el cuidado de niños, educadores y reformadores sociales, etc. (Garland, 2005: 83 y 84).

La influencia de los expertos profesionales, más que limitarse a evaluar a los condenados e implementar diversas modalidades de penas en libertad, llegaba incluso a la elaboración misma de las políticas criminales públicas de acuerdo con sus conocimientos científicos, lejos del debate público y sin mayor cobertura por parte de los medios de comunicación. En el contexto del welfarismo primaba la opinión de aquellos sectores liberales que entendían que *el castigo era menos útil que el tratamiento; que la prisión era contraproducente y que la pena de muerte era irracional*, contra la opinión conservadora que se refería al poder disuasivo de las condenas duras y a la necesidad de penas privativas de libertad más prolongadas y de la pena de muerte (Garland, 2005: 86).

Este Estado de bienestar y las pretensiones de rehabilitar a los delincuentes se basaban en un discurso conecedor de las desigualdades sociales que entendía que las verdaderas causas de la delincuencia se encontraban en un contexto social, especialmente en las carencias que sufrían los sectores más vulnerables. Esta imagen crítica no era, en absoluto, monopolio de los operadores del sistema penal y se hallaba presente en diversas manifestaciones culturales de las que el arte no estuvo ajeno. Así, en los años treinta del siglo XX, el cine de Jean Renoir mostró sin tapujos los *bajos fondos* abriendo camino al neorrealismo

⁷² Para nosotros *libertad condicional*. Tiene lugar cuando a un condenado se le permite cumplir su pena en libertad en condiciones determinadas.

italiano que, en la siguiente década, reveló como nunca antes la estrechísima relación entre marginalidad y transgresión, adelantando la noción de corresponsabilidad social en la producción de delitos y de delincuentes. Luego, las influencias del neorrealismo italiano⁷³ se dejaron caer en el cine latinoamericano y, basadas en esta denuncia de sociedades desiguales que generan el delito, el llamado a los modelos rehabilitadores es evidente en filmes como *Los Olvidados*, de Buñuel (México, 1950), *Valparaíso, mi amor*, de Aldo Francia (Chile, 1969), etc. Si bien antes que en el cine las denuncias ya se encontraban en distintos movimientos o corrientes realistas de la literatura, nuestra alusión directa al cine la hacemos entendiendo que su fuerza tiene mayor influencia en momentos en que la imagen reemplaza a la lectura en la formación de la subjetividad.

a) Críticas a la rehabilitación (de izquierdas y de derechas)

Obviamente este desmantelamiento del ideal de rehabilitación no vino de la nada. Las políticas penales que buscaban la rehabilitación o resocialización siempre tuvieron detractores.

Para Rotman las críticas al ideal resocializados se basan en cuatro categorías:

- (1) Abusos perpetrados en nombre de la resocialización, sustentados en terapias intrusivas o en encarcelamiento excesivamente prolongado bajo una determinación de la pena discrecional basada en consideraciones resocializadoras, (2) demandas de castigos más severos, (3) teoría sociológica e investigación; y (4) la alegada falta de efectividad de los programas resocializadores (citado en Zisman, 2012: 237).

Los sectores más conservadores y reaccionarios constantemente plantearon que la cárcel debía cumplir la función de castigar y no de rehabilitar, puesto que si en nuestra sociedad existen sujetos honestos e inocentes, por una parte, y malvados y deshonestos, por otra, la prisión debía servir para proteger a los primeros de los segundos, encerrando a estos últimos dentro de cuatro paredes por el mayor tiempo posible (Wilson, 1983). Con la llegada al poder de Margaret Thatcher⁷⁴ en el Reino Unido (1979) y de Ronald Reagan (1981) en los Estados Unidos se produjo un decisivo viraje que desarticuló el Estado intervencionista y las políticas welfaristas, dando paso a una legislación criminal más dura alejada de ideas correccionalistas. Estas corrientes conservadoras (realismo de derechas), críticas al ideal de rehabilitación, se identifican con la idea de “ley y orden” y con la “criminología del otro”. Si bien estas críticas conservadoras difieren en varios aspectos, lo central en ellas es el desprecio por los delincuentes considerados esencialmente distintos y

⁷³ Este argumento lo desarrollamos anteriormente en “El neorrealismo Italiano y la culpabilidad” en Cuneo (2010).

⁷⁴ Thatcher, tras ser elegida, encabezó una campaña para reintroducir la pena de muerte y endurecer las sanciones penales.

pertenecientes a las clases bajas, la necesidad de proteger a la víctima y a la sociedad, y la consideración de los delitos callejeros violentos como los únicos delitos importantes (Zysman, 2005: 260).

A partir de los años sesenta surgen también críticas de sectores más progresistas o de izquierdas. Éstas se encuentran basadas en la ineficacia de los tratamientos que pretendían la reinserción de los condenados y que terminaban prestando legitimidad a la cárcel, que como *institución total* –sostienen– sólo produce efectos nefastos en quien la sufre. Asimismo, entendían las críticas progresistas, las penas indeterminadas encubren un sistema de injusticia total que castiga más duramente a los sectores más vulnerables de la sociedad, especialmente a los pobres y a los negros. Lo que esta crítica buscaba era limitar la discrecionalidad y denunciar la hipocresía que envuelve el paradigma “correcional” (Wacquant, 2002b: 38). Frankel, por su parte, “consideraba que la aplicación de la pena indeterminada era cruel y arbitraria, y que no podía coexistir con los principios constitucionales del debido proceso legal estadounidense” (citado en Zysman, 2013: 91).

Cohen (1977) entendía que las doctrinas del tratamiento del welfarismo patologizaban excesivamente al delincuente alentando diversas intervenciones sumamente intrusivas cuyos efectos, más que la reducción de la prisión, eran la de una amplificación de la red punitiva, es decir, un aumento del control penal que ya no sólo se limitaba a las penas privativas de libertad, sino que también a un complejo de intromisiones en la vida de los condenados.

La reprobación del “ideal de rehabilitación” comenzó rápidamente a expandirse en los circuitos académicos norteamericanos, esencialmente porque la propia fundamentación de la rehabilitación evidenciaba una contrariedad insalvable, ya que:

[s]i el delito es un problema social [...] entonces estas respuestas individualizadas y correccionalistas inevitablemente fracasarían en el intento de llegar a sus causas profundas. Intervienen después de que el daño se produjo, respondiendo a consecuencias más que a causas, focalizándose en individuos ya constituidos (y a menudo incorregibles), más que en los procesos sociales que ya están produciendo la próxima generación. El welfarismo penal, localizado dentro de la justicia penal estatal, estaba estructurado de un modo autolimitante que aseguraba su propia derrota (Garland, 2005: 89).

Francis Allen (1981) nos advierte que desde la década de 1970 se estaba promoviendo un sorprendente debilitamiento del ideal rehabilitador. En concreto, las penas que buscaban la reforma del delincuente comenzaron a perder fuerza con la comprobación de la inexistencia de dicha enmienda. Esta reprobación que siempre estuvo presente en los círculos más reaccionarios adquirió fuerza en el mundo académico por las críticas progresistas y liberales, y luego dicha crítica se capitalizó por los grupos más retrógrados que comenzaron a promover la sustitución del ideal rehabilitador por una mayor

punitividad, discurso que llegó a la opinión pública, la que mutó sus preferencias pro-rehabilitadoras por otras pro-castigo.

La rehabilitación había sido el soporte estructural central del campo, la piedra basal de un arco de prácticas e ideologías que se sostenían recíprocamente. Cuando se vino abajo la fe en este ideal, comenzó a deshacerse todo el tejido de supuestos, valores y prácticas sobre los que se había construido la penalidad moderna (Garland, 2005: 42).

Dentro de esta corriente crítica, en 1971 el *American Friends Service Committee* publicó un trabajo titulado *Lucha por la justicia* condenando el modelo del tratamiento por considerarlo “teóricamente inconsistente, sistemáticamente discriminatorio en su aplicación e incompatible con algunos de nuestros conceptos más básicos de justicia” (1971: 12). En lo medular, dicho informe sostenía que la discrecionalidad del tratamiento individualizado desfavorecía a los más vulnerables, fomentando, legitimando y reforzando un sistema clasista y racista que encerraba y castigaba a los pobres, a los negros y a las minorías étnicas. Además, la dureza del castigo se legitimaba con un discurso con apariencia altruista. Lo que el informe propiciaba era el fin de las penas indeterminadas y de la discrecionalidad, la reducción de los castigos y el reconocimiento del preso como sujeto de derechos.

El desprestigio del ideal de rehabilitación y del correccionalismo no se limitó al discurso crítico por parte de criminólogos y tuvo importantes manifestaciones en el cine y en la literatura. Claro ejemplo de esto se encuentra en *La Naranja Mecánica*, escrita por Anthony Burgess en 1962 y llevada al cine en 1971 por Stanley Kubrick. Tanto la novela como el film denuncian sin tapujos lo inhumano que puede llegar a ser el tratamiento rehabilitador, y no se trata de una denuncia nacida de la imaginación de Burgess o Kubrick. Rotman describe el uso de electro-choques en terapias destinadas a abusadores de niños, mientras se les exhibían fotografías de infantes sin ropa (citado en Zysman, 2012: 245).

Mención especial merece el polémico artículo de 1974 de Robert Martinson titulado *What Works? Questions and Answers About Prison Reform* que analizaba los resultados de diversos programas de tratamiento en cuyas conclusiones se señalaba: con pocas y aisladas excepciones, los esfuerzos rehabilitadores que han sido reportados hasta aquí, no han tenido efecto apreciable en la reiteración delictiva (Martinson, 1974).

Martinson ya en 1974 era un criminólogo prestigioso y su vinculación con las prisiones no era sólo de tipo científico, puesto que en su juventud mientras participaba en actividades en defensa de los derechos civiles fue detenido y encarcelado por cuarenta días en una unidad de máxima seguridad en Mississippi. Seguramente este conocimiento de la prisión por dentro (la prisión real) fue uno de los motivos que lo llevó a desconfiar de las múltiples funciones que se le asignan a la misma por parte de quienes pretendían darle un soporte teórico o una función resocializadora (la prisión de los libros).

La publicación de *What Works...* estremeció a la criminología de entonces, y Martinson fue identificado con el artículo, olvidando su obra pasada y restringiéndose su producción futura (Zysman, 2012: 254). El impacto de *Whats Works...* se centró en la demostración (verificable empíricamente) del fracaso de los programas rehabilitadores. El artículo analizaba principalmente la reincidencia de los condenados como reflejo del incumplimiento del objetivo resocializador de los programas de tratamiento. Las conclusiones devastadoras hicieron perder sustento a la justificación de las prácticas correccionalistas.

Si bien el propio Martinson en *Whats Works* señala que no se deben abandonar todos los tratamientos, sino sólo los que no funcionen, ni que su crítica podía entenderse como la necesidad de modificar los tratamientos en pos de una mejoría de los mismos, nada pudo cambiar la opinión generalizada que entendió simplemente que ningún tratamiento funcionaba (*Nothing Works*). Martinson, sin quererlo, sirvió de justificación a corrientes que eran completamente contrarias a la del propio autor.

Trabajos posteriores de Martinson intentaron en vano explicar el justo alcance de su artículo. *Nothing Works* fue el eslogan que simbolizó la crítica más contundente al ideal resocializador. El artículo de Martinson trascendió al ámbito científico y fue comentado en diversas publicaciones de actualidad e incluso fue entrevistado en un programa de noticias de la cadena CBS. Si bien la idea de Martinson era cuestionar la prisión, el efecto *Nothing Works* se extendió principalmente a otras medidas correccionales que podían servir de sustitutas a la cárcel. Así, *Whats Works* fue malentendido como una crítica a penas distintas de la prisión y terminó, contra la voluntad del autor, sirviendo de apoyo a quienes esperaban mayores índices de encarcelamiento.

La distorsión del artículo, entendemos, viene en parte dada porque si bien se trataba de un trabajo científico, que pretendía tener acogida especialmente en el mundo académico y entre especialistas de criminología, éste se masificó y su difusión no significó tanto su lectura completa como la aceptación de la premisa *nada funciona* como verdad indubitada. Sólo así podemos comprender que lo planteado por Martinson haya sido aplaudido por las corrientes conservadoras que buscaban aumentar la punitividad. En términos demasiado sencillos (y quizá no muy precisos) podemos sostener que Martinson, al criticar el sistema correccionalista, lo que buscaba era quitarle legitimidad a las penas travestidas de tratamientos y así contribuir a la disminución (e incluso eliminación) de las prisiones. Sin embargo, su artículo se mal-entendió (en muchos casos intencionadamente) y la crítica a la reinserción se interpretó como la necesidad de terminar con este régimen y sustituir la fundamentación rehabilitadora por un punitivismo más duro.

[Martinson] jamás hubiese esperado que la derecha de los Estados Unidos utilizase aquellas conclusiones con fines punitivos. Recordemos que el trabajo de Martinson fue esgrimido, incluso, para sustentar la necesidad de la pena de muerte en una sociedad en la cual la resocialización era un mito desacreditado científicamente (Zysman, 2012: 259).

En 1979 Martinson en un nuevo artículo que esperaba relativizar la valoración del *Nothing Works* sostuvo:

Contrariamente a mi posición previa, algunos programas de tratamiento tienen un efecto apreciable en la reiteración delictiva [...] Algunos programas son en verdad benéficos. Nueva evidencia de nuestro estudio actual me lleva a rechazar mi conclusión original (citado en Zysman, 2012: 260).

Posiblemente Martinson se sintió muy atormentado al percatarse que de toda su obra sólo se hablaba de *Nothing Works* y que sus conclusiones habían servido para justificar un mayor punitivismo. Seguramente su conocimiento de la cárcel por dentro, el recuerdo de sus cuarenta días en la prisión de máxima seguridad, hicieron insoportable sentirse responsable de que su artículo hiciera que la vida de muchos resultara lúgubre y triste. En 1980, una sombría tarde invernal en Manhattan, Martinson saltó del noveno piso poniendo fin a su vida.

Además de Martinson, otros autores como Andrew Von Hirsch (1976 y 1998) y Andrew Ashworth (1995), preocupados por terminar con la enorme disparidad de las condenas y la incertidumbre de las penas indeterminadas, propusieron un sistema de condenas justas, proporcionadas y determinadas, basado en los postulados retributivos guiados por principios liberales, y en ningún caso justificando o pretendiendo una mayor punitividad.

Entre los diversos trabajos críticos desde un enfoque progresista al modelo rehabilitador y a su implementación, merece particular mención el reporte *Doing Justice. The Choice of Punishment*, publicado en 1976. El comité de elaboración contaba con reconocidos juristas y penólogos norteamericanos de corte liberal, como Erving Goffman, David J. Rotman, Andrew Von Hirsch, etc. Las propuestas esenciales del *Doing Justice* pueden resumirse en los siguientes puntos:

1) proporcionalidad entre castigo y delito; 2) penas determinadas; 3) crítica a la discrecionalidad judicial y penitenciaria; 4) crítica a la disparidad en la determinación de las penas; 5) sustancial reducción de las penas de prisión, privación del derecho a la libertad -estrictamente- y rehabilitación como opción de carácter voluntario y, 6) afianzamiento de la noción de debido proceso legal (Zysman, 2005: 268).

Doing Justice, a diferencia de la mayoría de los trabajos de su época, se enmarca dentro de una concepción filosófico-jurídica retribucionista, critica los programas utilitaristas y enfatiza en la necesidad de hacer menos daño en lugar de pretender hacer más el bien. Denuncia el autoritarismo que envuelven los tratamientos y las pretensiones de predecir la vida futura de los delincuentes y justifica moralmente los castigos retributivos basados en la proporcionalidad, en el “justo merecimiento” (Garland, 2005: 116).

El *just desert* (justo merecimiento) impulsado por Von Hirsch buscaba conseguir penas previamente determinadas, lo que claramente se oponía a las penas que pretendían la rehabilitación por medio de la pena-tratamiento. Detrás de este planteamiento se encontraban las teorías absolutas de la pena o teorías retributivas. Para evitar confusiones con la idea de venganza o con posiciones reaccionarias más punitivas se prefirió utilizar la expresión de merecimiento o justo merecimiento, pero en el fondo lo que se planteaba era una proporción entre la magnitud del castigo con la del daño causado. Von Hirsch, como exponente del neo-retribucionismo,

admite que los criterios de justicia en una sociedad injusta donde existe pobreza y problemas de clase son problemáticos, pero no cree que la existencia de injusticia social pueda alterar, como criterio general, el daño de la conducta o la culpabilidad del autor (Zysman, 2013: 41).

Excepcionalmente, sí cree Von Hirsch que la pobreza y la marginalidad deben considerarse, en base a criterios de justicia y de reprochabilidad, a la hora de sancionar.

Lo que pasó después de esta ola de críticas progresistas a las doctrinas rehabilitadoras dista mucho de coincidir con la intención de sus principales autores. Lejos de atender las críticas liberales y disminuir o humanizar el sistema penal, se promulgaron leyes draconianas que sólo comparten con la crítica liberal (Martinson, Von Hirsch, etc.) el rechazo por el tratamiento, pero no su esencia liberal. Con el giro punitivista se entendió la pena de prisión como una condena incapacitadora, que servía para segregar a los presos, inocuizándolos. Un claro ejemplo de estas normas son las leyes del *Three Strikes and you are out*.⁷⁵

Lo que Von Hirsch (1976 y 1998) planteaba era esencialmente que a la hora de castigar se busque más la justicia que la rehabilitación del condenado. Por ende, la determinación de la pena debe corresponderse con una idea de justicia y no con la prevención del crimen. Asimismo, para Von Hirsch los delincuentes deben ser considerados personas responsables de sus actos y no sujetos

⁷⁵ Esta ley, que usa un término del béisbol, entró en vigencia en California en 1994 con la finalidad de aumentar drásticamente las penas de quienes hayan sido condenados anteriormente por delitos graves. En la práctica quien haya sido anteriormente condenado por dos o más delitos graves, tendrá que cumplir una pena mínima que irá desde 25 años de prisión a cadena perpetua. En virtud de esta ley se condenó a cadena perpetua a una persona “por una estafa sobre la reparación de un aparato de aire acondicionado por valor de de 129,75 dólares debido a que ya tenía otras condenas por comportamientos similares” (Robinson, 2012: 113). Una norma como la citada, poco y nada tiene de retribucionista, toda vez que la consideración de antecedentes al momento de determinar una condena, se emparenta con un Derecho penal de autor, noción esencialmente vinculada con las teorías preventivistas y ajena a una bien entendida retribución o teoría del merecimiento. Por otra parte, la retribución lo que busca es la desaprobación proporcional y una norma como ésta, se aleja de toda proporcionalidad.

patológicos necesitados de un tratamiento. Sólo sobre esta base, cree Von Hirsch, es posible ser coherente y buscar la justicia.⁷⁶

Contrario a penas draconianas, Von Hirsch propone anclar la escala de penas para que éstas no se disparen. Los límites propuestos por este autor distan mucho de ser severos, pues el plazo máximo de privación de libertad él lo sitúa en 5 años para los homicidios, y en 3 años (como máximo) para los demás delitos.

Sin embargo, esta retribución fue malentendida y el declive del ideal rehabilitador dio lugar a la promulgación de leyes más punitivas en lugar de cambiar el sistema “rehabilitador” por una retribución racional, justa y limitada. Wacquant (2000: 62) entiende que junto al abandono del ideal de la rehabilitación surgió una “nueva penología” que dejó de buscar la prevención del crimen y la rehabilitación de los delincuentes para centrarse sólo en segregar y aislar a grupos percibidos como peligrosos, neutralizando a los miembros más destructivos a través de un complejo estándar de comportamientos y una gestión estocástica de los riesgos más cercana a la búsqueda operativa o a la elaboración de “residuos humanos” que al trabajo social propiamente dicho.

Zaffaroni entiende que hubo una capitalización derechista de la crítica a las doctrinas *re* (resocialización, reinserción, rehabilitación, etc.):

Toda la crítica criminológica a las ideologías *re* sostenida por la crítica de los setenta se deforma, pervierte y capitaliza por el discurso único de los medios masivos para convertir a la prisión en una simple jaula que ni siquiera es retributiva –como dicen algunos–, pues en su afán por infundir temor a los sumergidos sociales no respeta ninguna proporción con la magnitud del delito cometido (Zaffaroni, 2011: 278).

David Rothman (1995: 34) cree que los reformadores se equivocaron rotundamente al pensar que el fin de las penas indeterminadas significaría una disminución del autoritarismo en materia penal. Sucedió todo lo contrario. El régimen de penas fijas se implementó en los años ochenta en cerca de un tercio de los Estados federales, lo que se tradujo en un aumento de la duración de la detención, manteniendo la disparidad racial y social, aumentando los problemas de sobrepoblación carcelaria. Asimismo el declive del ideal rehabilitador significó abandonar o disminuir los programas de formación y educación para los internos.

En oposición a lo propuesto por la crítica de Von Hirsch, Martinson y otros, las nuevas penas se endurecieron y reaparecieron formas más punitivas como la pena de muerte, la cadena de forzados y el castigo corporal. Por otra parte, y en

⁷⁶ Los planteamientos de Von Hirsch coinciden con las ideas expresadas por Manuel de Rivacoba (1993, 1995, 1999, 2002, etc.).

la misma senda del punitivismo, retornaron formas de desacreditación y humillación pública como las leyes estadounidenses de notificación pública de la identidad de los agresores sexuales, el uso del uniforme rayado para los condenados, etc. (Garland, 2005: 43).

Lo anterior no quiere decir que se hayan abandonado completamente los tratamientos tendientes a rehabilitar a los condenados, pero dejará ésta de ser la principal función que se busca con la condena. Su puesto central vendrá a ocuparlo una mal entendida retribución.⁷⁷

Con el tiempo, la preocupación liberal por la “pena justamente merecida”, la proporcionalidad y la minimización de la coerción penal cedió su lugar a políticas más duras de disuasión, detención preventiva e incapacitación y, eventualmente, a penas expresivas y ejemplares y al encarcelamiento masivo, políticas que eran completamente contradictorias con los principios e intenciones de los reformadores liberales originales (Garland, 2005: 119).

Una de las principales modificaciones al sistema de penas basadas en el ideal de la rehabilitación se produjo el 1º de noviembre de 1987, con la implementación en la legislatura federal norteamericana de las *U.S. Sentencing Guidelines*⁷⁸ para la mayoría de los delitos federales con la finalidad de terminar con la indeterminación de las penas y, en consecuencia, aplicar penas uniformes que aseguren que hechos similares tengan sanciones similares y que hechos de diversa gravedad tengan sanciones distintas, proporcionales a la gravedad del hecho.

Si bien la determinación de la pena no se traduce necesariamente en un mayor endurecimiento penal e incluso podría significar una rebaja general de las mismas, en los hechos se produjo un mayor punitivismo. Por lo mismo, las principales críticas que se le hacen a las *United States Sentencing Guidelines* vendrían dadas porque significaron una mayor severidad o aumento de las penas, redujeron la discrecionalidad en los operadores del sistema de justicia limitando las posibilidades de conceder beneficios y mantuvieron e incluso aumentaron la disparidad entre condenas (Zysman, 2013: 205 y ss.).

Hoy nadie discute que bajo el ropaje de penas determinadas, certeras y transparentes, la reforma legislativa de las *Guidelines* tuvo como propósito alcanzar una severidad desconocida hasta entonces (Larrauri, 1998: 16). Además, como las *Guidelines* no autorizaban el uso de sanciones intermedias, las únicas opciones posibles concluyen en la prisión y muy excepcionalmente en

⁷⁷ En Europa, pese a un declive del ideal rehabilitador, países como España e Italia, mantienen la rehabilitación como un imperativo constitucional. Por lo mismo Brandariz entiende que pese a las críticas de la resocialización, ésta continúa constituyendo formalmente una finalidad nuclear del Derecho penal (Brandariz, 2007: 16).

⁷⁸ Ya con anterioridad, a mediados de los años setenta, los Estados de Denver y Vermont aplicaron un proyecto de *sentencing guidelines* voluntarias (Zysman, 2005: 277).

la *probation* (Zysman, 2013: 207). Christie entiende que la pretendida aplicación de penas uniformes según directrices que establecen tablas para determinar la pena es un producto de la modernidad, de la burocratización, y termina eliminando completamente la justicia social (Christie 1993: 140). La sola ecuación entre hechos y sanciones aleja a los sentenciadores del acusado-persona, quien incluso podría no estar presente en el juicio (Zysman, 2013: 258). Esta "objetividad" a la hora de sentenciar permite condenar a mucha más gente con menor esfuerzo (Christie, 1993: 154).

Antes de pasar a analizar el otro grupo de causas del encarcelamiento masivo, creemos indispensable revisar, aunque sea someramente, algunas cuestiones vinculadas con la prisión en los Estados Unidos de América.

b) Cuestiones vinculadas con la prisión en Estados Unidos

Para comprender de mejor manera el fenómeno del encarcelamiento masivo en Estados Unidos -que se transformó en el primer Estado penal y cuya influencia es innegable en el mundo occidental-, nos detendremos en el análisis de los problemas de la discrecionalidad en la concesión de la libertad condicional, de la indeterminación de las penas y del internamiento como medida preventiva o rehabilitadora.⁷⁹

i) Discrecionalidad en la concesión de la libertad condicional.⁸⁰

El abandono del ideal de la rehabilitación ha significado la disminución de las posibilidades de obtener la libertad antes de cumplida la condena, cerrando una válvula que de cierta manera parece controlar la inflación carcelaria. Sin embargo, ésta es sólo una intuición de aparente sentido común y no resulta fácil demostrar empíricamente que así sea. Detengámonos en este punto y revisemos las posibles justificaciones de la liberación del condenado previa al total cumplimiento de la pena.

Reitz, al analizar la discrecionalidad para determinar la procedencia de la libertad condicional como medio de limitar la pena, concluye que no existen actualmente estudios que permitan afirmar que el uso de la discrecionalidad de los funcionarios de la libertad condicional conduzca efectivamente a una restricción del confinamiento (2004: 218).⁸¹

⁷⁹ Bien podríamos haber prescindido del análisis de estas tres cuestiones. Sin embargo, como lo hemos señalado precedentemente, este texto no está pensado en un lector especialista en estas materias. Por lo mismo, cada vez que lo nos parece necesario, analizamos cuestiones generales que, a juicio nuestro, permiten comprender mejor los temas tratados.

⁸⁰ En este tema seguiremos a Reitz, (2004).

⁸¹ Los ordenamientos en EEUU están muy dividida en este tema: 16 Estados han abolido esta facultad, extendiéndose lentamente la abrogación (datos a 2004).

Si no es la disminución de la prisión, ¿cuáles son entonces las finalidades que se buscan con la libertad condicional y otras instituciones semejantes? Usualmente se ha sostenido que el sistema de discreción a la hora de otorgar o denegar la libertad condicional puede potenciar ciertas metas del sistema de determinación individual de la pena. Se argumenta que, dentro de sus ventajas, permitiría incentivar a los prisioneros a mantener un comportamiento ejemplar y participar en las actividades organizadas para ello, mitigar la dureza de las sentencias y reducir su disparidad, y facilitar el control de la población penitenciaria.

Sin embargo, las metas deben relacionarse con las consideraciones fundamentales que están en el cuestionamiento de la duración de los confinamientos como una cuestión de teoría del castigo.⁸² Claramente, la posición que se tome en esta discusión se encuentra fuertemente vinculada con la teoría sobre la pena que se profese. En este sentido, un teórico del merecimiento podría decir que los jueces sentenciadores, generalmente ayudados por una escala de delitos elaborada por las comisiones de determinación individual de la pena, son los funcionarios que se encuentran más capacitados para hacer evaluaciones retributivas finales relevantes. Si la teoría del merecimiento sólo mide el desvalor del delito o del expediente criminal del delincuente, se hace claro que estos referentes no van a cambiar ni se harán más cognoscibles durante el cumplimiento de la sentencia.

Por el contrario, tratándose de personas que sostengan que el castigo justo tiene que ver con el comportamiento post-sentencia, tendríamos que considerar que las comisiones de libertad condicional estarían mejor capacitadas que el juez para determinar el monto justo de castigo.

Otro argumento que se da a este respecto es que los juicios retributivos finales se hacen mejor sólo cuando ha pasado un tiempo considerable después de la comisión del delito. Desde esta perspectiva, los jueces están demasiado próximos a los casos, viéndose interferidos por sus emociones y su carácter de personaje público. Esto no ocurriría con las comisiones de libertad condicional que podrían decidir con mayor racionalidad y con menos presiones externas (mediáticas, por ejemplo).

Así, podemos ver que la cuestión relativa a la discrecionalidad de las comisiones de libertad condicional se relaciona directamente con la disuasión y con las teorías de la incapacitación y rehabilitación. Reitz al respecto plantea que:

⁸² Hay quienes afirman, como Morris (1974) que las comisiones de libertad condicional deben desaparecer pues alientan un falso comportamiento de los internos y dificultan la rehabilitación. Esta falsa colaboración puede resultar más sensible tratándose de condenados adictos a las drogas, toda vez que de manera indirecta se estimularía a los internos para que se mostraran como no consumidores de drogas lo que podría excluirlos de tratamientos de desintoxicación ya que para ellos sería muy importante mostrarse como sanos.

Como la disuasión es un acto de comunicación a la sociedad, entendemos que ésta se cumpliría mejor con la sentencia dictada por el juez penal. Las formas guardadas en las cortes, el carácter público del procedimiento, la respetabilidad de los jueces y la participación de los distintos actores (autor, víctima, testigos, etc.) auguran un efecto más amplio de disuasión, al menos dentro del reino de lo posible (2004: 206-207).

En este sentido, para Reitz, dilatar la certidumbre del castigo por medio de la posibilidad de la libertad condicional debilitaría la fuerza inhibitoria de las sentencias judiciales.

Por otra parte, se ha considerado que las teorías de la incapacitación y de la rehabilitación operan como las justificaciones tradicionales para la libertad condicional. Se trata de dos caras de una misma moneda: liberar a los prisioneros si consideramos que se han rehabilitado y mantenerlos en confinamiento, aun cuando se haya cumplido el tiempo de la sentencia, si creemos que serán propensos a delinquir. No obstante, resulta muy difícil saber si la comisión puede, a través de la observación del interno, predecir un futuro delito.⁸³

Respecto a la rehabilitación e incapacitación, Morris plantea que la esperanza de que un ofensor se rehabilite no debe considerarse justificación suficiente para alargar la duración de la condena. Reitz, por el contrario, cree que la severidad de las sentencias debería, en ciertos casos y dentro de límites apropiados, poder cambiarse en pos de la rehabilitación. Para él, el término exacto del confinamiento debe poder ajustarse hacia arriba o hacia abajo, siempre dentro de un rango retributivo permisible, si existen buenas razones para creer que una variación del tiempo puede ayudar en la rehabilitación del delincuente.

Existe, además, un argumento diverso que señala que siempre es importante dar a los internos incentivos relacionados con su futuro, y que la efectividad de los programas de prisiones mejoraría si los presos creyeran que su participación contribuye a su liberación. En este sentido, para Reitz, mantener la fecha de liberación en suspenso ayudaría a los presos a cambiar positivamente, siempre que tengan confianza en el criterio de la autoridad.⁸⁴

Por último, cabe preguntarse si la abolición de la discrecionalidad en la libertad condicional conduce a una expansión ingobernable de la prisión, en la creencia

⁸³ Durante tres décadas Morris ha sostenido lo contrario, diciendo que “el momento de la sentencia es tan bueno para predecir la conducta del prisionero como cualquier otro”, (citado en Reitz 2004: 208). Pareciera a primera vista contraintuitivo que la observación del condenado no nos dé información confiable sobre su conducta, pero no es totalmente paradójico que la habilidad del prisionero para navegar en su confinamiento nos dé pocas herramientas para conocer su funcionalidad afuera.

⁸⁴ Como ya hemos señalado, esto está en contradicción con la teoría de Morris, quien afirma que estos estímulos sólo alentarían la falsa participación dificultando la genuina rehabilitación.

de que las comisiones de libertad condicional operan en la práctica como autoridades que acortan las condenas y controlan el crecimiento de la población carcelaria. A pesar de que frecuentemente se afirma hoy que la reforma de las sentencias determinadas ha sido un instrumento de crecimiento en las prisiones, ha habido hace décadas una creencia extendida de que las sentencias indeterminadas estaban peculiarmente asociadas al expansionismo de las prisiones. Es irónico que las percepciones se hayan invertido, pero parece ser que ambas son simplificaciones. Históricamente está claro que el solo diseño del sistema de determinación individual de las penas no determina el crecimiento de las cárceles.

ii) Directrices y *Sentencing Information Systems* (SIS).⁸⁵

Muy vinculado al tema de la prisión y a la utilización indiscriminada de ésta se halla el problema de la indeterminación de las penas, en los casos en que el juez cuenta con un amplio margen para especificar la cantidad de pena que habrá de cumplir el condenado. Intentando regular esta facultad, en EE.UU. nació un movimiento de reforma que buscó cambiar el sistema generalmente aceptado de “directrices y comisiones” por un “sistema integral de determinación individual de la pena”.

El sistema de directrices y comisiones intentaba reducir la discrecionalidad del juez por medio de normas generales creadas por comisiones especiales que indicaban al juez cómo fallar en determinados casos. Se creó, por medio del órgano legislativo, una comisión de determinación individual de la pena que promulga reglas y analiza la conducta de los jueces a la hora de fallar, en pos de una mayor uniformidad, mayor control sobre los recursos y un proceso más legalizado. La mitad de los Estados de EEUU ha optado por este método de control en los últimos 30 años, con éxito tanto profesional como académico.⁸⁶

Sin embargo, la otra mitad de los Estados se mantiene con un sistema de sentencias indeterminadas, con rangos legislativos amplios, discrecionalidad judicial no regulada y una revisión ejecutiva de las sentencias. Frente a esto, Norval Morris en 1953 trazó las bases del movimiento reformador de las próximas décadas. Morris propuso la posibilidad de retroalimentar las decisiones de los jueces por medio de las decisiones de otros jueces en casos similares, limitando así sus espectros de decisión.

El autor plantea la creación de un *Sistema de Información para la Determinación Individual de la Pena* (en adelante “SIS”) que ofrezca un enfoque alternativo al

⁸⁵ En este asunto seguiremos el artículo de MILLER, (2004). Se utilizará la sigla SIS que corresponde a la nomenclatura inglesa *Sentencing Information System*. En castellano podría traducirse como *Sistema de Información para la determinación individual de la pena*.

⁸⁶ Este modelo ha llegado a tal nivel de avance, que el American Law Institute (ALI) ha empezado a desarrollar un modelo basado en las mejores prácticas de esta reforma.

modelo de comisión y directrices, pero que a la vez pueda usarse para complementarlo, probando, alimentando y empujando este sistema. La idea central del SIS es proveer a los jueces de suficiente información para situar al delincuente en un contexto más amplio, siendo el más útil la forma como delincuentes similares han sido sancionados por otros jueces.⁸⁷ La idea que subyace es que la disponibilidad de información tendría un poder formador más fuerte que las reglas existentes en la medida que es el fruto del trabajo real de los jueces y no simplemente de un panel, lo que da más confianza.

Uno de los elementos centrales de este sistema consiste en que debe ser guiado por finalidades.⁸⁸ En un principio, Morris se refiere principalmente a los fines utilitarios, con especial preocupación por la rehabilitación, tanto para justificar el objetivo de las sanciones penales en general como las decisiones concretas en casos particulares. Sin embargo, la teoría de Morris evoluciona rápidamente pasando a ocupar la retribución y el merecimiento justo un rol mucho mayor. Su teoría posterior de *limitación del retribucionismo* da a la rehabilitación y al utilitarismo un rol mucho menor, revelando un entendimiento de los múltiples niveles y varios roles de las finalidades. En este sentido, Morris introdujo la importante idea de articular los “fines *al* sentenciar” para los delincuentes individuales, en contraste con el debate más abstracto de los “fines *de* sentenciar” en el sistema entero (Miller, 2004: 125).⁸⁹

Dentro de las principales ventajas de un SIS podemos encontrar la capacidad de identificar combinaciones de delitos y delincuentes requiriendo un amplio margen de sanciones para satisfacer las finalidades de las sentencias, la posibilidad de una evolución gradual implícita y explícita en la severidad y elección de las sanciones y la posibilidad de construir narrativas y variaciones de la determinación individual de la pena relativamente coherentes.

Por último, es necesario señalar que si bien el SIS no podría haberse llevado a cabo fácilmente en los años cincuenta, hoy no presenta mayor dificultad ni un coste elevado. Reformas estructurales a la determinación individual de la pena

⁸⁷ En los ochenta y noventa muchos países comenzaron a experimentar con el SIS. Estos experimentos han recibido una evaluación limitada y sólo modesto reconocimiento. A pesar de la existencia de muchos experimentos de los SIS en los últimos 20 años, sólo se conocen los tres más importantes: Canadá, Escocia y Australia. Estas experiencias sugieren que los SIS tienen más posibilidades de éxito si los jueces se involucran activamente en su creación e implementación. Sobre esto, véase: Miller, (2004: 129-134).

⁸⁸ Morris en 1953 sugirió pasos inmediatos en el tránsito hacia un sistema más principiado y dirigido por finalidades, en que a los jueces se les provea de mayor información sobre las prácticas de determinación individual de la pena de sus colegas y el impacto que han tenido las penas impuestas.

⁸⁹ Esto marca una importante diferencia con el sistema de comisión y directrices, en que los jueces esquivan el tema de los fines tanto respecto del sistema como de los casos particulares asumiendo que la ley y las normas entregan estos fines.

han producido un lenguaje suficiente para hacer del SIS una realidad, en el sentido que existe una terminología uniforme que permite a los jueces conocer con mayor exactitud el contenido de las decisiones de los demás jueces. Uno de los mayores éxitos del movimiento estructurado de reforma de individualización de la pena ha sido crear un lenguaje de términos y conceptos familiares, y hacer este lenguaje parte del discurso jurídico moderno a través de la creación y aplicación de directrices en muchos sistemas. Por otra parte, hoy no es dificultoso diseñar o establecer sistemas de información que provean de análisis complejos y variados y de una rápida retroalimentación. Para Morris, la creación de un SIS no es ya una quimera, sólo hace falta total acceso a la información de las sentencias, incluyendo la información de las directrices, identificación del juez, y registros que ayuden a descubrir elementos importantes de la individualización de la pena.

iii) Efectos del internamiento como medida preventiva o rehabilitadora.⁹⁰

Como advirtió Morris:

[l]a injusticia y la ineficiencia invariablemente fluyen de toda mezcla de la ley penal y los poderes de salud mental del Estado. Cada una es suficiente por sí misma para alcanzar un balance justo entre libertad y autoridad; cada una tiene su propio interés en electores potenciales; cuando se mezclan, sólo se suma la posibilidad de injusticia (citado en Monahan, 2004: 237).

En este apartado nos referiremos al uso de la privación de libertad no como sanción penal, sino como un instrumento civil para *prevenir* conductas lesivas de personas consideradas *de riesgo* para sí mismas o para la sociedad. El principal problema dice relación con encontrar una justificación para la obligación civil de internación de personas con desórdenes mentales severos que no han cometido delitos, pero que se cree que podrían hacerlo.

Si bien en los años sesenta la tendencia estaba orientada hacia la libertad, hoy nos alejamos de ella con leyes que permiten el tratamiento involuntario de estas personas en la comunidad.⁹¹ Desde finales de los años sesenta, la protección pública empezó a dominar como argumento para la obligación, y el riesgo de comportamiento dañino para otros -llamado peligrosidad- se volvió el principal foco de atención legal.⁹²

⁹⁰ En este tema seguiremos el artículo de Monahan, (2004).

⁹¹ Hasta el momento, estas leyes se han visto limitadas a los delincuentes condenados por delitos sexuales violentos, pero se ha propuesto extenderlos a todo tipo de actos violentos.

⁹² Típicamente, para calificar para el internamiento involuntario en una institución psiquiátrica el individuo debía tener un "desorden mental serio" y por ello ser "peligroso para sí mismo o para otros".

La unión de la justicia penal y el sistema de salud mental tiene consecuencias complejas. Desde el lado de la justicia penal, la unión se ha generado al proliferar y ser sostenidas las leyes que autorizan la obligación civil de los sujetos de permanecer por un tiempo indefinido en un hospital mental. Esto ocurre respecto de personas que tienen una anormalidad mental (que no necesita elevarse a la categoría de desorden mental) y que se considera probable que reincidan.⁹³

En todos los Estados de EE.UU. existen leyes que autorizan a obligar a ciertas personas con desórdenes mentales a internarse en una institución psiquiátrica. Se trata de una obligación civil de ingresar en un hospital u otra institución en que se les provee de tratamiento y cuidado. Estas medidas se consideran *preventivas*, en la medida que ayudan a controlar el riesgo, y *rehabilitadoras*, pues benefician a las personas internadas.⁹⁴

La gente con graves desórdenes mentales muchas veces es obligada por jueces u otros funcionarios judiciales a seguir un tratamiento.⁹⁵ Incluso en ausencia de una orden judicial los pacientes pueden acceder a una orden de requerimiento para evitar el encarcelamiento. En este contexto, la autoridad se encarga de proveer incentivos para promover la internación y el correcto cumplimiento de los tratamientos. Evitar la cárcel se presenta como el estímulo más poderoso: hacer de la aceptación de un tratamiento psiquiátrico en la comunidad una condición para sentenciar a un *delincuente* a libertad condicional en vez de cárcel ha sido una práctica judicial ampliamente aceptada.

La evaluación del riesgo de violencia juega un rol crucial en autorizar la intervención del sistema de salud mental en la vida de los no-delincuentes, y en autorizar la intervención del sistema penal en la vida de los delincuentes efectivos, los sexualmente violentos y, quizás en el futuro próximo, de los delincuentes calificados de violentos en general.

⁹³ En relación a la valoración y predicción del riesgo de violencia, después de dos décadas de investigación deprimente sobre las habilidades de los profesionales para predecir la violencia, en los primeros años del siglo XXI las revistas estaban repletas de estudios optimistas que indicaban instrumentos que podrían tener éxito. Por primera vez, una valoración del riesgo de violencia relativamente precisa podría estar dentro del reino de las ciencias (Monahan, 2004: 237).

⁹⁴ En un principio estas internaciones tuvieron un cariz paternalista, pero actualmente ya no se refieren a razones humanitarias de cuidado sino que se justifican explícitamente por el miedo a la violencia.

⁹⁵ Algunas leyes establecen la obligación civil de los delincuentes sexuales violentos de internarse en un centro de salud mental por un período indefinido, aun después de haber cumplido su condena. Se sostiene que es una obligación civil, pues no implica retribución ni disuasión. (Monahan, 2004: 248).

Hay dos enfoques básicos para la evaluación de este tipo de riesgo. El primero, llamado “predicción clínica”, descansa en el juicio subjetivo de una persona experimentada (por ejemplo, psicólogos, psiquiatras, miembros de la junta de libertad condicional, jueces, etc.). El segundo, llamado “predicción actuarial o estadística”, descansa en reglas específicas que miden los factores de riesgo, cómo estos factores deben puntuarse y cómo los puntos deben combinarse matemáticamente para obtener un objetivo estimado de riesgo de violencia.

La superioridad general de la valoración estadística por sobre la clínica en las ciencias del comportamiento ha sido conocida desde hace casi medio siglo. A pesar de esto, y de una larga y exitosa historia de valoraciones estadísticas en las decisiones que se toman en la libertad bajo fianza y libertad condicional, ha habido sólo unos pocos intentos en el pasado de desarrollar herramientas estadísticas para valorar el riesgo de violencia hacia otros entre gente con desórdenes mentales.

Recientemente, sin embargo, la situación ha cambiado. Después de décadas de resultados negativos en la exactitud de las predicciones clínicas, hallazgos positivos en la exactitud predictiva de los sistemas estadísticos se han vuelto la regla más que la excepción. Un estudio de 1994 (Lloyd, Mair et al., 1994) concluye que los mejores indicadores de reincidencia estarían dados por la edad y los antecedentes penales.

Para concluir este apartado quisiéramos señalar que desde una perspectiva retributiva o del merecimiento, sólo se puede sancionar a quien se considera culpable (por ende, debe tratarse de un imputable) de la perpetración de un delito. Por este motivo, a los inimputables que puedan resultar peligrosos sólo podría aplicárseles una medida de seguridad. En este sentido, para la retribución no cabe confundir ley penal con sistema de salud mental. Respecto a los inimputables, y por el elevado costo (económico y humano) que significa privar de su libertad a una persona, sólo podemos internarlos cuando el juicio de peligrosidad esté muy claro.

Por último, es necesario mantener la coherencia normativa: no nos parece compatible sancionar a un delincuente y, en consecuencia, tratarlo como imputable (retribuyéndole por esa misma imputabilidad) y luego, a la hora de realizar un juicio de peligrosidad, considerarlo inimputable para el sólo efecto de aplicarle una medida de seguridad.

Tras el análisis del debilitamiento del ideal de rehabilitación como causa del encarcelamiento masivo, pasemos al segundo grupo causal constituido por la mediatización del crimen y la consecuente rentabilidad electoral del populismo punitivo o de la demagogia vindicativa.

3. La mediatización del crimen y la consecuente rentabilidad electoral del populismo punitivo o de la demagogia vindicativa

a) Mutación de la opinión pública

La mediatización del crimen y la rentabilidad del populismo punitivo no deben entenderse como un grupo de causas independientes de las tratadas en el punto anterior. Ya dijimos precedentemente que sólo para efectos de sistematizar las cosas las hemos dividido, pero ambos grupos causales están íntimamente relacionados.

El contexto que permite el cambio del sistema penal viene fuertemente influenciado por diversos fenómenos, entre los cuales cabe a los medios de comunicación una importancia trascendental. El interés y la idea de la opinión pública frente al fenómeno de la delincuencia y al castigo, están fuertemente influenciados por la información que otorgan los medios de comunicación masiva y que el público recibe (Beckett, 1997). Son éstos los que masivamente forman opinión en diversas materias, haciendo que las personas comiencen a tener ideas y preferencias, o las modifiquen, sobre cuál debe ser la respuesta estatal ante distintos problemas, dentro de ellos el delito.

Sin embargo, la relación no sólo fluye en una dirección. También se da el proceso inverso, es decir, los medios de comunicación igualmente modifican sus contenidos dependiendo del gusto de los consumidores. Así, los medios de comunicación cambian las percepciones del público y, al mismo tiempo, los gustos de los consumidores determinan lo que los medios deciden difundir. Lo que venimos afirmando sobre la capacidad de los medios de formar opinión pública no debe entenderse como una capacidad de los medios de inventarse una realidad. Normalmente la opinión que formen los medios requiere la preexistencia de determinadas condiciones. Así, en relación a la delincuencia, se trata de un problema real, *no inventado*, cuya magnitud viene ampliamente exagerada y distorsionada por los medios.

La imagen morbosa, dramática y violenta captura a los televidentes. Los cuerpos mutilados y los detalles escabrosos de crímenes horrorosos serán los favoritos del público y, por lo mismo, los más repetidos por los medios de comunicación. El crimen genera enorme audiencia a través del espectáculo retorcido y sanguinario a bajo precio. De esta manera, con la intención de capturar la atención del mayor número de personas se sobreexplotan las imágenes de la delincuencia, distorsionando su real dimensión y atemorizando a un público que constantemente se siente amenazado por la violencia del crimen.

Con la masificación de la televisión en los hogares aumenta la preocupación por la delincuencia. Así, “[d]esde la década de 1970 el temor al delito ha venido adquiriendo una mayor relevancia” (Garland, 2005: 45). Sin desconocer las

bases reales en que se funda dicho temor, éste no necesariamente se corresponde con la realidad y más que la efectiva posibilidad de ser víctima de un delito violento, son otros los factores que hacen que la gente tema y que en muchas encuestas, en distintas latitudes, lo hagan aparecer como la preocupación principal de los ciudadanos.

Las personas, normalmente, más que ilustrarse con encuestas y estudios de criminología, creen lo que ven en los medios, los que sobreexplotan la imagen del delito aumentando los niveles de temor incluso en momentos en que el número de delitos desciende. Los medios de comunicación masiva, al repetir tantas veces imágenes que capturan la atención (que muchas veces coinciden con crímenes escabrosos), deforman los riesgos que efectivamente existen aumentando la sensación de inseguridad e intranquilidad. El hecho de que los delitos se estabilicen, e incluso que desciendan, no basta para disminuir el temor y la inseguridad, la que dependerá principalmente de la imagen que se exhiba en la televisión y en otros medios.

Mathiesen (2001: 29 y ss.) habla de la televisión como *The New Religion* cuya influencia termina por hacernos pensar qué es bueno y malo y qué es lo que está ocurriendo. Si bien los criterios de lo que muestra la televisión responden a la demanda de los espectadores, lo que ésta termine mostrando y reiterando exageradamente (la violencia criminal, por ejemplo) terminará convirtiéndose para los telespectadores en la verdad acerca del crimen. Esta imagen constituirá una verdad indubitada, puesto que las personas la verán con sus propios ojos: gente torturada y asesinada por terroristas, mujeres maltratadas, padres incestuosos y organizaciones criminales, robos violentos e impunidad en los centros de nuestras ciudades. ¿Cómo podrá la gente dudar de imágenes que ve en colores? (Mathiesen, 2001: 31). Este aumento de inseguridad se transforma colectivamente en disminución de los niveles de tolerancia social, en obsesión por la vigilancia y el control, en deseo de fortificación y de segregación ante sectores percibidos como portadores de riesgos de carácter criminal (Brandariz, 2007: 66).

Si bien lo que más interesa a los medios de comunicación masiva es el *rating*, hay también otros intereses en la exaltación del fenómeno de la delincuencia. Por lo mismo, la delincuencia que asusta y que tiene más interés mediático se corresponde con un tipo de criminal, esencialmente distinto del ciudadano respetuoso de la legalidad. La estrategia actuarial busca legitimarse y para eso se sirve de un discurso simbólico. La imagen del sujeto peligroso (perteneciente a un sector bien determinado), los grupos peligrosos y las zonas peligrosas, son también parte de un mensaje interesado que se traduce en un populismo punitivo.

Tras la percepción de que el delito resulta imposible de controlar, se propaga la falsa imagen de impunidad total, la que es aprovechada por las cúpulas del poder. Políticos oportunistas, con la finalidad de obtener o no perder cuotas de poder, satisfacen los deseos de venganza y furia de los electores asumiendo

posturas demagógico-vindicativas y aprobando leyes draconianas. Por otra parte, el poder económico no tradicional, es decir, el financiero, se beneficia de dicho espectáculo toda vez que le permite desviar la atención de las maniobras ilegales producidas en su seno, para que la opinión pública se identifique con las víctimas de la criminalidad callejera (Guzmán, 2002: 6).

Durante gran parte del siglo XX los asuntos penales no tenían especial protagonismo en los debates electorales y en las campañas políticas. Esto comienza a cambiar en la década de los setenta:

A partir de los años setenta el partido Republicano en los estados Unidos, y a mediados de los setenta el partido Conservador en el Reino Unido, comenzaron a dar importancia al problema del crimen en sus manifiestos políticos. Varias elecciones pasaron antes de que sus oponentes democráticos y laboristas comenzaran a imitar dicha estrategia; una reacción que elevó las apuestas en lugar de cambiar el juego (Garland, 2007: 221).

En 1975 Ronald Reagan sostuvo en su campaña que la causa del aumento de los delitos no debía buscarse en las estadísticas de ingresos económicos ni en la riqueza: “El primer problema es un sistema de justicia criminal que parece haber perdido mucha capacidad para determinar la verdad, perseguir y castigar al culpable y proteger a la sociedad” (citado en Zysman, 2012: 251). En sentido análogo el senador republicano William V. Roth Jr. señalaba que:

Durante mucho tiempo, la ley ha centrado su atención en los derechos del delincuente definido, no en la víctima o potencial víctima del delito. Es tiempo de que la ley se preocupe más de los derechos de la gente para cuya protección existe (citado en Zysman, 2012: 251).

Si bien la retórica del populismo punitivo y de la demagogia vindicativa nace de los grupos más conservadores, otros sectores como los autoproclamados social-demócratas e incluso los sedicentes socialistas, terminan por imitar a sus oponentes no queriendo parecer blandos con los criminales ni fomentar la impunidad. Esta politización de las políticas penales lleva a que se voten leyes más duras que aumentan los períodos de privación de libertad y disminuyen las posibilidades de obtener beneficios. En Estados Unidos, donde gobernadores, fiscales y jueces son cargos electivos, éstos utilizan en sus campañas un discurso punitivista, incluso defendiendo la pena de muerte, para ser electos. “De hecho, ninguno de los miembros de la Corte suprema federal de los últimos años ha manifestado una posición abolicionista” (Zysman, 2013: 85).

En Francia, en respuesta a un supuesto aumento de la delincuencia juvenil, algunos diputados de izquierda sugirieron meter en la cárcel a los padres de estos jóvenes criminales en caso que continuaran delinquiriendo (Wacquant, 2000:92). En Inglaterra, con la llegada de los neolaboristas al poder, se endurecieron las políticas represivas, especialmente con el crimen callejero. “La población penitenciaria creció al ritmo desenfrenado de mil personas por mes –

o sea diez veces más rápido que durante el gobierno de Margaret Thatcher” (Wacquant, 2000: 135).

Las justificaciones de la dureza de las penas argumentadas desde una pretendida izquierda se basan en ideas diversas, y los discursos se van adecuando según las circunstancias para mostrarse como protectores de las clases bajas. Así, por ejemplo, se presentan como guardianes de las víctimas, las que normalmente pertenecen a los sectores más vulnerables de la población. Por ende, el aumento de las penas significaría, para esta estrategia belicista que opone a delincuentes y gente decente, una protección de los más vulnerables. Se trata de un discurso que dice buscar la protección de *pobres, pero decentes*.

Alocuciones como éstas, que no difieren del eslogan publicitario vinculado a las campañas de *ley y orden*, descansan sobre la idea de que en las sociedades habría amigos y enemigos, de lo que se colige el imperativo de proteger a los primeros del peligro que constituyen los segundos. Otros análisis más sinceros plantean que abandonar el discurso de dureza con la delincuencia puede significar una disminución de electores y la pérdida de una elección. Por consiguiente, abandonar el populismo punitivo equivale a entregarle más cuotas de poder a los partidos de derecha. Como se comprenderá fácilmente, una estrategia como ésta supone ejercer las cuotas de poder según las *preferencias del mercado* sin importar las ideologías que las alimentan. Es quizá ésta la principal razón que hace que las diversas coaliciones que aspiran y detentan el poder (muchas veces de manera alternada) terminen mimetizándose.

Como habíamos adelantado, detrás de toda política criminal belicista hay una concepción de escalafones de personas, especialmente la distinción entre ciudadanos y enemigos. Resulta ilustrativo ver cómo los medios de comunicación, y con ello la opinión pública, parecen jerarquizar a las personas en diversas categorías haciendo que nos horroricemos, con razón, por la muerte de 3.045 personas en Nueva York el 11 de septiembre de 2001 en las Torres Gemelas, pero que seamos indiferentes a “que en el mismo día murieron en el mundo 24.000 personas de hambre, 6.200 niños de diarrea y 2700 de sarampión” (Zaffaroni, 2011: 284).

Con la sobreexplotación del crimen por parte de los medios de comunicación, aumenta el temor a la delincuencia, y el temor, enemigo de la razón, permite que se promulguen leyes que se oponen a todo tipo de racionalidad y que llegan a justificar condenas excesivamente altas en relación al mal causado, desdeñando absolutamente la idea de la proporcionalidad. Así, en los últimos años, veintiséis de los cincuenta Estados norteamericanos han sancionado leyes bajo el eslogan *three strikes and you're out*. Las leyes de los *three strikes* están dirigidas a los condenados por tercera vez. Su nacimiento se produjo en un contexto determinado por el miedo a la delincuencia. Estas leyes buscarían la segura y severa condena de los delincuentes habituales, sin la posibilidad de libertad condicional. En 1993, en el Estado de Washington, se votó una ley que

preveía la cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional. Esta ley contó con apoyo logístico de la *National Rifle Association*. Las encuestas reflejaban que el 31% de los norteamericanos consideraban al delito uno de los problemas más graves del país. El porcentaje del año anterior fue del 5% y su alza no se debió a un aumento de los delitos.

En este clima de miedo germinaron las leyes de los *three strikes*, las que incluso fueron debatidas en *talk shows* televisivos (Zysman, 2012: 297), lo que refleja claramente que ya no serían los criminólogos y científicos quienes determinarían la política criminal a seguir, sino que el debate alcanzaba una connotación pública. Si bien estas leyes *three strikes* no han tenido una aplicación generalizada y más bien ha sido sólo una campaña simbólica, en el Estado de California sí se ha aplicado con todo su rigor y desproporcionalidad. De esta manera, “Jerry Williams, condenado en 1995 de por vida por delitos ¡como robar una porción de pizza! Gary Ewing, condenado a 25 años de prisión por el robo de tres palos de golf, o Leandro Andrade, por el de cinco cintas de video” (Cavadino y Dignan, 1997: 39).

b) Reparación e identificación con la víctima

Es de la esencia misma del Derecho penal liberal la monopolización del conflicto por parte del poder estatal, quitándole a la víctima del delito la posibilidad de hacer justicia por mano propia. Detrás de esta noción está la idea de que la verdadera *víctima* de los delitos es la sociedad; por ende, lo normal será que el perdón del ofendido no exima al delincuente de su responsabilidad penal, salvo casos excepcionales específicamente señalados en la ley. En este mismo sentido, para el welfarismo los intereses de la víctima particular “estaban subsumidos en el interés general del público y, por cierto, no se contraponían a los intereses del delincuente” (Garland, 2005: 46). Se entendía, con razón, que la tarea de hacer justicia no podía estar entregada a la víctima, pues su dolor y rabia hacían temer que el castigo volviera a transformarse en una institución bárbara y sin límites. La justicia, se sostenía, debía ser imparcial y el rol de la víctima la imposibilitaba de ejercer un papel central en la búsqueda de la justicia. La pretendida objetividad de la ley, aplicada por un juez imparcial, sí podía dar lugar a condenas racionales que se correspondieran con la civilización del momento.

Con la mediatización del delito, la víctima reaparece.⁹⁶ La preocupación principal por la víctima significó, al mismo tiempo, la desaparición de la preocupación por el condenado (ideal welfarista). No resulta extraño ver a la víctima o a sus parientes en programas sensacionalistas, especialmente si se

⁹⁶ Manifestación clara de esta tendencia político criminal, de corte populista, y centrado en una *nueva victimología*, lo constituye en España la Ley de Estatuto de la Víctima aprobada el 17 de abril de 2015 que faculta en su artículo 13 a las víctimas a recurrir la libertad condicional y los beneficios penitenciarios de los condenados. Es decir, se les otorgan facultades para impugnar actos de la etapa de ejecución de la pena, poniendo en juicio el mandato constitucional de reinserción social.

trata de ancianos, niños, mujeres desvalidas, etc. Esto genera pena y empatía por una parte, y sed de venganza por otra. Los políticos (primero de las coaliciones más conservadoras, luego también los más liberales o socialdemócratas), comprendiendo la conveniencia electoral que trae aparejada, se identifican con las víctimas, con sus miedos y odios, y el lenguaje vindicativo se convierte en un mensaje duro y directo de las campañas electorales.

En Estados Unidos los políticos llaman a conferencias de prensa para anunciar leyes que establecen condenas obligatorias y son acompañados en el podio por los familiares de las víctimas del delito. Se aprueba leyes que llevan el nombre de las víctimas: La ley Megan, la ley Jenna, la ley Brady (Garland, 2005: 46).⁹⁷

La identificación con la víctima, estimulada por los medios masivos y capitalizada por los políticos, resulta contraria a algunos de los fines esperados por el welfarismo. Ya no parece que lo esencial de la sanción sea rehabilitar (hacer un bien) al delincuente, sino sólo segregarlo, asegurándose de que el castigo constituya realmente un mal que lo haga sufrir y pagar por el daño que causó. Asimismo se entiende que todo derecho del preso constituye una burla o una falta de respeto al dolor de las víctimas: “[s]e asume un juego político de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar *de parte* de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes” (Garland, 2005: 46). Así, la víctima comienza a jugar un papel central en la política criminal inspirando la creación de leyes que aseguren el castigo severo y la segregación de los delincuentes.

⁹⁷ En 1994 Megan Kanca, de siete años de edad, fue violada y asesinada por un hombre que anteriormente había sido condenado por otros crímenes “sexuales”. Un mes después, y a iniciativa de Paul Kramer, se aprobó la ley que *grosso modo* establece el registro obligatorio de los condenados por dichos crímenes a través de una base de datos, notificación a la comunidad, especialmente al vecindario al que llegue a vivir el condenado. Asimismo, dicha ley aumentó la pena a los autores de un segundo delito “sexual”. Con esta ley, se argumentaba, se evitarán muchos delitos como el que sufrió Megan Kanca. Sin embargo, estudios posteriores mostraron que dicha ley no reducía la reincidencia ni evitaba nuevos delitos “sexuales”. Por ende, los enormes costes que supone la ley, no parecen justificarse en cuanto no cumplen la finalidad esperada. Sobre esto véase Zgoba, Dalessandro, et. al. (2008).

Jenna Grieshaber, estudiante de enfermería, fue asesinada por Nicholas Pryor, un condenado que cumplía su pena en libertad condicional y que había salido de la cárcel al cumplir dos tercios de su condena. La ley Jenna, en lo esencial, restringe la concesión de libertad condicional para condenados por delitos violentos.

James Brady, ex jefe de prensa de la Casa Blanca, quedó parálítico tras recibir un disparo que iba dirigido al entonces presidente Ronald Reagan. La ley Brady establece una espera para la compra de armas de fuego de cinco días con la finalidad de comprobar los antecedentes del adquirente.

Esta cuestión queda en evidencia con las palabras del entonces presidente Clinton, al firmar la Ley Megan:

Respetamos los derechos de la gente, pero hoy, en estados Unidos, no hay derecho mayor que el de un padre a criar a su hijo con seguridad y amor. [...] Estados Unidos está alerta: si usted se atreve a atacar a nuestros niños, la ley le seguirá donde vaya, de Estado en Estado, de pueblo en pueblo (citado en Pratt, 2006: 258).

c) La criminología del control (*nosotros y ellos*) y su pretendida científicidad

La televisión y otros medios de comunicación masivos construyen un mundo dividido en *ellos y nosotros*. *Ellos*, más que componerse de delincuentes, se compone de estereotipos. La selección de la imagen de un criminal violento y peligroso se corresponde con estereotipos determinadas (modo de hablar, de mirar, de caminar, de vestirse, etc.). La criminología mediática nos muestra a un criminal peligroso y violento con estas características para luego rápidamente encaminarnos a una apreciación mucho más generalizada. Basta parecerse a este sujeto, es decir, cumplir con el estereotipo, para ser ya parte del mundo de *ellos*. El mensaje es simple y básico y, pese a su argumentación falaz, resulta convincente y eficaz.

Los delincuentes responden a ciertas características determinadas y los sujetos que se adecuen a este estereotipo, aunque no hayan cometido ningún crimen, son criminales en potencia, en cuanto se parecen a otros criminales. El planteamiento es simple: de sujetos parecidos es dable esperar comportamientos análogos. Por ende, es necesario controlarlos (deteniéndolos y vigilándolos) antes de que tengamos que lamentar nuevas víctimas.

Zaffaroni (2011: 370) ejemplifica esta cuestión con la afirmación de Talât ante el embajador Morgenthau: *Se nos reprocha no distinguir entre armenios culpables e inocentes, pero esto es imposible, dado que los inocentes de hoy pueden ser los culpables de mañana.*

Por otra parte, la excepcional identificación con la víctima, unida a la imposibilidad de tener consideración alguna por el delincuente, lo que en el fondo traduce es una convicción de que quien ha delinquido no puede ya ser recuperado y pertenece a una categoría que nos resulta indeseable, peligrosa. Los criminales serían sujetos que se adecuan a un estereotipo determinado, esencialmente distintos de los ciudadanos respetuosos de la ley, por lo mismo dejan de ser considerados personas con derechos. Se asume una división social y cultural que entiende que estamos *nosotros*, por una parte, que nos identificamos con la víctima inocente y con las personas decentes, y *ellos*, los criminales inmorales, peligrosos, aprovechadores e indignos de ser beneficiados con derechos. *“Nuestra seguridad depende de su control”* (Garland, 2005: 297). El delincuente sería entonces un enemigo, un diferente al que debemos controlar y, en lo posible, eliminar o neutralizar. Detrás de este pensamiento se encuentra toda una reclamación por parte del público de más control, más

dureza y menos indulgencia con los criminales. “La generación que alguna vez temió un Estado policial ahora presiona por un policía en cada esquina” (Carlen, 1998: 85). El lenguaje de los medios destaca la diferencia entre los buenos ciudadanos y los delincuentes a los que tilda de antisociales, olvidando que la mayoría de los delincuentes no son antisociales ni que los antisociales son necesariamente delincuentes:

Los ellos de la criminología mediática molestan, impiden dormir con puertas y ventanas abiertas, perturban las vacaciones, amenazan a los niños, *ensucian* en todos lados y por eso deben ser separados de la sociedad, para dejarnos vivir tranquilos, sin miedos, para *resolver todos nuestros problemas*. Para eso es necesario que la policía nos proteja de sus acechanzas perversas sin ningún obstáculo ni límite, porque *nosotros* somos limpios, puros, immaculados (Zaffaroni, 2011: 369).

La identificación con la víctima excluye todo tipo de consideraciones con los delincuentes; por ende, las leyes promulgadas bajo este enfoque buscan asegurar que los delincuentes sean separados de la comunidad. En consecuencia, las penas privativas de libertad, que habían vivido un retroceso durante años, reviven, se endurecen y al mismo tiempo se reducen los mecanismos que permitían acceder a la libertad antes de cumplida la condena.

Desatendiendo las voces especializadas sobre los nefastos efectos de la prisión, se asume, incluso contra evidencias, que mayor castigo traerá menos delincuencia: se publican listados de ex condenados (especialmente por los llamados delitos sexuales) imposibilitándolos a optar por una vida normal, se modifican normas que representaban garantías procesales para los ciudadanos permitiendo la obtención de pruebas con violación de los derechos constitucionales, la interceptación de conversaciones privadas y correspondencias, el fomento de la delación, etc. Después de septiembre de 2001, en Estados Unidos cada vez más se encuentran, por parte del discurso oficial, nuevas “justificaciones” para la tortura en los interrogatorios tratándose de supuestos delitos terroristas.

Se produce una transformación de la legislación penal ordinaria hacia otra de excepcionalidad penal, pasando de políticas penales inclusivas a una criminología de la intolerancia e incapacitación selectiva, dando cada vez más espacio a concepciones del llamado Derecho penal del enemigo (Rivera, 2015).

La idea misma de las categorías de personas hace que la sanción penal se cuantifique no tanto en atención al daño social producido por el delito como a la categoría del autor del mismo. Esto acentúa una intervención penal “bipolar” que paradójicamente impone el mínimo rigor para los causantes del gran daño social (grandes estafadores, autores de contaminación ambiental severa, directores de laboratorios que a través de maniobras delictuosas elevan los precios de los medicamentos, etc.) frente a un drástico rigor penal para las infracciones ciudadanas e inmigración no regularizada (Rivera, 2015).

Dentro de la negación de todo tipo de prerrogativas o beneficios para los reos, éstos son objetos de un triple movimiento de exclusión: por una parte se les impide el acceso a la educación superior al quitarles el derecho a las Becas Pell, que tienen por destinatario los estudiantes más necesitados. Por otra, se los excluye sistemáticamente de la redistribución social y de las ayudas públicas, negándoles subsidios de la seguridad social, la ayuda al ex combatiente, etc. Por último, se les impide la participación política con la privación del derecho a voto. En 2002, cerca de cuatro millones de estadounidenses habían perdido el derecho al voto (Wacquant, 2002: 54 y 55).

La politización del problema del crimen hace que más que atender a la posible eficacia de la política criminal, se busque eficacia publicitaria de un eslogan tipo: "La prisión funciona"⁹⁸, "Tres *strikes* y estás fuera", "La verdad en la condena", "Prisiones sin lujos", "Condenas altas para delitos adultos", "Tolerancia cero", "Duro con el delito, duro con las causas del delito" (Garland, 2005: 49).

Se buscan respuestas inmediatas dejando planes a mediano y largo plazo relegados a un segundo orden. El lenguaje belicista cobra especial importancia en el discurso demagógico-vindicativo. Así, la *guerra contra la delincuencia* luego pasa a ser *guerra contra la pedofilia*, *guerra contra el terrorismo*, *guerra contra el narcotráfico*, etc. La idea misma de guerra justifica una extensión del poder y la utilización de diversas armas impensadas en un Estado de derecho.⁹⁹ La noción de guerra y enemigo evidencia un cambio de una política penal, un paso de una situación de normalidad a un estado excepcional de guerra. La excepcionalidad de la misma puede durar varios decenios, y la guerra buscará la eliminación del enemigo, el que no será considerado sujeto de dignidad ni semejante, por ende, tampoco le serán aplicables las garantías procesales y sustanciales reconocidas por el Derecho penal democrático.

Las frases simplistas señaladas precedentemente buscan la destrucción de seres humanos encasillados en diversas categorías de enemigos de turno y, al mismo tiempo, distraen la intención de mantener las actuales estructuras desiguales, para lo cual fomentan la imagen de monstruos que serían la causa de todos los males. Así, serían los criminales los sujetos a quienes se busca combatir, no a las

⁹⁸ En 1993 Michael Howard asumió como secretario del Interior del Reino Unido y declaró: Hablemos claro, *la prisión funciona*. Asegura que estemos protegidos de asesinos, ladrones y violadores y hace que muchos que se sientan tentados de cometer crímenes se lo piensen dos veces (citado en Cavadino y Dignan, 1997: 38). Este discurso pro-prisión supone un vuelco respecto de la vieja idea de que la prisión debía utilizarse lo menos posible.

⁹⁹ Jonathan Simon (2008: 343) señala que tras la Segunda Guerra Mundial cada vez se acepta más a la guerra como una continuación de la política con otros medios. Hablamos de manera desenvuelta de "guerra a la pobreza", "guerra a la criminalidad", y últimamente de "guerra al terrorismo". La idea misma de guerra, para Simon, constituye una indicación de la transformación de los medios y de la racionalidad por la cual las élites justifican y determinan los vectores de la propia *governance*.

posibles causas del crimen (pobreza, desigualdad, inseguridad social), puesto que los cambios de fondo de las estructuras sociales podrían hacer perder poder a quienes lo detentan. En la búsqueda de este tipo de políticas hay elementos irracionales (miedo), pero también una racionalidad que usa la ley penal como instrumento de control y mantención del poder.

Son políticos norteamericanos quienes primeramente consagraron las expresiones bélicas para enfrentar la delincuencia. Este discurso se extrema tras el atentado del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y la *guerra al terrorismo* fue rápidamente aceptada puesto que ya existía precedentemente una racionalidad de guerra a la criminalidad en general.¹⁰⁰ La guerra en sí conlleva la posibilidad de ampliar el poder y los medios de control. Así, tras el 11 de septiembre, la guerra contra el terrorismo permite un mayor control y segregación de la inmigración, al tiempo que sirve de excusa justificativa para invadir y masacrar Iraq y controlar (con la guerra si fuera necesario) el Medio Oriente o cualquier amenaza terrorista.¹⁰¹

La guerra a la criminalidad había preparado el camino para el surgimiento sin mayores cuestionamientos de una guerra al terrorismo. Con esta última vuelven a practicarse oficialmente los arrestos de sospechosos (nacionales o extranjeros), la utilización de métodos violentos (incluso constitutivos de tormento) para obtener confesiones, las detenciones de masa a grupos o clases definidos por la raza o por la religión considerada *peligrosa*, etc. (Simon, 2008: 351). Una de las características más significativas de la guerra al terrorismo es la posibilidad para el presidente de encarcelar a alguien, calificado de combatiente enemigo, por tiempo indeterminado y de someterlo a interrogatorios inhumanos, crueles y degradantes (Simon, 2008: 352). De esta manera, la utilización del endurecimiento del Derecho penal y procesal penal como instrumento de control y prevención del terrorismo, es un claro ejemplo de un modo de gobernar a través de la criminalidad, instrumentalizando la misma para conseguir otros objetivos que de otra forma estarían vedados (Cole, 2003). La imagen que se usa para justificar la guerra a la criminalidad generalmente es la de peligrosos pedófilos, poderosos narcotraficantes u otras figuras que generen gran repudio social. Sin embargo, el resultado de dicha guerra es el aumento de presos por delitos vinculados a las drogas (generalmente pequeños traficantes pobres) y de autores de delitos contra la propiedad (Zimring, Hawkins y Kamin, 2001).

¹⁰⁰ Ya antes Nixon en 1971 lanzó formalmente la guerra a la droga. Ésta permitió a Nixon controlar invasivamente a los movimientos sociales cada vez más poderosos en momentos en que la guerra de Vietnam aumentaba su impopularidad

¹⁰¹ Existen teorías que descartan el atentado de las Torres Gemelas planteando que se trataría de una demolición controlada y programada. Sobre esto, véase: Hufschmid, Eric (2002) y Griffin, David (2004).

Para Wacquant, el éxito de este pánico moral hacia la criminalidad se debe a la complicidad estructural que se adhiere fuertemente con el paso de los años entre el campo político, el periodístico y el campo de las instituciones penales (2002b: 39). El resultado de esta colusión político-mediático-penal es la multiplicación de las leyes represivas que aumentan la detención, promulgan la duración de las condenas, establecen penas mínimas no reducibles para un amplio catálogo de infracciones que llegan a imponer la cadena perpetua al tercer crimen o delito grave. No resulta coincidencia que esta iniciativa haya podido ser tan fácilmente vendida al electorado gracias a la expresión tomada del baseball: *Three Strikes and You're Out* (Wacquant 2002b: 40).

Este tipo de lenguaje simplista del castigo se corresponde con el de las autoridades de Nueva York que promovían: "Un sistema correccional duro pero ilustrado: atrapado, condenado y a la jaula. Eso es lo que espera a los que violan las leyes de Nueva York" (*Report of the Department of Correctional Services, 1985-1986: 3*, citado en Pratt, 2006: 250).

David Garland (2005) opone a la criminología welfarista una criminología contemporánea basada en el control. La primera, como ya hemos esbozado, entiende que la criminalidad es un problema social en el que determinados sujetos delinquen porque tienen carencias educacionales, laborales, afectivas, etc. Por consiguiente, para el welfarismo la solución pasa por un tratamiento correccional. En cambio las nuevas ideas criminológicas se basan en *teorías del control*, que entienden que el delito es, ante todo, un problema de control inadecuado. Los criminales son, para éstas, sujetos antisociales necesitados de *control* y disciplina. Ya no se piensa en un delincuente como un sujeto carenciado necesitado de tratamiento, sino en un hombre racional que se aprovecha de la situación porque ve en el delito un *buen negocio*. Por lo mismo, lo fundamental para las teorías del control es hacer que el delito sea menos rentable, disminuyendo las oportunidades de cometerlo (con más controles), aumentando la probabilidad de sorprenderlo, fomentando la prevención situacional y controlando las situaciones criminógenas.

En concreto, lo esencial es desincentivar el delito. Los controles vienen ejercidos desde el Estado central, pero también por empresas privadas y por organizaciones vecinales. La finalidad es la misma: reducir los riesgos por medio de un mayor control. El Estado pierde el monopolio del control del delito y comienzan a florecer nuevas industrias privadas con este objetivo, policías privadas e incluso prisiones privadas.¹⁰² Criticando estas ideas, que ven en el delito un problema racional y económico, Foucault se cuestiona cómo los neoliberales "pretenden utilizar la economía de mercado y sus análisis para interpretar fenómenos que no son propiamente económicos, fenómenos que

¹⁰² Sobre industria particular de la seguridad, policía privada y prisiones privadas, ver: Jones y Newburn (1998), Johnston (1992), Shearing (1992) y Harding (1998).

pueden ser considerados sociales, productos de relaciones no mercantiles” (citado en Zysman, 2013: 51).

Las políticas de esta criminología contemporánea reducen el presupuesto destinado a medidas tendientes a la reeducación de los reos, tratamientos de dependencia a las drogas para los internos, etc., pero aumentan de manera descomunal el gasto en medidas que no son eficientes para disminuir el delito, pero que sí resultan populares y rentables electoralmente como el encarcelamiento masivo. De esta manera se genera una tensión entre los sectores de la comunidad profesional (que confían en la eficacia de algunos programas de rehabilitación) y las autoridades políticas que priorizan las medidas que les brinden popularidad sin importar sus elevados costos y la ineficiencia de éstas (Garland, 2005: 60).

Aunque Garland ubica a la criminología contemporánea dentro de la retribución, tanto ésta como el welfarismo están más emparentadas con las teorías relativas de la pena puesto que ambas tienen finalidades o pretensiones preventivas. El welfarismo buscaba la prevención a través de la reforma del delincuente. La criminología del control, en cambio, pretende prevenir situaciones de riesgo, y para ello realiza variados y diversos ajustes como el remplazo del dinero en efectivo por tarjetas de crédito, la instalación de trabas en los volantes de los vehículos, la utilización a niveles inimaginables de cámaras para vigilar el centro de las ciudades, las asesorías a los comerciantes sobre seguridad, sugiriendo a los ciudadanos que aseguren sus propiedades y supervisen sus vecindarios, etc. (Garland, 2005: 219).

Como se ve, lo importante para la criminología del control es poner obstáculos al actuar del potencial delincuente. Esta criminología plantea que la delincuencia puede disminuirse restringiendo las posibilidades de cometer delitos. El delincuente ya no aparece como un sujeto enfermo o deficiente a quien mejorar, sino más bien como un *hombre situacional* que calcula racionalmente la manera más eficaz de obtener el mayor placer posible con el menor esfuerzo (Cornish y Clarke, 1986: 2).

La concepción del delincuente racional y la posibilidad de controlar su pensamiento a través de incentivos y riesgos es una respuesta penal, pero a su vez se circunscribe a una cultura más amplia caracterizada por el consumismo. El uso de ideas económicas para pensar el delito surgió inicialmente en el sector privado, especialmente en las prácticas de las compañías aseguradoras, empresas de seguridad privadas y empresas comerciales que buscaban reducir los costos del delito que recaían sobre ellas. Su forma preferida de enfrentar el problema fue concentrarse en reducir o desplazar los costos del delito, prevenir en lugar de castigar y minimizar el riesgo en lugar de hacer justicia (Garland, 2005: 308 y 309).

Para estas nuevas teorías, la imagen del delincuente no sería ya “la del inadaptado pobremente socializado necesitado de ayuda sino, en cambio, la del

consumidor oportunista, cuyas actitudes no pueden ser modificadas pero cuyo acceso a ciertos bienes sociales puede ser obstaculizado” (Garland, 2005: 219).

Esta nueva narrativa se centrará en el imperativo de la responsabilidad individual, cuyo correlato es la irresponsabilidad colectiva (Wacquant, 2000: 143). Ya no habrá excusas en relación a sus carencias sociales. La responsabilidad será sólo del delincuente, sin importar las causas sociales. Este discurso adquiere una rápida popularidad puesto que logra identificar a un pueblo que repudia al delincuente por considerarlo un sujeto moralmente degenerado, una lacra social. La animadversión por esta imagen de delincuente es transversal a las diferentes clases sociales, y son los sectores más desvalidos los que muchas veces piden la aplicación de normas más duras contra los condenados, incluso la pena de muerte.

Desde los años ochenta de la pasada centuria se volvieron más punitivistas las exigencias públicas. De 1980 en adelante las encuestas comienzan a revelar las crecientes preocupaciones de la opinión pública por la seguridad, y una generalizada opinión de que los tribunales eran blandos con los delincuentes. Así, en Estados Unidos en 1990 un 82% de los entrevistados consideraban que los tribunales no eran lo suficientemente punitivos en contra de un 3% que creía lo contrario (Pratt, 2006: 254).

Esta nueva criminología mediática, que era principalmente fruto de temores y de discursos populistas, necesitaba tener un marco teórico y una aparente científicidad. La gran confianza de la generalidad de las personas en la ciencia y en los especialistas hizo conveniente que la criminología mediática presentara sus propios *expertos*. Así, el economista Morgan O. Reynolds publicó en revistas de difusión como *Newsweek* teorías que planteaban que el delito se reducía a una cuestión de *costo-beneficio* y que, por lo mismo, si se quería reducir el delito era necesario aumentar las penas para así acrecentar los riesgos forzando la elección racional del posible delincuente.

El *Manhattan Institute*, como ente promotor de estas nuevas ideas, le ofreció treinta mil dólares a Charles Murray, un mediocre politólogo desocupado, para que escribiera *Losing Ground: American Social Policy, 1950-1980*. El libro fue lanzado en 1984 con una enorme cobertura mediática y se regalaron miles de ejemplares entre periodistas y funcionarios públicos. Luego se invitó a Murray a diversos *talk shows* televisivos en calidad de especialista (Wacquant, 2000: 32). El libro, entre otras cosas, sostenía –sin explicar la relación– que los jóvenes de sectores pobres delinquen porque los programas sociales de desempleo y otros los tratan con mucha benevolencia. Por lo mismo, para Murray había que suprimir esos programas (Zaffaroni, 2011: 411). Pese a ser una obra repleta de errores empíricos, conclusiones absurdas que fueron rápidamente destruidas por criminólogos en universidades y otros centros de estudios, éste libro, que

coincidía con la opinión del entonces popular Ronald Reagan, se convirtió en un clásico de la noche a la mañana (Wacquant, 2000: 32).

Diez años más tarde, en 1994, Charles Murray junto a Richard Herrnstein escribieron *The Bell Curve: Intelligence and class structure in American life*, un verdadero tratado de racismo científico, donde exhumaron “los viejos test que probaban el menor coeficiente intelectual de los afroamericanos” (Zaffaroni, 2011: 413). En dicha obra los autores sostienen que las desigualdades raciales y de clase en Estados Unidos reflejan las diferencias individuales de “capacidad cognoscitiva” (Murray y Herrnstein, 1994), que es el coeficiente intelectual, y no las condiciones sociales, las que determinan quién ingresa a la universidad, quién queda desempleado, quién se hace millonario, quién vive en los sacrosantos del matrimonio y no en la unión libre, quién se hace delincuente, etc.

La delincuencia, según *The Bell Curve*, sería un problema moral y las privaciones materiales no operarían como causas de la misma. A la pregunta de por qué la mayoría de los presos provienen de “barrios malos” los autores responden que en dichos barrios residen en cantidades desproporcionadas individuos de baja capacidad cognitiva. En el fondo, lo que el texto pretende justificar es la innecesaria ayuda social a sectores que no podrán surgir por incapacidad intelectual e inmoralidad. Es una argumentación a la reducción de todo tipo de ayuda social o a cualquier medida que promueva la movilidad social.

La deslealtad científica de los autores es absoluta. En vez de rebatir, lisa y llanamente omiten todo tipo de estudios que lleguen a resultados distintos a los por ellos profesados. Los análisis grotescos fueron rápidamente refutados en el mundo académico. Sin embargo, los autores no entraron en el debate científico. Se limitaron a participar de espectáculos mediáticos travestidos de especialistas. Un trabajo dedicado a demostrar los burdos errores y falsedades de *The Bell Curve*, se encuentra en *Inequality by Design: Cracking the Bell Curve Myth*, (Fischer, Hout et al., 1994).

En el mismo sentido de *The Bell Curve, Wealth and Poverty*, George Gilder sostiene que las causas de la miseria en los Estados Unidos se encontraban en la anarquía familiar entre los pobres concentrados en el *inner city* y alimentados por las ayudas sociales, cuyo efecto es pervertir el deseo de trabajar, socavar la familia patriarcal y erosionar el fervor religioso que son desde siempre los tres elementos de la prosperidad (Gilder, 1981).

Mención especial merecen James Q. Wilson y Georges Kelling y su extravagante tesis de las *ventanas rotas* (*Broken Windows*). Dicha teoría, pese a no contar con comprobación empírica, fue un éxito editorial y dio pie a la llamada doctrina, que en realidad no pasa de ser un *slogan*, de *tolerancia cero*. El término *tolerancia cero* había sido utilizado por Wilson y Kelling en 1982 en *The Atlantic Monthly* y correspondía a la solución propuesta por ellos para enfrentar y castigar sin mayor dilación todo tipo de infracciones, sin importar su gravedad.

La teoría se ilustra con la imagen de un edificio con ventanas rotas. Según los autores, las ventanas rotas inducirán a los vándalos a romper más ventanas, quienes terminarán ocupando el edificio, puesto que pensarán que está abandonado. Esta teoría, sin realizar estudios de campo, concluye, sin explicar la relación, que el ejemplo del edificio debe extenderse a las políticas de seguridad ciudadana postulando que si un infractor no es condenado inmediatamente, será incitado a reincidir. Por otra parte, si los autores de infracciones menores no son sancionados, aumentarán en forma progresiva sus infracciones hasta llegar a cometer los peores crímenes. Wilson y Kelling ni siquiera se hacen cargo de los efectos criminógenos del castigo. Omiten toda evidencia que pueda derrumbar sus falacias.

Si bien las obras que promovían la criminología del control sólo fueron analizadas en universidades y otros centros de estudios como material sociológico melodramático carente de toda seriedad científica, éstas produjeron importantes efectos en la opinión pública que no debemos subestimar. Textos como “Conteo de cuerpos: pobreza moral... y cómo ganar la guerra en Estados Unidos contra el crimen y las drogas” de Bennett, DiIulio y Walters, con sus apocalípticas afirmaciones de que Estados Unidos era presa de una epidemia criminal, de una plaga de crimen violento que amenaza desestabilizar las instituciones democráticas, tuvieron gran difusión y ayudaron a generar un ambiente de miedo y repudio por las clases marginales, preferentemente negras, que no merecen ningún tipo de beneficio.

El Estado de bienestar (anatema para los neoconservadores y neoliberales) también es objeto de crítica, pues ha sido demasiado permisivo con las clases marginales que, acostumbradas a vivir de los beneficios sociales, se han vuelto dependientes, perezosas, sin iniciativa, degeneradas, por lo que son proclives al vicio y a la delincuencia (Iturralde, 2007: 79-80).

Sin importar su argumentación tramposa y sus extravagantes conclusiones, la teoría de las ventanas rotas fue muy popular y dio apariencia de científicidad a las políticas de *tolerancia cero*, cuyo único mérito es la franqueza de su denominación.

Además de cruel, la aplicación de las políticas de tolerancia cero resulta muy costosa e inútil en cuanto a la disminución de la delincuencia. La propuesta de sancionar drásticamente (principalmente con penas de prisión) pequeñas infracciones se opone a un sinnúmero de estudios que recomiendan lo contrario, conocidos los deteriorantes efectos que produce la prisión. Por lo mismo, todos los congresos penitenciarios internacionales, desde mediados del siglo XIX, aconsejan evitar las penas privativas de libertad para infractores menores, por los efectos criminógenos que producen (Zaffaroni, 2011: 531).

La implementación de *tolerancia cero* en Nueva York fue acompañada con amplia propaganda vendiéndola como *la* causa de una supuesta disminución de la delincuencia, omitiendo que el crimen en Nueva York había disminuido

desde antes de su aplicación y que durante el mismo período bajó en todo el territorio y no sólo en Nueva York.

Como observa Zaffaroni, el embuste científico de Wilson y Kelling se descubre con un cuidadoso escrutinio de su bibliografía:

Presentan un impresionante arsenal bibliográfico que da un aspecto altamente científico a su mamotreto, pero ocultan cuidadosamente toda la bibliografía crítica de la biología criminal que resucitan [...] La deslealtad científica raya en el escándalo, porque no rebaten las toneladas de trabajos demoledores, sino que directamente los ignoran (2011: 413).

Los planteamientos de Wilson, omitiendo teorías que fomentan programas sociales y rehabilitadores, simplifican hasta el extremo sus planteamientos postulando que lo importante es combatir el mal. “Las personas malvadas existen. Nada es útil excepto separarlas de las personas inocentes” (Wilson, 1983: 260).

Ronald Reagan, que se hizo famoso interpretando películas de *cowboys* y que llegó a ser presidente de los Estados Unidos, es una evidencia clara de la importancia de los medios de comunicación y de cómo éstos pueden facilitar el acceso al poder. Reagan, adecuando su discurso al repudio social que generaba el delito, calificó a los discursos welfaristas como “teorías sociales blandas” y “seudointelectuales apologías del delito” (Garland, 2005: 221).

La situación no distaba mucho en Gran Bretaña, donde Michael Howard, en 1993, contrariando evidencias empíricas y bibliotecas enteras de criminólogos que demostraban lo contrario, planteó que: *¡la prisión funciona!* Con este discurso justificaba nuevas leyes que contemplaban condenas obligatorias. Tal situación demuestra que lo importante, más que la verdad comprobable empíricamente, es el *eslogan*. Lo que en verdad funcionaba no era la prisión, sino el mensaje que reporta enormes beneficios electorales y aumenta la popularidad, sin interesar el contenido del mismo.

d) Comentario crítico

Si bien nuestro planteamiento es eminentemente crítico con la criminología del control, que esencialmente es un mecanismo de sumisión que desemboca en el encarcelamiento masivo con una selectividad clasista y racista y que desconoce la dignidad y los derechos de los condenados, también podemos reconocer ciertos aspectos positivos que presenta, especialmente en lo que dice relación con la prevención situacional del delito.

Siempre y cuando no signifiquen una intensa perturbación de la libertad de las personas ni un control incompatible con la dignidad humana, no desaprobamos *a priori* ciertas manifestaciones de la prevención situacional toda vez que pueden efectivamente cumplir un rol preventivo al disminuir las tasas del

delito evitando la respuesta penal (que usualmente será mucho más violenta que la prevención situacional).

Esto porque, aunque las causas de los delitos son esencialmente sociales, también las hay en la oportunidad de la perpetración de los mismos, y en este sentido la reutilización del espacio público puede ayudar al fomento de actividades que sean valoradas por las comunidades y en que las mismas puedan incidir en la disminución de la delincuencia. La creación de centros deportivos y recreativos, diversos encuentros y seminarios realizados por organismos estatales, municipales, eclesiásticos, laicos, etc., el alumbrado público, la recuperación de los espacios públicos para la cultura y el esparcimiento, la posibilidad de que sean los ciudadanos los que se controlen, puede mejorar enormemente la vida de las personas.

Hemos dividido las causas del encarcelamiento masivo en dos grupos, los que si bien están interrelacionados, muestran también aspectos específicos. El nexo entre menor Estado social y mayor Estado penal parece indesmentible; sin embargo, como ya hemos apuntado, esta relación no es matemáticamente exacta. El desmantelamiento del Estado social unido al populismo punitivo o demagogia vindicativa será lo que aumentará el índice de presos. Sin embargo, el encarcelamiento debe comprenderse como un fenómeno complejo y multicausal, por lo que no nos resulta tan fácil reducir el análisis a una ecuación con pocas variables.

Piéñese por ejemplo en lo afirmado por Wacquant:

No es casualidad que Chile, que fue el primero en adherir a las políticas dictadas por los "*Money doctors*" de la Universidad de Chicago y no tardó en ser el máximo encarcelador del continente, haya experimentado un alza de su índice de detenidos de 155 cada 100.000 en 1992 a 240 cada 100.000 en 2004 (Wacquant, 2000: 186).

Si bien los datos proporcionados por Wacquant son ciertos, su análisis es un poco simplista puesto que nos llevaría a concluir que Chile habría aumentado su nivel de encarcelamiento más que en otras latitudes sólo porque sería el país más neoliberal de la zona. A juicio nuestro, Wacquant deja de lado una cuestión fundamental, a saber, que los años que el mismo menciona (de 1992 a 2004) son también los primeros años de democracia, la que, si bien se trata de una democracia muy débil en la que sigue rigiendo la constitución pinochetista, fue una época de bastante más respeto por la dignidad de la persona humana que aquélla de los años de dictadura. Sin embargo fue también la democracia el período del aumento desproporcionado de los niveles de encarcelamiento.

La dictadura chilena fue, sin duda, la experiencia más horrible que sufrió nuestro país. La masacre de los enemigos políticos y el terror infundido por los órganos de inteligencia del régimen militar fueron de una crueldad sin precedentes en nuestra historia republicana. Sin embargo, el número de presos fue estable. La implementación del sistema neoliberal en Chile que se hizo en

plena dictadura fue mucho más extrema que en Inglaterra o en los Estados Unidos (vid. Klein, 2007) puesto que la impopularidad que trae el desmantelamiento del Estado social lo hace inviable en democracia.

Sin embargo, este cambio socio-económico no trajo consigo un inmediato encarcelamiento masivo. En dictadura no hay elecciones, por ende, temas como la delincuencia pueden tratarse lejos del debate político. Sólo así puede comprenderse que la propia ley 18.216, que da un amplio catálogo de beneficios que suponen la liberación anticipada de los condenados haya sido promulgada en dictadura.

Otro elemento importante fueron la manipulación y la censura de los medios de comunicación en la dictadura, los que tampoco podían exagerar problemas como la delincuencia o la cesantía. Por ende, el miedo a la delincuencia común, era mucho menor en dictadura que en democracia. Es con la llegada de la democracia que el problema de la delincuencia se politiza y en consecuencia nace un discurso de populismo punitivo que se traduce en el aumento de las penas (especialmente para los delitos de robo y narcotráfico) que se implementan a través de leyes votadas casi unánimemente por la coalición social-demócrata que gobierna ininterrumpidamente los primeros 20 años de democracia y por la derecha conservadora. Sobre esto volveremos con más detenimiento en el siguiente capítulo.

En conclusión, en términos generales coincidimos con el teorema de Wacquant sobre la relación “menos Estado social = más Estado penal”. Los datos muestran incontestablemente que esta correspondencia no puede interpretarse como una mera coincidencia. La afirmación de Wacquant de que la mano invisible de las economías neoliberales se compensa con el puño de hierro del Derecho penal, nos parece acertada y nos permite comprender el fenómeno del encarcelamiento masivo en *una* de sus causas. Sin embargo, hay que atender a otros factores, a múltiples especificidades de cada sociedad, para comprender su sistema penal, en general, y las mutaciones de sus índices de encarcelamiento, en particular.

Así, los gigantescos niveles de encarcelamiento norteamericano son consecuencia de su régimen económico, pero también responden a diversos factores culturales que hacen posible la instauración de una verdadera sociedad carcelaria. Sus valores -alimentados mediáticamente-, sus creencias religiosas, sus miedos, etc., hacen posible el encierro y el control penal de un elevado número de personas con claras preferencias raciales y sociales. El sistema económico juega un rol fundamental en el sistema penal de un Estado, pero no es el único factor que lo determina. Sólo comprendiendo el encarcelamiento

masivo como un fenómeno complejo y atendiendo a diversas causas podemos pretender brindar alguna explicación satisfactoria.¹⁰³

4. Selectividad con la que opera

a) Pobreza y raza como principales criterios de selección.

El poder punitivo siempre ha sido selectivo, ejerciendo su poder y castigando a los grupos más vulnerables. Pobres, inmigrantes, cesantes, enemigos políticos, etc., han sido la clientela favorita del sistema penal.¹⁰⁴ Al mismo tiempo, la justicia penal segrega con criterios clasistas utilizando una doble vía:

derecho penal máximo, máximamente duro contra la delincuencia de los pobres, delincuencia de subsistencia; derecho penal mínimo, máximamente leve e indulgente contra los crímenes del poder, la corrupción y la bancarrota (Ferrajoli, 2014: 94 y 95).¹⁰⁵

Junto al encarcelamiento masivo, el nivel de desproporción racial de la población reclusa, ha sido la principal característica en los últimos 40 años en las cárceles norteamericanas y también en Gran Bretaña. En Estados Unidos el poder punitivo tiene una clara preferencia por los negros y, en menor medida, por los latinos. En dicho país el encarcelamiento para los varones jóvenes negros de barrios marginales no es en absoluto algo infrecuente. Al respecto las cifras son contundentes: actualmente uno de cada tres hombres negros de entre

¹⁰³ Piénsese por ejemplo en la paradoja del caso griego. La tendencia del encarcelamiento va en alza y no es diversa a la seguida en los demás países europeos (en 1990 había 52 encarcelados por cada 100.000; en 2000 sube a 70; en 2010 a 102). Sin embargo, el Estado social se ha mantenido. No creemos que el ejemplo griego pueda poner en cuestión la tesis wacquaniana, pero lo citamos para mostrar que el análisis mono-causal puede ser insuficiente para explicar el aumento del encarcelamiento.

¹⁰⁴ Sobre migración y sistema penal, véase: Brandariz, 2014: 137 y ss; Cid Moliné y Larrauri, 2001; Baratta, 1986; etc.

¹⁰⁵ Para no caer en visiones paternalistas de la cárcel que vengan *desde afuera*, resulta siempre esencial atender a la voz de los propios presos. Este trabajo no siempre resulta fácil puesto que el hermetismo de las prisiones hace difícil conocer la opinión y demandas de los internos. Un loable ejemplo que permite conocer la opinión de los encarcelados ha sido la revista *Prison Legal News* dirigida por los reclusos. Una selección de ensayos y escritos se publicó con el título *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.* cuya lectura resulta necesaria para conocer la realidad carcelaria norteamericana (Burton-Rose, Pens y Wright, 2002). Esta obra permite comprender el mundo de las cárceles *desde dentro*, pero también los verdaderos efectos de las políticas penales vindicativas implementadas *desde afuera*. Asimismo denuncia cómo se ha normalizado la sanción dentro de la sanción, las formas extremas de aislamiento penal, la tortura, etc. Si bien en el derrotero de nuestro trabajo hemos citado constantemente a autores que vivieron en carne propia la experiencia carcelaria (Rivacoba, Rivera, Hulsman, etc.), resulta imprescindible conocer la opinión de quienes hoy padecen el encierro.

20 y 29 años está bajo custodia penal o bajo otro tipo de observación penal. Si esta tendencia se mantiene, un 30% de los hombres negros tendrá que pasar parte de su vida en prisión (tratándose de hispanos el porcentaje sería de un 14% y de blancos el 4%) (Garland, 2001: 2). Claramente, los norteamericanos blancos tienen muchas menos probabilidades de caer en las redes del poder punitivo.¹⁰⁶

Michelle Alexander (2012) afirma categóricamente que el encarcelamiento masivo en Estados Unidos es el actual sistema de segregación racial. Sin embargo, cree la autora, la actual creencia de que la raza ya no importa – acentuada en la era Obama- “nos ha cegado a las realidades del tema racial en nuestra sociedad y ha facilitado la aparición de una nueva estructura de castas” (2012: 33).¹⁰⁷

En una época en que el color racial es en apariencia invisible, ya no resulta aceptable socialmente usar la raza, de forma explícita, para justificar la discriminación, exclusión y el desprecio social. Así que no la usamos. Mejor que aludir a la raza, usamos nuestro sistema de justicia penal para etiquetar a la gente de color como “delincuentes” y de esa forma mantenemos todas las prácticas que supuestamente hemos dejado atrás (Alexander, 2012: 18).

El encarcelamiento masivo, para Alexander, no se refiere sólo al sistema de justicia penal, sino que constituye un medio mucho más amplio de control y de etiquetamiento que se ejerce contra los negros dentro y fuera de la prisión (2012:

¹⁰⁶ En la primera mitad de la pasada centuria, también los inmigrantes italianos fueron habituales *clientes* del sistema penal norteamericano, especialmente si, además de italianos, se trataba de obreros militantes de movimientos comunistas o anarquistas. La muerte en la silla eléctrica en 1927 en Boston de Bartolomeo Vanzetti y Nicola Sacco es un ejemplo emblemático de la persecución política que sufrieron los italianos anarquistas en dicho país. La historia fue llevada al cine por Giuliano Montaldo en el notable filme “Sacco e Vanzetti”. La brillante interpretación de Gian Maria Volonté (Vanzetti) conmueve, especialmente al pronunciar sus últimas palabras: *Jamás viviendo la entera existencia, habríamos podido esperar hacer tanto por la tolerancia, por la justicia y por la mutua comprensión entre los hombres...* Esto lo hemos abordado con mayor detenimiento en “Giuliano Montaldo y la pena de muerte” en (Cuneo, 2010).

¹⁰⁷ Obama más que combatir los prejuicios raciales contra los negros ayuda explícitamente a acentuarlos. Claro ejemplo de esto fueron sus palabras en la Iglesia Apostólica de Dios de Chicago en plena campaña electoral en la que reprochaba a los padres desaparecidos, ausentes de sus responsabilidades y de sus familias y concluía: “Sabemos que esto es así en todas partes, pero en ningún sitio tanto como en la comunidad afroamericana”. El estereotipo promovido por Obama no se basa en ningún estudio y se aparta de la realidad. Trabajos empíricos de Rebekah Levine Coley, psicóloga social del Boston College, demuestran que los padres negros que no viven con sus hijos tienen más contacto que los padres blancos en la misma situación (Alexander, 2012: 274). Además, Obama, pese a haber reconocido haber consumido drogas cuando era un chaval, ha decidido seguir adelante con la Guerra contra las Drogas (principal causa del encarcelamiento de los negros) en los mismos términos que sus antecesores nombrando como vicepresidente a Joe Biden, y como jefe de gabinete a Rahm Emanuel, ambos promotores de la expansión de la ya mencionada guerra.

35). Como bien apunta la autora, “el sistema de encarcelamiento masivo se basa en la impronta de la cárcel, no en el tiempo que se pasa en ella” (2012: 37).

En Europa, la selectividad con la que opera el sistema penal se centra en los inmigrantes y en la clase trabajadora desempleada. Esto se ha pretendido justificar con la simple ecuación de que éstos cometerían más delitos, pero las estadísticas carcelarias indican que un importante porcentaje de inmigrantes está en prisión por aspectos migratorios y no por otros delitos (Tomasevski, 1994).¹⁰⁸

En Latinoamérica la segregación penal se ejerce contra los pobres (Iturralde, 2007: 71). Las sociedades latinoamericanas se caracterizan por la concentración de la riqueza en pocas manos y una enorme desigualdad social, lo que hace fácilmente identificable a los candidatos del encarcelamiento que en su casi totalidad pertenecen a las clases marginadas. Coinciden los que se han visto más afectados por las políticas de desarticulación de todo Estado asistencial con los presos. Éstos son en su mayoría varones jóvenes provenientes de clases subalternas, con altísimos índices de enfermedades y analfabetismo, sin trabajo actual y con pocas posibilidades de obtenerlo. Últimamente el sistema penal ha acentuado la persecución de inmigrantes extranjeros de países vecinos más pobres y mujeres con niños pequeños a su cargo (Rivera, 2015).

Para Garland el efecto más preocupante del encarcelamiento masivo es la exclusión penal, la que se suma a las exclusiones económicas, sociales y raciales, profundizando las divisiones sociales y perpetuando la existencia de una clase marginada y criminalizada (2001: 6).

b) La cárcel como gueto

Algunos autores como Wacquant (2000; 2000b; 2002; 2002b) ubican dentro de las causas del encarcelamiento masivo el solapamiento y la sustitución del sistema penal respecto al gueto como mecanismo de control racial. Nosotros, en cambio, hemos preferido no tratar este tema directamente como una causa del encarcelamiento masivo, sino como una manifestación del funcionamiento selectivo del sistema penal.

Anteriormente nos detuvimos en las causas mediatas del encarcelamiento masivo, es decir, aquéllas que hicieron posible la promulgación de las causas inmediatas o leyes en virtud de las cuales se envía cada vez a más personas a las prisiones. Ahora quisiéramos referirnos brevemente a dos de las principales causas inmediatas del encarcelamiento masivo (la justicia negociada y la Guerra contra las Drogas), prestando mayor atención a la segunda por su gran relevancia.

¹⁰⁸ En Italia, como en muchos países, la inmigración clandestina es un delito. Para Ferrajoli “leyes de este tipo son responsables de la silenciosa masacre de miles de inmigrantes que son rechazados día tras día de nuestras fronteras” (2014: 91).

Partiremos haciendo mención a leyes adjetivas o procesales que establecen mecanismos de justicia negociada, y luego nos referiremos a aquellas leyes promulgadas a propósito de la Guerra contra la Droga, que son leyes sustantivas de contenido jurídico penal. Las leyes adjetivas o procesales que establecen mecanismos de justicia negociada a través de procedimientos abreviados o juicios simplificados significan un fuerte estímulo para que los acusados o investigados por un delito reconozcan su responsabilidad evitando un juicio y recibiendo como *premio* una condena rebajada. Tras la aparente benignidad de estas instituciones, lo que en verdad se oculta es que dicho *premio* por confesar, en términos reales equivale al *castigo* por no hacerlo, lo que presiona fuertemente a los imputados a confesar, poniéndose en cuestión el derecho de todo imputado a no declararse culpable y a tener un juicio justo.

En definitiva, con la renuncia a un juicio contradictorio, los acusados pueden verse beneficiados con una condena menos desfavorable. No será infrecuente que abogados defensores recomienden dicho camino, especialmente porque su propia experiencia los hace conocedores de lo que puede significar para el condenado no contar con el *premio* del reconocimiento. Con todo, al poder condenar sin un juicio contradictorio, los tribunales de justicia pueden enviar gente a prisión con una facilidad y rapidez que sería imposible sin estos mecanismos de renuncia al juicio. Evidentemente existe una fuerte coacción para que los acusados se declaren culpables de los delitos que se les imputan y así evitar los elevados costos del juicio y una mayor condena.

Langben establece una vinculación entre este tipo de acuerdos que suponen la renuncia a un juicio contradictorio y la tortura medieval:

En los Estados Unidos del siglo XX hemos duplicado la principal experiencia del procedimiento penal de la Europa Medieval: hemos abandonado un sistema contradictorio de atribución de culpabilidad para adoptar un sistema no contradictorio de concesiones. Forzamos al acusado contra quien se ha establecido causa probable a confesar su culpabilidad. Para asegurarnos, nuestros medios son mucho más considerados; no usamos el potro, la bota española, ni otros instrumentos de tormento para dañar las piernas. Pero como los europeos de hace siglos que sí utilizaban estas máquinas, hacemos terriblemente costoso para un acusado reclamar el ejercicio de su derecho a la garantía constitucional de juicio previo (citado en Zysman, 2013: 223).

c) La Guerra contra la Droga

En Estados Unidos ha sido la Guerra contra las Drogas la causa inmediata más relevante del encarcelamiento masivo. Las políticas penales, especialmente en delitos vinculados al narcotráfico, han significado un aumento desproporcionado de la población negra y pobre en las cárceles. La implementación de las leyes promulgadas en esta Guerra contra la Droga han sido social y racialmente selectivas, centrandó la persecución en la población pobre de los barrios negros de las ciudades. “Nada ha contribuido más al internamiento sistemático y masivo de la gente de color en Estados Unidos que

la Guerra contra la Droga” (Alexander, 2012: 102). En el mismo sentido, Tonry entiende que el aumento del encarcelamiento masivo de negros es consecuencia directa de las políticas de “guerra a las drogas” impulsadas primeramente por Ronald Reagan y ampliadas por sus sucesores (Tonry, 1995).¹⁰⁹

En la Guerra contra la Droga la discriminación se ejerce por quienes tienen poderes discrecionales, especialmente por fiscales y policías. Estos últimos son quienes tienen mayor capacidad discrecional y actúan con clara discriminación racial. Es la policía la que decide tanto a qué individuos controlar como en qué barrios intervenir.

La Guerra contra la Droga bien podría haberse centrado en los campus universitarios o en barrios blancos, que consumen tantas drogas como los negros, pero no fue así. Las intervenciones en barrios pobres (habitados principalmente por comunidades negras) no generan mayores problemas para la policía debido al escaso poder e influencias que éstos tienen (Alexander, 2012: 196 y 197). Esta estrategia bélica centrada en los barrios pobres y negros hace fácil las condenas de los involucrados, pero resulta sumamente ineficiente puesto que al encerrar a pequeños vendedores (o consumidores) éstos rápidamente son sustituidos por otros debido a la enorme demanda de drogas ilegales.¹¹⁰ En este mismo sentido, Wacquant observa (2002b: 42) que la campaña antidroga en los Estados Unidos en vez de centrarse en las ricas periferias habitadas por familias blancas o en los campus universitarios, se concentró en el gueto, lo que significó el aumento en diez veces del arresto de los negros por leyes anti-drogas, manteniéndose estable entre los blancos, sin perjuicio de que no existan mayores diferencias en el consumo de drogas por parte de ambas comunidades.

Loïc Wacquant (2002) entiende que la cárcel, como la esclavitud y el gueto, son formas de confinar y controlar a los negros en Estados Unidos. El declive estructural y funcional del gueto habría dado lugar a un crecimiento sin

¹⁰⁹ Para Alexander (2012: 86), “desde el principio la guerra contra las drogas tenía poco que ver con la preocupación pública con los estupefacientes y más que ver con la preocupación pública con el tema de la raza”. Para esta autora el encarcelamiento masivo es un sistema de control racial que no resulta incompatible con las sensibilidades actuales por su invisibilidad. La premisa gatopardesca formulada por Giuseppe Tomasi de Lampedusa nos ayuda a comprender la segregación racial norteamericana: *que todo cambie, para que todo siga igual*. Primero fue la esclavitud, luego la era de la segregación y hoy es el régimen penal el que subrepticamente mantiene el sistema de castas raciales en la sociedad norteamericana. Que el racismo no sea explícito no significa que no exista. Los argumentos y las racionalizaciones de la discriminación y exclusión racial han mutado, pero los resultados han sido prácticamente los mismos.

¹¹⁰ Sobre la sustitución de traficantes, véase MacCoun y Reuter (2001).

precedentes de la cárcel, que, al igual que su antecesor, sirvió para estigmatizar, constreñir, recluir territorialmente y encajonar institucionalmente:

Cuando los muros del gueto se sacudieron y amenazaron con venirse abajo, los muros de la cárcel se extendieron, ampliaron y fortalecieron proporcionalmente, y la “reclusión de diferenciación”, dirigida a mantener a un grupo aislado (significado etimológico de *segregare*), ganó primacía sobre la “reclusión de seguridad” y la “reclusión de autoridad” (Wacquant, 2002: 49).

La sobrerrepresentación de los hombres jóvenes negros en las cárceles de Estados Unidos es una realidad indesmentible. Dicha sobrerrepresentación proporciona una poderosa justificación para asociar el color a la peligrosidad. La estigmatización del delincuente, tan usual en las políticas de “seguridad ciudadana” y la criminología del control, identifican al criminal con un monstruo negro, puesto que la personificación del criminal es la del hombre joven, afroamericano, violento e inmoral (Wacquant, 2002: 52).

Asimismo, la cárcel y el sistema penal contribuyen a la segregación social que ve por una parte a las familias trabajadoras (blancas) y por otra a la despreciable infraclase compuesta por criminales negros (Wacquant, 2002: 57). El encarcelamiento masivo como política social útil para disciplinar a los pobres, significa para los negros pobres no una sociedad con cárceles (como la perciben los blancos y los negros no pobres), sino la *primera auténtica sociedad carcelaria* de la historia (Wacquant, 2002: 58). De esta manera, concluye Wacquant (2002b: 43), se estableció una profunda *simbiosis estructural y funcional entre el gueto y la prisión*. Ambas instituciones sirven para asegurar la reclusión de una población estigmatizada por su origen étnico y considerada innecesaria en el plano económico y político.

Los negros en las cárceles norteamericanas representan el 55% de la población reclusa, mientras sólo constituyen un 12% de la población del país.

La sobrerrepresentación de los afro-americanos se debe a dos fenómenos distintos. En primer término, en general tienen una peor situación socio-económica que los blancos y son fuertemente segregados en la ciudad, y, en segundo lugar, son víctimas de discriminación en todo nivel en el sistema judicial, lo que se traduce en que, a igualdad de delitos, los negros tienen más posibilidad que los blancos de ser controlados, llevados a tribunales y condenados (Wacquant, 2002b: 41).

Wacquant (2000: 69) señala que los negros representan el 13% de los consumidores de drogas (cifra que se corresponde más o menos con su peso demográfico). Sin embargo, constituyen un tercio de los arrestos y tres cuartos de los encarcelados por violación de la ley sobre estupefacientes.¹¹¹

¹¹¹ Diversos estudios concluyen que los índices de consumo y de venta de drogas ilegales entre blancos y negros son prácticamente los mismos. Respecto de jóvenes, las probabilidades de

Como suele suceder, este tipo de leyes antidrogas, votadas mayoritariamente por los parlamentarios de las diversas coaliciones, prometen disminuir el tráfico de estupefacientes y golpear a grandes narcotraficantes, pero en los hechos no sucede ni lo uno ni lo otro y sólo terminan encerrando a drogo-dependientes y a vendedores menores completamente sustituibles, generando una especie de guerrilla callejera entre bandas de narcotráfico y la policía. En Estados Unidos, el año 2005 por ejemplo, cuatro de cada cinco detenciones eran por posesión de droga y sólo una de cinco por tráfico. Por otra parte, se afirma que la Guerra contra la Droga se refiere principalmente a drogas duras. Sin embargo, en la década de 1990 el 80% de las detenciones por temas de drogas fueron por posesión de marihuana (Alexander, 2012: 103).

Tampoco hay un mayor porcentaje de negros que vendan drogas ilegales en comparación con los blancos, ni que los blancos deban acudir a los barrios negros para conseguir las drogas. Estudios han demostrado que quienes consumen drogas, en general las obtienen de personas de su mismo grupo étnico. Tratándose de estudiantes consumidores, las drogas generalmente las consiguen de sus mismos compañeros (Alexander, 2012: 161).

Una de las leyes más emblemáticas, severas y polémicas, en el contexto de la llamada *Guerra contra la Droga*, fue la *Anti-Drug Abuse Act* de 1986, que agravó drásticamente las condenas. Una particularidad de esta ley fue que estableció una tabla de equivalencia según la cual 1 gramo de crack equivalía a 100 gramos de cocaína en polvo. Si bien se argumentó esta equivalencia en base a la toxicidad de las sustancias, en la práctica quienes consumen preferentemente crack son los habitantes de sectores modestos en los que hay un alto porcentaje de población afroamericana.¹¹² Esta ley estableció penas mínimas obligatorias según la cantidad de droga involucrada en los delitos. “Ello llevó a que la simple tenencia de 5 gramos de *crack* [...] llevara a que un acusado sin antecedentes penales debiera enfrentar una condena obligatoria de cinco años de prisión efectiva” (Zysman, 2013: 145). La misma pena se le impondría a quien portara 500 gramos (medio kilo) de cocaína en polvo. La consecuencia de una ley como esta fue un enorme número de condenas vinculadas a ventas callejeras de pequeñas cantidades de crack en barrios habitados preferentemente por comunidad negra.

jóvenes blancos de implicarse en la venta de drogas ilegales son superiores a la de los negros (citados en Alexander, 2012: 158 y 159). Sin embargo la opinión generalizada de la gente es que las drogas las venden los negros. Una encuesta realizada en 1995 que invitaba al entrevistado a cerrar los ojos y visualizar a un consumidor de drogas y luego a describirlo tuvo como resultado que el 95% de las personas imaginaron a un consumidor negro (Watson, Jones, et al., 1995: 19).

¹¹² Si bien se argumentó que la persecución centrada en el crack tenía que ver con su mayor peligrosidad en comparación con otras drogas, las muertes por sobredosis de heroína eran más frecuentes que las que generaba el crack y había otras drogas que provocaban más hospitalizaciones (Alexander, 2012: 202). La proporción de 1 a 100 entre crack y cocaína fue modificada por la Ley de Condenas Justas sancionada por Obama reduciéndola de 1 a 18.

Ejemplo de esto lo constituye el siguiente caso: Edward Clary, joven negro de 18 años y dos meses, fue registrado por la policía quienes consideraron que tenía *aspecto de traficante*. Clary volvía a su casa después de una fiesta y portaba 50 gramos de crack. Nunca antes había sido detenido ni tenía condenas penales. Sin embargo, por la conversión uno a cien, se le debía castigar como si portara tanta cocaína que fue sancionado a una sentencia efectiva de 10 años de prisión (Alexander, 2012: 180 y ss.).¹¹³

En semejante sentido a lo planteado por Wacquant y Alexander, Tonry (1995) entiende que el aumento de la población negra en las cárceles norteamericanas ha sido consecuencia de la Guerra contra las Drogas, la que se ha dirigido principalmente contra los barrios marginales habitados preferentemente por negros. Tonry afirma categóricamente que no importa cuán eficiente pudo ser la guerra a las drogas en cuanto a disminuir los delitos vinculados al tráfico de las mismas, pero sí fue efectiva en aumentar sin precedentes el nivel de encarcelamiento de los negros.

El consumo de drogas –agrega Tonry– se difunde en distintos grupos raciales y sociales de manera más o menos equitativa, pero la guerra a las drogas se dirigió a los jóvenes negros consumidores de crack. Lo que buscaba esta retórica bélica era mostrar que los gobiernos, tanto de Bush como de Clinton, estaban del lado de las víctimas, preocupados por la seguridad pública y por la prevención del delito. El resultado de esta guerra no fue precisamente la disminución de los delitos, pero sí el aumento sin precedentes de la población reclusa (principalmente compuesta por hombres, jóvenes, pobres y negros). Con las cárceles más llenas que nunca, los impulsores de estas medidas aumentaron su popularidad.¹¹⁴

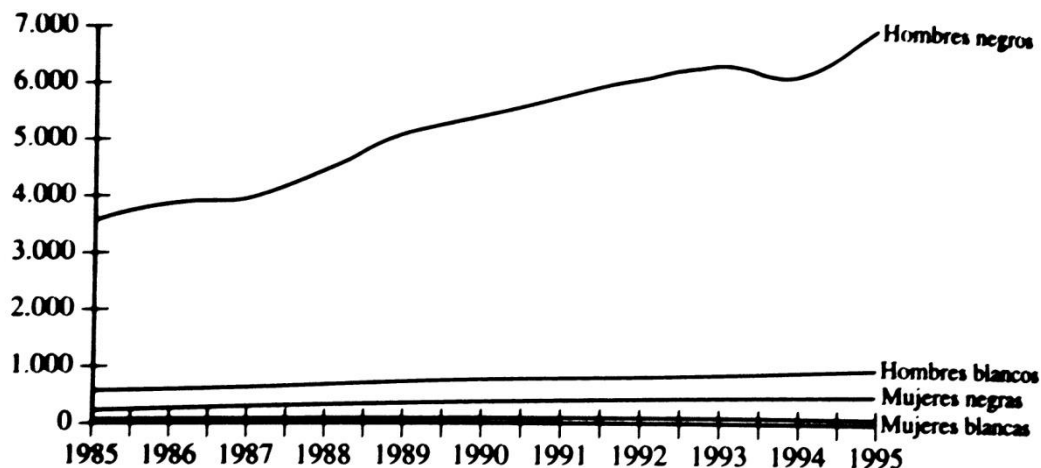
¹¹³ Primeramente fue condenado a 4 años por un juez que consideró que la proporción de 100 a uno era inconstitucional. Sin embargo la fiscalía apeló y entonces Clary debió cumplir la condena de 10 años.

¹¹⁴ Recordemos que Clinton, en campaña electoral, preocupado de no parecer blando con el crimen, el año 1992 fue a Arkansas (su Estado de origen) “para supervisar la ejecución de Ricky Ray Rector, un hombre negro con discapacidad mental que entendía tan poco de lo que estaba a punto de sucederle que pidió que el postre de su última comida se le guardara para la mañana siguiente”. Tras la ejecución, Clinton declaró: “De mí se pueden decir muchas cosas, pero nadie puede decir que soy blando con la delincuencia” (citado en Alexander, 2012: 97). Como presidente, Clinton endureció la legislación que excluía a los condenados por drogas de tener la posibilidad de postular a una vivienda pública. Modificando la ya dura política de los *Three Strikes* propuso la norma del *One Strike and You’re Out* y sostuvo “Si violas la ley, ya no tienes hogar en la vivienda pública” (Clinton, 1996). Dicha ley, entre otras cosas, exige que los contratos de arriendo de vivienda pública estipulen que si cualquier miembro del hogar o invitado se ve envuelto en alguna actividad relacionada con drogas, el alquiler se dé por terminado. Los resultados concretos de esta norma fueron la expulsión de muchos inquilinos de la vivienda pública por hechos en los que muchas veces ni siquiera tuvieron conocimiento. Así William Lee y Barbara Hill fueron expulsados tras la acusación de que sus nietos habían fumado marihuana en el estacionamiento del inmueble, o Herman Walker, quien también fue expulsado después de que le encontraron cocaína a su cuidador, etc. (Alexander, 2012: 230). Por

Matthews (2003) entiende que Tonry tiende a “sobrerracializar” el delito, analizando la cuestión en términos de *blancos* y *negros*, dejando fuera otros grupos étnicos minoritarios. Tonry –plantea Matthews- al centrar su análisis en una cuestión de raza, deja de lado la *clase* como elemento central de la selectividad del encarcelamiento. Tonry (Matthews, 2003: 297) explica los motivos por los cuales la policía apunta a las comunidades negras olvidando que todos esos aspectos se refieren más a características socioeconómicas que raciales.

Como hemos venido señalando, el sistema penal apunta preferentemente hacia las clases bajas. Esto no quiere decir que no opere con selectividad racial. La raza, claramente, es también un criterio de selección, pero el principal lo constituye la clase social. Los afroamericanos de clases acomodadas no son encarcelados como los negros pobres, en cambio, los negros pobres son los que más sufrirán las consecuencias de la Guerra contra la Droga. No así los blancos pobres que serán controlados y encarcelados con menor frecuencia.

No nos cansamos de reiterar que el sistema penal es esencialmente selectivo, y en estados Unidos la selección se basa en criterios sociales y raciales centrándose preferentemente en la comunidad pobre afroamericana. La siguiente imagen grafica el aumento de las poblaciones carcelarias en Estados Unidos, en prisiones estatales y federales o en cárceles regionales entre por sexo y raza, 1985 y 1995 (Matthews, 2003: 296).



su parte, Obama tampoco quiso parecer blando con la delincuencia y durante su campaña dijo estar a favor de la pena de muerte de los violadores de niños, aún cuando la víctima no haya sido asesinada, aunque el Tribunal Supremo de Estados Unidos haya declarado inconstitucional la pena capital para casos sin homicidio.

La Guerra contra las Drogas, a modo de mónada, permite comprender en su esencia la operatividad del sistema penal con sus esenciales características selectivas, clasistas y racistas. Asimismo, pese a que se sostiene lo contrario por quienes fomentan e impulsan dicha guerra, los efectos para combatir el narcotráfico son inexistentes o, a lo sumo, muy modestos. Primero en Estados Unidos, luego en Europa y Latinoamérica, las leyes contra el narcotráfico han terminado encerrando en prisiones a los últimos eslabones de la cadena del tráfico, que generalmente son los más pobres y sustituibles, y a drogodependientes que debieran ser consideradas las principales víctimas del tráfico. Los elevadísimos costos de estas políticas penales se mantienen y aumentan porque otorgan grandes beneficios electorales a sus impulsores sin importar la ineficacia de los fines expresamente reconocidos por sus impulsores.

Resulta muy frecuente que el tráfico de sustancias estupefacientes venga realizado por adictos a las mismas drogas. Esto es especialmente cierto tratándose de adictos que no tienen los medios económicos para proveerse la droga. Así, el exitoso profesional que consume cocaína difícilmente deberá realizar actividades de tráfico para financiar su propio vicio, pero el poblador cesante verá en la venta de droga la única posibilidad de satisfacer su adicción. Si bien no corresponde al Derecho penal enfrentar temas de salud pública e individual, el abandono del ideal rehabilitador puede resultar más grave en estos delitos donde precisamente el tratamiento sí podría tener los efectos esperados respecto de “traficantes” adictos a las drogas.

Antes de pasar al siguiente punto intentemos analizar la usual pregunta que suelen hacerse políticos norteamericanos y británicos a la hora de buscar justificaciones a la preferencia por los negros que tienen sus prisiones: *¿Cometen los negros más delitos que los blancos?* Formular esta pregunta de manera aislada manifiesta claramente una mala intención que busca llegar a conclusiones racistas, toda vez que la pregunta incita una falsa comparación (Lea y Young, 1984). Como observan Steven y Willis (citados en Matthews, 2003: 279), cuando se toman en cuenta las diferencias socialdemográficas, los niveles de arresto entre negros y blancos son similares. Si comparamos grupos de negros y blancos de similar clase social, comprobaremos que no hay gran diferencia entre ambos grupos en relación con la perpetración de delitos, detenciones y condenas. Lo que distorsiona la percepción y hace ver a la comunidad negra como más proclive a cometer delitos que la blanca, se debe principalmente a que en Estados Unidos, el desempleo es mucho más alto entre los negros de clases sumergidas, quienes se encuentran marginados social, económica y espacialmente (Simon, 1993).

Al respecto Matthews (2003: 280) sostiene que:

...la probabilidad de que los jóvenes negros de clase media delinquen en Gran Bretaña es similar a la de los jóvenes blancos [...] el nivel de delitos callejeros entre negros de clase media es, probablemente, el mismo que en los blancos de la misma

clase. Y, de manera muy indicativa, en un estudio de William Julius Wilson (1987) se señala que las tasas de delito entre afroestadounidenses que no pertenecían a la clase “sumergida” eran muy similares a las de los jóvenes blancos que vivían en zonas similares.

5. ¿Por qué subsiste el encarcelamiento masivo?

a) Beneficios directos e indirectos

Paradójicamente, pese a los nefastos efectos sociales y al desorbitante costo que supone el encarcelamiento masivo, hay sectores sociales que se benefician de éste.

El encarcelamiento masivo, pese a no poder cumplir con una supuesta finalidad de disminuir la tasa de delitos aparece en las sociedades contemporáneas como un elemento indispensable del orden social moderno. Para Garland, esta cultura del control se caracteriza por una indiferencia frente al sufrimiento de los presos (generalmente pobres y distintos de quienes participan en la elaboración de las leyes) que no merecen ningún beneficio, unido a poderosos intereses que se benefician del punitivismo y que pretenden mantenerlo y expandirlo (Garland, 2001b: 197).

La pregunta sobre el por qué del encarcelamiento masivo esconde otra cuestión: ¿quién gana con el encarcelamiento masivo? Resulta difícil entender por qué se mantiene un sistema que por una parte es altamente costoso y, por otra, genera tan nefastos efectos. Como señala Simon, la cárcel es “un depósito humano o incluso un vertedero para desperdicios sociales [...] [Esta] prisión vertedero no ofrece promesa alguna de transformación del presidiario” (2011: 203). Cuando el encarcelamiento masivo sea un hecho del pasado, los historiadores buscarán explicar perplejos por qué se mantenía un sistema que más que controlar o prevenir los delitos, los creaba.

Es posible, y así lo hemos venido anticipando, que existan sectores que se beneficien del encierro generalizado. Sin duda, quienes lucran directamente con sistema (por ejemplo, concesionarios de cárceles o empresas vinculadas al ámbito carcelario), pero también quienes se favorecen indirectamente, como políticos que al mostrarse impulsores de normas penales más duras ganan simpatía ciudadana. Sin desconocer estos intereses, tampoco creemos que el encarcelamiento masivo sea un fenómeno planificado por quienes se benefician de éste. Hay mucho de irracionalidad detrás de todo sistema penal y también una inercia difícil de medir y explicar en cuanto a sus causas. Por otra parte, como observa Garland (2005: 322):

El encarcelamiento ha sido resucitado y reinventado porque es útil a una nueva función necesaria en la dinámica de las sociedades neoliberales tardomodernas:

hallar un modo “civilizado” y “constitucional” de segregar a las poblaciones problemáticas creadas por las instancias económicas y sociales actuales.

Como hemos venido señalando, durante muchos años el problema de la delincuencia estuvo en manos de especialistas que buscaban mecanismos eficientes y racionales para disminuirla. El delito, si bien siempre ha llamado la atención, despertando la curiosidad de las personas, y ha sido fuente inagotable de novelas, filmes y un sinnúmero de creaciones artísticas, al menos en cuanto a las maneras de enfrentarlo se entendía que la política criminal debía quedar en manos de especialistas. Esta situación cambia y pasa a ser una preocupación masiva. Principalmente la televisión, pero los medios de comunicación en general, nos invaden con imágenes de delincuentes incorregibles, peligrosos pedófilos, desalmados violadores, grandes narcotraficantes, etc. Lo anterior no supone sostener una teoría conspirativa ni pensar que se busque el temor de las personas intencionadamente por parte de quienes deciden las programaciones televisivas. Simplemente las imágenes más violentas son las más vistas, de lo que rápidamente se percatan asesores comunicacionales y, en aras de buscar mayor sintonía y rentabilidad, el delito violento cobra cada vez más importancia en el mundo mediático.

Acompañado de estas imágenes proyectadas y como una respuesta retórica a ellas, el nuevo discurso de la política criminal invoca sistemáticamente un público lleno de ira, cansado de vivir con temor, que exige medidas fuertes de castigo y protección (Garland, 2005: 45).

A través del temor la delincuencia deja de ser un tema entregado a los especialistas y pasa a ser un tema de todos y, como tema de todos, los políticos entienden la rentabilidad electoral que les da incorporarlo en sus campañas.

La inhumanidad, la inutilidad y el alto costo que significa hace difícil entender el fenómeno actual del encarcelamiento masivo. Con perplejidad y desconcierto hemos intentado entender cómo éste pudo producirse, cómo fue posible que la prisión haya pasado del desprestigio generalizado y del retroceso a un renacer sin precedentes aumentando su presencia a niveles antes impensados, transformándose en una institución indispensable en nuestras sociedades.

Ciertamente, el encarcelamiento masivo no fue planeado entre cuatro paredes por sujetos que esperaban la segregación de los más vulnerables. El proceso, como hemos visto, es mucho más complejo. Factores racionales e irracionales aportan diversos elementos que en su conjunto ilustran mejor la situación.

Respecto a quiénes se benefician del encarcelamiento masivo conviene destacar, en primer término, a la industria del control del delito (vid Christie, 1993). Dicha industria rinde exorbitantes ganancias a sectores muy poderosos que se interesan por mantener y aumentar el temor al delito exacerbando el sentimiento de inseguridad. Sólo a modo ejemplar citemos los siguientes:

Entidades de seguridad y vigilancia privadas; elaboración y venta de puertas blindadas y sistemas de alarma; importación y distribución de armas de fuego y otros administrículos de defensa; edificación y mantenimiento de centros comerciales cerrados; diseño y construcción de un tipo particular de arquitectura urbana, la de viviendas amuralladas a guisa de castillo y autopistas donde no hay semáforos que presten ocasión a eventuales asaltantes, etc., sin nombrar los enormes réditos obtenidos por los medios de comunicación social a costa de la exhibición agigantada de la delincuencia (Guzmán, 2002: 6).

Pero más allá de las industrias que se benefician directamente del temor y que lo fomentan, son quienes se favorecen indirectamente de la situación los que más provecho obtienen del delito y del temor a éste. Piénsese en primer término en las cúpulas de poder que logran mantener y perpetuar su estatus gracias a un discurso populista punitivo. Las sociedades actuales al estar acostumbradas al encarcelamiento, habiendo banalizado el dolor que significa para los internos y para sus cercanos, constituye un modo civilizado y moralmente aceptado para separar a aquellos grupos marginales que son fruto de las mismas estructuras económicas desiguales y segregativas.

De esta manera, la prisión se ve como una institución que castiga y protege, condena y controla. Los protegidos serían las personas decentes respetuosas de la ley (*nosotros*). Los controlados no sólo serían los más vulnerables, porque las sociedades actuales nos controlan a todos, no sólo a los miembros de sectores más excluidos (*nosotros y ellos*). Las cámaras de seguridad del centro de las ciudades nos filman a todos. Por otra parte, y quizá como otro fundamental mecanismo de control, el endeudamiento, promovido por ofrecimientos de acceder a todo tipo de bienes por el crédito, nos controla obligándonos a ser extremadamente cautos y a cumplir con todas nuestras obligaciones y a no perder el empleo. Por último, los condenados serían los más vulnerables (*ellos*), normalmente hombres jóvenes de las clases más desposeídas. “[S]u exclusión social y económica es efectivamente encubierta por su estatus de delincuentes condenados. La prisión reinventada del presente es una solución penal frente al nuevo problema de la exclusión social y económica” (Garland, 2005: 323).

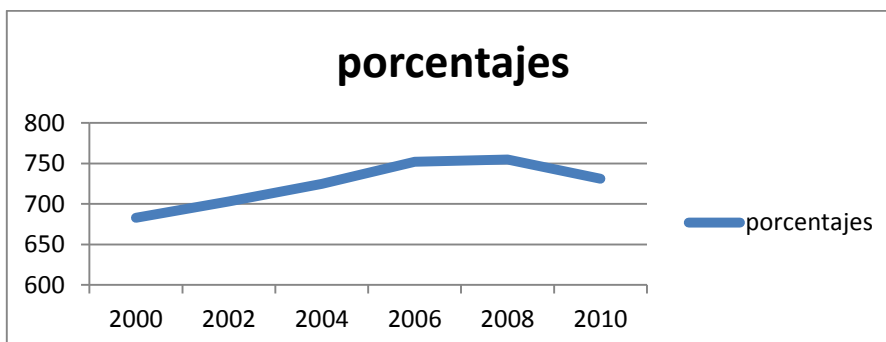
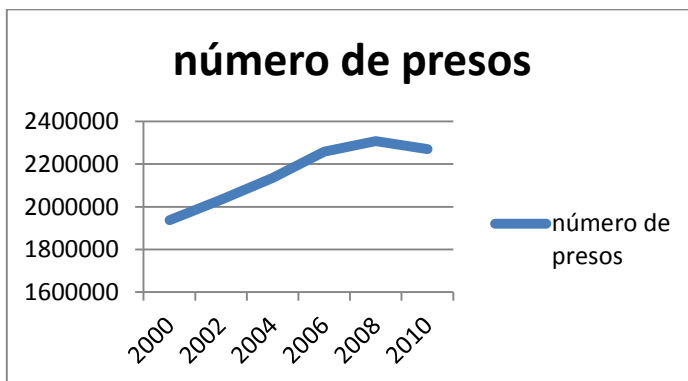
Claramente, la promulgación de leyes penales duras fomenta el encarcelamiento masivo sin solucionar el problema de la delincuencia y, posiblemente, agravando la situación. Sin embargo, estas “soluciones” punitivas son rápidas y sencillas en su implementación. Basta votar leyes duras para que éstas comiencen a aplicarse. Atacar, en cambio, las causas de la delincuencia -sociales, económicas y culturales- es mucho más complicado y sus frutos sólo podrían verse a mediano y largo plazo. Asimismo la mentalidad mediática del eslogan no permite elaborar discursos, se necesitan mensajes breves y certeros. Garland plantea (2005: 323) que este tipo de soluciones penales se fundan en los sistemas existentes de regulación sin alterar las estructuras sociales y económicas. Permiten que las condenas se centren en grupos marginados sin afectar el funcionamiento de los mercados, de las corporaciones y de las clases sociales opulentas.

El paso del Estado social al Estado penal suele coincidir con el auge del capitalismo, toda vez que la criminalización de la miseria resulta funcional a la imposición de una condición salarial precaria. En primer lugar, porque la prisión comprime artificialmente el índice de desempleo en dos direcciones, puesto que deduce de la población en busca de empleo a varios millones de presos y, al mismo tiempo, la industria del encarcelamiento genera diversos empleos. Por otra parte, la prisión mantiene el orden racial asegurando la segregación de población indeseable. Por último, la prisión, junto a otras instituciones, resulta útil al disciplinamiento moral (Wacquant, 2000: 70).

b) Descenso actual del encarcelamiento masivo en EE.UU.

La siguiente tabla y el siguiente gráfico muestran un leve descenso del encarcelamiento en Estados Unidos.¹¹⁵

2000	1,937,482	683
2002	2,033,022	703
2004	2,135,335	725
2006	2,258,792	752
2008	2,307,504	755
2010	2,270,142	731



¹¹⁵ Datos tomados de: <http://www.prisonstudies.org/world-prison-brief>

No podemos dejar de mencionar que en los últimos años, en los Estados Unidos, ha habido una desaceleración del encarcelamiento masivo. Este tema debe ser abordado con especial atención y medida. Nosotros simplemente lo dejaremos planteado, toda vez que no creemos que contamos con la totalidad de elementos para analizar este *estancamiento* del encarcelamiento. Si bien se ha escrito bastante sobre este tema y las hipótesis van en direcciones diversas y opuestas, creemos que este tema sólo podrá comprenderse con el paso del tiempo. Algunos autores piensan que la situación actual es el inicio de un ciclo de disminución del encarcelamiento. Aunque auguramos el fin del encarcelamiento masivo, no contamos con elementos para afirmar con convicción científica dicha proyección. Quizá con el pasar de los años se vea como una pequeña pausa apenas perceptible en la curva del aumento.

Pratt (2006: 264) sostiene que este proceso de expansión y crecimiento probablemente tenga límites naturales. “Sólo comienza a haber un cuestionamiento sostenido de lo que sucede cuando la gente común empieza a verse afectada por el aparato penal” (Pratt, 2006: 246), análogamente a lo sucedido en el Holocausto en el que mientras fueron *los otros* quienes se vieron afectados, nada había que temer. Es quizá el momento en que la expansión del encarcelamiento afectó a un porcentaje tan amplio de la población que ya resulta difícil entender que la cárcel es sólo para *los otros*. Esto es posible, pero no debemos olvidar que el sistema toma sus propios resguardos y la suspensión de los derechos civiles básicos (votar, por ejemplo, pero también posibilidad de obtener becas de estudio y así tener más incidencia y voz, etc.) son formas de dejar aún más fuera a los excluidos condenados de las decisiones de la política penal.

6. Exportación de la política criminal norteamericana

La expansión del sistema penal y del encarcelamiento estadounidense es un hecho único que no puede compararse con otro país. Sin embargo, resulta ingenuo pensar que el expansionismo punitivo y las altas tasas de encarcelamiento son fenómenos privativos de Estados Unidos (Brandariz, 2014: 207 y 208).

El encarcelamiento masivo en Europa y en Latinoamérica se puede explicar por diversos motivos. Dentro de éstos nos parecen relevantes los siguientes:

- Una imitación, producto de la admiración, de las decisiones políticas tomadas en Estados Unidos.
- El advenimiento de la modernidad tardía y el desmantelamiento de los Estados de bienestar.

-Una directa imposición por parte de Estados Unidos incidiendo de manera vertical en las políticas criminales de los países latinoamericanos.

Las tres explicaciones señaladas precedentemente se encuentran muy vinculadas, especialmente las dos primeras, ya que el desmantelamiento de los Estados sociales y el advenimiento de la modernidad tardía pueden entenderse también como una imitación de políticas económicas norteamericanas. En cuando a la imposición de las políticas criminales por parte de Estados Unidos en otros países, esto resulta particularmente significativo en relación a normas específicas, como las que sancionan penalmente conductas que atentan contra productos producidos en Europa y Estados Unidos, leyes sobre el tráfico de estupefacientes, etc.

Una enorme admiración por los Estados Unidos se manifiesta, entre otras cosas, en la imitación de sus políticas criminales tanto en Europa como en Latinoamérica. Wacquant (2000: 55) entiende que el giro punitivo experimentado en Europa es fruto de una fuerte fascinación que siente la élite política, el mundo patronal y quienes crean opinión por Estados Unidos, la que se funda principalmente en los resultados atribuidos a la economía americana. En el mismo sentido, Pavarini (2006: 154) propone concentrarse en Estados Unidos como punto de vista que ejerce un liderazgo negativo en la cultura carcelaria de nuestros días.

Para Garland en cambio no se trata tanto de una imitación, sino del efecto que produce el advenimiento de la modernidad tardía, primero en Estados Unidos, luego en Europa.¹¹⁶ Si bien el análisis de Garland no se refiere directamente a los países periféricos, creemos que es posible importar algunas de sus teorías a la realidad latinoamericana. Wacquant, Mathiesen y Christie creen que sí hay imitación. Estos autores se refieren a la “creciente tendencia de los países europeos a emular patrones de control del delito que inicialmente se desarrollaron en Estados Unidos, aun cuando los mismos se contrapongan a las tradiciones históricas de dichos contextos” (Garland, 2005: 12).

Más allá de las diferencias sustanciales entre países centrales (Estados Unidos y Europa) y los periféricos (latinoamericanos y otros) “es indudable que el predominio del neoliberalismo y el neoconservadurismo [...] ha tenido intensas repercusiones en los segundos” (Iturralde, 2007: 105). Esto cobra especial fuerza en el contexto latinoamericano debido a la histórica imposición política, económica y social que ha ejercido Estados Unidos en la zona, organizando y financiando desde campañas electorales hasta sangrientos golpes de Estado. En la imposición de regímenes económicos neoliberales ha sido también necesario modificar el sistema penal de los países latinoamericanos. Claro ejemplo de imitación (más bien imposición) de la cultura jurídica estadounidense ha sido la

¹¹⁶ Garland, más que referirse a la relación entre Estados Unidos y Latinoamérica, analiza lo acaecido en Estados Unidos y Gran Bretaña.

implementación de un proceso penal acusatorio *a la americana* en varios países latinoamericanos. Estos procedimientos modernos y aparentemente garantistas, promovían, entre otras cosas, la justicia negociada a través de procedimientos abreviados o simplificados con reconocimiento de responsabilidad por parte del imputado que premiaban a éste con una rebaja de condena.

Tal como señalamos precedentemente, la aparente benignidad de dichas normas que reducen las penas efectivas de los acusados, permitieron al sistema penal poder condenar y mandar a personas a las cárceles con una velocidad sin precedentes. Si con anterioridad un proceso penal podía durar varios años, estas nuevas condenas sin juicio contradictorio permitieron que una sola sala de un tribunal (a veces integrada por un solo juez) pueda condenar, y enviar a prisión, a varios acusados en una sola mañana. El efecto liberal de estas medidas fue una disminución de presos preventivos (sin condena), pero, como contrapartida, trajo un aumento extraordinario de presos condenados. Preparado el terreno procesal penal, entraron las normas sustantivas penales cada vez más duras en materias de directo interés para los Estados Unidos, especialmente en lo que dice relación con el tráfico de drogas (primordialmente drogas que se producen en el continente latinoamericano y que se consumen en Estados Unidos y que suponen una salida descontrolada de dólares desde el centro a la periferia), y en las llamadas conductas terroristas que expanden los tipos penales hasta poder etiquetar de terrorista actos pacíficos de disidencia política. Estas modificaciones penales han significado un aumento significativo de las tasas de encarcelamiento en los países del continente.¹¹⁷

Las siguientes tablas y gráficos muestran el aumento de presos en diversos países Sudamericanos:¹¹⁸

Chile

2000	33,050	215
2002	34,901	222
2004	36,374	226
2006	42,532	259
2008	52,080	311
2010	53,410	313
2012	51,080	294

¹¹⁷ Para conocer el deplorable estado de las cárceles latinoamericanas, el *Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente* (ILANUD) elabora informes sobre la situación penitenciaria en América Latina y el Caribe y propone lineamientos para la acción. Vid Carranza (2012). La situación chilena la veremos en el capítulo siguiente.

¹¹⁸ Hemos preferido hacer un gráfico individual del aumento del número de presos en Brasil, puesto que el número de habitantes en dicho Estado se aleja de los otros haciendo perder la perspectiva gráfica. Datos tomados de: <http://www.prisonstudies.org/map/south-america>

Argentina

2000	37,885	102
2002	57,632	152
2004	65,351	170
2006	60,621	155
2008	60,611	152
2010	65,095	161
2012	66,484	161

Brasil

2000	232,755	133
2002	239,345	133
2004	336,358	182
2006	401,236	212
2008	451,429	234
2010	496,251	253
2012	548,003	275

Bolivia

2000	8,151	95
2002	6,065	68
2004	6,495	70
2006	7,031	73
2008	7,433	75
2010	9,406	92
2012	14,272	135

Colombia

2000	51,518	128
2002	52,936	127
2004	68,020	159
2006	60,021	136
2008	69,979	154
2010	84,444	181
2012	113,884	237

Ecuador

2000	8,029	64
2002	8,723	67
2004	11,358	84
2006	12,635	90
2008	12,067	83
2010	11,800	79
2012	21,080	135

Paraguay

2000	3,219	60
2002	4,621	82
2004	6,101	104
2006	6,037	99
2008	5,867	93
2010	6,197	95
2012	7,916	117

Perú

2000	27,734	107
2002	27,417	103
2004	31,311	114
2006	35,835	128
2008	43,286	151
2010	45,464	155
2012	58,019	193

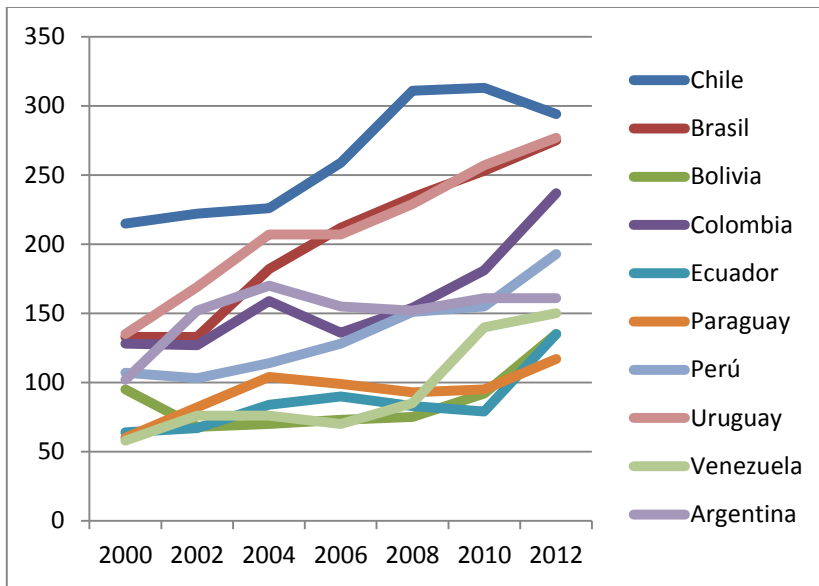
Uruguay

2000	4,469	135
2002	5,630	169
2004	6,888	207
2006	6,887	207
2008	7,665	229
2010	8,700	257
2012	9,418	277

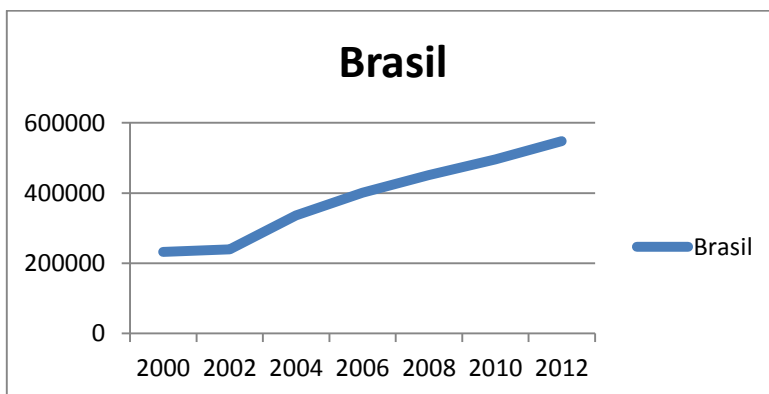
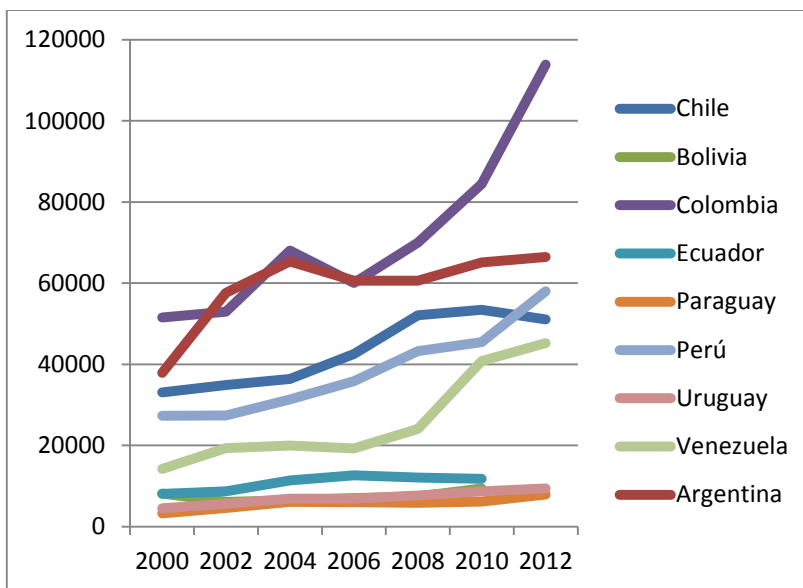
Venezuela

2000	14,196	58
2002	19,368	76
2004	19,951	76
2006	19,257	70
2008	24,069	85
2010	40,825	140
2012	45,224	150

Porcentaje de presos



Número de presos



Una especial característica de los países latinoamericanos es la significativa desigualdad y exclusión social, fenómeno que se ha visto acrecentado por la implementación de políticas económicas de corte neoliberal y la supresión de la mayoría de las ayudas sociales del Estado central. En dicho continente “el advenimiento de la modernidad tardía ha sido mucho más traumático que en los países centrales, dado que ha generado más inestabilidad social, política y económica que en éstos” (Iturralde, 2007: 109) porque los países latinoamericanos no cuentan con prácticamente ningún tipo de redes de seguridad social. Por lo mismo, en América Latina los cambios que trajo la implementación del neoliberalismo, que priorizaba el crecimiento económico reduciendo el tamaño del Estado, resultaron mucho más devastadores para los sectores pobres, que terminaron marginados de los beneficios de dicho crecimiento. La salud pública básica, la educación fiscal, la vivienda y otro tipo de necesidades elementales no se cubrieron por este nuevo Estado diminuto y los sectores más modestos fueron concentrándose en las afueras de las ciudades perdiendo todo tipo de incidencias en las decisiones que los afectaban directamente.

Esta nueva estructura social trajo dos principales efectos en el campo penal: por una parte aumentaron los índices de criminalidad y, por otra, se implementaron medidas penales cada vez más represivas para enfrentar los problemas sociales (Iturralde, 2007: 110). Con la eliminación del poco Estado social en los países latinoamericanos, la pobreza se hizo sinónimo de delincuencia y la respuesta a este fenómeno de falta de Estado social fue un aumento del Estado penal que pretendía brindar seguridad. Así, el concepto de *seguridad ciudadana* cobra especial fuerza en el contexto sudamericano y pasa a ser un tema prioritario en las campañas electorales, dejando en un segundo plano los problemas sociales.

La imagen del criminal, contra quien se endurece el sistema penal, es la del delincuente pobre y marginal. Sólo en casos muy extraños el sistema penal se endurece para perseguir a criminales de cuello y corbata. Por otra parte muchas conductas altamente lesivas no entran al catálogo de delitos y así las alzas de precios en medicamentos, cobros excesivos en servicios básicos y discriminatorios en sistema de salud, etc., son legales.¹¹⁹ La prisión

¹¹⁹ En Chile, por ejemplo, el sistema de salud es en gran medida privado. Sin embargo se mantiene un sistema residual de salud pública para los sectores más modestos. La salud pública cuenta con un presupuesto insuficiente para satisfacer las necesidades más básicas, situación que hace cada vez más rentable los beneficios económicos de las instituciones privadas de salud llamadas Isapres. Las prestaciones ofrecidas por las Isapres se regulan casi exclusivamente por *las reglas del mercado*, haciendo que la mujer, por el solo hecho de ser tal, deba pagar tres o cuatro veces más que lo que paga un hombre por la sola posibilidad de ser madre. Asimismo, la salud cuesta más para el enfermo que para el sano, para el viejo que para el joven, etc. Si bien este “modelo” fue implementado en dictadura, no ha sido modificado en lo esencial por los gobiernos democráticos manteniendo una discriminación de género incompatible con la idea de Dignidad Humana. Los beneficios económicos de las Isapres las transforman en potentes entes y no ha existido voluntad política por modificar el sistema. ¿Será que las Isapres negocian con los miembros del parlamento asegurando no perder su posición de poder? ¿Será que financian las campañas electorales? No sabríamos dar una respuesta clara al respecto, pero dudamos que

latinoamericana comienza a sobrepoblarse y sus usuarios, como siempre, son principalmente hombres jóvenes provenientes de los sectores más vulnerables de los márgenes de las ciudades. De esta manera, la cárcel latinoamericana se transforma en una forma de manejo y control de la pobreza (Jiménez, 1994). Últimamente ha aumentado la prisión femenina, principalmente por condenas por delitos de narcotráfico.

De manera similar a lo ocurrido en Estados Unidos y Europa, la idea de la resocialización, ciertamente cuestionable tanto filosófica como empíricamente, supuso niveles de encarcelamiento menores en Latinoamérica. Con el auge de las teorías economicistas del crimen y una mal entendida retribución, el nivel de encarcelamiento se disparó en el continente. Al igual que en otras latitudes, en Latinoamérica se comenzó a concebir también a los criminales como sujetos oportunistas que actuaban calculando los beneficios que les producía el delito, y se deja de lado el discurso tendiente a considerar la exclusión social y económica como una causa de la delincuencia. “De esta forma se desvincula a los delincuentes de su contexto, y al fenómeno de la criminalidad de las estructuras económicas y sociales que lo rodean” (Iturralde, 2007: 113).

Garland (2007) entiende que tras el colapso del Estado welfarista en Estados Unidos y Gran Bretaña surgieron dos formas expresivas de control y castigo del delito. Por una parte una alianza preventiva de la delincuencia entre órganos estatales y particulares y, por otra, una segregación punitiva. La realidad latinoamericana no permite trasladar de plano el análisis de Garland. Sin embargo, tal como dicho autor logra comparar dos contextos distintos como el norteamericano y el británico, creemos que en varios aspectos su análisis también sirve para explicar lo ocurrido en Latinoamérica.

La principal diferencia es que más que hablar de un debilitamiento del Estado social, lo que sucedió en el continente latinoamericano fue la implementación de un sistema neoliberal (con diversos matices en cada Estado) con la consecuente desaparición de instituciones benefactoras del sector público. Dicho cambio fue mucho más radical en países como Chile, que sirvieron de laboratorio experimental de la Escuela de Chicago y las ideas de Milton Friedman (Klein, 2007). La ausencia de democracia permitió decidir el futuro social del país de manera jerárquica y sin tener que negociar con oposición política, ni sindicatos, ni grupos críticos de diversa naturaleza. El terror con el que se asesinaba, torturaba y exiliaba a los disidentes hizo posible alterar sustancialmente la forma del Estado chileno sin protesta social.

Luego, tras el arribo de la democracia en Chile, el sistema económico no sólo se mantuvo, sino que, en varios aspectos, fue acentuado por los gobiernos social-demócratas que la sucedieron. Paradójicamente las dictaduras se mostraron

la mantención del sistema se deba sólo a descuido por parte de quienes tienen el poder de modificarlo.

menos totalitarias en materias penales respecto de delitos comunes. La ausencia de elecciones mantuvo al delito como un tema alejado del debate público. Las condenas más severas, principalmente el aumento de las penas privativas de libertad, son el resultado de leyes votadas en democracia impulsadas por discursos demagógico vindicativos que, al estilo norteamericano, entendían que el Derecho penal y el castigo, era un sistema idóneo para proteger a la ciudadanía del crimen.

La *segregación punitiva* de la que habla Garland (2007: 216) es también la estrategia penal preferida en Latinoamérica. Largas condenas en prisiones austeras y una existencia etiquetada y monitoreada para aquéllos que son eventualmente liberados. Al igual que en otras latitudes, estas medidas son populistas y están politizadas. Las normas se aprueban e implementan sin escuchar a los expertos y priorizando una opinión pública normalmente mal informada. También en Latinoamérica se le da un rol fundamental a la víctima, cuya imagen se invoca para justificar las nuevas leyes penales y el aumento del punitivismo.

Para nosotros, la imitación de las políticas criminales norteamericanas por parte de europeos y latinoamericanos se circunscribe a la emulación de políticas neoliberales con su desmantelamiento del Estado social. Se recortan los recursos sociales (con o sin crisis), se rebaja la estabilidad laboral flexibilizando las condiciones del empleo y generando precariedad e inestabilidad entre los trabajadores. Se olvida –o se omite– que el sistema estadounidense ha construido una sociedad sumamente desigual, desigualdad que es causa de la pobreza y segregación, con treinta y cinco millones de pobres, con un porcentaje de miseria del doble o triple respecto a los países de Europa occidental.

Las políticas neoliberales, que tienden al menor Estado social posible, hacen que los más pobres no tengan a quién recurrir para solucionar sus necesidades más básicas. En contraste con la imagen idealizada que Estados Unidos muestra al mundo, dicho país tiene más de cincuenta millones de personas sin cobertura médica, treinta millones de hambrientos o malnutridos, siete millones que duermen en la calle o en lugares improvisados, etc. Los bajos índices de desempleo son sólo una imagen falsa creada por mecanismos que distorsionan la realidad, pues basta trabajar una hora a la semana para considerarse entre quienes tienen empleo. El real desempleo en las zonas más vulnerables se aproxima al 40%. El crecimiento económico de las dos últimas décadas de la pasada centuria no ha beneficiado por igual a los diversos estamentos y se ha traducido en una mayor desigualdad. Se compensa esta intencionada mengua del Estado social con un hipertrófico crecimiento del Estado penal (Wacquant, 2000: 55 a 58).

De esta manera, la adopción del modelo neoliberal, con su abandono por el Estado social, suele ir acompañado por un aumento de la punitividad y un mayor encarcelamiento. Así, la mayoría de los países de la Unión Europea

disparan sus índices de encarcelamiento entre 1983 y 1997. En términos similares a los Estados Unidos, los países europeos fueron aumentando la duración de sus condenas carcelarias y disminuyeron las posibilidades de optar a beneficios que permitieran cumplir la pena en libertad. Por otra parte, y en esto se apartan de Norteamérica, la abolición de la pena de muerte en diversos Estados europeos trajo, paradójicamente, el aumento de las penas privativas de libertad.¹²⁰

También en Europa se fue abandonando el ideal rehabilitador y las condiciones de las cárceles fueron cada vez más lastimosas y, en muchos casos, con graves problemas de sobrepoblación.¹²¹

Este aumento de la prisión en Estados Unidos, primero, y luego en Europa y Latinoamérica, se explica, como hemos visto, por diversas causas vinculadas a la irrupción de la modernidad tardía, al abandono del Estado social y a la implementación de políticas neoliberales, etc.^{122 123}

Análogamente a lo acaecido en Estados Unidos, pero con presupuestos menores y con niveles de encarcelamientos más bajos, lo que directamente ha acrecentado el encarcelamiento en Europa y Latinoamérica ha sido el aumento de los períodos de detención y no la creación de nuevos tipos penales. Sin querer profundizar mayormente en la relación existente entre régimen político y económico y sistema penal, nos parece que la mayor punitividad y el encarcelamiento masivo evidencian el autoritarismo –o totalitarismo– de un sistema político. La relación entre orden político y orden penal resulta incuestionable. Los totalitarismos y los autoritarismos se caracterizan por su punitivismo extremo y por un Derecho penal amplio de *prima ratio*. En cambio, el ideal democrático debiera vincularse a un derecho penal mínimo.¹²⁴ Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, conviene recordar que no están las

¹²⁰ Lo mismo sucedió en Chile. Sobre esto volveremos en el capítulo tercero.

¹²¹ Italia ha sido condenado en reiteradas oportunidades por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por las inhumanas condiciones en las que viven sus presos, especialmente por el hacinamiento.

¹²² Un análisis diverso parece desprenderse de Silva Sánchez (1999 y 2001). Si bien Silva Sánchez habla de *expansión* del Derecho penal y no de mayor encarcelamiento, para este autor dicha expansión se debería a nuevas demandas sociales que se le plantean a la política criminal. Esta visión parece no percatarse de que la verdadera expansión del Derecho penal *real* (la del mundo real de la pena y no del catálogo de los delitos contenidos en las leyes) sigue estando formada por el mismo núcleo duro de penados por delitos contra los derechos patrimoniales y no por delitos nacidos de esas nuevas demandas sociales. Una crítica a Silva Sánchez en (Diez Ripollés, 2005).

¹²³ Sobre neoliberalismo y autoritarismo en Europa, véase Silveira (2014).

¹²⁴ Sobre el nexo entre sistema político y régimen penal véanse: Rivacoba (1995b) y Garland (1985).

democracias libres de incrustaciones autoritarias, en especial cuando sus gobiernos pretenden solucionar graves problemas sociales con la sobreutilización del Derecho penal.

La disminución del Estado social y el aumento del Estado penal son también decisiones políticas que definen de qué manera se enfrentará la pobreza. Cambiar las políticas de asistencia social por cárceles responde a una clara línea política que, aunque muchas veces se camufle con alocuciones con apariencia democrática, envuelven en su ser un pensamiento clasista y, muchas veces, racista. Así, las tasas de encarcelamiento son fiel reflejo de políticas autoritarias, clasistas, segregativas y racistas. No es mera coincidencia que Inglaterra sea el país con más encarcelados en Europa occidental, que tenga el mercado de trabajo más desreglamentado, las desigualdades sociales más marcadas y el sistema de protección social más limitado y “a la americana”. Por otra parte, tampoco es coincidencia que los países escandinavos, que han sido los que más han soportado las influencias norteamericanas en cuanto al desmantelamiento del Estado social, sean los países que con más bajas tasas de encarcelamiento. Los países mediterráneos como España, Portugal e Italia, han aumentado en los últimos años sus índices de encarcelamiento, en correspondencia con políticas tendientes a recortar los programas de asistencia social, imitando políticas inglesas que, a su vez, imitaban las norteamericanas (Wacquant, 2000: 102).

Según un estudio comparativo centrado en Inglaterra, Gales, Francia, Alemania, Holanda, Suecia y Nueva Zelanda, a nivel internacional la diferencia en la tasa de encarcelamiento, y su evolución, se fundan no sobre las dinámicas de la tasa de criminalidad sino sobre la diversidad de las políticas sociales y penales y sobre el nivel de la disparidad socio-económica (Wacquant, 2000: 103).

El encarcelamiento masivo es, entonces, fruto de una decisión política que podría plantearse en términos sencillos de la siguiente manera: *a medida que disminuye el Estado social, aumenta el Estado penal*. Sin embargo, esto es simplificar demasiado las cosas y olvidarse que son otros los factores que también influyen en un mayor o menor encarcelamiento. Sin duda que la disminución del Estado social ha traído como consecuencia un mayor Estado penal, pero esto no es ni automático ni matemáticamente exacto. Hay varios otros motivos que influyen en su creación, como la percepción del crimen por parte de los electores y su temor, la presencia de inmigrantes y la idea por parte de la gente de que éstos pueden aumentar el número de delitos, el racismo, las desigualdades sociales, los cambios demográficos de los Estados, las crisis y los momentos de auges económicos, etc.

Como advertimos en las primeras líneas de este capítulo, el encarcelamiento masivo no es un fenómeno natural, sino un producto social. De manera similar Wacquant nos advierte (2000: 109) que la inflación carcelaria no es una fatalidad natural o una calamidad debida a una divinidad lejana e inalcanzable, sino que deriva de elecciones culturales que sería necesario someter a un vasto debate democrático. Ya Rivacoba (1995b) nos señalaba que no puede separarse el orden político de lo penal. Se trata de dos sectores sumamente interconectados que

dependen estrechamente el uno del otro. La mayor o menor asistencia social, el mercado de trabajo, la vigilancia y el encarcelamiento, son frutos de decisiones políticas.

Wacquant (2000 y 2000b) plantea que existe un nexo estrechísimo entre la adopción del neoliberalismo y el incremento de las políticas penales. Esto habría tenido lugar primero en Estados Unidos y luego en Europa y Latinoamérica. Grafica su tesis en una expresión lapidaria: *declive del Estado económico, disminución del Estado social y glorificación del Estado penal* (2000b: 121). La “mano invisible” del mercado de trabajo precario vendría a complementarse por el “puño de hierro” necesario para combatir las manifestaciones que producen las incertezas laborales y sociales (2000b: 122).

La paradoja de la pena en los sistemas neoliberales vendría dada porque pretende resolver con más Estado policial el menor Estado social, que es una de las causas del aumento de la inseguridad objetiva y subjetiva en todos los países que se ha instaurado, sean éstos del primer o segundo mundo (Wacquant, 2002b: 118).

Sin desconocer el enorme aporte de Wacquant en esta materia, ni la usual compensación de menor Estado social por mayor Estado penal, pensamos que su análisis peca en cierta medida de simplista y puede ser cuestionado con contraejemplos.¹²⁵ Si a menor Estado social correspondiera necesariamente más Estado penal, Chile debiera ser un país con tasas de encarcelamiento más altas que Estados Unidos, puesto que el desmantelamiento de un pretendido Estado social en Chile fue más extremo que en el país del norte. Tras el sangriento golpe de Estado de 1973, que fue planificado desde Estados Unidos, Chile sirvió como laboratorio para la implementación de un neoliberalismo sin precedentes. El terror militar y la masacre de ciudadanos por parte de agentes de Estado hacían impensable la movilización social y miles de pensionados, trabajadores y pobladores en general sufrieron en carne propia las consecuencias del aniquilamiento de cierto bienestar social como si de un shock eléctrico se trataba (Klein, 2007), mientras padecían de frío, hambre y falta de cobertura. El deterioro, cuando no la desaparición, de los servicios públicos más básicos agudizó la pobreza hasta límites indecibles.

Si bien sobre este argumento volveremos más adelante cuando analicemos el caso chileno, no podemos dejar de mencionar que esta supresión del Estado social chileno y sus inhumanas consecuencias no ha recibido la atención merecida. Por una parte, la brutalidad de los militares que practicaban las torturas más feroces que la mente pueda imaginar, unida a los asesinatos de

¹²⁵ Wacquant distingue su análisis del de autores como Young, Garland, Pratt y Simon. Éstos entienden la mutación del sistema penal vinculado a la transición a la modernidad tardía o posmodernidad. Wacquant, en cambio, lo vincula al paso de la gestión social a la gestión penal de la marginalidad urbana. Para nosotros ambos análisis resultan compatibles y aportan diversos elementos que ayudan a explicar un fenómeno complejo, multi- o pluri-causal.

más de tres mil personas, parecen opacar la otra cara inhumana de la dictadura de Pinochet. Este silencio también ha sido practicado por las coaliciones social-demócratas que hoy detentan el poder, las que no sólo no han intentado revertir el régimen neoliberal, sino que, ya en puestos gerenciales y con poder político, han consolidado el sistema privatizando caminos y compensando la falta de Estado social con el puño de fierro de un sistema penal cada vez más autoritario.¹²⁶

Zaffaroni, refiriéndose a cómo Latinoamérica imita las políticas norteamericanas, habla del *modelo sin recursos*.

Los políticos de nuestra región, ignorantes del problema y amedrentados por la criminología mediática, compiten en celo por seguir este modelo perverso, aunque sin los 200.000 millones de dólares anuales que destina a eso el presupuesto norteamericano y sin la misma cuota de racismo del modelo originario (2011: 528).

De manera dramática, el aumento carcelario en América Latina, que ha aumentado crecientemente desde la década del noventa del pasado siglo, se traduce en la sobrepoblación o hacinamiento de sus cárceles (Carranza, 2001), en el que los internos viven en condiciones infrahumanas en espacios insalubres y reducidos sometidos a todo tipo de vejámenes por parte del personal carcelario y de los demás internos. Ciertamente, en los Estados que han optado por construir nuevas prisiones como mecanismo para enfrentar el hacinamiento, el problema no sólo no se ha resuelto, sino que ha significado el aumento de presos (y aumento de gasto público) con todas las nefastas consecuencias que esto supone. La intención resocializadora, plasmada en los textos legales latinoamericanos, resulta insultante ante la realidad carcelaria. La cárcel latinoamericana constituye una “prisión depósito” (Sozzo, 2007) de cada vez más personas escogidas selectivamente de los sectores más pobres de la sociedad.

El aumento carcelario latinoamericano, como señalamos precedentemente, se ha venido disparando en los últimos años:

Brasil tenía 114.377 encarcelados a inicios de la década del noventa y a fines de siglo llegaba a 194.074. Hoy tiene 513.802 presos. El Salvador, a principios de la década del noventa, tenía 5.348 presos y a fines de siglo 6.868, y hoy tiene 24.283. Argentina, a inicio de la década del noventa, tenía una población

¹²⁶ Sobre la continuación o “perfeccionamiento” del régimen neoliberal por parte de los gobiernos social-demócratas post-dictadura, Hernán Uribe señala que “en el marco de la refundación del capitalismo, que fue el objetivo central del golpe de estado de 1973, la dictadura de Augusto Pinochet privatizó unas 400 grandes empresas estatales que constituían alrededor del 60% de la economía nacional. Pero, quienes heredaron el poder político, los sucesivos presidentes Patricio Aylwin, Eduardo Frei y Ricardo Lagos, han proseguido aplicando el modelo neoliberal a ultranza sobre todo en el plano del empequeñecimiento del Estado, tanto que se puede afirmar que han sido más pinochetistas que Pinochet” en: <http://www.voltairenet.org/article120812.html>

encarcelada de 21.016, en 1999 la de 38.723, 139.707 a fin de siglo y hoy 230.943. Chile a comienzos de los noventa tenía una población de 20.989 internos, luego 30.852, y hoy 51.551. Colombia, a inicios de los noventa de 33.491, luego a fines de la década llegó a 57.068 y hoy, 84.444. Venezuela a fines de los noventa tenía 23.147 y hoy 43.461. Uruguay a inicios de los noventa 3.037, a fin de siglo 4.012, y hoy 9.067.¹²⁷

Un ejemplo relativamente reciente de la exportación de una política penal norteamericana –más precisamente de Nueva York- ha sido la implementación de la llamada doctrina “tolerancia cero”. Como vimos, ésta se funda en la lógica del eslogan presentándose como la política penal intolerante con el crimen. Su nacimiento, implementación y apoyo dependen de un clima y de concepciones que la hacen posible, como la categorización de las personas. Por una parte las normales, decentes y respetuosas de la ley, entre las que se encuentran las víctimas con las que nos identificamos, pues todos podemos ser víctimas. Del otro lado, el delincuente estereotipado (*feo, sucio y malo*, parafraseando a Scola) a quien debemos combatir como si fuera un enemigo.

Se trata de un criminal marginal, que usa un lenguaje vulgar propio, se viste de manera determinada y que tiene rasgos raciales o somatológicos que no distan esencialmente de los descritos por Lombroso. En Estados Unidos este sujeto será preferentemente negro o latino, en Europa será un inmigrante ilegal, y en Latinoamérica será un poblador de los márgenes paupérrimos de las grandes ciudades o inmigrante de un país vecino en peores condiciones.

Dentro del estereotipo criminal no encontraremos a grandes estafadores, ni a especuladores que vinculados con los gobiernos utilizan información privilegiada para enriquecerse por medios ilícitos, ni a responsables de derrames tóxicos en nuestros mares que generan daños millonarios, ni a quienes contaminan nuestras aguas, ni a quienes producen a sabiendas materiales tóxicos que enferman a enteras poblaciones, ni a directores de laboratorios químicos que coludidos manipulan los precios de los medicamentos, etc. Sus actos más que criminales, serán comprendidos como “errores de caballeros” que no alteran *nuestra* paz.

Los *ellos* serán considerados despreciables por parte de *nosotros* porque ensucian con su sola presencia *nuestras* ciudades, no dejándonos disfrutar de los espacios públicos. La peligrosidad de dichos espacios vendría dada por la presencia de estos sujetos a quienes habría que erradicar, segregar y encerrar. Como su nombre lo insinúa, a esta doctrina le resulta ajena cualquier grado de tolerancia, debiendo representar una respuesta severa incluso con las menores faltas (pintar grafitis en las calles, beber en la vía pública, consumir marihuana en las plazas, limpiar parabrisas en los semáforos, etc.). Lo que “tolerancia cero” dice buscar es la anticipación a crímenes más graves. La base

¹²⁷ Las cifras son de 2012, tomadas de Zysman (2012, 355 y ss.).

pseudocientífica vendría dada por las autodenominadas teorías de *Broken Windows* y otras afines.

Tolerancia cero, sin importar sus elevados costos ni los diminutos efectos de reducción de la delincuencia, se presenta mediáticamente como el gran éxito del alcalde Rudolph Giuliani. Con una fuerte campaña publicitaria Nueva York aparece como una ciudad segura. Los resultados importan poco, los costos tampoco parecen ser relevantes. La “tolerancia cero” viene rápidamente imitada en todo el mundo. En Escocia, Henry McLeish anuncia: *La tolerancia cero limpiará nuestras calles*. Luego se explaya: *Estamos en Guerra [...] la gente debe recuperar los espacios públicos. Somos muy tolerantes respecto a los servicios públicos y a los comportamientos incivilizados de nuestra comunidad. El vandalismo insensato, los grafitis y los residuos desfiguran nuestra ciudad...* (citado en Wacquant, 2000b: 21). La situación no difiere en otros Estados europeos y viene apoyada primeramente por políticos de derecha, pero luego los sedicentes social-demócratas siguen sus pasos. Así, en Italia, Massimo D’Alema a fines de la pasada centuria criminalizó diversas conductas menores siguiendo el modelo británico, que a su vez seguía al norteamericano.

En países donde la falta de apoyo social en cosas básicas, como alimentación, agua potable, salud pública, educación primaria, etc., resulta paradójico e indignante ver que se gasten enormes cifras en políticas penales de “tolerancia cero” que no son eficientes y que sólo ayudan a ganar las próximas elecciones. Asimismo, el año 1998, el presidente mexicano (país con enormes tasas de pobreza extrema y que compite con Chile por el primer lugar entre los Estados más desiguales)¹²⁸ propone imitar los programas neoyorquinos de “tolerancia cero”. Lo mismo se repite en Argentina, Brasil y en diversos Estados latinoamericanos. Estos discursos deben ir acompañados de las construcciones de nuevas prisiones, las que a medida que se van construyendo se llenan sin disminuir el hacinamiento, aumentando exorbitantemente los costos públicos, haciendo cada vez más difícil combatir las verdaderas causas de la criminalidad.

Si bien en Latinoamérica se busca imitar el sistema penal norteamericano, ningún país latinoamericano ha gastado las estratosféricas cifras que gasta Estados Unidos. Nuestros políticos, tratando de ser congruentes con sus discursos demagógico-vindicativos, compiten por seguir el modelo perverso de la criminología mediática norteamericana, pero sin mejorar sustancialmente la infraestructura:

De este modo las cárceles se superponen y tienden a convertirse en algo parecido a los campos de exterminio, donde se amontonan personas, con altas tasas de mortalidad y morbilidad, lo que no obedece a una política consciente, sino a un

¹²⁸Sobre

esto

véase:

http://economia.elpais.com/economia/2014/03/19/actualidad/1395243580_254670.html

deterioro progresivo en ausencia e toda directiva política, o sea, que la masacre carcelaria se produce por omisión política (Zaffaroni, 2011: 528).

Hoy, en la imitación de las políticas de “tolerancia cero” encontramos una causa directa del encarcelamiento masivo. Pretender castigar drásticamente (con prisión) infracciones irrelevantes, más que reducir el crimen, hace que las prisiones se llenen de autores de infracciones y delitos menores. No nos cansamos de repetir que las cárceles no se colman de grandes narcotraficantes, ni de peligrosos pedófilos, ni de terroristas desalmados. Penar con cárcel los hurtos, los robos sin violencia en las personas, el consumo y cultivo personal o grupal de drogas blandas, la venta callejera de productos no originales, etc., es lo que termina aumentando el encarcelamiento a límites impensados. Si a esto sumamos el aumento de las condenas para delitos de robo, el número de personas en prisión se dispara a límites nunca antes conocidos. Lo que hay detrás de todo esto es solo la rentabilidad electoral que produce el discurso punitivista que viene alimentado por una criminología mediática que “va en pos de la prisionización masiva e indiscriminada y eso hace subir las tasas en todo el mundo” (Zafaroni, 2011: 531).

Aunque hemos venido repitiendo que dentro de los factores que generan el encarcelamiento masivo se encuentra la imitación de las políticas criminales de Estados Unidos, no se crea que éstas sean sólo fruto de una admiración por lo que se hace en el país del norte. La imposición de legislar de una determinada manera, endureciendo el régimen penal por ejemplo, es a veces condición para la suscripción de tratados internacionales, especialmente en lo que dice relación con las leyes penales sobre el tráfico de sustancias estupefacientes, pero también con normas que sancionan penalmente, y con cárcel, la falsificación o comercialización de productos no originales.

El ya mencionado *Manhattan Institute* ofrece diversas conferencias en América Latina, cuya real finalidad -o misión, como lo reconocen sus propios folletos- es “establecer una relación de trabajo duradera con el fin de ayudar a los líderes de esos países a desarrollar programas prácticos de luchas contra el delito...”. En Venezuela, por ejemplo, Bill Bratton (ex jefe de la Policía de Nueva York) junto a George Kelling (co-autor de *Broken Windows*), invitados por la Cámara Venezolano Americana de Comercio, dictaron una conferencia titulada: “La restauración del orden y la reducción del delito en nuestras comunidades”. En mayo de 2000, George Kelling hizo una visita a la ciudad de México y pronunció ante cinco mil personas el discurso de apertura “México Unido contra la delincuencia” a la que asistieron los tres principales candidatos presidenciales (en Wacquant, 2000: 188 y 189).

La noción de “tolerancia cero” rinde tantos frutos electorales que ha llegado a Latinoamérica prácticamente sin discusión, tanto fomentada por las derechas conservadoras como por grupos “progresistas”. Sin importar si es viable o no trasladar una estrategia de control a realidades tan distintas a la neoyorkina, el ex alcalde de la ciudad de México, Andrés López Obrador, firmó un contrato de

cuatro millones y medio de dólares con la empresa consultora Giuliani Partners para aplicar “tolerancia cero” en ciudad de México.

Las medidas resultaban completamente impracticables en la capital mexicana, entre otras cosas, porque “tolerancia cero” busca erradicar a los vendedores callejeros, limpiadores de parabrisas, etc. Dichas medidas son impensables en una ciudad en la que “quienes realizan dichas actividades son decenas de miles y tienen un papel central en la economía informal de la ciudad”, además porque “los propios policías mexicanos se consagran con ahínco a todo tipo de comercios informales, legales e ilegales, necesarios para complementar sus salarios de hambre” (Wacquant, 2000: 190).

La finalidad de este capítulo ha sido la de entregar una noción general del encarcelamiento masivo como fenómeno acaecido primeramente en Estados Unidos y luego imitado en otras latitudes. Lo fundamental es comprender que se trata de una decisión política y no de una fatalidad natural, y que es un problema complejo multi- o pluri-causal.

Habiendo analizado las principales causas del encarcelamiento masivo, así como su efecto expansivo, creemos que es posible estudiar en el siguiente capítulo el caso particular chileno, prestando especial atención al aumento carcelario que ha experimentado dicho país en los últimos 25 años.

CAPÍTULO III

EL ENCARCELAMIENTO MASIVO EN CHILE

A las cinco de la mañana del ocho de diciembre de 2010 el cuarto piso de la torre cinco de la cárcel de San Miguel en Santiago de Chile comenzó a incendiarse. Al parecer el incendio se habría producido con un lanzallamas hechizo en una violenta disputa entre internos. La faltade espacio y la abundancia de material inflamable como colchones y ropa colgada hicieron que las llamas se propagaran rápidamente. Los desesperados gritos de auxilio de los internos que morían quemados hicieron cundir el pánico. El escaso personal de gendarmería y la nula preparación ante situaciones como ésta desembocó en un fatal desenlace: 81 personas murieron y varias quedaron gravemente heridas.

La cárcel de San Miguel tenía una capacidad para albergar a 1100 personas, pero el día del incendio albergaba a casi 2000. Los días siguientes se realizaron varios motines e intentos de incendios en diversas cárceles chilenas por parte de los presos, tanto para solidarizar con los familiares de las víctimas como para protestar por las inhumanas condiciones de la vida carcelaria.

Tras un largo proceso en contra de varios funcionarios de gendarmería por los delitos de homicidio culposo de los 81 presos muertos y lesiones, el 30 de abril de 2014, el Sexto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago absolvió a los gendarmes acusados.¹²⁹

Una versión distinta, obtenida por el relato directo de uno de los presos sobrevivientes, contrariaría a la oficial: el fuego no habría comenzado a las cinco de la mañana, sino que a las cuatro; los gendarmes habrían estado en estado de ebriedad la noche del incendio; habría al menos un muerto antes de que empezara el incendio (Viñals, 2015).

Las denuncias de Manuel,¹³⁰ uno de los 65 reos que sobrevivió al incendio, se apartan sustancialmente de la versión oficial:

Todas las noches los pacos se curaban y empezaban a gritarnos "me voy pa la casa" o "voy a ir a ver a tu señora" y cosas por el estilo. Ellos tomaban todos los días y los fines de semana sobre todo (...) Incluso a veces tiraban balazos al aire. La noche del incendio estaban curaos. Nosotros

¹²⁹ El Magistrado José Rodríguez argumentó en el fallo absolutorio que las "principales omisiones probatorias se suscitaron en el seno de la actividad investigativa [...] Hubo una desprolija redacción de los hechos en la acusación, que indica dos incendios, en circunstancias que toda la prueba fáctica estuvo encaminada del advenimiento de un solo episodio incendiario", en: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/04/680-576127-9-carcel-san-miguel-tribunal-absuelve-de-todos-los-cargos-a-los-ocho-gendarmes.shtml>

¹³⁰ El relato de Manuel en Viñals (2015).

gritábamos que nos ayudaran, que se estaba quemando todo el piso y ellos, que estaban como a 20 o 30 metros de distancia nos respondían: “Muéranse hijos de la perra”.

Manuel cuenta que aquella noche antes del incendio se despertó con los gritos que provenían de una pelea entre bandas de presos. La magnitud de la riña era impresionante. Las bandas se atacaban con lanzas hechizas y fuego. Dentro de la confusión apuñalaron a un interno varias veces dejándolo desangrarse. Según Manuel a las 4:20 am ya había empezado el incendio y se escuchaban gritos suplicantes de auxilio mientras varios internos con los cuerpos en llamas trataban de arrancar. En tanto, a unos treinta metros de distancia, gendarmes respondían con ofensas a los gritos de auxilio.

Sólo a las 5:40 am personal de gendarmería intentó, infructuosamente, apagar el fuego desatendiendo los gritos desesperados de los presos que suplicaban que les abrieran las puertas. Manuel señala que cuando llegaron los bomberos gendarmería los retuvo en el hall del edificio por casi treinta minutos por supuestas medidas de seguridad.

Cuando por fin abrieron las puertas, Manuel bajó las escaleras con el cuerpo lleno de quemaduras. Al llegar al primer piso, se cayó al suelo y soltó un espeso vómito negro. Tras recuperarse intentó, junto a otros sobrevivientes, subir para ayudar a sus compañeros, pero el personal antimotines de gendarmería les impidió el paso ordenándoles que se formen uno sobre el otro, lo que generó una reacción violenta de los sobrevivientes que no podían soportar el contacto físico por las quemaduras del cuerpo. Esa noche Manuel perdió un ojo. Tenía un trasplante de cornea que literalmente se le derritió con el calor.

A la mañana siguiente, al ver la lista de los muertos, Manuel cuenta con dolor sus impresiones:

Cuando salieron los “cabros” muertos en la tele, fue terrible. Primero once confirmados, después van veinte, van treinta, van cuarenta, van cincuenta, van sesenta... imagínate, amigos tuyos, hermanos tuyos (...) Es como perder 81 familiares en un par de horas.

Afuera de la cárcel, cientos de familiares y cercanos de los presos, desesperados e indignados temían encontrar en la lista de los muertos el nombre de sus seres queridos. Bastián Arriagada es una de víctimas mortales. Tenía 22 años la trágica noche del ocho de diciembre y estaba cumpliendo una condena de 61 días por el delito de venta de películas copiadas.¹³¹

En diciembre de 2014, y como protesta a la impunidad tras la muerte de 81 personas, el artista Sebastián Echeverría (conocido como Santa Rata) junto a familiares y amigos de las víctimas, pintó un mural con excrementos en que aparecen 81 cruces y un escudo nacional con la inscripción “Justicia de Mierda”.

¹³¹ Delito contemplado en la Ley 19.039 de Propiedad Industrial en relación a marcas comerciales, indicaciones geográficas y denominaciones de origen.



Presentación

Tras haber analizado la cárcel y sus pretendidas justificaciones (primera parte), y el encarcelamiento masivo como fenómeno nacido en los Estados Unidos de América y que, en menor magnitud, llegó a Europa y Latinoamérica (segunda parte), pasaremos a continuación al estudio del encarcelamiento masivo en Chile.

Posiblemente alguien pueda cuestionar el calificativo de *masivo* para el encarcelamiento en Chile, toda vez que los niveles difieren sustancialmente de los estadounidenses. Sin embargo, y como veremos en el desarrollo de este capítulo, los índices de encarcelamiento han llegado a niveles sin precedentes. Estos elevados niveles, a juicio nuestro, nos permiten hablar directamente de un fenómeno masivo. Al mismo tiempo, en momentos en que el eslogan es tan importante para entender un fenómeno, un título como éste nos ayuda a entender de lo que estamos hablando desde un primer momento. En nuestro caso, la utilización del eslogan no significa el descuido científico del análisis que pretendemos hacer. Con cifras y datos duros intentaremos blindar siempre nuestras ideas y, al mismo tiempo, evidenciar falacias y embustes del discurso oficial que clama por más punitivismo.

Si bien este trabajo no tiene una pretensión historiográfica, partiremos, a modo de epígrafe, repasando la historia de las penas privativas de libertad en Chile, para centrarnos luego en los últimos 25 años que coinciden (pero no es mera coincidencia) con el retorno de la democracia y el aumento sin precedentes de presos.

Tal como hicimos en el capítulo anterior, nos detendremos en dos grupos de causas mediatas del encarcelamiento: el primero vinculado al régimen económico y que titularemos “Neoliberalismo en Chile y régimen penal”; y otro titulado “Democracia y populismo punitivo” se centrará en los procesos electorales y el populismo punitivo donde analizaremos conceptos falaces, pero comunicacionalmente muy convenientes, como el de la “puerta giratoria” como metáfora de un sistema blando que fomenta la impunidad de la sub-clase delictuosa. Especial atención prestaremos a la fundación *Paz Ciudadana* como institución pseudo científica que busca legitimar un discurso autoritario y punitivista promovido por los grupos que detentan el poder político y económico. Dicha fundación, que nace de la mano del dueño de “El Mercurio”, importante diario de circulación nacional que colaboró activamente con el Golpe de Estado en 1973, cuenta con el respaldo tanto de la tradicional derecha conservadora como de la coalición social demócrata, las que en sus discursos político-criminales han terminado prácticamente mimetizándose.

A diferencia del capítulo anterior, aquí sí nos detendremos también en las principales causas inmediatas, es decir, en las leyes que han hecho posible el aumento del encarcelamiento. Antes de pasar a analizar normas sustantivas, revisaremos algunos aspectos de la Reforma Procesal Penal, como el marco que permite condenas masivas a través de la justicia negociada. Luego revisaremos distintas leyes que han agravado las penas rompiendo toda posible racionalidad y proporcionalidad entre el daño causado y la sanción.

Tras el repaso de las principales leyes que aumentan el encarcelamiento en Chile, hablaremos del perfil de los condenados y evidenciaremos que detrás de todo un aparataje comunicacional, que busca dar apariencia democrática a dichas normas, toda vez que responderían a preocupaciones y demandas ciudadanas, los efectos reales de todas estas alteraciones son principalmente la criminalización de la pobreza en Chile, acentuando las desigualdades sociales. Por último cerraremos este capítulo con un análisis del desolador panorama en el que se discutirá una reforma penal.

1- Aproximación histórica del encarcelamiento en Chile

Antes de entrar al período que nos interesa (Chile a partir de 1990), haremos una somera revisión histórica del Derecho penal y de la prisión en Chile. Este repaso histórico no busca profundizar en las raíces de la arqueología jurídica de nuestro Derecho penal contemporáneo. El Derecho, en general, y el punitivo, en particular, tienen una naturaleza axiológica y, por lo tanto, el repaso histórico puede ayudarnos a comprender los valores culturales que lo informan. Conviene siempre recordar que el Derecho es un fenómeno político y cultural y, por ende, su comprensión requiere un análisis epistemológico y pluridimensional. Como sostenía Manuel de Rivacoba, “nuestro Derecho, como el de ayer o el de mañana,

no es sino un momento de un fluir incesante, que se origina en los que le preceden y origina, a su vez, los que le siguen” (Rivacoba, 1991: 11).

En los primeros años de la joven República y con anterioridad a la promulgación del Código Penal Chileno se reprodujeron los rasgos del régimen español en materia de privación de libertad. Existieron presidios de obras públicas con los que se realizaron diversas construcciones en Santiago, además de presidios propiamente tales y una casa de corrección para mujeres. Las condiciones de las diversas cárceles eran paupérrimas, con graves problemas de hacinamiento, abusos por parte de los carceleros, etc. (Guzmán, 2008: 205). Un funesto intento por “mejorar” la situación de los presos fue el *presidio ambulante* impulsado por Diego Portales, consistente en un conjunto de jaulas que se trasladaba por diversas ciudades para que los penados realizaran trabajos en beneficio colectivo. En 1843 se construyó la Penitenciaría de Santiago, también con la intención de mejorar el estado de desamparo de los internos. Sin embargo, ninguna de las medidas puso fin a la lastimosa vida de los condenados. Algunos intelectuales de corte liberal, como Andrés Bello (1932: 451 y ss.), proponían la implementación del sistema de Auburn (*silent system*), pero afortunadamente no fue implementado.

Dentro de las leyes penales que se promulgaron en enero de 1849, en medio de un clima pro severidad para hacer frente a la criminalidad violenta, se elevó de 10 a 20 años la extensión de las penas para los delitos de hurto y robo. En 1874 se promulgó el Código Penal que empezó a regir al año siguiente. Dicho cuerpo normativo distinguió penas de *presidio*, *reclusión* y *prisión*. El artículo 21 del Código establecía como penas de crímenes y simples delitos el *presidio* y la *reclusión*. Para las faltas contemplaba la pena de *prisión*. Las mujeres, según lo estipulado en los artículos 86 y 87 debían cumplir las penas en *casas de corrección* mientras no se construyan las cárceles departamentos especiales para ellas (Guzmán, 2008: 206).

Las distinciones contenidas en el código no tuvieron eco en la realidad de las condenas. El código no se preocupó de describir los lugares ni la forma del cumplimiento de las penas privativas de libertad. Tampoco se promulgó una ley penitenciaria que pudiera dar luces sobre esto. Por ende, en los hechos *presidio*, *reclusión* y *prisión* sólo tuvieron una distinción cuantitativa (el tiempo de la pena), mas no cualitativa.

El Código contempló la *reclusión perpetua*, pero curiosamente no tipificó ningún delito con esta pena. El *presidio perpetuo* se estableció como penalidad posible para diversos delitos, como inducción a declarar la guerra a Chile, espionaje, ultraje al ministro de un culto con muerte del paciente, violación con homicidio, parricidio, piratería, etc. Se mantuvo el límite de 20 años de las penas privativas de libertad. Tratándose de penas perpetuas, sólo podía concederse la libertad condicional transcurrido dicho plazo.

La pena de muerte se incluyó en el Código original, estableciéndose que se ejecutaría mediante fusilamiento, de día y con publicidad. Asimismo, se dispuso dicha pena como *pena única* para el condenado que esté cumpliendo por sentencia ejecutoriada una pena de presidio o reclusión perpetuos, y durante la condena cometa un nuevo

crimen. La misma pena también se estableció para los parricidas y traidores que induzcan a una potencia extranjera a declarar la guerra a Chile. Se estableció además la pena de muerte, no ya como pena única, sino como grado máximo en delitos contra la patria o en los que haya pérdida de vida (Iñesta, 2003-2004: 323).

Durante el siglo XX hubo diversos proyectos para reemplazar el Código penal, pero ninguno de ellos llegó a convertirse en Ley. En 1929, los entonces magistrados Eduardo Erazo y Rafael Fontecilla, encomendados por el Ministerio de Justicia, presentaron un proyecto de código que fue enviado al Congreso. Dicho Código suprimía la pena de muerte y las perpetuas y eliminaba del sistema penal el destierro, el extrañamiento, la sujeción a vigilancia de la autoridad, la caución de buena conducta y la pena de azotes (Jiménez de Asúa, 1964: 1971 y ss.). Ese mismo año se preparó otro proyecto de Código penal que estuvo a cargo del magistrado Pedro Ortiz Muñoz, quien junto a von Bohlen redactó un ante-proyecto que ni siquiera fue enviado al Congreso.

En 1937 se nombró una nueva comisión para la redacción un nuevo Código penal compuesta por el magistrado Pedro Silva y el profesor de Derecho penal Gustavo Labatut. Este proyecto incorporaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, tampoco llegó a convertirse en Ley. Pasado un lustro, “se nombró otra Comisión, en la que figuraban, Rafaél Fontecilla y Franklin Quezada, ambos magistrados de la Corte de Apelaciones de Santiago, que no dio a luz sus trabajos” (Jiménez de Asúa, 1964: 1.175). En 1945, mediante Decreto, el Ministerio de Justicia designó una comisión para que estudie y proponga reformas al Código penal, sin romper su estructura (Rivacoba, 1991: 97). Dicha comisión estaba integrada por Franklin Quezada, Luis Cousiño Mac-Iver y Eduardo Novoa, entre otros. Esta comisión elaboró un proyecto que fue enviado al Senado en 1946, sin que la Comisión de Legislación y Justicia de esa corporación haya emitido jamás dictamen sobre él (Rivacoba, 1991: 98).

Innecesario parece consignar que todos estos proyectos quedaron en tales, sin llegar ninguno a ser código. Posteriormente, los penalistas chilenos no han persistido en sus afanes de reforma total, habiendo encaminado más bien sus esfuerzos proyectísticos, a partir de 1963, junto con otros colegas de países hermanos del continente, hacia la confección de un *Proyecto de Código penal tipo para Iberoamérica* (Rivacoba, 1991: 100 y 101).

Chile, como la mayoría de los países latinoamericanos, heredó de España el procedimiento penal inquisitivo que estuvo vigente hasta fines del siglo XX. Con la promulgación en 1906 del Código de Procedimiento Penal se codificó el sistema de corte inquisitivo que, entre otras cosas, se caracterizaba por dejar en las manos de un mismo ente (el juez) las facultades de investigar, acusar y dictar sentencia, lo que ponía en duda la imparcialidad del sentenciador. Otra característica de este procedimiento era que gran parte de la etapa de investigación –llamada sumario– era secreta, lo que hacía sumamente difícil la defensa de los procesados y se prestaba para el pago de sobornos a los funcionarios judiciales –actuarios– a cambio de información relevante.

En 1989, con la reforma de la “Constitución”¹³² chilena, el nuevo artículo 5º reconoce importantes derechos en el proceso penal al incorporar a la legislación nacional los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

En la década de 1990, tras el retorno a una “democracia” limitada y protegida, Chile inició diversos cambios estructurales en distintas materias. Uno de los cambios más significativos lo constituyó la Reforma Procesal Penal, que dejó atrás un viejo sistema penal inquisitivo, para implementar uno acusatorio, modernizando de este modo nuestro sistema penal y, al menos en teoría, respetando libertades, derechos y garantías que se condicen con un Estado democrático. Desde el año 2000 entra, gradualmente, a regir el nuevo sistema procesal penal. Su implementación fue paulatina. Primeramente, el nuevo proceso entró a regir en dos regiones del país. En la medida que se iba implementando en otras regiones se fueron modificando algunas cosas, y en el año 2005 el nuevo sistema entró a regir en todo el país. La publicidad del nuevo proceso, a diferencia del anterior que era esencialmente secreto, significó también un importante cambio mediático y diversas actuaciones de los tribunales penales, especialmente en los casos de mayor connotación social, fueron cubiertas por los medios de comunicación masivos. Esta cobertura mediática ha sido un factor importante en la creciente importancia de “la delincuencia” y el “miedo al delito” como temas centrales en las agendas políticas.¹³³

En 2001, con la promulgación de la Ley 19.734, se derogó la pena de muerte, la que se mantuvo sólo respecto de delitos para tiempos de guerra tipificados en el Código de Justicia Militar. La derogación de la pena capital, contrariamente a lo que pudiere pensarse, significó un endurecimiento del Derecho penal, toda vez que dicha pena en los hechos no se aplicaba y con su derogación se introdujo un espectro de redundante denominación: el *presidio perpetuo calificado*. En los hechos dicha pena significa la prohibición de obtener la libertad condicional antes de cumplidos 40 años efectivos de cárcel. Este plazo fue duramente criticado por la doctrina chilena. Así, Guzmán Dálbora (2008: 209) habla de “miopía moral e ignorancia científica de los que la modelaron”, mientras que Cury (2005: 721) la califica de “vergonzosa, inexplicable en la legislación de una sociedad civilizada” y Politoff, Matus y Ramírez se refieren a ella como “despropósito legislativo” (2003 :477).

El aumento del encarcelamiento en Chile, sin llegar a los niveles de Estados Unidos, ha sido una tendencia relativamente reciente. Si analizamos el promedio del encarcelamiento entre 1974 y 2012, veremos diversas fluctuaciones hasta 1992. Desde 1993 la tendencia al alza ha sido constante hasta 2009, en que el nivel baja,

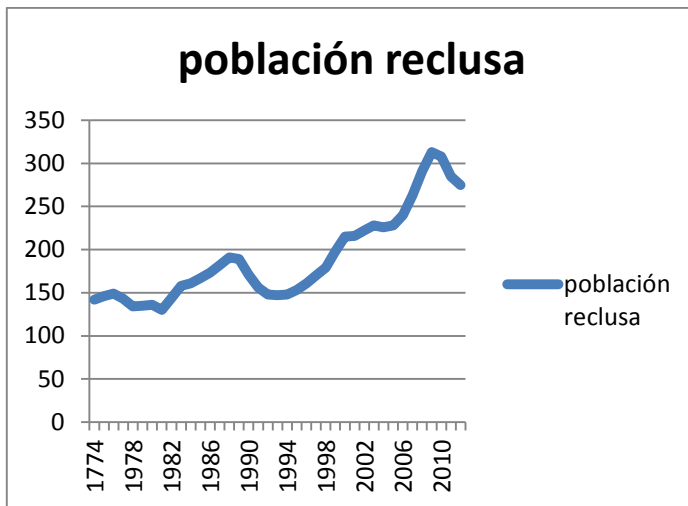
¹³² Escribimos “Constitución” entre comillas porque dicho texto legiferante fue redactado en dictadura, luego aprobado en un plebiscito fraudulento y, por los propios mecanismos tramposos y rígidos que contempla la llamada Constitución, las reformas posteriores no alcanzan a darle legitimidad constitucional.

¹³³ Así lo demuestran las encuestas del Centro de Estudios Públicos “que desde el año 1990 sitúan a la delincuencia como uno de los problemas prioritarios de los cuales se debe preocupar el Gobierno” (Jiménez, Santos y Medina, 2012: 24).

pero sigue siendo muy elevado en comparación con nuestros propios niveles históricos y con otras realidades de la región. Ya en la década de los ochenta el encarcelamiento aumenta de 136 presos por cada 100 mil personas en 1980 a 189 en el año 1989. Luego vuelve a aumentar en la década del noventa (de 171 en 1990 a 198 en 1999) y más aún en la primera década de la actual centuria (215 en 2000 a 313 en 2009). El siguiente gráfico y tabla muestran el aumento de la población reclusa.¹³⁴

1974	142
1975	146
1976	149
1977	143
1978	134
1979	135
1980	136
1981	130
1982	144
1983	158
1984	161
1985	167
1986	173
1987	182
1988	191
1989	189
1990	171
1991	156
1992	148
1993	147
1994	148
1995	153
1996	161
1997	170
1998	179
1999	198
2000	215
2001	216
2002	222
2003	228
2004	226
2005	228
2006	240
2007	263
2008	291
2009	313
2010	308
2011	285
2012	275

¹³⁴ Datos de Gendarmería de Chile, citados por Jiménez, Santos y Medina, 2012: 120.



Del gráfico anterior se puede observar que tras la llegada de la democracia (1990) hubo en los primeros años un leve descenso del porcentaje de encarcelamiento. Pensamos que esto se debe a que, tras conocerse públicamente las atroces violaciones a los derechos humanos perpetradas en dictadura, la atención se centró en el respeto por los derechos fundamentales, lo que se tradujo en una disminución del punitivismo. Luego, desde 1993 casi sin excepción se produjo un aumento progresivo hasta 2009. Este elevado número de personas en prisión (sobre los 300 por cada 100 mil) no tiene precedentes en nuestra historia y responde a distintas causas y factores, y todo intento de explicación mono-causal resulta insuficiente. La disminución de presos en el año 2012 se debe en parte a un indulto concedido en dicho año y que favoreció a 4.281 internos.¹³⁵ Lo mismo podemos señalar respecto del año 1992.

Como se aprecia, la tasa de penalización en nuestro país casi se triplica en un lapso de 25 años (1987-2012). Sin embargo su crecimiento se vuelve realmente explosivo en los últimos años. En efecto, mientras que la población penalizada, siempre creciente, aumentó en un 52,4% en un lapso de 15 años (1990-2015), en solo siete años (2005-2012) aumentó en un 58% (Jiménez, Santos y Medina, 2014: 136)

Hoy los índices nacionales no son tan altos como hace pocos años. En 2010, la tasa era de 308 (según otros estudios 305), lo que nos ubicaba como el país más encarcelador de la región.¹³⁶

Del mismo modo, las llamadas *medidas alternativas* han aumentado tras el retorno a la democracia. Así, la reclusión nocturna aumentó de 563 a 4.490 entre 1987 y 2012; la libertad vigilada de 594 a 10.979 y la remisión condicional de la pena de 11.528 a

¹³⁵ El indulto, aunque no soluciona estructuralmente los problemas, sirve para descongestionar el sistema carcelario. El 1 de junio de 2012 se publicó la ley 20.588 que indultó a más de 4.000 condenados.

¹³⁶ Algunos análisis nos consideraban el segundo país más encarcelador de Sudamérica tras la Guayana Francesa. Sin embargo dicho análisis comparativo adolece de un error. La Guyana Francesa, más que un país es un territorio francés de ultramar y no tiene sentido la comparación de naciones con regiones.

33.157,¹³⁷ ambas en el mismo período. De esto podemos desprender que estas medidas más que remplazar a la prisión como *alternativa*, significan una expansión de la red punitiva aumentando el control penal. Este tipo de datos nos hacen desconfiar de la creación de nuevas medidas alternativas como el “control electrónico” que se incorporó con la ley 20.603 de 2012 y que se materializará con el uso de tobilleras o brazaletes electrónicos que, además de revivir las viejas penas infamantes, no nos aseguran que incidirán en una disminución del número de personas en prisión. Desconocemos el costo de dichas medidas, pero desconfiamos de su finalidad realmente *alternativa* a la privación de libertad y creemos que su verdadera implementación puede ocultar magnos negocios que generarán pingües ganancias directas –e indirectas- con su incorporación.

Quienes habitan las cárceles chilenas pertenecen casi exclusivamente a los grupos más pobres y marginados de la escala social. El aumento carcelario hace que la cárcel vaya poco a poco transformándose en una situación normal para quienes habitan los sectores marginales y segregados de nuestras ciudades. De esta manera, la cárcel, para los más pobres, no es algo infrecuente ni extraordinario puesto que, con los altos niveles de encarcelamiento actuales, gran parte de ellos conocen directamente la prisión por haberla tenido que sufrir en carne propia, o por haber tenido un pariente o un amigo cercano preso.

Tal como Garland sostiene respecto del encarcelamiento masivo en Estados Unidos, el fenómeno en Chile no fue el resultado de una política propuesta, investigada, costada, debatida y democráticamente acordada, sino que es consecuencia de la convergencia de diversas políticas y decisiones (Garland, 2001: 2). Todos los factores que determinan el aumento del flujo de ingreso de personas a las cárceles, sin contemplar un número similar de egresos de la misma, genera un mayor encarcelamiento, pero estas decisiones no forman parte de un programa coherente. Este aumento del número de presos no se produce en forma planificada por un grupo de personas que buscan la segregación e inocuización de los más pobres. Resulta impensable imaginar a los principales líderes de la coalición social-demócrata (por ejemplo a los ex presidentes Patricio Aylwin, Eduardo Frei y Ricardo Lagos) prometiendo en 1990 que con el retorno de la democracia se doblaría la población carcelaria en los siguientes 20 años, que se construirían nuevas prisiones sin mejorar las paupérrimas condiciones de vida de los presos, que la población penitenciaria sería seleccionada de los sectores más pobres de la sociedad y que, por todo el gasto público que supone el encarcelamiento, habría que dejar de lado necesidades básicas de la población.

¹³⁷ Datos en Jiménez, Santos y Medina, 2014: 129.

2. Causas del Encarcelamiento Masivo en Chile

Habiendo hecho un breve y rápido repaso de la historia de la pena privativa de libertad en Chile, centraremos nuestro estudio en un período determinado que corresponde al del aumento del encarcelamiento y a la vuelta de la democracia a Chile:

No olvidemos que lo que genera el aumento de la población penitenciaria en un país es una diferencia entre el mayor número de personas que ingresan en prisión y el menor número de quienes salen de ella. No nos cansamos de repetir que se trata de un fenómeno complejo multi o pluri-causal y toda explicación simplista resulta insuficiente.

Dividiremos el análisis de las causas del encarcelamiento masivo en Chile en causas mediatas y causas inmediatas. Dentro de las *causas mediatas*, y para mantener coherencia con lo que venimos planteando en los capítulos anteriores sobre el nexo que existe entre sistemas económico y penal, analizaremos en primer lugar el régimen económico de corte neoliberal implementado en la dictadura militar, el que se mantiene hasta nuestros días. Este sistema económico ha generado un ambiente de desigualdad al que se responde con mayor punitividad acentuando aún más las diferencias sociales y económicas. La carencia de un Estado asistencial ha sido compensada con un Estado cada vez más punitivista. De esta manera, el encarcelamiento se ha transformado en Chile en un sistema de control y manejo de la pobreza. Luego, como segunda causa mediata, analizaremos cómo el discurso populista punitivo surgió en democracia y fue determinante en el aumento de los índices de encarcelamiento a niveles sin precedentes en nuestra historia nacional. Veremos cómo el discurso de un mayor punitivismo es bandera de lucha de la oposición de derecha a los gobiernos de la Concertación,¹³⁸ pero luego dicho discurso se imita y ambas coaliciones políticas terminan identificándose con arengas demagógico-vindicativas que se traducen en grandes acuerdos y leyes autoritarias que favorecen la prisionización.

Estas dos causas o grupos de causas mediatas han dado lugar a las que llamaremos causas inmediatas que son las leyes penales y procesales penales que favorecen en encarcelamiento. Dentro del estudio de las causas inmediatas nos centraremos en dos apartados. Primero en el análisis de la Reforma Procesal Penal y sus efectos; luego, en diversas normas sustantivas cuyo aumento de las penas ha repercutido en un alza del nivel de encarcelamiento.

No olvidemos también que la construcción de nuevas prisiones es condición necesaria del encarcelamiento masivo y que las justificaciones de que con más cárceles se puede combatir el hacinamiento carcelario resultan las más de las veces

¹³⁸ La Concertación o Concertación de Partidos por la Democracia fue una coalición que reunió a diversos partidos políticos opositores a Pinochet y que gobernaron Chile desde el 11 de marzo de 1990 al 11 de marzo de 2010. Entre sus principales líderes, Patricio Aylwin, Eduardo Frei Ruiz-Tagle, Ricardo Lagos y Michelle Bachelet fueron Presidentes de Chile. Se trata de un conglomerado amplio que agrupaba a demócrata-cristianos, radicales, socialistas, y otros partidos. Su ideología política podría calificarse de social demócrata.

simples discursos que no coinciden con la realidad puesto que el aumento del espacio carcelario genera normalmente un aumento de presos y no una mejora de la condición de los mismos. Es decir, en términos sencillos podemos decir que *más cárceles no significan menos hacinamiento. Más cárceles significan más cárceles igual de hacinadas.*

Sebastián Salinero (2012) al analizar el aumento de la población penal en Chile, distingue *factores* y *causas* de este fenómeno. Para él los factores serían: el mayor ingreso de personas al sistema penal, el mayor tiempo de privación de libertad de los penados y la falta de mecanismos de descompresión carcelaria. Las causas, según Salinero, serían: la Reforma Procesal Penal, el punitivismo penal y un reduccionismo de los denominados beneficios legales alternativos a la prisión. La distinción que hace Salinero entiende que los factores favorecen o facilitan la situación. Las causas, en cambio, producen directamente la ocurrencia del factor en cuestión. Las causas serían los motivos de los factores (2012: 120). Aunque nos parece precisa la distinción que realiza Salinero, nosotros optamos por la distinción de causas mediatas e inmediatas siguiendo la línea trazada en los capítulos precedentes.

Tal como lo planteamos en el capítulo anterior, debemos descartar el aumento del delito como causa del mayor encarcelamiento. Esta *aparente causa* aunque parezca de sentido común no guarda una relación directa con el índice de encarcelamiento. Así al menos puede desprenderse de encuestas de victimización que no dan cuenta de un aumento que pueda relacionarse con el aumento del encarcelamiento.

Salinero (2012: 117) cita un estudio de 25 países distintos (EE.UU., Canadá, países escandinavos, de la Europa del este, de la Europa del sur, etc.) que concluye que la prisión apenas se ve afectada por los niveles y tendencias de la delincuencia. La situación chilena no es muy distinta a la internacional y nuestro aumento de los niveles de encarcelamiento generalmente al alza, no corresponden con lo fluctuantes que resultan los niveles de delitos, si atendemos a las encuestas de victimización.

Más adelante graficaremos la situación para demostrar que en Chile la realidad del crimen (a la que nos aproximamos con las encuestas de victimización) no guardan relación con el aumento carcelario. Lamentablemente no contamos con muchos estudios de campo y los datos de las encuestas de victimización que graficamos son de 2003 a 2009 puesto que con anterioridad no se realizaba este tipo de encuestas. Sin embargo, estos seis años confirman lo que venimos planteando y muestran que en Chile la situación no difiere de la de los países precedentemente citados.

Un análisis equivocado y simplista es el que realizan Jean Pierre Matus y Carolina Peña y Lillo (2012) quienes entienden que el aumento del encarcelamiento en Chile es consecuencia del incremento de las tasas de criminalidad y no de decisiones político-criminales. Este tipo de relaciones, aunque equivocadas, pueden resultar útiles y funcionales para legitimar un mayor punitivismo y justificar los altos índices de encarcelamiento.

Afirman estos autores que “mientras menor sea el tiempo promedio de duración de las condenas efectivas, mayores serán las tasas de criminalidad existentes” (2012: 334). Si bien aseveraciones como estas parecen responder a ideas de sentido común, varios estudios demuestran que la posibilidad cierta de ser sancionado y la inmediatez de la pena generan un mayor efecto disuasivo que la magnitud de la pena. Matus y Peña y Lillo también afirman que el encarcelamiento disminuye el índice de “delitos futuros al ubicar al individuo en la prisión” (2012: 334). Sin embargo, resulta imperdonable la ingenuidad de los autores al creer que dentro de la cárcel no se cometen delitos. Un análisis como éste, o bien desconoce lo que pasa dentro de las cárceles o simplemente supone un menosprecio por los condenados.

Tampoco compartimos la opinión de Matus y Peña y Lillo que cuestionan que la Reforma Procesal Penal ayude al aumento del encarcelamiento puesto que las probabilidades de terminar preso con el nuevo sistema son cercanas al 7%. Sin embargo, los autores parecen desconocer el volumen de la nueva justicia penal y la “*significancia* en términos absolutos del índice de condenados a una pena privativa de libertad” (Salinero, 2014: 355). Las cifras son contundentes y demuestran que la Reforma Procesal Penal ha permitido más condenas en comparación con el sistema antiguo (con o sin beneficios), generando una “*palmaria celeridad en la tramitación de los procesos judiciales y en los denominados procesos de autoincriminación [...] los que de manera mediata e inmediata han contribuido al incremento penitenciario*” (Salinero, 2014: 355). Parece que Matus y Peña y Lillo centran su análisis en el porcentaje de condenas del nuevo sistema procesal penal, que es bajo, y no, como debiera hacerse en un análisis serio, en las enormes magnitudes de causas que ingresan y en el aumento de condenas privativas de libertad. Sobre esto volveremos más adelante cuando analicemos la Reforma Procesal Penal como causa inmediata del encarcelamiento masivo en Chile.

El análisis realizado por Matus y Peña y Lillo, al vincular los niveles de delito y encarcelamiento, parece desconocer toda una literatura con base empírica que concluye que no es posible establecer una relación positiva entre ambas variables [véanse: Lappi-Seppälä (2008); Lemert (1967); González (2012); Robinson (2012); Silva Sánchez (2010: 352); Lieberman (1993); Azran (1963); Lande (1981); Solomon, Turner y Lessac (1968); Loewenstein (1996); etc.] y que el encarcelamiento masivo es producto de decisiones político-criminales y no de un aumento de la criminalidad.

2.1. Causas Mediatas

La respuesta que han dado las autoridades políticas chilenas al problema de la criminalidad ha sido la represión de un grupo de delincuentes que se identifican con un estereotipo social de criminal. Se trata en su mayoría de hombres jóvenes, provenientes de barrios pobres y marginales, de escasa educación, tez morena, rasgos indígenas, pelo tieso, modo de andar y de hablar típico de quienes habitan los barrios marginales. Con las leyes de control de estupefacientes, la persecución penal se ha extendido también a extranjeros inmigrantes pobres y a mujeres modestas.

Esta respuesta, como veremos, ha sido promovida por distintos grupos e impulsada por los medios de comunicación. La presión, de los medios y de diversos grupos, responde en algunos casos a un claro interés y en otros se trata de un mecanismo no planificado.

El gran error de la respuesta punitiva chilena consiste en pretender atacar un problema centrándose casi exclusivamente en una parte de sus efectos. La respuesta ha sido equivocada en primer lugar porque con la mayor penalización se vulnera la dignidad de muchas personas y se violan los derechos humanos. Además, este análisis miope no consigue reducir los índices de delincuencia. De esta manera, el aumento del gasto público en represión y cárceles, fomentado por las dos coaliciones que detentan el poder, resulta inhumano e ineficiente.

La delincuencia, como problema complejo, multifacético y multicausal, resulta difícil de prevenir. El autoritarismo penal y el encarcelamiento masivo representan un camino de efectos perniciosos y costos elevadísimos. La situación resulta indignante porque la persecución penal, y la cárcel como su consecuencia más extrema, recaen casi exclusivamente en los sectores más pobres de la población y se desatienden delitos perpetrados por personas de clase media y alta. El punitivismo *a la americana* que ha seguido Chile reproduce, a menor escala y con menos recursos, varios de los errores cometidos por las políticas punitivas llevadas a cabo en Estados Unidos. En ambos contextos delincuencia y marginalidad social aparecen como sinónimos. Lo incomprensible es explicar por qué si la delincuencia se presenta como *el gran problema de nuestros días*, se desatienden sus causas sociales y se gastan enormes cifras en represión y castigos que sólo logran empeorar las cosas.

Stippel (2006: 136 y ss.) analiza tres factores que influyen en la delincuencia chilena. Menciona, en primer lugar, un *relativismo moral*, denunciado por la Iglesia Católica, que generaría –citando a Juan Pablo II– egoísmo, división, marginación, discriminación, miedo y desconfianza hacia los otros. Otro importante factor sería para Stippel la *segregación, segmentación y fragmentación* de la sociedad como consecuencia de las políticas económicas impulsadas tras el Golpe de Estado. Como tercer factor, Stippel señala la *desinstitucionalización de la vida social* a raíz de la globalización, como la ausencia de normas y criterios de vida común, lo que implica mayor incertidumbre. Estos tres factores, además de delincuencia, generan: miseria, discriminación, desprotección, desigualdad, vulnerabilidad y falta de oportunidades (Stippel, 2006: 138).

Nosotros centraremos nuestro análisis en dos causas mediatas: en primer lugar en el régimen neoliberal chileno. La implementación de este régimen, por la dictadura chilena y, en muchos aspectos, *perfeccionado* por los gobiernos democráticos que lo sucedieron, aumentaron los niveles de desigualdad a la vez que desarticularon resabios de un pretendido Estado social. Un segundo grupo de causas lo encontramos en el populismo punitivo que de manera ascendente se ha incorporado cada vez más en las agendas políticas de ambas coaliciones. Como en Estados Unidos, también en Chile se ha pretendido brindar de legitimidad científica a un discurso mediático.

Como señalamos precedentemente, la edificación de cárceles es condición necesaria del aumento del encarcelamiento. No olvidemos que en la década del noventa del pasado siglo se gastaron cerca de 60 mil millones de pesos¹³⁹ en infraestructura carcelaria, calificada por el propio Ministerio de Justicia como *la inversión en infraestructura más grande en la historia del sistema carcelario*.¹⁴⁰ “La mayor parte de esta inversión se realiza bajo el gobierno de Eduardo Frei, justo el período en el que el hacinamiento salta del seis al cuarenta por ciento” (Ramos y Guzmán, 2000: 110).

a) Neoliberalismo en Chile y régimen penal

Normalmente cuando se habla de la dictadura de Pinochet (1973-1990) se la recuerda como un régimen autoritario cuyo espeluznante rostro se vincula sólo con la masiva desaparición de sus oponentes políticos, las horripilantes violaciones a los derechos humanos, la censura, el terror y la impunidad de los agentes del Estado. Sin desconocer que nada importa más que los derechos humanos, conviene recordar también que éstos se desconocen también con regímenes económicos que condenan a millones de personas a vivir en la pobreza.

Tanto la violación explícita de los derechos humanos (v.gr. la aplicación de electricidad en los genitales de un preso político) como aquella menos explícita (por ejemplo, la muerte de un niño de pulmonía por falta de atención médica pública) resultan incompatibles con el reconocimiento de la dignidad humana. Mientras las violaciones explícitas fueron selectivas, y no por eso menos reprochables, los cambios económicos afectaron a toda la población, favoreciendo a pequeños grupos y perjudicando a la mayoría de los chilenos.

La desarticulación de un semi-Estado social con la implementación de un régimen económico neoliberal significó el fin de prestaciones sociales básicas, fomentando la precariedad laboral y la segregación de la población, al expulsar a los pobres del centro de las ciudades, dejándolos abandonados en sectores inhóspitos en los márgenes de la ciudad. En estas nuevas condiciones de segregación espacial, la respuesta penal acentuó su selectividad hacia los grupos más desposeídos. De estas masas humanas sobrantes para las nuevas estructuras económicas se reclutan los habitantes de las prisiones y la carencia de Estado social se complementa con más punitivismo.

Veamos a continuación cómo operó la transformación económica en Chile y la implementación de un régimen neoliberal. Fue el propio Milton Friedman quien aconsejó a Pinochet:

que impusiera un paquete de medidas rápidas para la transformación económica del país: reducciones de impuestos, libre mercado, privatizaciones de los servicios, recortes en el gasto social y una liberalización y desregulación generales [...] Se trataba de la transformación capitalista más extrema que jamás se haya llevado a cabo en ningún lugar (Klein, 2007: 28).

¹³⁹ A junio de 2005, 60 millones de pesos son casi 85 mil euros.

¹⁴⁰ Cuenta pública ministerial 1999.

Las alteraciones se realizaron con inmediatez como terapias de *shock* en dos frentes.¹⁴¹ Por una parte, se implementaron cambios económicos radicales, haciendo desaparecer todo vestigio de Estado social, empobreciendo a millones de personas y enriqueciendo a pequeños grupos. Por otra, las fuerzas armadas y policías especiales torturaron y masacraron a los enemigos políticos aterrando a la población e imposibilitando, de esta manera, una movilización social frente a los cambios emprendidos. En palabras de Klein, en Chile el terror fue cómplice de la metamorfosis económica (2007: 32). En democracia las propuestas neoliberales a lo sumo deben ser reformas mesuradas, puesto que resulta impopular desarticular el Estado social (v. gr. Reagan y Sarkozy). “En resumen, el modelo económico de Friedman puede imponerse parcialmente en democracia, pero para llevar a cabo su verdadera visión necesita condiciones políticas autoritarias” (Klein, 2007: 33).

Friedman y la Escuela de Chicago creían en un mercado puro, libre de regulaciones, y les resultaban incómodas intervenciones como las ideas keynesianas implementadas en Estados Unidos, las socialdemócratas en Europa, las desarrollistas en el Tercer Mundo; así como el socialismo en la educación, la propiedad del Estado de los servicios básicos y todo tipo de intervenciones tendientes a atemperar los extremos del capitalismo (Klein, 2007: 84). Las ideas de Friedman buscaban básicamente la eliminación de las regulaciones del mercado, las privatizaciones y el recorte o cese de los fondos de los programas sociales, es decir, su ideario podría resumirse burdamente en tres palabras: *desregulación, privatización y recortes*.

Sobre los efectos que produce el mercado sin mayores regulaciones, conviene recordar que “[e]n tanto criterio de distribución, el mercado es efectivamente cruel, porque no toma en cuenta cuánto alguien necesita algo, sino solo si tiene con qué comprarlo” (Atria, 2013: 152).

Para Friedman la economía, como ciencia natural o causal explicativa, debía abordarse con el mismo rigor con el que un físico se acerca a los fenómenos que ocurren en la naturaleza. El problema era la falta de un laboratorio donde poder probar sus teorías económicas. No existía sociedad que permitiera aplicar sus ideas de *laissez-faire* en pureza. Fue entonces cuando nació en la década del cincuenta de la pasada centuria el *Proyecto Chile*. La idea era formar a un centenar de estudiantes chilenos de la Universidad Católica en la Escuela de Economía de la Universidad de Chicago. Los gastos fueron cubiertos por fundaciones estadounidenses. Los estudiantes fueron escogidos según criterios esencialmente ideológicos. La finalidad de este plan era hacer de Chile el *laboratorio experimental* de las ideas económicas de Milton Friedman.

En la Escuela de Economía de Chicago se creó incluso un *Taller de Chile* en el que se analizaban los *problemas económicos de Chile* y se ofrecían recetas científicas para *solucionarlos*. Se cuestionaron duramente las políticas sociales (una especie de

¹⁴¹ Naomi Klein grafica la implementación del neoliberalismo en Chile con una terapia de *shock*. Cada vez que hagamos mención a éstas, estaremos siguiendo lo planteado por la autora en su libro *La doctrina del shock: El auge del capitalismo del desastre*.

welfarismo). “Se consideraron defectuosas: su sólida red de seguridad social, su proteccionismo de la industria nacional, sus barreras arancelarias, su control de precios” (Klein, 2007: 93). “Cuando el primer grupo de chilenos regresó a casa al terminar sus estudios en Chicago, eran *más friedmanistas que el propio Friedman*, en palabras de Mario Zañartu, un economista de la Universidad Católica de Chile” (Klein, 2007: 94).

La idea de formar a *Chicago Boys* chilenos esperaba que éstos se transformaran en líderes intelectuales con influencia política para implementar un régimen económico del *laissez-faire*, y así poder llevar a cabo el *Experimento*. Sin embargo, al no poder los discípulos de Friedman llegar al gobierno, sus planteamientos no podían efectuarse.

Tras el triunfo de Salvador de Allende y la Unidad Popular en 1970, el *Proyecto Chile* aparecía como un rotundo fracaso. La voluntad popular quería desplazarse hacia la izquierda, lo que puede verificarse no sólo con el triunfo de Allende. Incluso el programa político de Radomiro Tomic (candidato presidencial de la Democracia Cristiana) coincidía en varios puntos con el de la Unidad Popular. Luego, para los *Chicago Boys* la situación se les hace más compleja con la nacionalización de las minas de cobre, controladas hasta entonces por empresas estadounidenses.

Como la democracia se había mostrado tan *desagradecida* con los *Chicago Boys*, quizá una dictadura podía entregarles el taller académico que tanto necesitaban. En plena guerra fría Nixon, apenas enterado del triunfo de Allende, dio la orden a Richard Helms (director de la CIA) de *hacer chillar la economía* (Klein, 2007: 97). Estados Unidos sabotó la economía chilena con diversas maniobras como el bloqueo de créditos de parte de bancos y particulares norteamericanos, el boicot de los productos chilenos, provocando la escasez de dólares en Chile, generando un clima de desestabilidad, financiando paros y huelgas, etc. “Ocho millones de dólares invertidos en operaciones secretas no habían conseguido debilitar la popularidad [de Allende]” (Klein, 2007: 99). En 1973 la Unidad Popular aumentó su votación en comparación con las elecciones de 1970. La Administración Nixon comenzó entonces a contactar *fuentes fiables* del ejército para perpetrar un Golpe de Estado. Era necesario un cambio extremo y radical, puesto que si se respetaban las reglas democráticas era inviable implementar el laboratorio que Chicago quería.

Así, el Golpe de Estado en Chile, financiado por la CIA, fue el resultado de una colaboración conjunta entre el ejército y los economistas. Según Orlando Letelier, embajador del Gobierno de Allende en Washington, los *Chicago Boys* convencieron a los generales de poder complementar la brutalidad de éstos con los activos intelectuales de los que carecían (Letelier, 1976).

El Golpe, aunque previsible en varios aspectos, resultó de una bestialidad que nadie sospechó. La imagen del bombardeo del Palacio Presidencial da cuenta de la ferocidad con la que actuaron los militares. La metáfora de la destrucción anuncia el comienzo de algo completamente nuevo. Las ruinas de la sede del ejecutivo son el símbolo del fin de la era democrática y de los cambios radicales que se implementarían en forma casi inmediata.

El choque del golpe militar preparó el terreno de la terapia del *shock* económica. El *shock* de las cámaras de tortura y el terror que causaban en el pueblo impedían cualquier oposición frente a la introducción de medidas económicas. De este laboratorio vivo emergió el primer Estado de la Escuela de Chicago, y la primera victoria de su contrarrevolución global (Klein, 2007: 106).

El 12 de septiembre de 1973, es decir, sólo un día después del Golpe de Estado, un documento que contenía el nuevo plan económico elaborado por los *Chicago Boys* y conocido como “el ladrillo” se repartió entre los generales de las fuerzas armadas que desempeñaban cargos importantes en el nuevo *gobierno* (Valdés, 1995: 252). El ladrillo se basaba en las ideas friedmanianas de privatización, desregulación y recortes del gasto social.

Pinochet, que de economía no entendía nada, se asesoró por los *Chicago Boys*. El primer año de su mandato privatizó varias empresas estatales, abrió las fronteras a las importaciones, en contra de una serie de barreras que existían para proteger la industria nacional, eliminó el control de precios de productos de primera necesidad y rebajó el gasto público, salvo el gasto militar. Sus asesores lo convencían de que el mercado solucionaría los problemas de la economía haciendo descender la inflación. Sin embargo, las cosas no resultaron como preveían los *Chicago Boys*. En 1974 la inflación fue de 375% -la más alta del mundo y casi el doble de la más alta sufrida durante el gobierno de Allende- y el desempleo alcanzó cifras sin precedentes (Klein, 2007: 114). La explicación de los asesores a esta situación insostenible fue que no se había implementado completamente el plan económico. Si bien se habían reducido las distorsiones, había que ser más radical con las privatizaciones, la desregulación y los recortes sociales.

El experimento sólo beneficiaba a empresas extranjeras y a pequeños grupos financieros en Chile. En 1975, Milton Friedman viajó a Chile para intentar salvar el experimento. Friedman se reunió con el propio Pinochet donde le planteó la necesidad de un *tratamiento de shock* como única solución, ya que el gradualismo no solucionaría los graves problemas de desempleo e inflación. Pinochet se convirtió y dejó el Ministerio de Economía y la dirección del Banco Central en manos de los *Chicago Boys*. En 1975 el gasto público se redujo en un 27% de un solo golpe. La salud y la educación pública fueron los sectores más maltratados (y aún no recuperados). Se privatizaron centenares de empresas y bancos estatales. Los resultados fueron aún más dramáticos. Con el aumento del desempleo y la disminución del Estado social la población fue condenada a vivir en la pobreza. Las críticas vinieron de varios sectores, pero en Chile la censura las silenciaba. Un antiguo discípulo de Friedman que se había apartado de su ideario, André Gunder Frank, escribió una carta abierta a Friedman y Harberger, mostrando cómo reaccionaba el paciente chileno al tratamiento de *shock*. En la carta señalaba que una familia chilena apenas podía sobrevivir con el sueldo mínimo, debiendo gastar el 74% de sus ingresos en comprar pan, sin poder optar por *lujos* como leche y

autobús para ir al trabajo. Dentro de los recortes se había eliminado la distribución de leche en los colegios (Klein, 2007: 118 y 119).¹⁴²

El ex discípulo de Friedman veía con dolor lo que pasaba en Chile. Asimismo Gunder Frank entendió la relación entre el *shock* friedmaniano y las torturas y la masacre de enemigos políticos, puesto que las recetas de Friedman eran tan dolorosas [...] que no podían *imponerse ni llevarse a cabo sin los elementos gemelos que subyacen a todas ellas: la fuerza militar y el terror político* (citado en Klein, 2007: 119).

La economía chilena siguió empeorando hasta que en 1982 se derrumbó. El desempleo llegó al 30% e importantes modificaciones atemperaron las medidas tomadas en base al experimento. Los cambios posteriores se mostraron por la dictadura y por la prensa oficialista como un milagro económico. Sin embargo, este llamado milagro económico lo fue sólo para sectores muy minoritarios de la población. En 1988 el 10% de los chilenos más ricos aumentaron sus ingresos en un 83% mientras el 45% de la población se encontraba bajo el umbral de la pobreza. El resultado de las políticas económicas implementadas en dictadura (y no modificadas posteriormente) ha sido la creación de uno de los países con los índices más altos de desigualdad en el mundo,¹⁴³ con acentuada segregación espacial según condiciones económicas y elevadas tasas de encarcelamiento. A juicio nuestro un régimen económico que genera tanto dolor y pobreza difícilmente puede ser calificado como un milagro económico. Sin embargo, es posible que éste haya sido el resultado esperado por los impulsores del experimento. Un país en el que los ricos terminaron siendo mucho más ricos.

Hasta aquí hemos seguido a Naomi Klein (2007) para el análisis de las alteraciones económicas efectuadas en dictadura. Sin embargo, nos parece necesario precisar algunas cuestiones. El llamado neoliberalismo ideado por Friedman resulta imposible de llevar a los extremos queridos por el autor, puesto que incluso las dictaduras se interesan por no ser tan impopulares. Además, algunos asesores directos de Pinochet, por ejemplo su Ministro del Trabajo José Piñera, se formaron en Harvard y sus propuestas no eran del todo coincidentes con las de la Escuela de Chicago.

Esto puede ejemplificarse con una anécdota acaecida en una reunión en la que estaban presentes distintos asesores y ministros junto a Pinochet (citas en Cavallo, et. al., 2008: 408 y 409). Se discutía la aprobación de un proyecto de eliminar el salario mínimo. Dicho proyecto fue defendido por los *Chicago Boys* Sergio De Castro y Miguel Kast quienes expusieron la conveniencia de la supresión del salario mínimo, toda vez que *se debía comenzar a enfrentar gradualmente el ajuste que de todas maneras tendría que sufrir la economía*. Kast afirmó con dramatismo que *si no se*

¹⁴² El Dr. Allende siendo presidente, en 1971, implementó la medida de repartir medio litro de leche diario a cada niño para terminar así con problemas de desnutrición infantil.

¹⁴³ Según un informe de 2013 de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) Chile es el país con mayor desigualdad salarial entre los 34 Estados miembros. Vid: <http://www.oecd.org/>

liberaba el salario, crecería el desempleo, porque los empresarios preferirían no tener a más gente antes que pagar sueldos imposibles.

Luego José Piñera sostuvo que salario mínimo y desempleo no tenían nada que ver y que *el Estado debía cumplir un rol subsidiario ayudando a los más desposeídos, o protegiéndolos al menos de los abusos.* Pronto advirtió a Pinochet y a los presentes sobre un posible estallido social en un momento complicado. Asimismo convenció a Pinochet de lo poco recomendable que sería para su imagen pasar a la historia como el Presidente que eliminó el salario mínimo.

La situación fue especialmente tensa y el enojo entre De Castro y Kast con Piñera era evidente. El propio Pinochet zanjó la discusión y dijo: *El señor Piñera tiene razón. Se retiran los ministros.*

-Segregación geográfica y criminalización de la pobreza

Para Manuel Antonio Garretón (2004: 112) el debilitamiento del Estado chileno significó también un debilitamiento simbólico de la sociedad chilena. Históricamente en Chile muchos servicios básicos dependían del Estado (vivienda, salud, educación, previsión, etc.), los que se debilitaron dando espacio a nuevos principios individualistas que se basan en el nivel de ingresos, el consumo, etc. Esto cambia radicalmente la dinámica social acentuando la segregación, la segmentación y la fragmentación de la sociedad.

Con la implementación de un régimen neoliberal y la disminución de las prestaciones sociales del Estado, las principales ciudades de Chile acentuaron sus divisiones geográficas. Por una parte, se removieron los pobres de los barrios de la clase alta y, por otra, crecieron las barriadas populares, las que en Chile se llaman "poblaciones callampas". Dicha denominación grafica su nacimientos y crecimiento espontáneo, sin control, como las setas.

Esta nueva distribución geográfica de los sectores sociales es en gran medida consecuencia de un proceso de erradicaciones llevado a cabo en dictadura. Entre 1979 y 1985, treinta y cinco mil familias pobres fueron expulsadas del centro de Santiago y abandonadas en la periferia (Ramos y Guzmán, 2000: 24). El proceso fue defendido como un mecanismo tendiente a concentrar la pobreza para focalizar de mejor manera la inversión social. La argumentación no parece resistir ningún análisis, pero las verdaderas razones eran difíciles de reconocer. Esconder la pobreza para aparentar ser un país pujante era una estrategia para contrarrestar los elevados porcentajes de reprobación a los planes económicos impulsados en dictadura.

Estas medidas, obviamente, no redujeron la pobreza, pero sí la disimularon.

A partir de 1979 lo que se venía erradicando no era la pobreza sino la presencia del pobre en el espacio público [...] Quienes vivían y trabajaban en las comunas de mayores ingresos, podían pasar meses sin ver más pobres que los indigentes que piden limosna a la salida de las estaciones del Metro. No es extraño entonces que Hernán Briones, ex dirigente empresarial, dijera en 1993: "hablan tanto de los pobres; yo no he visto pobres hace tiempo". Cuando el empresario afirma eso, más del 40 por ciento de la población

chilena está dentro de mesa clasificación socioeconómica (Ramos y Guzmán, 2000: 24 y 25).

Si bien siempre existieron sectores pobres y acomodados, la diferencia se extremó en dictadura. Las hordas de personas pobres expulsadas de los barrios de clase media y alta tuvieron que ubicarse donde pudieron, normalmente en sitios inhóspitos en los márgenes de las ciudades, en zonas sin pavimentación, ni alcantarillado, cerca de basurales o de industrias contaminantes, en tierras no desforestadas, lo que las hace constantemente víctimas de incendios y todo tipo de catástrofes.

Los pobladores de estas barriadas improvisadas responden a un perfil bien definido. Se trata en su mayoría de personas que abandonaron el colegio a temprana edad, que carecen de trabajos formales, víctimas fáciles de las drogas y del alcoholismo. Las diferencias son también “raciales” y físicas. Mientras en los barrios altos predominan los rasgos nord-europeos y sus habitantes son fornidos y de piel blanca, en las barriadas populares prevalecen los rostros indígenas, la piel morena, el pelo tieso, etc. Estos pobladores, carentes de educación y distantes de la cultura oficial, comienzan a ser percibidos como delincuentes a quienes el Estado criminaliza y controla con el sistema penal. Las diferencias físicas alimentan prejuicios *lombrosianos* que hacen que con mucha frecuencia se hable de sujetos con *pinta de delincuentes*.

Desde los años noventa del pasado siglo con la llegada de la democracia, pese a las esperanzas con la que todo el país esperaba los nuevos gobiernos, las cosas no cambiaron y las desigualdades sociales se acentuaron. Los gobiernos de la coalición social-demócrata no quisieron modificar el régimen económico implantado en dictadura. Las visiones más optimistas hablan, a lo sumo, de un neoliberalismo con rostro humano (Atria, 2013). Un análisis más duro es el de Uribe quien prefiere catalogar a los presidentes Aylwin, Frei y Lagos como aplicadores de un neoliberalismo a ultranza, especialmente en el plano del empequeñecimiento del Estado, llegando a afirmar que serían más pinochetistas que Pinochet (Uribe, 2004).

La diferencia económica sigue siendo central, pero no opera sola. Una nueva segmentación valorativa, ayudaba a separar a personas de niveles económicos similares, en buenos y malos; gente decente y sujetos indecentes; ciudadanos que podían recurrir a la policía y quienes podían ser detenidos por ella (Ramos y Guzmán, 2000: 19). Los delincuentes podían encontrarse en cualquier parte, pero provenían de las zonas más vulnerables y desprotegidas. En Santiago poblaciones como La Legua, La Bandera, Nuevo Amanecer, etc., son concebidas como “nidos de criminales y narcotraficantes”.

Estudios han comprobado lo obvio. Las posibilidades de encontrar un empleo, incluso precario y mal pagado, son muy bajas para un joven de una población callampa (Güell, citado en Ramos y Guzmán, 20). La falta de oportunidades, unido al estigma que hace sinónimo joven poblador y delincuente termina muchas veces con la profecía autocumplida. El joven poblador, etiquetado como delincuente,

termina delinquiendo. De alguna manera, al sentirse desprotegidos por el Estado – al que perciben sólo como un ente opresor- radicalizan sus posturas.

Cuando un sector de la población siente, con razón, que no cuenta con el apoyo del Estado, al que sólo percibe como una cosa que los controla y reprime, es entendible su reacción violenta como única vía de defensa de sus legítimas expectativas. Vivir en calles no pavimentadas, sufrir una salud pública precaria, estudiar en colegios con números sin siquiera soñar con la posibilidad de estudiar en la universidad, no aspirar a un trabajo digno, son algunas de las causas que separan violentamente a los chilenos entre incluidos y excluidos. Los primeros tildan a los segundos de delincuentes y cuentan con todo un aparato para segregarlos, encerrarlos y mantenerlos lejos y controlados. Los segundos, al carecer de buena educación, se defienden como pueden y desconfían y ven en el policía -que muchas veces está más cerca de los excluidos que de los incluidos- un enemigo al que atacar.

Los ejemplos son recurrentes: en 1996, trescientas personas asaltaron un Comisaría de La Pincoya. En diciembre de 1999, una masa de personas atacan a un grupo de carabineros que pretendían detener a dos jóvenes. Como resultado, muere el poblador Víctor Cárcamo de 29 años. En diciembre de 2000, moradores de Maipú se enfrentan a Carabineros quienes disparan contra una mujer desarmada (ejemplos en Ramos y Guzmán, 2000: 30). Los casos se repiten y en esencia evidencian la toma de roles por parte de grupos de pobladores que encauzan sus rabias contra policías. Generalmente son los operativos anti drogas las ocasiones en que más ven el actuar de Carabineros que terminan en balaceras. Los pobladores perciben que Carabineros cuando entra en las poblaciones no distingue quien está involucrado en el tráfico y quien no tratándolos a todos como si fueran delincuentes.

Una mujer tras un operativo de Carabineros en una población señaló:

Lo que pasó acá, la brutalidad con la que actuaron los policías, pateando las puertas como si todos fuéramos basura, no tiene que ver con la justicia, con la persecución de un delito, con el combate contra las drogas. Fue una revancha por la muerte de uno de ellos. Sólo por eso vinieron acá a hacer justicia (citado en Ramos y Guzmán, 2000: 32).

Un estudio realizado en 1993 demostró que menos de un tercio de los habitantes de las comunas más modestas valoraban el trabajo de Carabineros (Correa y Barros, 1993). Las razones son obvias. Mientras Carabineros defienden los intereses de las clases medias y altas, en las bajas abusan, detienen y torturan. Si bien la tortura en el Chile democrático no tiene punto de comparación con la perpetrada en dictadura, no se trata tampoco de casos excepcionales y poco habituales. Un trabajo de María Angélica Jiménez realizado en 1994 muestra que el 49% de los detenidos encuestados señaló haber recibido golpes de corriente en varias partes del cuerpo (Jiménez, 1994b: 206).

Asimismo, la brutal represión de las movilizaciones sociales hoy en día hace que no sólo sean las clases bajas las que conozcan el actuar de Carabineros denunciando excesiva represión, tortura y muerte. El 21 de mayo de 2015 (es decir, hace pocos días), Rodrigo Avilés, estudiante de 28 años de la Universidad Católica de Santiago (paradójicamente la misma Universidad de los *Chicago Boys* chilenos), quedó en

riesgo vital al caer violentamente tras recibir un chorro del carro lanza aguas de Carabineros. Varios videos muestran que Avilés estaba parado de manera pasiva cuando el chorro de agua lo tiró al piso causándole una herida intracerebral. Las imágenes evidencian que no se trata de un accidente, puesto que el carro lanza-aguas se encontraba a pocos metros de la víctima. Carabineros dio de baja al funcionario que operó el lanza-aguas. Sin embargo esta sanción no cambia las cosas. Hace años que este tipo de situaciones se viene repitiendo. Videos muestran como Carabineros infiltra encapuchados en las protestas para así deslegitimar las demandas sociales y justificar la represión policial. Claramente los encapuchados no favorecen al movimiento estudiantil. Los únicos que ganan con esto son los policías y las autoridades que tienen un pretexto para reprimir, masacrar y criminalizar el movimiento social.

Los medios de comunicación por su parte destacan de las movilizaciones sociales casi exclusivamente las escenas violentas de jóvenes encapuchados prendiendo barricadas o tirando piedras. De esta manera colaboran con la criminalización de la protesta enviando un mensaje justificativo del actuar de Carabineros y pidiendo subrepticamente más represión y restricciones a los derechos ciudadanos.

Las autoridades del Chile “democrático”, acentuando las estructuras económicas de la dictadura, defienden su *status quo* con los medios que sean necesarios. Daniel Menco, Matías Catrileo y Manuel Gutiérrez son tres víctimas fatales en democracia. Todos murieron baleados por Carabineros.

Como veíamos en el capítulo anterior, y de la mano de Wacquant, la desregulación del Estado social, viene compensada con más Estado penal. Esto nos parece cierto, pero no creemos que el régimen económico sea la única causa del endurecimiento penal. El encarcelamiento masivo es un fenómeno multi causal que viene fomentado por la desaparición de un Estado social, pero también es consecuencia de otros factores.

Si la tesis central de Wacquant de *a menor Estado social más Estado penal* fuera una regla exacta y no sólo una tendencia, Chile tendría que tener niveles de encarcelamientos más altos que Estados Unidos, toda vez que el país del norte “aún cuenta con una red de asistencia y seguridad social, y escuelas públicas a las que los padres se aferran, según las palabras de Friedman, con *un irracional apego a un sistema socialista*” (Klein, 2007: 33).

Para nosotros, los resultados de las políticas económicas chilenas han generado condiciones adversas para la integración y la sana comunidad entre personas. Asimismo, se trata de circunstancias que para gran parte de la población (los excluidos) resultan inhumanas. Al respecto conviene recordar a Marx y Engels en el sentido de que “si el hombre es formado por las circunstancias, se deben formar humanamente las circunstancias” (1938: 153).

Creemos que el neoliberalismo en Chile es causa mediata o indirecta del encarcelamiento masivo principalmente porque este sistema produce marginalidad, desigualdad y pobreza, la que se controla a través del poder punitivo. Sin embargo,

que sea en democracia cuando los niveles de encarcelamiento aumentan, se debe al aprovechamiento político de la delincuencia como tema central de la agenda política. De este argumento nos ocuparemos en el punto siguiente.

b) Democracia y populismo punitivo.

Este apartado, titulado “Democracia y populismo punitivo”, se divide en cinco puntos: miedo y delincuencia; poderes hegemónicos en los aparatos estatales en la actual sociedad. El grupo *Paz ciudadana* y su pretendida científicidad; grupos de presión. Un caso emblemático; rentabilidad electoral del discurso punitivo; y la víctima y la lógica del juego de suma cero.

-Miedo y delincuencia.

La realidad de los delitos y la idea que la gente tiene de los mismos no guardan una relación coherente, en el sentido que el aumento del miedo al delito no necesariamente es consecuencia de un aumento de los mismos. Detrás de todo esto hay una verdadera *industria del miedo* que, como punto central de una política mediática, ejerce un enorme poder llegando incluso a decidir quién puede gobernar y más aún quién no puede gobernar. Esta industria del miedo explica en gran parte el punitivismo de las autoridades no sólo de cara a una nueva elección.

Más allá de los niveles de delincuencia, siempre difíciles de medir y fluctuantes, desde el retorno a la democracia en Chile la delincuencia se transformó en uno de los problemas centrales que más preocupaba a la población. En este sentido, la Reforma Procesal Penal con “la introducción de la oralidad y publicidad de los juicios penales multiplica las posibilidades de abuso mediático de la criminalidad” (Stippel, 2006: 133).

Hoy en día la delincuencia ocupa un lugar central en los noticieros. Las imágenes de crímenes violentos se repiten cuantificando artificialmente el nivel de delincuencia, aumentando el temor al delito y generando una cada vez mayor empatía por las víctimas y sus cercanos. En este contexto resulta impopular intentar realizar un análisis profundo sobre las causas de la delincuencia o los nexos entre marginalidad, régimen económico y delito. Sólo cabe la respuesta simplista, el discurso vindicativo y populista que llama a aplastar la maldad de los criminales. Cualquier intento de explicación diverso puede percibirse como una justificación del mal y como una complicidad con la delincuencia.

Es necesario recordar que resulta imposible saber con exactitud el número de delitos que se cometen y es difícil incluso acercarse a un cifra aproximada. En primer lugar porque la gran mayoría de los delitos no son nunca denunciados (lo que se suele denominar la cifra negra) y muchos incluso podrían no ser percibidos por las propias víctimas. Piénsese por ejemplo en las múltiples lesiones que se producen a diario en riñas que no se denuncian o en todos los hurtos que pasan desapercibidos. Además hay numerosísimas denuncias falsas.

Coincidimos con la observación de Salinero quien señala que:

las estadísticas oficiales no muestran aritméticamente los delitos efectivamente cometidos en un tiempo y lugar determinados, sino sólo los delitos estadísticamente reflejados y/o la predisposición de las víctimas a denunciar los delito (2014: 352).

Lo que sí podemos conocer es el número de denuncias, de condenas y, a través de distintas encuestas, también podemos conocer los temores y las percepciones de la gente. Sin embargo, ninguno de estos indicadores guarda una segura relación con el número de delitos. Quizá son las encuestas de victimización las que de mejor manera permiten conocer el nivel de delitos. El problema de éstas es que revelan sólo una parte de la delincuencia, precisamente aquélla que quieren mostrar los encuestadores. Así, no será infrecuente, ni será casualidad, que grupos interesados realicen encuestas de victimización de un tipo de delitos y no de otros según qué es lo que quieran mostrar. Además resulta más fácil medir algunos tipos de victimización, por ejemplo, la del robo o hurto, no así la de complejos delitos económicos. Una institución tan preocupada de mantener buenas relaciones con quienes detentan el poder, y acaso no dirigida también por delincuentes de cuello blanco, como *Paz Ciudadana*, difícilmente se preocupará por los llamados delitos de cuello blanco, el abuso policial, etc. Sí, en cambio, le interesa mostrar una determinada *realidad* del robo o intentos de robo, hurtos, etc.

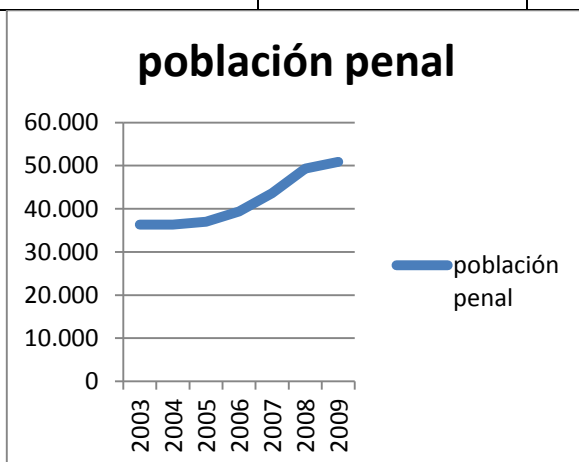
Las denuncias, como habíamos adelantado, no guardan una necesaria relación directa con el nivel de delito. La denuncia supone cierto grado de confianza en las instituciones en las que se lleva a cabo (Carabineros, el Ministerio Público, etc.) y dicha confianza es muy distinta en los diferentes segmentos sociales y de eso no podemos concluir que en los sectores donde más se denuncia sean aquéllos en que más se delinque. Más bien, podría ser efectivo todo lo contrario, es decir, que en los sectores más vulnerables sea donde más delitos se cometan y donde menos se denuncian por considerarlos parte de la vida normal. En la medida que más personas confíen en las instituciones en las que es posible denunciar, mayor será el número de denuncias. Además, un importante factor cultural, vinculado con las creencias y los valores, pueden hacer que una determinada conducta delictiva sea más denunciada incluso cuándo sea menos frecuente sólo porque se adquiere conciencia de que se trata de un delito y de que es posible denunciarlo. Así por ejemplo, cuando las sociedades toman conciencia de que la violencia que ejerce el marido contra su mujer es constitutiva de delito y no es un *derecho* del maltratador, será frecuente que el número de denuncias aumente, aunque la frecuencia de esta violencia disminuya. Por otra parte, y ya que nuestro argumento central es la prisión, los múltiples delitos que se cometen en las cárceles rara vez son denunciados y sólo en casos excepcionálísimos son investigados.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Esta concepción de desconocimiento de los derechos de los presos incluso ha sido defendida expresamente por el ex Ministro de Justicia del Gobierno de Piñera, Teodoro Ribera, quien, ante la muerte de un preso que intentaba fugarse y que recibió un balazo en la cabeza señaló que “no se trataba de una blanca paloma” y que “es un error que la preocupación esté por quienes han infringido la ley”. Ante el reconocimiento de la jerarquía de los derechos de las personas que hace el ex ministro, caben al menos algunas preguntas: ¿qué camino tenemos que seguir, entonces, si desde el ejecutivo se piensa que no hay que preocuparse por quienes infringen las leyes? ¿Quién tendrá que preocuparse por ellos? ¿Nadie? Las declaraciones en:

Por lo que hemos señalado precedentemente, nos parece que son las encuestas de victimización un mecanismo que puede aproximarse más a determinar la real magnitud de la delincuencia que el número de denuncias. Sin embargo, también presentan importantes limitaciones y son más costosas.

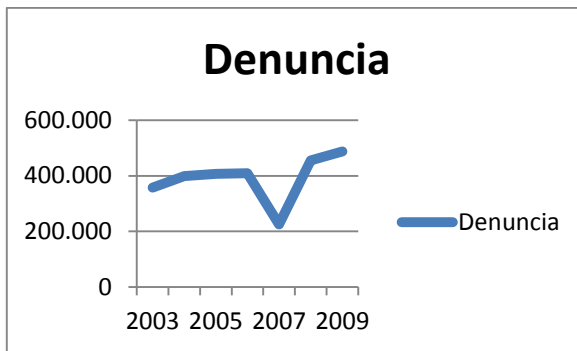
La siguiente tabla y gráficos muestran el número de población penal, las denuncias y la victimización. Si bien denuncias y población penal muestran ambas una tendencia alcista, la victimización muestra una evolución completamente distinta e independiente. Como es la victimización, y no las denuncias, la variable que más puede aproximarse a la realidad de la criminalidad, podemos concluir que criminalidad y encarcelamiento son variables independientes de las cuáles no es posible concluir una relación positiva.¹⁴⁵

Año	Población penal	Denuncia	Victimización
2003	36.331	357.619	43
2004	36.374	399.507	No hay
2005	37.033	407.000	38,3
2006	39.417	409.093	38.4
2007	43.602	224.789	34,8
2008	49.359	455.070	35,3
2009	50.923	488.197	33,6



<http://www.lasegunda.com/Noticias/Nacional/2012/01/717650/Ministro-de-Justicia-justifico-sus-polemicos-dichos-y-senalo-que-su-rol-es-preocuparse-principalmente-por-quienes-cumplen-la-ley>

¹⁴⁵ Datos tomados en Salinero, 2012: 118. Dentro de los delitos y denuncias los datos se limitan a los llamados Delitos de Mayor Connotación Social.



Tampoco debemos creer que los estudios que se hacen en torno al delito sólo buscan medir datos neutrales y cuya única finalidad es brindarnos una información objetiva. Los centros que realizan los estudios suelen tener interés directo en la obtención de determinados resultados. Así, agruparán antojadizamente delitos y tratarán de mostrar una imagen de delincuente que resulte funcional a sus intereses. Las encuestas oficiales, por ejemplo, pueden en un momento determinado querer mostrar una baja del nivel de delito para revelar un relativo éxito en sus políticas criminales, o bien, pueden tener interés en que aparezca que el delito aumenta y resulta difícil de controlar para pretender justificar medidas más duras e intrusivas en contra de los ciudadanos. Un ejemplo de agrupación extraña lo constituyen los llamados Delitos de Mayor Connotación Social (DMCS).

La ambigua categoría de *delitos de mayor connotación social* se estableció por la División de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior y comprende distintos tipos penales como: *robo con violencia o intimidación, robo con fuerza, robo por sorpresa, hurto, lesiones, homicidio y violación*. La agrupación de delitos tan distintos (por ejemplo un hurto y una violación) es sin duda un despropósito que distorsiona la percepción y puede generar una sensación de inseguridad y miedo desproporcionado. La sola denominación de *delitos de mayor connotación social* y el conocimiento de que dentro de este grupo se encuentran delitos tan graves como el homicidio y la violación, hace que el aumento de éstos genere gran alarma y pánico entre los ciudadanos. Sin embargo este aumento podría deberse al solo incremento de delitos de hurto, que son mucho más habituales que los demás delitos de esta categoría. Es decir, el sólo aumento de los hurtos (manteniéndose los demás DMCS estables) podría ser entendido por la comunidad como el aumento de los robos violentos, las violaciones y los homicidios y, en consecuencia, enviar el mensaje de que la vida, la integridad física y la libertad sexual se encontrarían en peligro.

Con esta clasificación, las estadísticas elaboradas por el Ministerio del Interior, parecen querer darle prioridad a este grupo de delitos, dejando voluntariamente fuera delitos económicos, delitos funcionarios, etc. Sin duda los delitos agrupados en esta categoría deben ser investigados y sancionados. Sin embargo, llama la atención la exclusión de inmensos segmentos de la delincuencia que aparecen como merecedores de una menor atención por parte del Gobierno. Esta clasificación, como toda, responde a juicios de valor que consideran de vital importancia la punición de delitos contra bienes patrimoniales (hurtos y robos representan numéricamente la mayoría de los llamados DMCS), dejando fuera los delitos que afectan bienes de titularidad colectiva.

El Ministerio del Interior, al no incluir, por ejemplo, delitos económicos y funcionarios en su canasta de “delitos de mayor connotación social”, no enfatiza una política criminal tendiente a la persecución de la “criminalidad socialmente menos vulnerable y de más alta lesividad” (Stippel, 2006: 122).

De alguna manera los gobiernos democráticos han colaborado en entregar una visión del delincuente que coincide con la idea estereotipada que concibe a los delincuentes como sujetos inmorales y aprovechadores provenientes de los sectores más pobres de la población.

Por otra parte, el alto *rating* que da el tema delincuencia a los medios de comunicación masiva, especialmente a las imágenes morbosas o lastimosas de víctimas llorando, ha llevado a su sobreexplotación, generando una sensación de inseguridad que no guarda relación con la seguridad objetiva. Esta percepción de inseguridad, fomentada interesadamente por los medios de comunicación, ha impulsado reformas legislativas que progresivamente caminan hacia un autoritarismo penal.

Así, la sensación de inseguridad y la preocupación tan alta por el delito no responde necesariamente al aumento de la delincuencia sino a otros factores. Si bien es posible un cierto acrecimiento del delito desde la década del noventa a la fecha, el aumento del miedo y la preocupación por la criminalidad no guarda relación con dicho crecimiento. Por ejemplo, tratándose de homicidios (elegimos este delito porque su cifra negra es baja y, por lo mismo, podemos aproximarnos a su real magnitud) Chile tiene la menor tasa de homicidios de la región. Dicha tasa se ha mantenido estable,¹⁴⁶ mientras la tendencia latinoamericana ha sido creciente. Sin embargo, en Chile el miedo al delito en general y a los homicidios en particular ha ido en aumento, impulsado por una falsa imagen de inseguridad generada principalmente por imágenes de los medios de comunicación. Franz Vanderschueren (2005: 15 yss.) señala que en Chile el aumento de la preocupación de la delincuencia antecedió a un real aumento de la misma, por ende, el miedo al delito no sería el resultado de un mayor índice de criminalidad, sino más bien consecuencia del discurso político proveniente de la oposición a los primeros gobiernos democráticos y a la imagen divulgada por los medios de comunicación.

¹⁴⁶ Así se desprende del Informe Regional de Desarrollo Humano 2013-2014 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, citado en Jiménez, Santos y Medina, 2014: 67.

Desde 1990, casi cada año, la ciudadanía ha considerado que la delincuencia debe ser el principal problema al que debe abocarse el Gobierno según encuestas realizadas por el Centro de Estudios Públicos (CEP). Desde 2005 (año en que entró en aplicación en todo el país la Reforma Procesal Penal) la ciudadanía ha estimado prácticamente todos los años que la delincuencia es el principal problema.¹⁴⁷ Esto puede responder a varias razones. Por una parte, la publicidad del nuevo sistema procesal penal (en contraposición a lo oculto del antiguo) ha dado mayor cobertura mediática a la delincuencia. Como hemos venido diciendo, el miedo al delito no necesariamente se condice con la probabilidad cierta de ser víctima de un delito y los sentimientos de inseguridad no guardan una relación directa con una mayor o menor seguridad objetiva. Según encuesta realizada por la Organización Internacional del Trabajo en Chile en 2000, más de la mitad de los encuestados declaró sentirse inseguro o muy inseguro con relación al hurto o robo. Sin embargo, encuestas de victimización mostraban una gran diferencia entre los niveles de victimización objetivos y la sensación de inseguridad (Jiménez, Santos y Medina, 2014: 73). Es decir, la creencia de ser víctima de un delito era muy superior a la posibilidad cierta de serlo.

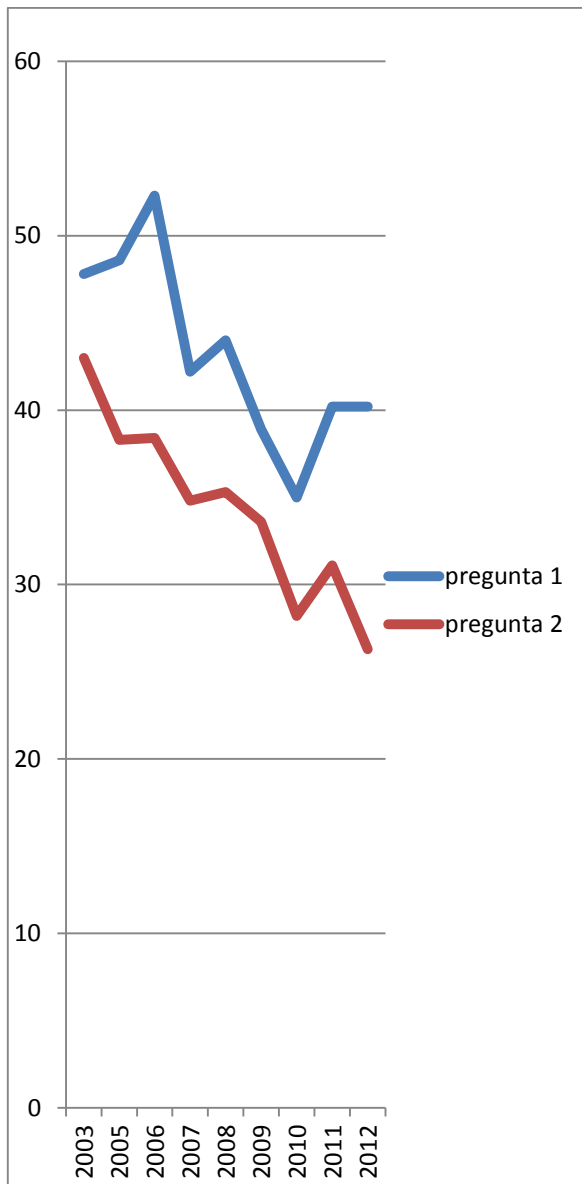
Grafiquemos a continuación la diferencia existente entre la creencia de ser posible víctima de un delito y la encuesta de victimización. En el siguiente gráfico se representan las respuestas que dan los encuestados a las siguientes preguntas entre los años 2003 y 2012:

1. ¿Cree usted que será víctima de un delito en los próximos 12 meses?
2. ¿Usted o algún miembro de su hogar fue víctima de un delito durante los últimos 12 meses?¹⁴⁸

2003	47,8	43
2005	48,6	38,3
2006	52,3	38,4
2007	42,2	34,8
2008	44	35,3
2009	38,9	33,6
2010	35	28,2
2011	40,2	31,1
2012	40,2	26,3

¹⁴⁷ Datos citados en (Jiménez, Santos y Medina, 2014: 70).

¹⁴⁸ En Jiménez, Santos y Medina (2012: 74 y 78).

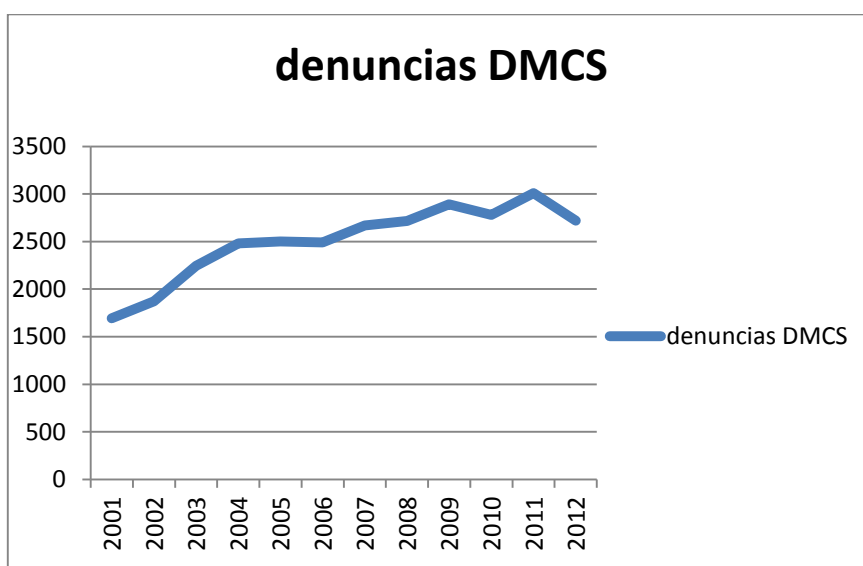


Si bien la tendencia general de ambas líneas es a la baja, hay diferencias claras. Por ejemplo, mientras la percepción de inseguridad aumenta constantemente entre 2003 y 2006, la “realidad” reflejada en la encuesta de victimización baja casi 5 puntos en el mismo período. Por otra parte, mientras el miedo al delito baja del 2003 al 2008 de un 47,8% al 40,2%, la caída en la encuesta de victimización es mucho mayor (de un 43% a un 26,8%).

Además, las denuncias realizadas por los llamados Delitos de Mayor Connotación Social muestran un aumento casi constante entre 2001 y 2012, aumento que parece no deberse a un mayor número de delitos, pero sí a otros factores como mayor facilidad para denunciar en el nuevo sistema penal, mayor confianza en las instituciones, mayor información, etc.

La siguiente tabla y gráfico muestran el aumento a nivel país de las denuncias de los DMCS entre 2001 y 2012.¹⁴⁹

2001	1694
2002	1871
2003	2246
2004	2482
2005	2502
2006	2490
2007	2668
2008	2715
2009	2890
2010	2780
2011	3010
2012	2720



Estas diferencias entre seguridad objetiva o real (aproximada) y percepción subjetiva son manifiestas. El problema de la delincuencia sería menos grave de lo que se cree, pero las medidas que se toman por parte de los actores políticos van dirigidas a la colectividad asustada. Lo importante, más que buscar mecanismos útiles para el control y la prevención de la delincuencia, ha sido presentarse como activo impulsor de medidas tendientes al control del crimen y los resultados han sido un aumento de las penas y un cada vez mayor nivel de encarcelamiento.

¹⁴⁹ Datos tomados del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en Jiménez, Santos y Medina, 2014: 81.

-Poderes hegemónicos en los aparatos estatales en la actual sociedad. El grupo *Paz ciudadana* y su pretendida científicidad.

En el capítulo segundo vimos que existían dos criminologías. Una que se desarrolla en las universidades y centros de estudio, de base empírica y crítica, dentro de la cual podemos encontrar distintas tendencias e interpretaciones, pero varios puntos en común. La otra, en cambio, sería una criminología mediática, que casi no trabaja con estudios de campo y que se centra en la delincuencia callejera y de poca monta. Esta última pretiere toda alusión a la criminología desarrollada en universidades y se centra en premisas de sentido común. Muchas veces viene financiada por fundaciones o corporaciones cercanas a partidos políticos, Gobiernos o Municipalidades y sirve para legitimar negocios y políticas criminales efectistas, pero mayoritariamente ineficientes. La criminalidad organizada, los delitos contra el medio ambiente, las grandes defraudaciones y otros delitos de cuello blanco parecen no existir para la criminología mediática.

La criminología mediática, aunque carezca de académicos serios, para llegar a generar opinión necesita travestirse de centro de estudios y presentar a sus autores como especialistas o expertos. “Adaptándose a la premisa de que nada puede imponerse en este tiempo si no goza del prestigio del saber técnico, la criminología mediática muestra a sus *expertos*, que la dotan de autoridad científica” (Zaffaroni, 2011: 408).

En Estados Unidos, los ejemplos de expertos de esta criminología mediática abundan. Piénsese por ejemplo en *The bell curve: intelligence and class structures in American Life*, un verdadero tratado de racismo científico, escrito por Charles Murray (un politólogo desocupado que recibió \$30.000 por esta obra) junto a Richard Herrnstein. Según Murray, los jóvenes de clase pobre delinquen porque se los trata benévola mediante programas de desempleo y otros semejantes. Luego plantea, como solución, la supresión de todos los programas sociales y la *ghetización* de los pobres para que se maten entre ellos o mueran de hambre, es decir, propone la masacre, la eliminación física, como medio de control de la pobreza (Zaffaroni, 2011: 411).

Otro ejemplo del saber de la criminología mediática es el modestísimo *Broken Windows* del que hablamos en el capítulo precedente y que ha servido de fundamento *científico* a las teorías de *tolerancia cero*. Asimismo Morgan O. Reynolds, restando toda la irracionalidad que puede haber detrás del delito, reduce el crimen a una cuestión de *costo-beneficio* y termina justificando más penas (= más costo) para reducir los delitos

En Chile la realidad es distinta a la de Estados Unidos. Por desgracia casi no contamos con trabajos de campo y estudios empíricos que nos ayuden a poder desarrollar saberes criminológicos. En lo que sí parece haber más coincidencia con el país del norte es en la existencia de esta llamada criminología mediática. En Chile, los *expertos* de la criminología mediática pertenecen a una fundación autoproclamada *Paz Ciudadana*.

En 1992, esto es, en el inicio de la nueva democracia, bajo la presidencia de Agustín Edwards nació una institución sin fines de lucro *Paz Ciudadana*. Antes de pasar a analizar dicha entidad, conviene referirse al presidente de la misma.

El Sr. Edwards es un poderoso empresario y periodista, propietario de “El Mercurio Sociedad Anónima”, un conglomerado que posee diversos periódicos nacionales y regionales. Dicho empresario tuvo un rol fundamental en el derrocamiento del gobierno democrático del Presidente Salvador Allende. De la desclasificación de cables secretos en 2014 por Estados Unidos se ha comprobado que Edwards fue financiado por la CIA para colaborar con la creación de un ambiente que desestabilizara la democracia y el gobierno constitucional. De este modo el empresario facilitó el montaje de un clima que justificó el sangriento Golpe de Estado de 1973. Uno de los informes desclasificados se refiere a la “Acción encubierta (de Estados Unidos) en Chile 1963-1973” y reconoce que:

...Además de financiar a los partidos políticos [...] el Comité 40 aprobó grandes sumas para sostener a los medios de oposición y para mantener así una campaña de oposición implacable. La CIA gastó un millón y medio de dólares para apoyar a “El Mercurio”, el principal periódico del país y el canal más importante de propaganda contra Allende.

Los mismos documentos de la CIA destacan el rol significativo que tuvo “El Mercurio” en la preparación del escenario para el Golpe de Estado. Luego, en dictadura, sus diversos periódicos siempre funcionales a Pinochet, falsearon la realidad nacional omitiendo categóricamente todo tipo de referencias a las violaciones a los derechos humanos -hablando incluso de “presuntos detenidos desaparecidos”- y realizando verdaderos montajes periodísticos. Actualmente el empresario fue expulsado del Colegio de Periodistas de Chile. Dicha sanción fue pronunciada el 21 de abril de 2015 por el Tribunal de Ética y Disciplina del Colegio de Periodistas.

Terminada la dictadura, el poderoso empresario amplió sus redes y aunándose con diversos líderes políticos de la nueva democracia creó esta llamada institución con apariencia transversal (con militantes de ambas coaliciones políticas). El poder mediático del empresario hizo que varios líderes políticos otrora opositores a la dictadura se alearan con el grupo *Paz Ciudadana*. Quizá los casos más emblemáticos lo constituyen Sergio Bitar¹⁵⁰ y Ricardo Lagos. Este último afirmó en un debate presidencial frente a su oponente Joaquín Lavín, y para no parecer blando con la delincuencia: “Yo firmo todo lo que diga *Paz Ciudadana*”. La afirmación de Lagos es claro ejemplo de la mutación del llamado Partido Socialista que no duda en identificarse con la derecha tradicional para ganar una elección. En la propaganda televisiva de las elecciones presidenciales Lagos no quiso parecer menos punitivo que su oponente Lavín, quien precisamente había hecho carrera política con un discurso centrado principalmente en el combate a la delincuencia.

¹⁵⁰ Sergio Bitar ha sido Ministro en los gobiernos de Salvador Allende, Ricardo Lagos Michelle Bachelet. En dictadura fue preso político en la Isla Dawson. En 1992 fue uno de los rostros visibles en el acto fundacional de *Paz Ciudadana*. Al año siguiente, y quizá esto grafica la rentabilidad electoral del populismo punitivo, fue elegido senador. Actualmente es vice-presidente y secretario de *Paz Ciudadana*.

En una de las franjas televisivas, Lagos aparece junto a un taxi con el vidrio roto y con tono amenazante dice: *a los que asaltan taxistas, a los que se creen muy hombres porque andan en grupo, yo les digo "no voten por mí", no les conviene*. Pero lo más lamentable de todo no es que Lagos sólo se haya mostrado de parte de *Paz Ciudadana* haciendo suyo un discurso punitivista para ganar una elección. Treinta y tres días después de asumir como Presidente de la República, Lagos en la clausura del mes de la Seguridad Ciudadana, abraza a don Graf, la mascota de *Paz Ciudadana*, un enorme perro de peluche que llama a darle un mordisco a la delincuencia.

Aunque *Paz Ciudadana* se presenta a sí misma como un centro de estudio de la delincuencia, en verdad sólo es una poderosa plataforma comunicacional, presidida por un especialista en inventar *realidades*. Sus expertos son sólo *expertos* en el arte de la simulación. Cuando estos *especialistas* plantean sus teorías, en programas de televisión por ejemplo, hablan del crimen, de sus causas, de la influencia de la droga, de la desintegración de la familia, del efecto de la pena, de la crisis de los valores, etc. La principal incongruencia de la verborrea de los *especialistas* radica en que para hablar de estos temas son necesarios estudios de campo que en Chile prácticamente no existen. Por ende, estos verdaderos actores disfrazados de criminólogos sólo pueden dar sus opiniones sin poder explicar un fenómeno porque carecen de los estudios empíricos necesarios. Por lo mismo, estos *expertos* se limitan a hablar del sentido común, de lo que aparece como obvio, y esto los lleva a repetir un discurso que nace de una realidad construida mediáticamente. De esta manera, la criminología mediática termina retroalimentándose (Zaffaroni, 2011: 408 y ss.).

“Los hombres más ricos de Chile, las cabezas mejor entrenadas para diseñar mensajes efectivos y los medios más importantes del país se unen bajo una sola bandera: luchar contra la delincuencia” (Ramos y Guzmán, 2000: 69). Pero, como hemos visto, no se trata de toda la delincuencia, sino sólo de la delincuencia callejera perpetrada por personas provenientes de los sectores más pobres de la población. El tráfico de influencias, el cohecho, el lavado de dinero, las estafas y otros delitos de cuello blanco no parecen existir para *Paz Ciudadana*.¹⁵¹

El poder mediático de su presidente y sus aliados hacen de *Paz Ciudadana* un referente obligado para entender quiénes son y quiénes no son delincuentes en Chile. “Sus estudios no están pensados para un debate en la comunidad académica,

¹⁵¹ Al año 2000, Carlos Délano era uno de los 54 miembros del consejo consultivo de *Paz Ciudadana* (Ramos y Guzmán, 2000: 67). Délano es militante de la Unión Demócrata Independiente (UDI) y ha sido generalísimo de diversas campañas de Joaquín Lavín, además de financista de otras campañas políticas de su partido. En agosto de 2014 fue denunciado por el Servicio de Impuestos Internos por fraude tributario por sumas entre 260 y 660 millones de pesos. Actualmente Délano se encuentra formalizado por delitos tributarios y sobornos. Fue uno de los pocos casos de empresarios que estuvieron en prisión preventiva, la que rápidamente fue revocada y sustituida por otras medidas precautorias de menor intensidad como arresto domiciliario y arraigo nacional. Su participación en *Paz Ciudadana* explica claramente por qué dicha fundación no quiere investigar sobre delitos tributarios. Claramente al financista le conviene desviar la atención y hacer pensar que la delincuencia es un problema de *los otros* para poder así seguir adelante con sus defraudaciones.

sino para impactar a la opinión pública a través de las portadas de los diarios e influir a las autoridades en la toma de decisiones” (Ramos y Guzmán, 2000: 72). Al carecer de penalistas y de criminólogos con autoridad en el tema, los primeros años la institución se dedicó a sistematizar información dispersa. A partir de 1993 crearon su primera encuesta que medía el “Índice de Temor Ciudadano” que mostró, como podía esperarse, que el temor al delito era muy superior a la posibilidad real de ser víctima del mismo. Así, un 6% de los encuestados había sido víctima de un robo con violencia, pero más del 70% se consideraba una potencial víctima (Ramos y Guzmán, 2000: 75).

En sus primeros años *Paz Ciudadana* involucró a la opinión pública mostrándole cara y voz al delincuente. A través de reiteradas publicidades televisivas con el formato de dibujo animado el delincuente coincidía con un hombre joven pobre y de escasa educación. El estereotipo es el de siempre: los delincuentes son *feos, sucios y malos*. El subtexto es también evidente. Son éstos la raíz del mal y a quienes debemos temer. No se atiende a la exclusión social ni a las causas de la delincuencia. Los criminales como callampas proliferan y tenemos que defendernos. *Nosotros*, los respetuosos de la ley, debemos temer de *ellos*, controlarlos e inocularlos porque *nuestra* seguridad depende de *su* control.

Las publicidades televisivas muestran a diversos delincuentes. Puede ser un ladrón, un carterista o un violador. Este último tiene la voz melosa y puede no ser pobre. Maneja un vehículo con vidrios polarizados para pedirle a una muchacha joven que haga dedo para poder violarla. Las publicidades se transmiten varias veces al día en horarios de alta audiencia. Los *spots*, realizados por publicistas de primer nivel, saben asustar a la población. Siempre el escenario es el espacio público, lo que significa que el delincuente está en todos lados. No hay calle segura. Al delincuente lo escuchamos, pero nunca vemos su cara, lo que, como el cazador de *Bambi*, acentúa su carácter facineroso.

Esta campaña marca el debut público de Paz Ciudadana, la institución que probablemente más ha influido en lo que entendemos por delito y en lo que debemos hacer para controlarlo. Un hecho curioso desnuda el carácter de este momento fundacional: para construir esa voz amenazante, la institución no usa ningún estudio sobre el crimen, porque hasta ese momento no lo tiene (Ramos y Guzmán, 2000: 34).

La concepción del *ellos* y *nosotros* de la que hablábamos en el capítulo pasado cuando nos referíamos a los Estados Unidos, llega a nuestro país y se instala generando opinión en lo que la gente debe *saber* sobre el crimen. Detrás de la no inclusión de la delincuencia económica, ni de los delitos vinculados al daño al medio ambiente, ni del abuso de poder, etc., está la clara concepción de que sus autores no son criminales y, por ende, sus actos no son constitutivos de delitos. A lo sumo se trataría de *errores de caballeros*.

El Mercurio, como principal aliado de *Paz Ciudadana*, parece querer llamar a armarse cuando dice que:

La probabilidad de que un delincuente sea aprehendido y condenado es inferior al uno por ciento, por lo que la adopción de medidas de defensa por parte de las personas aumenta el riesgo de la actividad delictiva y tiene un potencial papel de disuasión. Un

delincuente dudará más en cometer un delito si sabe que puede resultar seriamente lesionado o incluso morir en el intento.¹⁵²

Con el nacimiento de *Paz Ciudadana* cada vez la delincuencia va teniendo más presencia en los medios de comunicación y en los noticieros televisivos. Un estudio realizado en 2005 señala que el tema “seguridad ciudadana” ocuparía más del 40% de los noticieros centrales (Dastres, et.al., 2005: 173). El pánico se apodera de las personas que sienten que sus vidas están en constante riesgo por culpa de la delincuencia. La defensa paranoica a veces desemboca en tragedia. Así, en septiembre de 1999, en la comuna acomodada de Vitacura un padre dispara a su hijo al confundirlo con un ladrón.

En esta amplia cobertura televisiva de la delincuencia podemos encontrar una causa del porqué los niveles de miedo e inseguridad son tan altos en comparación con cierta estabilidad de la delincuencia según las encuestas de victimización. Esta sensación de miedo generalizada es utilizada por parlamentarios que presentan proyectos de ley y aprueban leyes más punitivas mostrándose como representantes de las demandas ciudadanas. De a poco, la seguridad empieza a justificarlo todo. Se aprueban leyes y prácticas que desconocen garantías individuales y derechos ciudadanos para otorgar más facultades de control. La misma división de funciones se cuestiona, especialmente al postular una cada vez más necesaria intromisión de controles a los jueces de carácter no judicial. Los dardos apuntan a los jueces que defienden las garantías individuales.¹⁵³

A fines de 1999, el diputado Alberto Espina denunció a Carabineros y a un canal de televisión la venta de drogas en un cité en el centro de Santiago. Tras mostrar imágenes que evidenciaban un tráfico de drogas, Carabineros allanó el cité y detuvo a doce personas que fueron llevadas al Juzgado de Garantía respectivo. Como a cada detenido se le encontró muy poca cantidad de droga, el magistrado Juan Carlos Urrutia concedió la libertad provisional para los doce presuntos traficantes. La decisión del magistrado, ajustada a criterios de proporcionalidad, indignó al parlamentario que denunciaba “desprotección de los ciudadanos y protección de los criminales” (citado en Ramos y Guzmán, 2000: 119) y amenazó con presentar una queja disciplinaria en contra del juez Urrutia.

Las propuestas de *Paz Ciudadana*, como hemos venido sosteniendo, son sencillas y tienen forma de eslogan. Al carecer de estudiosos serios del crimen, hacen suyas ideas de sentido común como que *más Derecho penal equivale a menos delito* y,

¹⁵² “Incremento de Autodefensa”, *El Mercurio*, 3 de marzo de 1999, p. 43.

¹⁵³ Evelyn Matthei, hija de uno de los miembros de la Junta Militar de Gobierno presidida por Augusto Pinochet, fue Ministra del gobierno de Piñera y candidata presidencial de la UDI. En su campaña presidencial se centró en criticar duramente el actuar de los jueces a quienes ella consideraba muy *garantistas*. Refiriéndose a jueces que, según Matthei, dejaban en libertad a todo el mundo, sus palabras son elocuentes: *Son jueces muy de izquierda, que fueron puestos durante el gobierno de Michelle Bachelet y Ricardo Lagos, y que hoy siguen con la puerta giratoria en el Poder Judicial*. En relación a un polémico proceso conocido como “caso bombas” señaló: *aquí realmente hay una filosofía de la izquierda de dejar a todo el mundo libre, de proteger a los delincuentes y terroristas*.

siguiendo teorías economicistas, comprenden el delito como el resultado de una acción racional a la que hay que aumentarle el costo. Por otro lado, y también siguiendo la simplista lógica del eslogan, plantean que *el hacinamiento se reduce con más cárceles*. Así, el ex gerente de *Paz Ciudadana*, Carlos Valdivieso, defiende la construcción de nuevas cárceles con argumentos aparentemente humanitarios, que desconocen la experiencia sobre este tema y que no pasan de ser una opinión lega:

Los jueces cuentan hoy con una herramienta para hacer justicia que es la cárcel. Pero no la están utilizando por un problema de hacinamiento. La situación de la cárcel es tan inhumana que enviar a un reo allá no es sólo castigarlo a la privación de la libertad sino someterlo a riesgos brutales [...] tienes un hacinamiento enorme. Tienes violaciones, contagios de enfermedades, tratos inhumanos. A esa gente tienes que darles más cárceles (citado en Ramos y Guzmán, 2000: 103).

En el mismo sentido, la ex diputada de Renovación Nacional y ex gerente de *Paz Ciudadana*, María Pía Guzmán, ante el enorme gasto público que significa la construcción de nuevas prisiones, pretende encontrar una salida: ¡La solución es iniciar inmediatamente una política de incremento de la disponibilidad de nuevas cárceles, entregando en concesión el financiamiento y/o la administración de nuevos recintos penitenciarios al sector privado”.¹⁵⁴

Llama la atención la propuesta de la ex diputada, puesto que la construcción de cárceles por privados, si bien libera al fisco del gasto inmediato de la edificación de las mismas, significa, para el Estado, un pago posterior con intereses que termina generando ganancias sólo para las empresas encargadas de la construcción de las cárceles y a mediano y largo plazo significa más costos para el Estado. Además, el costo de mantener a personas presas es siempre alto y los resultados son generalmente malos si consideramos los altos niveles de reincidencia de los ex presos (muy superiores a los de los condenados con medidas alternativas no privativas de libertad). Otra posibilidad de la privatización de las cárceles es que el Estado sólo pague la *hotelería* de los internos, lo que, en la generalidad de los casos supone un costo mayor que el actual, que es ya enorme.

Uno de tantos ejemplos que comprueban que la construcción de nuevas cárceles no disminuye el hacinamiento es la puesta en marcha de Santiago Uno, operado por una empresa privada (Stippel, 2013: 128). En teoría, esta prisión debía resolver los problemas de hacinamiento de la Penitenciaría (Santiago Sur). La situación era dramática y polémica luego de que un Juez de Garantía denunciara a la prensa que varios internos en prisión preventiva debían dormir a la intemperie. El Ministro de Justicia señaló que con el traslado de los internos a Santiago Uno la situación se solucionaría. “Sin embargo, el recinto Santiago Uno, que entró en operaciones en marzo de 2007, ya había superado su capacidad en noviembre del mismo año” (Stippel, 2013: 129). Gendarmería de Chile, *resolvió* la situación de los internos que dormían a la intemperie cubriendo los patios con mangas de plástico.

Las propuestas punitivas pueden explicarse, además de la rentabilidad electoral que ofrecen, porque los legisladores que abogan por aumentar el encarcelamiento

¹⁵⁴ “Las cárceles: el elemento olvidado”, *La Tercera*, 3 de abril de 1999.

“lo hacen con la tranquilidad que ni ellos ni sus hijos tienen posibilidad de habitarlas [...] Como no viven la cárcel y no la sienten una posibilidad real, no la creen un castigo tan duro” (Ramos y Guzmán, 2000: 108 y 109).

-Grupos de presión. Un caso emblemático.

Un tema esencialmente sensible que contribuye con la falsa idea de impunidad –la llamada *puerta giratoria*– es el de los menores, puesto que, como en la mayoría de los Estados democráticos del mundo, a ellos se les aplica un régimen penal menos punitivo.¹⁵⁵

Los medios de comunicación, especialmente la televisión, muestran constantemente imágenes de niños infractores de ley que, pese a tener múltiples detenciones, siguen en libertad. Un caso representativo fue la detención un niño de diez años apodado “El Cisarro” por su forma de pronunciar “cigarro”. La detención se produjo en 2009 tras una persecución policial. El menor manejaba un vehículo robado que terminó incrustado en un árbol en una población de Santiago. Su especial carácter violento lo hacía líder de una banda que se dedicaba a asaltar casas. Tanto él como los demás miembros de su banda compartían características similares. Eran hijos de delincuentes, provenientes de los sectores más pobres y marginales de Santiago, desertores escolares y con múltiples detenciones. Estas imágenes de impunidad de los *niños-delincuentes* generan el reclamo de mano dura y de una urgente rebaja de la edad de imputación penal para que estos *pequeños criminales* dejen de burlarse de la ley. La situación adquiere especial relevancia *en caliente*, es decir, apenas ocurrido un hecho mediáticamente interesante. Frente a la presión, poco importa la opinión de especialistas en psicología infantil o estudios empíricos que muestren lo nefasto que puede resultar la estigmatización de delincuentes para menores de edad.

Detengámonos a continuación en otro caso mediático que permite comprender cómo la presión de ciertos sectores y de los medios de comunicación masiva influyen –y presionan– en las decisiones políticas que se tomen. Analizaremos con detalle el siguiente relato puesto que pudimos conocerlo de primera fuente y porque ilustra cómo opera el sistema penal.

El año 2004, en Reñaca, un barrio acomodado cercano a Viña del Mar, el menor Gonzalo Cárdenas, alumno del colegio inglés Mackay, hijo de un conocido médico de la zona, murió como consecuencia de cortes proporcionados por el menor Francisco Rivas Jofré; este último, hijo de pobladores y habitante de una barriada marginal de Viña del Mar.¹⁵⁶ Los días que siguieron a los hechos, los medios

¹⁵⁵ Si bien hay quienes prefieren de no hablar de régimen penal, nosotros optamos por llamarlo de esta manera porque la realidad de los centros de detenciones de menores no difieren esencialmente de las cárceles.

¹⁵⁶ Nos detenemos en este caso porque tuvimos la oportunidad de conocerlo de cerca mientras hacíamos la práctica en la Corporación de Asistencia Judicial. Dicho episodio nos permitió entender cómo funcionaba *in the facts* la “justicia” penal para los menores, y en especial cómo operaban los criterios de clase a la hora de aplicar sanciones. Sobre esto véase: <http://manuel-de-rivacoba.blogspot.com.es/2012/07/cuales-jovenes-tienen-derechos-por.html>

informativos, preocupados de aumentar los niveles de venta, dieron gran cobertura al hecho, pidiendo a la *justicia* una dureza *ejemplar* con el menor Rivas Jofré, arrasando de paso con la honra de éste, su integridad psíquica y su intimidad, como con la de su familia. “Asesino de Reñaca” titulaba el diario *La Tercera*; “Como adulto será enjuiciado el asesino”, decía *La Segunda*, luego de conocerse el fallo de primera instancia que resolvió que el menor obró con discernimiento.

La defensa del menor Rivas Jofré la asumieron abogados y alumnos en práctica del *Proyecto de Defensa de los Derechos del Joven* (P.D.D.J.), desarrollado por el Servicio Nacional de Menores (SENAME) a través de la Corporación de Asistencia Judicial (C.A.J.). Este Programa tenía por finalidad cumplir los compromisos asumidos por Chile al suscribir la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño*, y que se concretaba, entre otras cosas, en la defensa gratuita por profesionales del área, que se les otorgaba a menores sin recursos en causas judiciales sobre medidas de protección y en determinaciones de discernimientos.

El menor Rivas Jofré no tenía a la fecha antecedentes penales ni causas anteriores de discernimiento. Tampoco se había visto envuelto previamente en riñas u otros hechos violentos. Los fines de semana salía con un cuchillo de cocina para robar insignias de automóviles. Quizá para él ésta era la única forma de acceder al mundo de las marcas y del éxito de los privilegios de otros. Ése fue el cuchillo que usó para defenderse en la polémica noche del sábado 25 de septiembre, cuando, poco antes de la medianoche, cerca de la playa de Reñaca, un grupo de trece jóvenes del colegio de hombres más costoso y exclusivo de la región (colegio Mackay) quebraron un espejo retrovisor de un auto que estaba estacionado en el lugar. También, en el mismo lugar se encontraban cuatro niños pobladores (entre éstos Francisco). Estos últimos interpelaron a los primeros por el quiebre del espejo del auto, temiendo que los culparan a ellos de los daños del auto (temor que se fundaba, entre otras cosas, porque el lugar por el que caminaban, era territorio de gente de dinero, ellos eran los “extraños”).

Súbitamente la discusión se transformó en riña, en la que en un principio, ni la víctima Gonzalo Cárdenas ni Francisco participaron directamente, sino más bien para separar y calmar a los demás. Los niños del Mackay eran trece, los pobladores, como ya adelantamos, cuatro. Los primeros además eran mayores y mucho más robustos, practicantes de Rugby y sin problemas masacraban a los pobladores. En estas circunstancias, cuatro mackayinos pateaban en el suelo a uno de los pobladores, mientras los demás golpeaban a los otros tres. Fue entonces cuando Francisco, ofuscado y asustado, sacó su cuchillo de cocina con el que le dio dos cortes a Gonzalo, los que lamentablemente ocasionaron su muerte.

Nuestra legislación entonces establecía que, cuando a los mayores de 16 años y menores de 18 se les imputare un hecho constitutivo de delito, debía declararse previamente si actuaron, *en ese hecho particular*, con o sin discernimiento. En caso de declararse que actuaron con discernimiento, se les aplicaría la legislación penal de los adultos. En caso contrario, una legislación especial y menos punitiva, para niños. Para estos efectos, el juez de menores debía escuchar al órgano técnico correspondiente del SENAME.

Detengámonos un poco en el concepto de discernimiento para comprender mejor la situación. Entiende Eduardo Novoa por discernimiento: la *aptitud psíquica que coloca al individuo en situación de poder distinguir lo que las normas reprueban como punible*. Por su parte, para Enrique Cury discernimiento es *la capacidad de comprender el significado jurídico de la propia conducta, de distinguir lo justo de lo injusto* (ambos en Politoff, 1997: 535 y ss.). Para afirmar o negar la presencia de discernimiento deben considerarse las “estrategias del pensamiento” (Politoff, 1997: 535 y ss.) del menor para entender el *deber ser*, para conocer las normas de lo prohibido y lo permitido.

Un criterio distinto plantea Gustavo Labatut, para quien *el juez de menores, al declarar la existencia o ausencia de discernimiento, deberá atender a las posibilidades de readaptación que el menor ofrezca* (en Politoff, 1997: 535). Esta última opinión deforma el concepto de discernimiento, puesto que hace sinónimos discernimiento y peligrosismo y nos lleva a sancionar a personas no por sus actos concretos, sino por sus propensiones y modos de ser. Por un modo de llevar la vida y por lo que otros piensan que podrían hacer.

En el caso del menor Rivas, dicho informe, elaborado por los profesionales de los respectivos servicios públicos, sugería que se declare que el menor actuó *sin discernimiento*. Otro informe, elaborado por Alejandra González S., psicóloga magíster en intervención psico-social, también concluía que el menor había obrado *sin discernimiento*. Lo curioso, o quizá no tanto, fue que el tribunal de primera instancia dijo justamente lo contrario. Destaquemos que ambos informes fueron realizados por los entes públicos correspondientes que no tenían interés en los resultados de los mismos.

El proyecto del SENAME, teniendo en especial consideración la opinión profesional, y la discrepancia que existía entre ésta, elaborada por psicólogos especialistas en menores infractores de ley, y la resolución del 3º Juzgado de Menores de Valparaíso, presentó un Recurso de Apelación. *El Mercurio*, luego de la Presentación del recurso judicial, recogía las palabras del presidente de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara Alta, Senador Alberto Espina, reconocido por ser uno de los promotores de la Reforma Procesal Penal, quien, indignado, reclamaba que esta resolución judicial hubiese sido apelada, y que la defensa estuviera pagada por el SENAME. Esto, en circunstancias que la doble instancia es una de las más preciadas garantías procesales en todo Estado de Derecho.

Un informe particular, elaborado por el Sr. Avsolomovich (psicólogo), *presentado y pagado por la parte querellante*, recomendaba declarar *con discernimiento* a Francisco. Este informe no satisfacía los requisitos básicos de una evaluación completa del menor puesto que no daba cuenta de su historia social, cultural y familiar. Prescindía absolutamente de una entrevista con los padres de Francisco. Dicho informe fue confeccionado sobre la base de una entrevista personal del menor y la aplicación de *test* que, en definitiva, no podían determinar válidamente sus capacidades cognitivas, morales y volitivas. Además, el profesional no acreditó

ninguna especialización en materia de discernimiento, probable factor que lo hizo incurrir en una serie de imprecisiones.

Dicho informe privado comenzaba señalando que *el menor conocería la distinción entre el bien y el mal* y sobre esta premisa concluía que debía considerarse que actuó con discernimiento. Al respecto señalemos lo que expone la Psiquiatría Forense en orden a distinguir entre la cognición moral y la conciencia moral, siendo la cognición moral el conocimiento abstracto del actuar lícito, cuestión que es de escasa importancia a la hora de determinar el discernimiento, toda vez que incluso un infante, puede señalar la diferencia entre lo bueno y lo malo. Es la conciencia moral la que cobra relevancia en estos casos, pues ésta consiste en el resultado del conocimiento de las normas morales y la conformación del actuar a dicho patrón. Este concepto responde a un atributo de tipo biológico, encargado de la cognición, del conocer, en relación con la capacidad de control de impulsos, que es el encargado de conducir y ordenar la voluntad, el cual claramente no estaba presente en Francisco (menos en las circunstancias ofuscadas y desesperadas del día de los hechos).

Seguramente si Francisco hubiese dado muerte a un niño pobre, el hecho jamás habría llenado portadas de diarios y el Proyecto de Defensa seguiría existiendo sin problemas. La prensa local, teñida ideológicamente, en vez de analizar las causas de estos hechos violentos prefirió desde un comienzo la condena. Tampoco aprovechó el caso para publicar la opinión de algún criminólogo, de algún especialista en Derecho penal juvenil o de algún psicólogo infantil. Optó, en cambio, por la opinión de personajes de moda. Así, *El Mercurio de Valparaíso*, le otorgó gratuitamente la calidad de especialista al párroco de la Iglesia de Reñaca, Sr. Enrique Opazo,¹⁵⁷ quien sostuvo que: *los parlamentarios en Chile deberían legislar la imputabilidad a los catorce años*. Es decir, para el vendedor de San Expedito y sus milagros, el problema de la violencia infantil no son las carencias económicas y afectivas, ni las estructuras sociales, ni la marginalidad, ni la situación de vulnerabilidad social en que vive importante parte de nuestro país, sino el que los menores de dieciséis años sean inimputables. Amigo de la farándula y de *Megavisión*,¹⁵⁸ el cura exitoso, sacó de sus casas a varios niñitos de colegios particulares a las calles de Viña del Mar a protestar para que se rebaje la edad de responsabilidad penal.

Tras este triste relato y la lamentable muerte del niño Cárdenas, nos surgen un par de interrogantes: ¿Qué habría pasado si en vez de morir el niño del Mackay,

¹⁵⁷ Enrique Opazo es Párroco de la Iglesia de Reñaca. Es especialista en marketing e implacable opositor de campañas de educación sexual que, entre otras cosas, reparten preservativos a los jóvenes. En 2003 atacó duramente a *Sidacción* que recomendaba el uso de condones como uno de los medios para protegerse del SIDA. El Sr. Opazo se hizo famoso por promocionar al santo de las causas urgentes: San Expedito, a quien los fieles pueden pedir milagros incluso por email.

¹⁵⁸ Megavisión es un canal de televisión chileno dirigido por el grupo Claro. Su principal accionista hasta 2008 fue Ricardo Claro, férreo defensor de la dictadura de Augusto Pinochet y colaborador directo de los servicios represivos en tiempos de dictadura. Dicho canal es, en propias palabras del cura Opazo, una *ventana* que le permite emitir sus juicios.

hubiese muerto un joven poblador en las mismas circunstancias? ¿Estaría en la cárcel el mackayino? No queriendo eximir de culpa a Francisco, que él mismo reconoce, creemos que una cuota importante le cabe a los compañeros de Gonzalo al golpear a los pobladores. ¿Qué tenían que hacer entonces Francisco y sus amigos, acaso soportar la paliza y volver a sus casas sabiendo que no tenían que ir a lugares *que no les pertenecen*?

Este caso, junto a las palabras y presiones del Senador pinochetista Alberto Espina y de otros grupos afines de poder, fueron una importante causa en el cierre del Proyecto de Defensa de los Derechos del Joven, pero lo cierto es que no podemos responsabilizar ni a Espina, ni al curita por decir lo que siempre han dicho y por defender a quienes siempre han defendido. La decisión del cierre del proyecto fue tomada por el SENAME y por el Ministerio de Justicia del gobierno del socialista Ricardo Lagos. La razón argüida consideraba anómalo que la Corporación de Asistencia Judicial (C.A.J.) recibiera dineros del SENAME, puesto que la C.A.J. es una institución sin fines de lucro. Lo curioso es que el Proyecto existía hace aproximadamente diez años y nunca se habían generado problemas de este tipo. Mientras los niños pobres se mataban entre ellos, todo podía seguir funcionando.

Podríamos citar otros ejemplos del funcionamiento del sistema penal de los adolescentes, pero, en lo sustancial, en el año 2005, durante la presidencia de Ricardo Lagos, se aprobó la ley 20.048 sobre responsabilidad penal adolescente. Entre otras cosas, dicho cuerpo legiferante, acepta las indicaciones del curita de Reñaca y de otros *especialistas* y rebaja la imputabilidad de los adolescentes de 16 a 14 años.¹⁵⁹

-Rentabilidad electoral del discurso punitivista.

Así como vimos que el aumento del miedo al delito no guarda una relación necesaria ni es consecuencia de un aumento de los mismos, tampoco la implementación de medidas anti-delincuencia suponen una disminución de la misma y frecuentemente responden más a objetivos electorales (populistas) y no tanto a propuestas que emanan de estudios científicos que indiquen las mejores posibilidades de prevención y control de la delincuencia. El miedo, enemigo de la razón, hace que se desatendan voces especializadas y planes coherentes tendientes a la prevención del delito, para centrarse en discursos demagógicos vindicativos que, aunque ineficientes y crueles, ofrecen una enorme rentabilidad electoral.

Si bien las alocuciones demagógico-vindicativas se encuentran en las dos coaliciones políticas que detentan el poder, son los candidatos de derecha quienes han extremado el discurso punitivista. Así, el ex candidato presidencial Joaquín Lavín, como alcalde de Santiago, implementó diversas medidas ineficaces que sólo

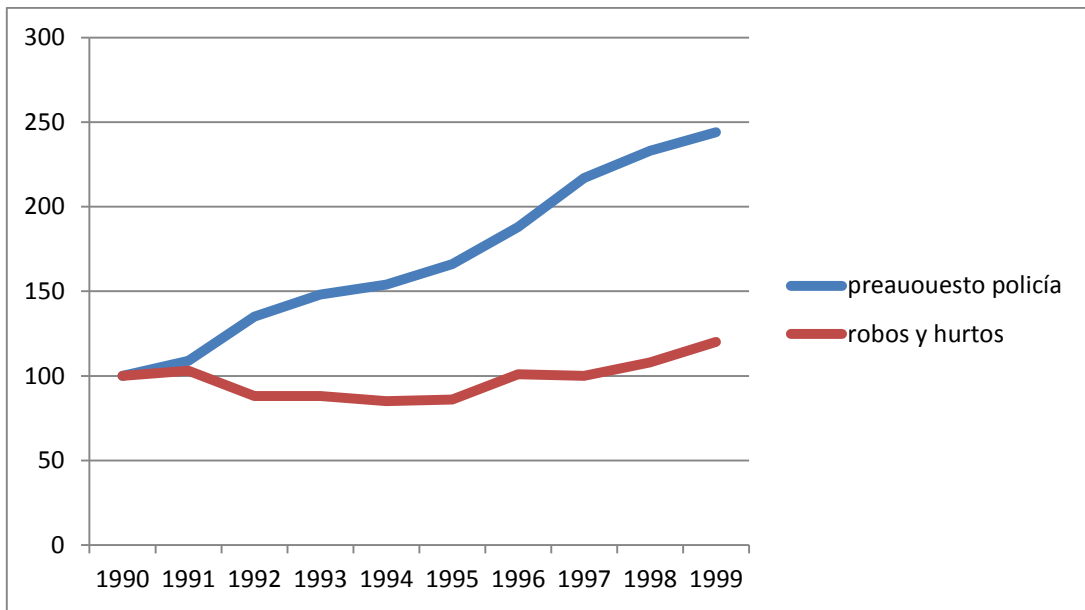
¹⁵⁹ Esta idea de rebajar la imputabilidad penal se ha defendido por *Paz Ciudadana* y por diversos medios del grupo Edwards. Así, ya en 1990, el vespertino *La Segunda* señaló: *Frente al porfiado e inexplicable intento de algunos para disminuir la gravedad de la delincuencia juvenil, surgió ayer el asesinato de un niño de 15 años... ¿Podrá quedar relegada a un segundo plano la lucha frontal contra la delincuencia que requiere prioridad y recursos humanos y materiales?* (3 de octubre 1990).

respondían a necesidades subjetivas sin mejorar aspectos de la seguridad objetiva. Piénsese, por ejemplo, en los *botones de pánico* instalados en el centro de Santiago, en las *casetas de vigilancia*, etc. Joaquín Lavín, que había sido editor de *El Mercurio*, poco sabe de prevención del delito, pero conoce cómo funciona el mundo mediático. Por lo mismo, guardaba sus iniciativas para los fines de semana, sabiendo que en esos días la pauta noticiosa está vacía. Precisamente los botones de pánico, los escarabajos rojos, la instalación de nuevas cámaras de vigilancia, etc., fueron presentados en fines de semana. Lavín, como alcalde, imitando las medidas de Giuliani en Nueva York, centró su gestión en la lucha contra la delincuencia gastando enormes cifras. Sin embargo, durante su gestión la delincuencia no disminuyó como se hubiera esperado tras el enorme gasto y, al menos tratándose de hurtos y robos, las cifras no distan de las de las otras comunas de Santiago.

En general, la usual promesa de políticos en campaña de bajar los índices de delincuencia es, en casi todos los casos, pura demagogia. La delincuencia como producto multicausal resulta difícil de conocer, de medir, de prevenir y de reducir. Medidas que aparentemente podrían bajar los índices de delito, en los hechos no lo hacen. Por ejemplo, entre 1990 y 1999, en Chile se aumentó el presupuesto de las policías en más del doble. Sin embargo, el nivel de delitos, al parecer, aumentó. El siguiente gráfico¹⁶⁰ muestra la evolución del presupuesto de las policías y el número de denuncias por hurto y robo en Chile en la década del noventa del siglo pasado.

1990	100	100
1991	109	103
1992	135	88
1993	148	88
1994	154	85
1995	166	86
1996	188	101
1997	217	100
1998	233	108
1999	244	120

¹⁶⁰ Datos en Ramos y Guzmán, 2000: 196.



Sin perjuicio de pensar que la disminución de los índices de delitos es un tema complejo, creemos que más que invertir en policías y cárceles como sistemas de control de la pobreza, la inclusión de la misma, materializada en la recuperación de los espacios públicos y en diversas iniciativas tendientes a mejorar su nivel de vida, pueden resultar a mediano y largo plazo mucho más efectivas para prevenir la criminalidad. Sin embargo, como hemos venido diciendo, nada nos puede garantizar una futura disminución de la criminalidad porque hay muchos factores imposibles de controlar. Piénsese, por ejemplo, en una grave crisis económica, en el alza del desempleo, en una tragedia natural (que en Chile son habituales), etc.¹⁶¹

La rentabilidad electoral del discurso punitivista tiene sustento en una población mal-informada y asustada que reclama más punición y que, pese a los elevados niveles de encarcelamiento en Chile, creen que las penas son muy bajas.

Una encuesta realizada por encargo del Ministerio de Justicia en noviembre de 2003 mostró que el 80% de los encuestados opinaba que en Chile las penas eran bajas o muy bajas.¹⁶² La respuesta a esta sensación de impunidad y al deseo de seguridad ha sido una legislación con penalidades absurdamente altas. En enero de 2005 se presentó un Proyecto de Ley tendiente a aumentar la penalidad por el maltrato de obra a Carabineros. Estudios en otras latitudes demuestran que el incremento de las penas para delitos vinculados al maltrato de la Policía no consigue reducir el índice del maltrato (Stippel, 2006: 73). En general, en delitos contra la integridad física, prevalecen conductas irracionales que no variarán en atención al aumento de la penalidad. Su aumento trae como consecuencia el aumento de las sanciones y, en consecuencia, de los privados de libertad con los elevadísimos costos humanos y

¹⁶¹ No quisiéramos insinuar que exista una correlación natural entre crisis económica y delincuencia o entre desempleo y delincuencia. El fenómeno es mucho más complicado y la delincuencia puede mermar en tiempos de crisis y aumentar en momentos de bienestar.

¹⁶² El estudio fue realizado por Ipsos. Se encuestó telefónicamente a 4.021 personas. En Stippel (2006: 72).

económicos que ello supone sin obtener ningún tipo de beneficio, puesto que la conducta tipificada no disminuye ni bajan los niveles de violencia. Conocidos además los efectos criminógenos del encierro, estas leyes punitivistas significan el gasto de enormes cifras destinadas a empeorar a ciudadanos pobres con un costo alternativo de no poder destinar recursos a mejoras en ámbitos básicos como salud, educación, prevención de incendios, construcción de alcantarillado, etc.

Aunque Chile tenga índices altísimos de encarcelamiento y penas privativas de libertad sumamente duras, existe una sensación de impunidad. Las personas creen que los delitos en Chile no son castigados y la ciudadanía reclama más punitivismo. Se piensa que los delincuentes salen rápidamente de la cárcel o nunca entran a ella, situación que se grafica con el concepto de *puerta giratoria* en referencia a las puertas de la cárcel que supuestamente se abren al poco tiempo para dejar en libertad a los criminales. El término es rentable y su uso se generaliza. Incluso Ricardo Lagos siendo Presidente pedía terminar con la “rotación de los delincuentes que entran y salen”.¹⁶³ La expresión de Lagos, además de embustera, constituye una invasión desde el legislativo en contra de la independencia del Poder Judicial y un llamado al Congreso para endurecer las leyes penales.

El miedo no es espontáneo y, como hemos visto, es el resultado de varias cosas, especialmente de la sobreexplotación interesada que hacen los medios de comunicación masiva del espectáculo de la criminalidad. Y todo esto que aleja realidad de percepción viene alimentado por *Paz Ciudadana*, que, como hemos visto, es una institución pseudo científica especialista en inventar realidades. Sin embargo, ante una comunidad asustada, la mirada de *Paz Ciudadana* parece recoger sus inquietudes y su ropaje de *Centro de Estudios*, aunque falso, resulta convincente.

Los nexos entre parlamentarios (de ambas coaliciones) y *Paz Ciudadana*, ayudan a propagar esta falsa idea de impunidad. La ex diputada de Renovación Nacional, María Pía Guzmán, dirigió varios años *Paz Ciudadana* y en 1999 afirmó categóricamente que “la ciudadanía se cansó de la impunidad con la que actúan los delincuentes. Las respuestas de las autoridades no tranquilizan”.¹⁶⁴

La idea de una supuesta *puerta giratoria* va tomando cada vez más fuerza. El eslogan resulta rentable, pero es embustero. La realidad es otra. Somos un país con altísimos índices de encarcelamiento y con graves problemas de hacinamiento. Sin embargo, la paranoia ante el delito resulta más fuerte que la realidad misma. La imagen distorsionada y engrandecida de la delincuencia mantiene atemorizada a una población que exige más presos, más controles y más mano dura. Los líderes políticos, que saben o debieran conocer la diferencia entre la realidad y la percepción ciudadana, optan por el discurso fácil y se muestran proclives al autoritarismo penal, siguiendo el *ejemplo* norteamericano, fomentando el encarcelamiento y la restricción de derechos y garantías.

¹⁶³ *La Nación*, 6 de septiembre de 2005, p. 7.

¹⁶⁴ “Vecinos toman la ley en sus manos”, *Las Últimas Noticias*, 10 de marzo 1999, p. 4.

La demagogia vindicativa no se detiene en la búsqueda de responsables y, desconociendo principios esenciales de la democracia, como la independencia de los poderes del Estado, fomenta las presiones hacia los jueces para que obren con *mano dura*.

En este sentido, Milton Juica, ex presidente de la Corte Suprema, señala:

El tema de la puerta giratoria es un buen slogan que puede rendir frutos de carácter político, pero eso no puede ser utilizado de ninguna manera para afectar la independencia de los jueces. Nuestro mejor argumento para decir que eso es un error son precisamente las estadísticas, que reflejan que en este nuevo sistema, que es garantista, hay muchas más prisiones preventivas que en el sistema antiguo (Juica, 2010: 8).¹⁶⁵

Asimismo, Juan Pablo Hermosilla contraponiendo realidad a percepciones, señala que:

La percepción que se va instalando (a veces en muchas autoridades) es que nuestro sistema es débil, que no reacciona ante los delitos más graves, y que nuestros jueces tienden a liberar a criminales peligrosos. La realidad es distinta: hace 10 años teníamos cerca de 20.000 personas encarceladas. Hoy son 40.000. Hemos duplicado la cantidad de presos.

Lejos de ser un país “blando”, más bien nos estamos sobregirando en el sentido contrario. Las cifras muestran que nuestro sistema es extraordinariamente severo. ¿Por qué tanta diferencia entre la realidad y las percepciones? La proximidad entre ciudadanos y los delitos a través de la cobertura que le prestan los medios producen una magnificación (Hermosilla, 2006: 19).

Los ejemplos del discurso demagógico vindicativo son innumerables. Reproducamos, a continuación, algunos de ellos:

El año 2005, el candidato de derecha a la presidencia, Joaquín Lavín, queriendo aparecer como el más duro con la delincuencia señalaba:

Preguntémosle a los delincuentes por quién prefieren votar, ¿por Michelle Bachelet o por mí? Les aseguro que los delincuentes prefieren votar por Michelle Bachelet, porque saben que ella va a tener la misma mano blanda que ha tenido el Presidente Lagos en este tema [...] ¿Cuál es el gobierno que ha tenido más mano blanda en la historia de Chile en el combate a la delincuencia? Este gobierno, el del Presidente Lagos, y eso lo sabe todo Chile.¹⁶⁶

Las afirmaciones del candidato de la derecha muestran de manera clara que en el tema delincuencia es posible faltar a la verdad sin mayores cuestionamientos. Más adelante, cuando analicemos las modificaciones legales que se han realizado últimamente en Chile, veremos que la gestión de Ricardo Lagos es sumamente punitiva y que sus iniciativas se acercan mucho más a las de un Estado autoritario que a un Estado democrático. El aumento de los niveles de encarcelamiento en la era Lagos es considerable y fue su Gobierno el responsable de impulsar la

¹⁶⁵ Compartimos con Juica su crítica al concepto de puerta giratoria, pero discrepamos con él cuando califica de “garantista” nuestro sistema penal.

¹⁶⁶ La Segunda, 27 de septiembre de 2005, p. 12.

construcción de nuevas cárceles, dando incluso participación a la empresa privada. Por otra parte, resulta impresentable que Joaquín Lavín, férreo defensor de la dictadura de Pinochet, desconozca que fue el *Gobierno* de facto del dictador el que más *mano blanda* ha tenido con la delincuencia, especialmente tratándose de delitos perpetrados por agentes del Estado como torturas, violaciones, asesinatos, secuestros, robos, etc.

Pero las propuestas del candidato de la derecha siguen en la línea de una punitividad ilimitada. Imitando la legislación de Estados Unidos de los *three strikes*, propuso la ley *la tercera es la vencida*, sin importar los enormes costos que ha supuesto dicha norma en Estados Unidos (en especial en California) y los nulos efectos que ha tenido en cuanto a su impacto real en el nivel de delitos. Luego propuso construir una cárcel en una isla, obligando a los condenados a realizar trabajos.¹⁶⁷

Darío Paya¹⁶⁸ (ex diputado de la UDI) en 1996, sin citar ningún estudio que respalde sus afirmaciones plantea abiertamente que “sostener que es el hambre el que lleva a delinquir es no conocer la realidad de la delincuencia. Muchos han terminado el colegio y, en general, son fríos y racionales. El 99 por ciento simplemente son malas personas” (citado en Ramos y Guzmán, 2000: 33). La afirmación del ex diputado podría tener algún sentido si se refiriera a delincuentes de cuello y corbata, como su compañero de partido, el actual imputado Carlos Délano, porque tratándose de delincuentes condenados, los perfiles plantean algo muy distinto en cuánto al nivel de escolaridad de los mismos.

-La víctima y la lógica del juego de suma cero

Como en estados Unidos, se repite en Chile, con especificidades propias, una cada vez mayor presencia de las víctimas, las que se organizan buscando influir en la agenda político criminal. La mediatización del crimen genera empatía con la víctima y mostrarse de parte de las víctimas, adoptando la lógica del juego de suma cero, otorga grandes beneficios electorales. Así el discurso de mayor punitividad, mano dura, tolerancia cero y guerra contra el delito, resulta sumamente útil para quien quiera hacer carrera política, especialmente cuando se habla en nombre de las víctimas.

También imitando la política criminal norteamericana, en Chile se han promulgado leyes con nombres de víctimas fatales. En julio de 2012 se publicó la Ley Zamudio. En marzo de dicho año Daniel Zamudio, un joven homosexual fue golpeado hasta la muerte por un grupo de jóvenes aparentemente neonazis. Tras estos lamentables hechos se le dio urgencia a un proyecto de ley antidiscriminación que terminó transformándose en la ley Zamudio. En septiembre de 2014 entró en vigencia la ley Emilia, que sanciona con cárcel efectiva al menos de un año a los conductores en

¹⁶⁷ *Siete*, 10 de octubre de 2005, p. 2.

¹⁶⁸ Su apellido original era Payacán, de origen mapuche. Sin embargo el ex diputado prefirió cambiarlo por Paya y así ocultar su origen.

estado de ebriedad que generen lesiones graves gravísimas o la muerte. El nombre de esta ley es por la menor Emilia Silva Figueroa que murió en un accidente de tránsito por culpa de un conductor con alcohol. Leyes como éstas denotan la presencia de la víctima como símbolo en la actual cultura jurídica chilena.

Un ejemplo de populismo con utilización de las víctimas es el proceder del actual diputado de Renovación Nacional, Gonzalo Fuenzalida, quien antes de ser parlamentario, como presidente de la ONG *Víctimas de la Delincuencia*, convocó a una manifestación el 17 de junio de 2006 solicitando la creación de una “Defensoría de las Víctimas”. El eslogan de la convocatoria señalaba: *Tú no tienes defensa, pero los delincuentes sí.*

Años después y siendo ya diputado, el 6 de septiembre de 2013, refiriéndose al sistema penal y procesal penal, sostuvo:

Afortunadamente Chile ha dado un gran paso en el sistema judicial chileno, el cual también tiene su parte lamentable. Además de realizar una reforma al procedimiento penal, creando tribunales con justicia oral, el Estado ha hecho una gran inversión para formar una muy buena infraestructura, pero por otro lado se ha creado un sistema bastante liberal y garantista, tanto que muchos jueces ven al delincuente como una víctima social, por lo que son muy liberales al momento de juzgarlos. No puede ser que los jueces no se hagan responsables de su liberalidad, y seamos nosotros los ciudadanos los que tengamos que estar pagando los costos. Ante este contexto, los chilenos han tenido que presionar a otras autoridades en los tribunales para que los jueces sean más persecutores (en Jiménez, Santos y Medina, 2014: 139).

La solicitud de la creación de la defensoría de las víctimas ha sido planteada por diversos parlamentarios argumentando que no es el fiscal quien representa a la víctima y que no parece justo que los *delicuentes* sí cuenten con defensa gratuita pagada por el Estado y no la víctima. Pese a la gran aceptación que tiene esta argumentación, ésta pretende desfigurar la naturaleza del sistema penal, esencialmente pública, en la que la víctima no juega necesariamente un papel esencial, toda vez que el conflicto penal es entre un ciudadano (imputado o acusado) y el poder punitivo. La víctima bien puede intervenir, ser escuchada e incluso puede querellarse, pero su presencia no es condición necesaria para que siga adelante un proceso penal. “En un Estado social de derecho la víctima tiene muchos derechos, pero estos derechos no tienen que ver con el derecho penal, porque este es un derecho del castigo, no de la ayuda” (Pavarini, 2012: 32). La propia posición de la víctima, especialmente tratándose de delitos violentos, la aleja de los criterios de racionalidad jurídica, esenciales en todo proceso penal. Es el Ministerio Público, a través de sus fiscales, el ente encargado de la persecución penal. La presencia eventual de abogados querellantes en la práctica significa, en la mayoría de los casos, que querellantes y fiscales defienden intereses similares y normalmente las alegaciones de ambos son coincidentes.

No debemos olvidar algo obvio. Los recursos públicos, siempre escasos, deben centrarse en la atención de necesidades prioritarias. Por ende, si de lo que se trata es de ayudar realmente a las víctimas, más útil sería, al menos tratándose de víctimas de delitos violentos, prestarles ayuda psicológica y médica, etc. Consultadas las propias víctimas de delitos violentos, éstas no han manifestado como una de sus

principales preocupaciones la presencia de un abogado querellante. Más bien sus expectativas se relacionan con la recuperación de su bienestar psicológico, de su salud física, la obtención de acceso a la justicia, etc.¹⁶⁹

Tampoco un mayor punitivismo y un castigo más severo del delincuente ayuda sustancialmente a la víctima. Éstas, más que una condena, esperan la reparación de sus daños. Sin embargo, sin tomar en cuenta las preocupaciones de las víctimas, y sin demostrar empíricamente la necesidad de contemplar con un “abogado defensor de las víctimas” quienes dicen representar a las víctimas lograron en 2011 modificar la llamada Constitución incorporándose el derecho constitucional de *asesoría y defensa jurídica gratuita para las víctimas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por la Constitución y las leyes* (en Artículo 19, numeral 3).

Alteraciones como éstas (a la “Constitución” y a las leyes) aumentan enormemente el gasto público y su utilidad es a lo sumo simbólica. La lógica belicista separa al mundo en dos bandos, buenos y malos, víctimas y criminales. Estar del lado de los buenos supone entonces necesariamente, para esta visión del mundo, estar en contra de los malos, y quien pueda parecer queriendo favorecer a los delincuentes pagará por ello.

La presión de más mano dura no sólo recae en los jueces. También los parlamentarios que se oponen a aumentar el punitivismo son descalificados y tildados de *representantes de los delincuentes*. El mismo diputado Fuenzalida, el 7 de mayo de 2015, tras una discusión con la diputada del Partido Comunista Karol Cariola, a propósito del debate sobre la reincorporación del control de identidad, escribió en su cuenta Twitter: “Los delincuentes pueden estar tranquilos tiene [sic] una representante en el congreso Dip Karol Cariola”. En defensa de Cariola, otro diputado, Giorgio Jackson, señaló: “Qué vergüenza que un diputado de la República caiga en este tipo de caricaturas”.

Las campañas presidenciales, cada vez más, se centran en el combate a la delincuencia. *Delincuentes, se les acabó la fiesta* era uno de los eslóganes de Piñera como candidato a la presidencia en 2009. Con su llegada al gobierno las presiones al poder judicial desde el ejecutivo parecen explicitarse en términos burdos y directos. Así, el ya mencionado Ministro de Justicia, Teodoro Ribera, cuestionó en 2011 el actuar de Jueces de Garantía que “muestran un extraño celo en soltar a los detenidos, cuando hay evidencias tanto en la televisión como en fotografías aportadas por la policía de que han perpetrado los delitos por los que se les acusa”.¹⁷⁰

Las ideas que expresan diversos políticos responden a una percepción generalizada. La sensación de impunidad está tan extendida que incluso el popular humorista *Bombo Fica* en el Festival Internacional de Viña del Mar el año 2012 se ríe de la

¹⁶⁹ En Jiménez, Santos, Medina, 2014: 143.

¹⁷⁰ “Advertencia de ministro Ribera a los jueces de garantía abre la polémica con la Corte Suprema” *El Mercurio*, 22 de octubre de 2011, C 10.

inseguridad en Chile e ironiza en una exitosa rutina ovacionada por el público en la que afirmaba:

La gente tiene miedo en este país. Parece que los delincuentes tienen todos los derechos del mundo y la gente honrada y decente nada. Vivimos asustados [...] es un drama toparse con un delincuente [...] si uno quiere hacer prevalecer sus derechos, hacer como justicia [sic] se mete en un cacho.

Luego prosigue su rutina humorística con una historia de un robo en una casa en la que el dueño golpea al asaltante y al final la propia víctima (el dueño de casa) termina imputado por haber golpeado al delincuente.

Y si contamos lo de Bombo Fica es porque el humor muestra una forma de pensar. Detrás de los chistes, que por lo demás fueron muy aplaudidos, está la idea generalizada de impunidad. Y cómo no, si así lo afirman los titulares de los diarios, los noticieros de la televisión, e incluso los *expertos* de *Paz Ciudadana*.

A continuación una caricatura que sigue la misma línea de la rutina de Bombo Fica.



La imagen del delincuente responde al estereotipo y lo alimenta. Se trata de un hombre joven, desaseado, que viste zapatillas y que tiene una vistosa cicatriz en la cara. Es muy probable que no exista por parte del dibujante intención de fomentar un determinada estereotipo de delincuente. Él solamente grafica una idea generalizada. Y esta idea de impunidad es la misma que clama por más mano dura y que aplaude los linchamientos públicos.

En octubre de 2014 un joven sorprendido robando en una casa de la comuna de Maipú, en Santiago, fue linchado por los vecinos. Si no fuera por la llegada de

Carabineros, las consecuencias podrían haber sido fatales.¹⁷¹ El 26 de noviembre de 2014, un menor de edad, tras intentar robar un teléfono móvil, fue aprehendido, golpeado, desnudado y amarrado a un pilar por transeúntes. El hecho fue aplaudido por los transeúntes y nadie fue formalizado por los golpes que le dieron al menor, pese a estar éste amarrado, inmovilizado y que diversos videos muestran claramente a los autores de las lesiones.

Detrás de este tipo de conductas está la idea del mundo dividido entre *ellos* y *nosotros*, la lógica del juego suma cero, de la guerra contra la delincuencia. Este menor cumplía todas las características del estereotipo del criminal por lo que los presentes consideraron justo sancionarlo por mano propia. La brutal agresión no fue tampoco cuestionada por la prensa, la que prefirió entenderlo como una necesaria consecuencia de la impunidad. Así *lanacion.cl*, periódico *on line* de lectura masiva, señaló:¹⁷²

Los asaltos en el centro de Santiago tienen cansados a los transeúntes que, cuando pueden, **toman la justicia por sus manos** golpeando o atrapando ellos mismos a los delincuentes.

Ese fue el caso que se vivió en la intersección de Bandera con Agustinas, en pleno centro de la capital, donde un grupo de personas se encargó de darle una lección a un joven.



¹⁷¹ En: <http://www.chilevision.cl/noticias/chvnoticias/nacional/joven-que-fue-sorprendido-robando-fue-detenido-y-casi-linchado-por-los-vecinos/2014-10-07/212636.html>

¹⁷² En: <http://www.lanacion.cl/sin-ropa-y-amarrado-a-un-pilar-asi-queda-un-joven-por-intento-de-robo/noticias/2014-11-26/213901.html>

Las propuestas punitivistas no reconocen ni límites éticos ni límites constitucionales. Recordemos dos casos que ya comentamos en el primer capítulo, que perfectamente podrían demostrar cómo la demagogia vindicativa puede ser de gran utilidad incluso para silenciar casos de corrupción. En 2007 el diputado de Renovación Nacional Maximiano Errázuriz pidió al Gobierno que dé urgencia a un proyecto de ley que permitía castrar químicamente a los violadores. El mismo diputado fue condenado en 2009 por fraude al fisco y uso malicioso de instrumento privado falso.

Por otra parte, la otrora defensora de derechos humanos, la ex-diputada Laura Soto, tras verse envuelta en un bullado caso de desvío de dineros del programa de Generación de Empleos, abroga de su pasado abolicionista para pasar al equipo de los mortícolas. Si bien la diputada resultó absuelta de los cargos, la condena de su hija, de su ex jefe de gabinete y de otros cuatro imputados vinculados a ella la mancharon, mostrando inverosímil su versión de una “conspiración política con el fin de perjudicarla”.

Poco después de terminado su juicio, Valparaíso se vio conmovido por un sangriento delito de violación y asesinato de una menor. Éste fue el escenario perfecto para que la entonces diputada, aprovechándose del dolor de los familiares, volviera a las pantallas de televisión, con planteamientos inconstitucionales y contrarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al respecto, las palabras de la ex-diputada hablan por sí solas:

Creo que quien cometió este brutal acto francamente no merece vivir. Siempre he sido evolucionista [sic] y he estado en contra de la pena de muerte, pero cuando una se enfrenta a un caso así, uno se replantea muchas cosas [...] **Creo que es momento de abrir el debate sobre la pena de muerte, y si bien siento grandes contradicciones en mi interior porque he sido históricamente luchadora en contra de ella, hoy día pienso que no podemos permitir que niños inocentes sigan muriendo en manos de monstruos como éste.**

Podríamos insistir con citas y ejemplos de discursos populistas punitivos y llenar varias páginas con expresiones caricaturescas que claman por la restricción de derechos y garantías. Sin embargo, nuestra intención es sólo demostrar que este tipo de alocuciones, aunque generalmente carecen de base empírica y son falsas, traen grandes beneficios para quienes las formulan. El beneficio en general no es directamente económico, puesto que, aunque detrás del delito hay una industria que genera significativos ingresos, lo que se busca con estos discursos es la rentabilidad electoral. El beneficio sería entonces, principalmente electoral, puesto que presta gran utilidad para llegar a ocupar cargos de elección popular (el diputado Fuenzalida sería un ejemplo claro de esto). Luego, desde alcaldías o desde el Congreso, con poder político llega también el poder económico. Es decir, el populismo traería beneficios económicos indirectamente, toda vez que permite acceder a importantes cuotas de poder y decidir el futuro del país, favorecer más o menos a pobladores o empresarios, concesionar cárceles, privatizar carreteras, etc.

Así planteadas las cosas, el panorama es adverso. En marzo de 2013 el Ministerio de Justicia formó una Comisión de *Expertos* y Parlamentarios integrada, entre otros, por los parlamentarios de Renovación Nacional¹⁷³ Alberto Espina y Lily Pérez, además de la directora ejecutiva de *Paz Ciudadana* y la directora del Área de Justicia y Reinserción de la misma institución. Las diversas modificaciones alternativas se han centrado en la rebaja de la edad de imputabilidad y el aumento de las sanciones privativas de libertad para niñas y niños y no en la búsqueda de mecanismos tendientes a intervenir los ambientes de vulneración y desamparo en el que viven los menores.

En sentido semejante, el actual alcalde de Las Condes, Francisco de la Maza, militante de la UDI, sostiene que “deberíamos tener cárceles para menores de edad”.¹⁷⁴ Su propuesta se basa en una encuesta que él maneja (desconocemos de dónde la sacó) que concluiría que los robos en homicidio con intimidación han aumentado en un 100% en su Comuna. Por otra parte la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana, señala que este delito ha bajado en un 3,6%.

El alcalde de Las Condes llama a cambiar este sistema al que califica de garantista. Con una visión economicista, el alcalde cree encontrar la solución con el aumento de las penas:

...hay que endurecer ya las penas para quienes ingresan a una casa para delinquir, además, es un cambio legislativo que se puede hacer en dos minutos [...] Basta con poner una pena de cárcel automática para los que transgredan la barrera de la intimidad, una violación de hogar. Así como se subió la pena para quienes roban cajeros -lo que causó que bajaran estos delitos- aquí se podría hacer exactamente lo mismo [...] cuando son menores de edad, el endurecimiento de penas debe ser equivalente, o sea nosotros debiéramos tener cárceles para menores de edad.

Contra bibliotecas enteras que hablan de los nefastos efectos de las cárceles, el alcalde de Las Condes insiste en la necesidad de construir cárceles para menores (como si los actuales centros de internamiento no fueran en la práctica cárceles de menores), planteando que dichas cárceles debieran orientarse a la reinserción. De la Maza, junto a Ernesto Silva, diputado de su mismo partido, avisan por la prensa que pedirán una audiencia al Ministro del Interior para realizar una propuesta concreta *de manera rápida, si es que hubiese voluntad política*. No es el caso de insistir en lo inapropiada y costosa que puede resultar una propuesta como ésta. Pretender defender la cárcel como espacio de reinserción, tras más de 200 años de fracasos, parece ingenuo, pero no lo es. Lo importante para los autores de esta propuesta es la rentabilidad electoral. Lo grave es que si efectivamente este tipo de propuestas pueden resultar populares, es probable que el gobierno *socialista* de Bachelet termine llegando a un *gran acuerdo por la seguridad de todos*.

¹⁷³ Partido político fundado en dictadura en 1987 y que al año siguiente llamó a apoyar a Pinochet en el plebiscito que decidiría su continuidad como Jefe de Estado.

¹⁷⁴ *La Tercera*, 23 de mayo de 2015. La cita posterior es de la misma fuente.

2.2. Causas inmediatas. Política legislativa del Estado chileno en materia penal y procesal penal. Fuerzas o factores controladores del Estado chileno.

Las causas inmediatas del encarcelamiento masivo son las sentencias judiciales que sancionan con penas privativas de libertad o que decretan la prisión preventiva. Sin embargo, estas resoluciones responden a una legalidad que contempla dichas penas y que establece los supuestos en que procede la prisión preventiva. Revisemos en primer lugar la Reforma Procesal Penal y su incidencia en el aumento del encarcelamiento para luego detenernos en algunas leyes sustantivas.

a) Reforma Procesal Penal.

Con la llegada de la democracia a Chile, los nuevos gobiernos se comprometieron con la modernización del Estado. Es en este contexto en el que se comienza a idear un nuevo sistema procesal penal, en principio más liberal y democrático. En dicho período también comienza a cobrar especial importancia la delincuencia como tema que preocupa a los ciudadanos y, por lo mismo, como cuestión central en la agenda política. La reforma penal, no exenta de contradicciones axiológicas, prometía ser más respetuosa de los derechos humanos, y más eficiente con las demandas sociales de mayor control. Sin embargo, el propio Mensaje Presidencial del Código Procesal Penal, de 9 de junio de 1995, reconoce que en el estudio y redacción del proyecto participaron ex ministros de Pinochet (Enrique Montero), y entidades vinculadas a la derecha (Instituto Libertad e Instituto Libertad y Desarrollo). En cambio, no invitaron a instituciones defensoras de derechos humanos (Hernández Molina, 2002-2005: 4).

Hasta antes de la reforma regía en Chile un sistema procesal penal inquisitivo en el que el juez tenía las funciones de investigar, acusar y sentenciar. En la práctica, debido a la enorme carga de trabajo de los jueces, gran parte de las actuaciones recaían en funcionarios judiciales que normalmente no eran abogados y que muchas veces carecían de formación jurídica. El proceso se dividía en dos etapas: el sumario –que consistía en la etapa de investigación, que era esencialmente secreta– y el plenario, que era la etapa en la que se dictaba sentencia. La evidente parcialidad del sistema recaía, principalmente, en que el mismo juez que acusaba era quien debía sentenciar. La investigación, que formalmente correspondía también al juez, era realizada por funcionarios de policía, quienes muchas veces obtenían pruebas, especialmente la confesión, a través de torturas y malos tratos.¹⁷⁵ Asimismo, se trataba de un proceso esencialmente lento en el que un alto porcentaje de los encarcelados eran procesados en prisión preventiva, es decir, técnicamente se trataba de inocentes en prisión. Asimismo, este sistema era muy ineficaz y solo el 30% de las causas terminaba con sentencia, en tanto el 70% restante eran sobreseídas (Riego, 1996: 22).

¹⁷⁵ Un estudio señala que los malos tratos y la tortura eran frecuentes en el sistema penal antiguo. De los detenidos entrevistados un 71% señala haber recibido malos tratos en la etapa de detención y un 49% señala haber recibido golpes de electricidad. (Jiménez, 1994b: 26)

El nuevo proceso penal, de corte acusatorio, prometía resguardar las garantías constitucionales y ser más eficiente que su antecesor. Para el cumplimiento de ambos principios, la reforma crea o restablece distintas instituciones. Por una parte, el Ministerio Público como ente independiente encargado de la investigación y persecución penal; la Defensoría Penal Pública encargada de brindar asesoría jurídica a todos los imputados; los Tribunales de Garantía y Tribunales Orales en lo Penal. Se establecen además diversos mecanismos de justicia negociada, que en términos reales significan la posibilidad de condena a una pena atenuada a cambio de la renuncia al juicio por parte de los imputados. Este mecanismo con apariencia liberal –pues el imputado es libre de aceptarlo o no- ha resultado ser un factor determinante del encarcelamiento masivo al permitir condenar y encerrar con una premura sin precedentes.

Este punto evidencia la incompatibilidad en que se sustenta el nuevo proceso penal. Por una parte dice fundarse en el respeto por las garantías o derechos del ciudadano, que se ve protegido del poder punitivo. Pero, por otra parte, el principio de eficiencia al poco andar muestra su verdadera cara que busca la celeridad de los procesos –y de las condenas- para lo cual puede perfectamente restringir las garantías procesales. En cuanto el garantismo, como principio, se opone a la eficiencia, el conflicto se ha ido resolviendo de manera progresiva en favor de la eficiencia.

Sin embargo, no nos parece que la Reforma Procesal Penal haya podido nunca calificarse de garantista, aunque así la llamaron sus impulsores e incluso sus detractores. Piénsese por ejemplo en todo el arsenal de medidas intrusivas que ya desde el propio mensaje del Código Procesal Penal se enuncian, como la facultad de agentes policiales para que, aun sin orden judicial, registren lugares cerrados bastando que aleguen haber escuchado llamados de auxilio; la posibilidad de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas de quien se sospeche que haya participado en un hecho criminal; etc. En la práctica, por la selectividad con la que actúan las policías, estas normas excepcionales terminan siendo prácticas usuales en los barrios más populares donde se autoriza legalmente el abuso de poder. Además, el propio mensaje del Código se refiere reiteradamente a “conductas desviadas”,¹⁷⁶ cuyo concepto es mucho más amplio que el de delito y representa una noción fomentada en corrientes criminológicas cuya principal característica es la legitimación de grupos dominantes de la sociedad (Bergalli, 1980: 85 y ss.). Tales expresiones revelan la voluntad, por parte de quienes controlan los órganos del Estado, de “imponer a los individuos moldes de comportamiento que exceden lo establecido y requerido por las normas jurídicas” (Hernández Molina, 2002-2005: 5), toda vez que para que algo o alguien pueda ser “desviado” es preciso un patrón de conducta. Detrás de la idea de “desviación” se evidencia una clasificación de las personas. Por una parte estarían los *normales* y *respetuosos de la ley* y, por otra, los *desviados* o *anormales*. La noción de “conductas desviadas” nos transporta a las ideas de peligrosidad y temibilidad. “En verdad, se opera una

¹⁷⁶ Párrafos 17, 23 y 25.

diferenciación no de los actos sino de las personas mismas, labor estatal que impedirá fundar una cultura pluralista” (Hernández Molina, 2002-2005: 6).

Asimismo, el mensaje en su párrafo 49 asignaba al proceso penal un importante efecto preventivo general. De esta manera, reconoce su intención de instrumentalizar a los imputados (que gozan de la presunción de inocencia) para provocar efectos en los demás, amedrentándolos.

Mientras se diseñaba la Reforma Procesal Penal, los grupos más conservadores criticaron el nuevo modelo por considerarlo muy garantista. Se decía que el equilibrio entre garantía y persecución penal estaba desequilibrado favoreciendo extremadamente al primero. Tras quince años desde su implementación, conocidos los niveles actuales de encarcelamiento, resulta difícil considerar garantista a un sistema penal que los números muestran como más punitivista. No obstante, si analizamos, por una parte, el tipo de condenados y sus características sociales y económicas, y, por otra, quiénes son perfectos candidatos para salidas no punitivas, podemos concluir que este nuevo sistema puede ser punitivo o garantista dependiendo de las características económicas y sociales del imputado. Antes de entrar en vigencia la reforma, muchos se preguntaban si ésta favorecería o perjudicaría a los delincuentes (imputados o condenados). La práctica nos ha demostrado que la pregunta estaría mal formulada, toda vez que los favorece o perjudica según su clase social.¹⁷⁷

La Reforma Procesal penal, en teoría, descansa en dos principios que no siempre resultan compatibles. Por una parte, el del respeto por las garantías del procesado (llámese imputado o acusado) y del condenado. Por otra parte, el principio de eficiencia. Jiménez, Santos y Medina (2014: 25) señalan que ambos principios tienen raíces culturales muy distintas y adversas. El principio de garantías proviene de una tradición liberal codificada de la Europa continental, y el principio de eficiencia, de la tradición anglosajona liberal adversarial. Sobre este último principio (el de eficiencia) conviene puntualizar un par de cosas. Si bien nadie podría negar

¹⁷⁷ En el mismo sentido Hernández Molina (2002-2005: 2) para quien “es equivocado plantearse la pregunta si el sistema [...] respalda o protege más a la víctima o al victimario. Y es que el nuevo sistema protege, ordenadamente, al que tiene billetera e influencias, cualquiera sea el rol que ocupe en la relación procesal”. Luego Hernández Molina ilustra sus afirmaciones comentando dos casos de 2004. “Una pareja de ancianos es atropellada en cruce de peatones, en Reñaca, Viña del Mar. El vehículo causante, propiedad de Andrés Celis, concejal de Viña, huye del lugar, y es encontrado días después abandonado. El concejal jamás necesitó acreditar que no lo conducía; jamás presentó una denuncia por robo; testigos señalan que él conducía el móvil, pero, en la audiencia de control llega a un acuerdo (6.000.000 de pesos) con los lesionados, personas modestas. Se da fin al proceso, término ratificado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. Y, en Arica [...] los padres de un menor, parapléjico a causa de balas de un detective, llegan a acuerdo procesal con el funcionario policial, **evitándole el castigo penal**, a cambio de 36 cuotas mensuales de 150.000 pesos, dinero que, según reconoció el mismo padre, es esencial para atender debidamente al niño. Ese fue su motivo para ceder. Allí terminó el proceso”.

Por otra parte, la celeridad del nuevo proceso penal a quién más favorece es a los autores de complejos delitos económicos, toda vez que la prueba de éstos resulta más complicada que la mayoría de los delitos.

que la lentitud del sistema antiguo resulta inadmisibles, especialmente para la persona objeto de la investigación penal, y que la reforma, en varios aspectos, significó el respeto de derechos y garantías, a su vez que mayor transparencia y agilidad en la resolución de procesos penales, con el tiempo esta eficiencia mostró tener un espíritu distinto y nada de liberal.

El principio de eficiencia decantó como mayor productividad –y mayor número de condenas- y el mismo sistema contaba con mecanismos funcionales a una mayor productividad, especialmente en lo que dice relación con la *justicia negociada* que admite condenar sin juicio contradictorio en forma rápida y con pocos recursos. De esta manera, la eficiencia pasó a ser mayor productividad, *ergo*, mayor número de condenas en el menor tiempo posible. En términos coloquiales podríamos decir que con la justicia negociada resulta mucho más fácil y barato poder enviar gente a la cárcel.

La eficiencia (rapidez) de la nueva justicia penal, permite judicializarlo todo y, aunque sólo una pequeña parte de las causas ingresadas terminan con una sanción condenatoria (un 23% aproximadamente) y sólo un 7% terminan condenados a penas privativas de libertad sin beneficios, según estadísticas del Ministerio Público de 2011, el volumen de causas es tan alto que en términos reales las condenas, con o sin beneficios, aumentaron de manera significativa.

En concreto, la reforma ha permitido:

Mayores ingresos y mayores términos de los procesos judiciales, ha sextuplicado la probabilidad de condena desde los ocasos del antiguo sistema procesal penal [...], ha generado una palmaria celeridad en la tramitación de los procesos judiciales y en los denominados procesos de autoincriminación [...], los que de manera inmediata y mediata han contribuido al incremento penitenciario, ya sea permitiendo una segura y acelerada sentencia condenatoria, o bien, facilitando una segunda sentencia, la que puede ser de cumplimiento efectivo en algunos casos (Salinero, 2014: 354-355).

Este mayor punitivismo del nuevo proceso penal se ve alimentado por el miedo al delito –que como vimos puede coincidir o no con la real magnitud de la delincuencia- y ha sido manipulado y direccionado en una clara orientación autoritaria. Asimismo, el inherente conflicto garantismo-eficiencia se resolvió a favor de esta última dejando cada vez más de lado los derechos y garantías de los imputados. El fenómeno, tal como lo advierte en otras latitudes Garland (2005), se mostró como un juego de suma cero en el que todo reconocimiento de garantías o derechos de los imputados se entiende como un desprecio por el dolor de las víctimas. Los gobiernos y los parlamentarios (de ambas coaliciones), aprovechándose del miedo ciudadano y del dolor de las víctimas, renunciaron a toda racionalidad y *aceitaron* la máquina punitiva. El nuevo proceso penal hizo posible y fue condición necesaria del encarcelamiento masivo en Chile y su instrumento predilecto fue la justicia negociada y la renuncia *voluntaria* al juicio contradictorio.

Cuestionemos ahora la voluntariedad en la aceptación de responsabilidad, necesaria en los procesos negociados (simplificados y abreviados en Chile). Si bien para que tenga lugar la justicia negociada, es necesario que los imputados

consientan y así lo manifiesten expresamente en el tribunal –de lo que queda incluso un registro de audio-, esa libertad no es tal, puesto que la alternativa a los procesos negociados es enfrentarse muchas veces a jueces que provienen del sistema antiguo y que desconfían del nuevo proceso penal que no permite obtener pruebas como la confesión con los mecanismos que otrora facilitaban tanto la tarea. Si a esto le sumamos que las penas son desproporcionadamente altas, (v. gr., hasta veinte años de cárcel por un robo de un teléfono móvil sin ningún daño a las personas) la aceptación del procedimiento negociado (mediante el reconocimiento del delito) resulte la única posibilidad cierta de no tener que pasar enormes períodos de tiempo presos. La lógica del abogado defensor, que conoce la dureza de algunos jueces, será el consejo de buena fe de la aceptación de responsabilidad con argumentos tipo: *si aceptas sólo estarás 5 años, si vamos a juicio oral, podrían absolverte, pero también podrían condenarte a 20 años.*

De esta manera, tal como lo hacía la inquisición medieval,¹⁷⁸ forzamos al acusado a aceptar culpabilidad. No le aplicamos tormentos directamente, pero la amenaza de tener que vivir veinte años en una cárcel puede ser en los hechos peor que el peor de los tormentos medievales. El procedimiento, a diferencia de la tortura, es pulcro en sus formas, puesto que ningún agente estatal mancha sus manos de sangre, pero a través de estos mecanismos hacemos sumamente costoso para el acusado ejercer su legítimo derecho a un juicio contradictorio.

La celeridad de las condenas difícilmente puede entenderse como un efecto no deseado de la justicia negociada. Si la derecha hace suyo el discurso de *más condenas en menos tiempo, la prisión funciona, guerra contra el crimen, tolerancia cero, etc.*, las palabras del ex Presidente Ricardo Lagos son claras en cuanto a su voluntad de llenar las cárceles y rápido:

...si queremos combatir la delincuencia, entonces una vez que se aprehenda al delincuente, rápidamente hay que condenar y que se quede en la cárcel y no como ocurre ahora, que mientras se hace el juicio, el delincuente sale en libertad condicional.¹⁷⁹

Las declaraciones de Lagos demuestran que este socialista, amigo de *Paz Ciudadana* y defensor de las cárceles, desconoce completamente cómo funciona el proceso penal. Mientras se hace el juicio no es posible obtener la libertad condicional porque ésta sólo procede respecto de condenados. Pero más grave que la ignorancia del punitivista Lagos es su defensa de la prisión preventiva. Es decir, Lagos no sólo quiere la cárcel para quienes hayan sido penalmente condenados, sino que incluso para personas investigadas penalmente. Técnicamente inocentes de quienes no sabemos si serán condenados o absueltos.

Las palabras de Lagos no son ya declamaciones desesperadas de un candidato capaz de decir cualquier cosa para ganar una elección. Es la voz del Presidente de la

¹⁷⁸ Esta realidad también fue denunciada en Italia por Tullio Padovani en un artículo titulado “La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento” (1981)

¹⁷⁹ *El Mercurio*, 6 de septiembre de 2005, primera página.

República. Un Presidente que se jacta de haber construido muchísimas cárceles y que pide a gritos que sean llenadas. Un presidente que no parece creer en la presunción de inocencia y que gestiona la pobreza a través de la brutalidad penal y del control.

La entrada en vigencia de la reforma fue gradual. Como se trataba de un cambio tan sustancial no podían preverse los problemas que acarrearía el funcionamiento de este nuevo sistema. Por ende, fue necesario ir corrigiendo dificultades que sólo pudieron vislumbrarse a partir de la entrada en vigencia de la misma reforma. Por lo mismo, su implementación se produjo de manera paulatina entre los años 2000 y 2005.

A diferencia del proceso penal anterior, el nuevo Código Procesal Penal le da mayor participación a la víctima, reconociéndole como un interviniente del proceso penal, y con diversos derechos como solicitar medidas de protección frente a hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia; ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que este pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada; impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento; etc. (véanse artículo 12 y 109 del Código Procesal Penal).

-Efectos de la Reforma.

Los principales efectos de la Reforma son el mayor número de condenas y la celeridad de la *justicia* penal.

Ciertamente la Reforma Procesal penal ha sido una de las causas del aumento de la población encarcelada en Chile. Como hemos venido diciendo, desde el retorno a la democracia, el desproporcionado miedo al delito ha incentivado un discurso demagógico vindicativo que se ha traducido en políticas penales más punitivas. La Reforma Procesal Penal, en este sentido, ha sido funcional al discurso al hacer posible el aumento de las condenas y de los encarcelados.

Uno de los principales efectos de la Reforma fue un incremento cuantitativo y cualitativo en los ingresos y términos de los procesos judiciales (Salinero, 2012: 124). A diferencia de lo que pasaba en el antiguo sistema, con la reforma el número de sentencias y de condenas aumentan en términos absolutos. En 1999 (un año antes de la entrada en vigencia de la Reforma), la tasa de condenas en Chile era de 226 por cada 100.000 habitantes. Con la entrada en vigencia de la reforma, la tasa de condenas aumento año a año desde el año 2000 al 2009, llegando a una tasa sin precedentes de 1.467 (por cada 100.000 habitantes) en 2009, lo que significa 248.140 sentencias condenatorias ese mismo año.¹⁸⁰

¹⁸⁰ Datos en Salinero 2012: 127. Las condenas no necesariamente implican una pena efectiva de prisión.

Un rol fundamental en el aumento de las condenas lo constituyen, como hemos venido diciendo, los procedimientos de autoincriminación. La siguiente tabla muestra cómo entre los años 2001 y 2008 aumentaron las condenas y las absoluciones de los procedimientos simplificados y abreviados:¹⁸¹

Año	Condena Simplificado	Absolución Simplificado	Condena Abreviado	Absolución Abreviado
2001	601	29	166	4
2002	1.30	59	1.044	6
2003	3.005	61	1.931	12
2004	12.786	226	4.797	65
2005	27.129	435	90217	123
2006	41.487	559	19.148	172
2007	52.317	840	24.569	279
2008	68.156	998	34.035	2220

Estos procedimientos de justicia negociada requieren la renuncia a un juicio contradictorio y, en cierto sentido, a la presunción de inocencia. En los *procedimientos simplificados*, el imputado puede obtener una pena inferior, siempre y cuando acepte responsabilidad en los hechos que se le imputan. En los *procedimientos abreviados*, el imputado acepta los hechos de la acusación y los antecedentes de la carpeta de investigación del fiscal del Ministerio Público.

Estos procedimientos, basados en la autoincriminación, han tenido un incremento sostenido, favoreciendo la imposición rápida y negociada de una pena, que en gran cantidad de casos será de cumplimiento efectivo; permiten no sólo inferir que colaboran estrechamente con las elevadas y actuales cifras de inflación penitenciaria, sino que también inciden en la punición efectiva de la eventual segunda condena (reincidencia) (Salinero, 2012: 132).

La aceptación de responsabilidad muchas veces más que ser el reflejo de un reconocimiento espontáneo de los hechos por parte del imputado, responde al temor a una condena muy extensa. La presión del imputado será mucho mayor cuando éste se encuentre en prisión preventiva. Diversas normas, como veremos a continuación, han ampliado la prisión preventiva, fomentando así los procedimientos basados en la autoincriminación.

Otro importante efecto de la reforma fue la disminución en los tiempos de duración de los procesos judiciales. Más de la mitad de las causas en el sistema anterior tenían un promedio de tiempo de entre 6 meses y dos años, y un 15% demoraba entre 2 y 5 años. En el nuevo sistema los plazos son mucho más cortos. Por ejemplo, en 2009, el 46,7% de los procesos terminó en menos de 2 semanas; el 35,2% duró

¹⁸¹ Datos en Salinero 2012: 131.

menos de 6 meses; el 11% más de 6 meses y menos de un año; y el 7,2% más de un año.¹⁸²

-Reformas al Código Procesal Penal.

Se ha sostenido que el Código Procesal Penal tenía un espíritu garantista, afirmación que cuestionamos. Sin embargo, las modificaciones introducidas con posterioridad sin duda tienen un claro rumbo autoritario y buscan debilitar esa supuesta línea garantista que lo inspiraba.

El año 2002, en el gobierno socialista de Ricardo Lagos, se promulgó la ley 19.789 que alteró el control de identidad. En concreto, la nueva norma, que modificó el artículo 85 del Código Procesal Penal, amplió las facultades policiales permitiendo una revisión más intrusiva, aumentando el plazo del control e incluyendo las faltas como supuesto de indicio que permita dicho control. La misma ley modificó el artículo 134 referido a la situación de flagrancia, ampliando las facultades discrecionales de la policía. La modificación faculta a la policía a registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo del imputado. Además, *éste podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal*. Es decir, tratándose no ya de delitos, sino que de meras faltas, los imputados pueden ser detenidos por la policía.

En 2005, también con Lagos en la presidencia, se promulgó la ley 20.074 que modificó el Código Procesal Penal y el Código Penal. Dicha ley amplía los supuestos de prisión preventiva quitándole su carácter de *última ratio*. Con la modificación del artículo 139 del Código Procesal Penal se establece que la prisión preventiva procederá -además del objeto que ya se establecía de asegurar las finalidades del procedimiento- para *asegurar la seguridad del ofendido y de la sociedad*. Asimismo se modifican los artículos 140 y 141 intensificando su aplicación. Así, por ejemplo, se suprime el inciso del artículo 141 que disponía que “No se podrá imponer la prisión preventiva cuando esta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable”.

En 2006, el gobierno de la socialista Michelle Bachelet, propuso un proyecto de ley que pretendía *perfeccionar* la Reforma Procesal Penal. Se trata de la llamada *Agenda corta antidelinquencia*, que se materializó en la ley 20.253, que terminó aprobándose en 2008 y fue publicada el 14 de marzo de dicho año con una clara orientación punitivista. El propio Ministro de Justicia, el radical Isidro Solís, sostuvo el 8 de julio de 2006 que la finalidad de dichos proyectos era *endurecer la política criminal para controlar la delincuencia*.¹⁸³ Al año siguiente, el siguiente Ministro de Justicia, Carlos Maldonado, también militante del Partido Radical, sostuvo: *Soy partidario, y trabajo en el Parlamento para que se apruebe el proyecto de Agenda corta que establece*

¹⁸² Datos de la Defensoría Penal Pública que incluyen los procesos amparados por dicho organismo. Citados en Salinero, 2012: 130.

¹⁸³ La Tercera, 8 de julio de 2006, p. 8.

*criterios más rigurosos en materia de prisión preventiva. Algunos jueces son demasiado garantistas.*¹⁸⁴

Dicha norma agrava la reincidencia de delitos graves; señala el “peligro de fuga” como nueva causal de la prisión preventiva; amplía las facultades policiales autorizando que ingresen y registren lugares cerrados, aun sin autorización de juez o de fiscal, cuando existan antecedentes de la comisión de un delito; etc. Claramente se trata de normas inconstitucionales (sin que nuestra *Constitución* sea ejemplo de democracia) al vulnerar la inviolabilidad del hogar sin orden judicial. Además, esta ley introduce modificaciones que facultan a las policías a controlar la identidad cuando existan indicios de que los sujetos controlados hayan cometido o intentado cometer un delito. Se amplía el plazo de flagrancia de cualquier delito hasta doce horas. Asimismo, esta reforma aumenta las restricciones al otorgamiento de libertades y restringe las garantías individuales. Se trata, en términos generales, de una norma que aumenta el control penal.

Si bien rechazamos en su totalidad el aumento del punitivismo que significó la llamada *Agenda corta*, nos parece especialmente grave la ampliación de causales de la prisión preventiva. Uno de los méritos que se le podían reconocer a la reforma era precisamente que había disminuido el porcentaje de internos en prisión preventiva respecto al total de los encarcelados. Modificaciones como éstas aumentan el encarcelamiento de personas de quienes no sabemos aún si son culpables o inocentes.

Si en nuestro actual sistema penal la cárcel se presenta como la sanción más severa, ésta debe resultar absolutamente excepcional (o incluso inexistente) como medida cautelar que se decreta de una persona que no ha sido condenada. Resulta un sinsentido, de un costo humano enorme e irreversible el encierro de personas respecto de las cuales desconocemos el resultado del proceso. Las cifras reflejan un autoritarismo injustificable. Muchos hombres y mujeres que han debido sufrir la prisión preventiva, es decir, que han estado en la cárcel, han sido absueltos o condenados con beneficios que les permiten cumplir la condena en libertad. Mantenerlas encerradas, poniendo en riesgo sus vidas, integridad física y psicológica, resulta inaceptable en una sociedad democrática. Un estudio de Ulises Gómez (2012) muestra que el 65% de personas sometidas a prisión preventiva terminan sin una condena privativa de libertad, ya sea porque son absueltos o porque obtienen algún tipo de beneficio. Otro estudio basado en las estadísticas de la Defensoría Penal Pública (Medina, 2009: 23) muestra que el 22% de los imputados absueltos estuvo en prisión preventiva. La situación resulta indignante y

¹⁸⁴ “Voy a ser bien directo: la prisión es un mal necesario”, El Mercurio, 14 de julio de 2007, D 10. Resulta llamativo el título del artículo del ex ministro. Si efectivamente cree que la prisión es un mal necesario, ¿no debiera ésta aplicarse de manera excepcional y como *ultima ratio*? Ampliar los supuestos de prisión preventiva va justamente en la dirección opuesta, es decir, en la de encerrar con más facilidad a personas que técnicamente son inocentes y que, como lo demuestran las cifras, muchas de ellas terminan siendo absueltas. Aumentar los supuestos de la prisión preventiva significa invertir el principio *in dubio pro reo* por uno de *in dubio pro carcerem*.

genera violencia, resentimiento y odio contra un Estado opresor de corte autoritario.

¿Cuánta rabia y resentimiento produce un sistema que encierra en la cárcel a una persona que resulta absuelta? Asimismo, es inaceptable que condenados que pueden cumplir la pena en libertad hayan debido estar en prisión en calidad de imputados. No puede defenderse, según criterios de racionalidad o proporcionalidad, que la “pena” de un inocente sea más gravosa que la pena de un condenado. Pero al parecer nuestro discurso es el que carece de sentido, puesto que intentamos defender cierta racionalidad basada en la proporcionalidad y en la discrecionalidad, mientras quienes legislan lo hacen para satisfacer temores y paranoias sin respetar ningún criterio de proporcionalidad.

Si, como vimos, esta situación no respeta la proporcionalidad, entonces no puede defenderse según criterios basados en la justicia o en principios retributivos. Conocidos los efectos del encarcelamiento, tampoco resulta plausible encontrar criterios utilitaristas para defender esta situación. Simplemente estamos ante un hecho brutal que no puede justificarse ni legitimarse. Se trata sólo de un fenómeno de poder y no de derecho. Esta norma, más que atender a la realidad de la delincuencia, es una respuesta a una percepción distorsionada de la delincuencia.

-La Reforma de la Reforma

Aunque con las modificaciones de la llamada *Agenda Corta* el autoritarismo penal alcanzó niveles sin precedentes en Chile, la situación siempre puede resultar más punitiva. Así, en 2012, tras una resolución de un caso mediático en el que un autor confeso de haber dado muerte a un barrista de un club deportivo no quedó en prisión preventiva por resolución de un Tribunal de Garantía, el Presidente Piñera anunció la *Reforma de la Reforma*, tendiente a fortalecer la lucha contra la delincuencia, y sostuvo: “Tengo la obligación, cuando algunos eslabones no cumplen adecuadamente su labor en la lucha contra la delincuencia, de tomar todas las medidas que estén a nuestro alcance”.¹⁸⁵ Dicha *Reforma de la Reforma*, si bien no cuenta con un programa definido, busca ampliar aún más las facultades policiales y del Ministerio Público; extender el catálogo de medidas cautelares; establecer más sanciones para reincidentes; crear nuevas medidas que supuestamente protegen a la víctima; etc.

Nótese que todos los aspectos propuestos han sido objeto de reformas anteriores [...] y no llegó a pasar un año de la propuesta de la “Reforma de la Reforma” cuando, en septiembre de 2013, desde el Ejecutivo se sugiere hacer otra vez una modificación para aumentar las facultades de la policía en materia de investigación y ampliar las facultades de los jueces para ordenar la prisión preventiva (Jiménez, Santos y Medina, 2014: 248).

Seguir con esta absurda lógica nos llevará a ampliar cada vez más las facultades policiales (disminuyendo las prerrogativas de los ciudadanos), aumentar las hipótesis de prisión preventiva (encerrando cada vez a más inocentes), aprobando

¹⁸⁵ *El Mercurio*, 4 de octubre de 2012, A3.

reformas inconstitucionales y contrarias a los derechos humanos. Se trata de normas que se oponen a la legislación internacional de derechos humanos, además de inútiles, en cuanto a la disminución de delitos o de niveles de violencia social, cuya única ganancia la obtienen políticos que siguen planteando y alimentando una simple visión de guerra entre criminales y ciudadanos respetuosos de la ley. Detrás de este camino progresivo al autoritarismo está la noción que divide a las personas entre *ellos* y *nosotros* promoviendo la ampliación del control hasta la esfera más íntima y que desemboca en el totalitarismo penal.

Antes de pasar a revisar las leyes sustantivas de Derecho penal, comentaremos una situación ficticia de un argumento de un film italiano de Nanni Loy que puede ayudarnos a entender en qué sentido el nuevo proceso penal puede calificarse de garantista. *Detenuto in attesa di giudizio* (Detenido a la espera de juicio) es un film italiano interpretado por el gran comediante romano Alberto Sordi. El protagonista, Giuseppe Di Noi,¹⁸⁶ por errores administrativos es detenido cerca de la frontera entre Suiza e Italia y vive una verdadera pesadilla sin siquiera saber o entender el motivo de su detención. La historia, con claras reminiscencias kafkianas, nos advierte de los peligros de un poder punitivo sin garantías fundamentales.

Situaciones como éstas resultan intolerables y, al menos en el Chile de hoy (después de la reforma), son difíciles de imaginar. Efectivamente hay normas garantistas que nos aseguran una pronta comparecencia a un Juez de Garantía quien tendrá que comunicarnos el o los motivos de la eventual investigación que se siga en contra nuestra. Esta situación, en cambio, podría ser factible en el sistema antiguo en el que la etapa de sumario era secreta. Claramente en este punto la mejoría del nuevo sistema es indudable.

Pero ¿por qué el nuevo sistema, si es más garantista, aumenta el número de presos? La respuesta parece encontrarse en que el verdadero garantismo es prerrogativa *de nosotros (di noi)* y el legislador se pone en la situación de injusticia y arbitrariedad que podría pasarle a él, a sus familiares o a nosotros. *Nosotros* (en oposición a *ellos*) somos ciudadanos protegidos del poder punitivo. *Ellos*, en cambio, en cuanto a sujetos marginales y pobres, son distintos y potentes enemigos que tienen que ser controlados e inocuizados y qué mejor que el sistema penal para ejercer dicho control.

b) Leyes sustantivas.

Hemos hablado de dos condiciones necesarias del encarcelamiento masivo, a saber, la construcción de nuevas cárceles y un procedimiento que permita enviar de manera rápida a más personas a las cárceles. Pero a esto se agregan leyes cada vez más punitivas que, en nuestro análisis, son causas inmediatas del encarcelamiento masivo. Pasemos ahora a revisar las principales alteraciones a la normativa penal que favorecen el encarcelamiento.

¹⁸⁶ *Di Noi* puede traducirse como *De Nosotros*, lo que podría interpretarse como que el protagonista, un burgués pequeño pequeño (parafraseando otro film de Sordi), podría ser uno de nosotros.

El 14 de enero de 2004 se publicó la Ley 19.927 sobre los llamados “Delitos sexuales”. En términos generales, esta Ley aumentó la punición para diversos delitos y restringió la posibilidad de obtener beneficios alternativos a la prisión. La promulgación de esta ley fue precedida de diversos escándalos mediáticos por situaciones de pedofilia que crearon un ambiente que hacía ver a Chile como un país que tenía una legislación penal débil en la esfera sexual. Entre los años 2006 y 2012 el número de delitos sexuales ingresados a Fiscalía aumentó de 94 a 131 (por cada 100.000 habitantes).¹⁸⁷

El 7 de octubre de 2005 se publicó la Ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar. Dicha Ley expande el Derecho penal al incorporar nuevos delitos ya tradicionales como las amenazas y las lesiones, además de la creación de nuevos tipos penales. Pocos delitos como los contenidos en esta ley han aumentado tanto su nivel de denuncias que pasan de 338 en 2007 a 797 en 2012,¹⁸⁸ la mayoría de las cuales corresponden a lesiones psicológicas o leves. Obviamente la violencia intrafamiliar es un problema grave que debe ser estudiado y combatido en sus causas. Buscar resolver este tipo de problemas con la expansión del Derecho penal es un despropósito que sólo sirve a los legisladores para mostrarse del lado de las víctimas (generalmente mujeres maltratadas) olvidando que normalmente las sanciones que sufre el maltratador terminan afectando también fuertemente a la víctima. Piénsese por ejemplo en el encierro del hombre maltratador y proveedor que significará que la mujer pobre y maltratada tendrá que inventar nuevas formas para el sustento familiar lo que usualmente se traducirá en un mayor abandono de los hijos. Por estas y otras razones, en Chile y en otras latitudes, las mujeres maltratadas suelen retractarse de su denuncia o no colaborar con el juicio para así evitar la sanción de su maltratador.¹⁸⁹

La mencionada ley 20.066 establece en su artículo 5 que:

Será constitutivo de violencia intrafamiliar todo maltrato que afecte la vida o la integridad física o psíquica de quien tenga o haya tenido la calidad de cónyuge del ofensor o una relación de convivencia con él; o sea pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive, del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.

También habrá violencia intrafamiliar cuando la conducta referida en el inciso precedente ocurra entre los padres de un hijo común, o recaiga sobre persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

En general se trata de delitos de lesiones, delitos contra la libertad e intimidad de las personas y homicidios. Sin poder afirmar que estos delitos hayan aumentado (e intuyendo su disminución), las denuncias han aumentado exponencialmente. Si en

¹⁸⁷ Datos en Jiménez, Santos y Medina, 2014: 115.

¹⁸⁸ Datos en Jiménez, Santos y Medina, 2014: 110.

¹⁸⁹ Sobre los posibles motivos de la retractación de las víctimas en estos delitos, véase, Larrauri, 2008.

2007 se recibían cerca de 56 mil denuncias, en 2010 las denuncias serán más del doble (123 mil, aproximadamente). En los mismos años mencionados, el total de condenas en términos absolutos se triplicó (de 5.079 en 2007 a 14.257 en 2010).¹⁹⁰ Además de los condenados, cerca de 1000 personas estuvieron en prisión preventiva por estos delitos entre 2009 y 2010.¹⁹¹

Esta norma endureció fuertemente la legislación penal en materia de la llamada violencia intrafamiliar aumentando la pena del delito de lesiones (en violencia intrafamiliar). En concreto, tratándose de las personas señaladas en el artículo 5º, la pena a imponerse es la sancionada para el respectivo delito aumentado en un grado. Como bien grafica Salinero (2012: 135) el delito de lesiones leves tiene asignada una pena de multa por nuestra legislación penal. Sin embargo, si estas lesiones se cometen en contra de las personas que pretende proteger la Ley de Violencia Intrafamiliar, la pena correspondiente irá de 61 a 540 días de prisión. Además la ley en su artículo 19 dispone restricciones al acceso de salidas alternativas favoreciendo el encarcelamiento. De más está decir que normas como éstas, impulsadas por populistas punitivos, en nada solucionan los problemas de violencia intrafamiliar. En general el Derecho penal no es un mecanismo eficaz para resolver problemas sociales, pero esto es mucho más cierto en estos casos. Ámbitos como estos demuestran lo equivocado de las políticas penales que en vez de buscar atacar las causas de las situaciones de violencia en las familias (por ejemplo, consumo de alcohol u otras drogas, desempleo, etc.), sancionan con privación de libertad generando efectos criminógenos en el condenado y en su entorno familiar.

- Leyes sobre tráfico ilícito de estupefacientes.

Un apartado especial merecen las leyes 19.366 (1995) y 20.000 (2005) sobre el tráfico de estupefacientes. En 1990, con el retorno de la democracia, el Gobierno de Chile firma acuerdos antidroga con Estados Unidos, que son condición impuesta por el país del norte para firmar luego tratados comerciales. Dichos acuerdos suponen aumentar los controles y detenciones por tráfico de drogas, la creación del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) y la implementación de planes específicos. La historia patria y regional nos hace desconfiar de las cándidas intenciones de Estados Unidos y buenas razones nos hacen suponer que la preocupación de Estados Unidos no tiene tanto que ver con la salud de los chilenos como con el perjuicio que les genera la enorme salida de dólares por adquisición de drogas producidas en Sudamérica y consumidas en Estados Unidos.

Las leyes 19.366 y 20.000 han significado un desproporcionado aumento de penas, además de la flexibilización de garantías y derechos fundamentales. Con la entrada en vigencia en 1995 de la ley 19.366, en un año prácticamente se triplicó el número de condenados, hasta casi quintuplicarse en 2004 (Salinero, 2012: 138). Luego con la 20.000 las condenas han aumentado sustancialmente. Esta última ley introdujo la

¹⁹⁰ Fuente Estadísticas Ministerio Público, citados en Salinero, 2012: 135.

¹⁹¹ Fuente Estadísticas de la Defensoría Penal Pública, citados en Salinero, 2012: 135.

figura del llamado delito de microtráfico. Hasta antes de esta ley, los jueces frente a tráfico de pequeñas cantidades de droga optaban por recalificar el delito a la falta de consumo o bien sobreseer la causa por considerar desproporcionado aplicar las altas penas contempladas para el tráfico que iban de 5 años y 1 día hasta 15 años de prisión. Con la intención de terminar con esta situación de *impunidad*, la ley 20.000 contempla el tipo penal de microtráfico con una pena menor que la del tráfico. En concreto, la ley 20.000 sanciona el delito de microtráfico con una pena privativa de libertad que va de los 541 días a los 5 años.

La ley 20.000, chocando frontalmente con el principio de presunción de inocencia, contempla expresamente la presunción de culpabilidad, traspasando al imputado la obligación de probar que no estaba realizando actividades de tráfico. En concreto, el inciso primero del artículo 4º dispone:

El que, sin la competente autorización posea, transporte, guarde o porte consigo pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas, productoras de dependencia física o síquica, o de materias primas que sirvan para obtenerlas, sea que se trate de las indicadas en los incisos primero o segundo del artículo 1º, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de diez a cuarenta unidades tributarias mensuales, *a menos que justifique que están destinadas a la atención de un tratamiento médico o a su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo.*

Esta expresa presunción de culpabilidad hará que la mera negligencia de un drogadicto lo transforme de consumidor en traficante, debiendo enfrentar elevadísimas condenas. La lógica ionesquiana de una norma de este tipo termina sancionando a las víctimas del bien jurídico protegido. Como en Estados Unidos, miles de drogodependientes empiezan a llenar las cárceles.

Con los nuevos planes anti drogas y las instrucciones precisas a Carabineros y a Policía de Investigaciones, son cada vez más comunes los allanamientos en sectores modestos, lo que aumenta desproporcionadamente el número de detenidos por delitos de drogas. Este aumento no tiene necesariamente una relación directa con un supuesto aumento del tráfico de drogas. Se trata más bien de la *Guerra contra las Drogas*, impulsada primeramente en Estados Unidos y que comienza a ser imitada (o impuesta) en Chile. El efecto de esta persecución, más que obtener la condena de grandes narcotraficantes, es el encarcelamiento de pequeños vendedores y vendedoras pobres, muchos de ellos inmigrantes, y de numerosos narcodependientes. Claramente se trata de el encarcelamiento de los últimos eslabones de la cadena (el vendedor final y el consumidor) lo que prácticamente no afecta el gran tráfico de drogas. Asimismo, el aumento de la población femenina por delitos vinculados a las drogas, supone muchas veces el abandono de los hijos con las nefastas consecuencias que esto supone.

En 1990 el número de condenados con penas privativas de libertad por delitos de tráfico de estupefacientes es de 704 personas. La cifra asciende a 4.430 en 1998. Este aumento del 630% podría entenderse como el resultado de la imitación, o imposición, de las políticas criminales de Estados Unidos, y su proyección podría hacernos pensar que en un futuro no muy lejano los condenados por la ley de drogas serán la mayoría de la población reclusa.

Si en Estados Unidos, pese a niveles semejantes entre población blanca y negra, se han centrado en los barrios negros pobres, en Chile el sistema penal selecciona a los más vulnerables, y las policías, el Ministerio Público, los jueces y las autoridades no centran la persecución ni encarcelan a estudiantes universitarios o a profesionales que consuman drogas. Además de centrar la persecución en zonas según criterios de clase, también se atiende al criterio geográfico, aumentando los controles en el norte del país. Así, en 1998, en las cárceles de Arica, en el norte de Chile, el porcentaje de condenados por infracción a la ley de drogas ascendió al 70% (De Rementería, 1998: 97). Entre 1990 y 1998 las detenciones por delitos relacionados con drogas aumentó de 110 a 202 (por cada 100.000).¹⁹² Además, como adelantamos, las leyes de drogas se traducen en un enorme aumento del número de mujeres presas. Ya en 2004 el 53,60% del total de mujeres privadas de libertad era por infracción a la ley de drogas y estupefacientes (Stippel, 2006: 150).

-Delitos contra derechos patrimoniales.

La situación de los delitos contra los derechos patrimoniales es un ejemplo de desproporción en nuestra legislación. Que los delitos de robo con violencia o intimidación tengan penas más altas que el homicidio, da cuenta de una mayor valoración de la propiedad que de la vida. En todo caso, son respuestas penales equivocadas impulsadas por reformas populistas. Además, una modificación de 1972 del artículo 450 del Código penal, establece que se castigan como consumados algunos delitos contra la propiedad desde que se encuentran en grado de tentativa.

En 1996 se aprueba la ley 19.449 que aumenta las penas del robo con fuerza en las cosas, subiendo el mínimo tiempo de pena de 3 años y un día a 5 años y un día. Esta modificación no sólo significa el aumento en 2 años del mínimo de la pena, sino que 5 años es el plazo máximo para obtener beneficios de la ley 18.216. Es decir, con esta modificación se favorecen las condenas en prisión para los autores de estos delitos. Asimismo esta ley restringe una circunstancia atenuante consistente en reparar con celo el mal causado.

Luego, en 2004 se promulga la ley 19.975 que modifica el Código Penal aumentando las penas para los delitos de hurto y robo cuando para su perpetración se haga uso de armas. En 2008, la ley 20.253 establece nuevos supuestos del delito de receptación. Además esta norma, favoreciendo claramente intereses mezquinos de compañías privadas que ofrecen servicios básicos como electricidad, agua, luz, etc., establece penas que parten en 541 días hasta los 5 años por el robo o la receptación de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvias o telefonía. Normas como estas evidencian cómo el Derecho penal más que pretender proteger intereses colectivos, termina sirviendo beneficios de pequeños y poderosos grupos.

El abuso legal en Chile resulta indignante. Primero se privatizan los servicios básicos como luz, agua y gas. Luego los legisladores en vez de proteger a los

¹⁹² Datos en Ramos y Guzmán, 2000: 122.

consumidores, salvaguardan a estas empresas utilizando la brutalidad del poder punitivo para sancionar duramente (¡con penas de hasta 5 años!) a quienes sustraigan agua potable o luz eléctrica. Normas como estas seguramente responden a financiamientos de campañas electorales o beneficios subrepticios que obtienen parlamentarios por parte de estas mismas compañías, o bien se trata de beneficios económicos directos por participaciones sociales en las mismas. Estos puntos evidencian una situación corrupta que está siendo denunciada actualmente y que se produce por los vínculos entre empresas y políticos, donde estos legislan para beneficiar a aquéllas con clara incompatibilidad de intereses.

Si bien diversos indicadores sitúan a Chile como un país poco corrupto en comparación con otros países latinoamericanos, recientes denuncias y procesos penales estarían evidenciando una corrupción ligada a intereses contrapuestos entre el mundo empresarial y la clase política. Se trata, no de coimas o sobornos, tan característicos en el continente, sino de un funcionamiento más complejo mediante el cual el sector privado vinculado al sector inmobiliario, de salud, de educación, de seguros, etc., obtiene leyes que los benefician a cambio de financiamientos y hasta la entrega de pagos mensuales a parlamentarios.¹⁹³

Las leyes comentadas anteriormente son las principales causas inmediatas del encarcelamiento masivo en Chile. Como vimos al inicio de este capítulo, el nivel de encarcelamiento dependerá de la diferencia entre los ingresos y egresos de personas en las cárceles. Mencionemos a continuación algunos mecanismos que permiten el cumplimiento de penas en libertad.

La ley 18.216 de 1983 contempla tres beneficios alternativos, a saber, la Remisión Condicional de la Pena, la Reclusión Nocturna y la Libertad Vigilada. Entre los años 2000 y 2009 cerca del 50% de los condenados han obtenido alguno de los beneficios de esta ley. En junio de 2012, la ley 20.603 modifica la 18.216 agregando como penas alternativas la Reclusión Parcial (que incorpora el brazalete electrónico), la Libertad Vigilada Intensiva, la Expulsión y la Prestación de Servicios en Beneficio de la Comunidad.

Otro mecanismo que permite el cumplimiento de la pena en libertad es la Libertad Condicional, que es un beneficio legal que concede el Presidente de la República a personas sujetas a una pena privativa de libertad y que permite cumplir el saldo de la pena en libertad cumpliendo determinadas condiciones. La lógica de suma cero,

¹⁹³ Las situaciones más bulladas hoy en día son el llamado “Caso Penta” en el que Empresas Penta mediante declaraciones falsas ante el Servicio de Impuestos Internos habría defraudado al Estado por 4 millones de dólares según la Fiscalía. *Penta* además utilizaría boletas falsas para alterar la contabilidad y evadir impuestos. Dichas boletas y facturas ideológicamente falsas ayudaron a financiar campañas electorales de varios políticos, en su mayoría militantes de la UDI. El otro caso emblemático se vincula con la empresa minera SOQUIMICH, controlada principalmente por un ex yerno de Pinochet. Diversos políticos, de ambas coaliciones, habrían emitido boletas y facturas ideológicamente falsas a esta empresa.

producto de la *Guerra contra la Delincuencia* hace sumamente impopular esta medida y, por lo mismo, su aplicación es cada vez más extraordinaria.

La siguiente tabla muestra su evolución entre los años 2000 y 2009:¹⁹⁴

Año	Libertad Condicional	Tasa
2000	1.836	11.9
2001	1.699	10.9
2002	1.472	9.3
2003	1.463	9.1
2004	1.267	7.8
2005	850	5.2
2006	767	4.6
2007	892	5.3
2008	554	3.3
2009	347	2

Por otra parte, los beneficios intrapenitenciarios significan sólo un mínimo porcentaje que no logra solucionar los problemas del hacinamiento ni del encarcelamiento masivo. La no utilización de estos mecanismos es también consecuencia del discurso punitivista y de una confianza en la brutalidad penal y en la cárcel.

Para concluir con este punto y antes de pasar a las consecuencias del encarcelamiento masivo en Chile, repasemos someramente el mecanismo que hizo posible los actuales niveles de encarcelamiento.

Con anterioridad a la implementación de la Reforma Procesal Penal, el sistema inquisitivo resultaba poco democrático al adolecer de imparcialidad y la dilación del mismo era inaceptable en un Estado de derecho. Un elevado porcentaje de la población penitenciaria lo constituían presos procesados, es decir, sin condena. Con la Reforma, quedó atrás el antiguo paradigma y disminuyó significativamente el porcentaje de internos en prisión preventiva.¹⁹⁵ Sin embargo, los mecanismos de justicia negociada, contemplados expresamente en el nuevo Código Procesal Penal, ayudaron a que se produjera un aumento sin precedentes del número de condenados. En términos prácticos la Reforma Procesal Penal, que se vanagloriaba de representar una rápida justicia, terminó significando principalmente *más presos condenados rápidamente*.

¹⁹⁴ Datos en Salinero, 2012: 143.

¹⁹⁵ Entre los años 1997 y 2009 el número de internos en prisión preventiva disminuyó en 5.701 personas. En esas mismas fechas el número de condenados aumentó en 28.600 internos, es decir, pese a reducir el número de internos en prisión preventiva, el número de encarcelados aumentó sustancialmente. Datos en Salinero, 2012: 122.

Si a esto se le agrega el aumento de las penas por parte de las normas sustanciales (especialmente los delitos vinculados a las drogas y contra derechos patrimoniales) el encarcelamiento masivo se transformó rápidamente en una realidad. De la mano vinieron graves problemas de sobrepoblación carcelaria, problemas que trataron de resolverse con la construcción de más prisiones, las que –se decía- terminarían con los problemas de hacinamiento. Sin embargo, como suele pasar en estos casos, las nuevas cárceles se fueron llenando tan rápido como se fueron construyendo y el problema se agudizó. Terminamos teniendo un sistema con más presos, con prácticamente el mismo nivel de vida de los presos, claramente contrarios a cualquier idea de respeto de la dignidad humana, aumentando asimismo el gasto público tendiente a mantener un sistema que crece sin querer detenerse.

La imagen del delincuente perverso (pedófilo o traficante) es la que ayuda a brindarle legitimidad a la cárcel. *Cocaína y pedofilia* aparecen como justificantes del endurecimiento penal. Sin embargo, una mirada más atenta, con cifras concretas, nos mostrará que la población penal está compuesta no por grandes y peligrosos traficantes de drogas o desalmados pedófilos. Como veremos en el número siguiente, el perfil de los presos es muy distinto de lo que pudiéramos pensar a primera vista y la prisión, lejos de constituir la *ultima ratio*, parece ser la principal respuesta del sistema penal y el mecanismo favorito de nuestros gobiernos para gestionar la pobreza.

3.- Consecuencias jurídico-penales, individuales y sociales del fenómeno.

Las consecuencias del encarcelamiento masivo pueden analizarse en diversos ámbitos. Quizá los principales afectados por este fenómeno son los propios presos, pero también sus cercanos y el personal de Gendarmería. Debido al alto costo que supone el encierro masivo, éstos también los asume la sociedad en general. Tanto el costo directo que significa tener a una persona encerrada en una prisión como el costo alternativo de sacar a alguien del medio libre.

A continuación, no pudiendo analizar todos los efectos del encarcelamiento masivo, nos centraremos en sus consecuencias en las prisiones, principalmente en el hacinamiento y en la realidad carcelaria de Chile en *democracia*. Haber seguido el camino del encarcelamiento trae nefastas consecuencias para Chile. En primer lugar, “los centros penitenciarios chilenos están, en general, extraordinariamente sobrepoblados” (Stippel, 2006:61). Así, en 2005, las cárceles de Santiago tenían una sobrepoblación de más del 175% habiendo algunos centros que aumentaron entre 1995 y 2005 más de un 300%. Claramente el hacinamiento significa la violación de importantes derechos humanos y es incompatible con el Estado de derecho.

La miope respuesta de los gobiernos de la Concertación ha sido la edificación de nuevas cárceles. Al respecto, no sabemos si esta supuesta solución, que en la práctica no resuelve nada, ha sido consecuencia de la mera ignorancia de quienes

deciden la política penal, o del cinismo de aquellos que, no preocupados de los efectos reales de la edificación de nuevas cárceles, pretenden mostrarla como la respuesta de un gobierno preocupado por la seguridad pública y por el respeto de la dignidad de los presos. Así, el Ministerio de Justicia del gobierno de Lagos en mayo de 2002 anunció su nuevo plan, tendiente a mejorar la justicia y la seguridad ciudadana, consistente en la construcción de diez nuevas grandes cárceles con intervención de capitales privados.

Recordemos que tras tanta evidencia plasmada en diversos trabajos de campo en distintas latitudes hace más de medio siglo, resulta insostenible plantear en 2002 que la cárcel sea un lugar idóneo para rehabilitar a los delincuentes. Las políticas penales impulsadas por el gobierno de Lagos, privatizando el castigo, endureciendo la legislación penal y construyendo más cárceles para que más personas –casi exclusivamente integrantes de las clases más pobres del país- tengan que sufrir el encierro, tienen que ver con una concepción de la cárcel como “un lugar para estar mal [que] se adscribe al concepto de contención y depósito. Depósito de seres humanos integrado por personas [...] acusados o condenados, en gran parte, por delitos contra la propiedad” (Neuman, 1994: 247). Se trata claramente de una imitación de la respuesta estadounidense al problema de la delincuencia. Este nuevo incremento de depósitos humanos, como suele suceder, sólo baja en un primer momento los niveles de hacinamiento, aumentando enormemente el gasto público obligando a desatender necesidades de primera necesidad.

Ya en la primera mitad de la década del ochenta, en dictadura, se construyeron varios centros penitenciarios, los que al poco tiempo se encontraban en severas condiciones de hacinamiento. Si miramos con atención los niveles de la población penal en Chile veremos que el aumento carcelario viene precedido de la construcción de nuevas cárceles, de lo que se desprende que el argumento de construir nuevas prisiones para disminuir el hacinamiento es inconsistente.

Sin embargo hay grupos que se benefician de este mayor encarcelamiento. La industria del control del delito –utilizando la expresión de Christie- genera cuantiosas utilidades. La Agencia de Seguridad privada y de Teletransporte de Valores, especialista en seguridad, junto a otras empresas del rubro *seguridad* facturaron cien millones de pesos en 1999. Ese mismo año, 50.000 hombres trabajaban como vigilantes o guardias de seguridad; 1500 en empresas anexas, etc. Por su parte, el Estado, en la década de los noventa del siglo pasado aumentó el presupuesto de las policías en 143%; el del Poder Judicial en un 214% y el de Gendarmería en un 352% (Ramos y Guzmán, 2000: 101). Asimismo, las municipalidades de la Región Metropolitana gastan cerca de 3.500.000.000¹⁹⁶ de pesos al año, y gran parte de este gasto es en seguridad.

Sin perjuicio de los beneficios directos de la industria del miedo y del delito, los principales beneficios son indirectos, especialmente porque generan gran utilidad

¹⁹⁶ Cerca de 5 millones de euros.

electoral, necesaria para llegar a ocupar puestos de poder político. Así, la construcción de nuevos depósitos humanos es rentable electoralmente. Cuando se ha atemorizado a una población, incluso la tortura y el maltrato policial pueden presentarse como mecanismos de control necesarios para la seguridad de las personas decentes, y estas medidas, esencialmente totalitarias, pueden ser aplaudidas y generadoras de importantes réditos a sus impulsores.

Ante esto, nuestro cuestionamiento es, en primer lugar, ético y, en segundo orden, práctico. Tal como enseña la experiencia, la construcción de nuevas prisiones no se traduce necesariamente en un menor hacinamiento, “pues la causa del hacinamiento no es la falta de plazas de reclusión, sino [...] la carencia de una política criminal moderna” (Stippel, 2006: 63-65). Construir más cárceles es una decisión política cuyo contenido es el control de la pobreza por medio del encierro y del terror penal. Se opta por aumentar el poder punitivo en desmedro de los derechos de los ciudadanos, especialmente de quienes tienen que sufrir sus consecuencias, esto es, los sectores más pobres de la población.

Pretender argumentar que esto se hace para proteger a los pobres, que son también las principales víctimas del delito, es una falacia que no puede apoyarse en la realidad, puesto que el mayor encarcelamiento normalmente no supone una disminución de la criminalidad. Por ende, resulta inconsistente defender la cárcel entendiendo que con esta se defiende a las víctimas. Los verdaderos motivos que hay detrás de estas decisiones equivocadas son irracionales por una parte y encuentran sustento en el miedo, pero son también racionales, vinculados con estrategias de poder, control y sometimiento.

En Chile, como en la mayor parte del continente, el sistema penal, y la cárcel, escogen a sus habitantes de los barrios más vulnerables de la población. “Pareciera que el destino fatal de estos grupos vulnerables sería dirigirse a su reciclaje penal” (Jiménez, Santos y Medina, 2014: 288). Esto responde a varios factores. Por una parte, la legislación penal, más que establecer las penas en proporción al daño causado por los delitos, lo hace atendiendo a una selección de comportamientos. Como los comportamientos típicos de un sector social difieren sustancialmente del de otros, no resulta difícil para el legislador imponer una dureza desproporcionada para aquellos actos típicos de segmentos sociales que les resultan por completo ajenos (especialmente los robos violentos). En cambio, los comportamientos de sus semejantes, según criterios sociales y económicos, son tratados con una benevolencia absurda.

Esta situación la ejemplifica Stippel (2006: 74 y 75) al comparar la penalidad de entre *5 años hasta pena perpetua* para quien defrauda a otro con violencia o intimidación obligándolo a suscribir un documento público o privado que importe una obligación estimable en dinero (artículos 433 y 438 del Código penal) con la pena irrisoria de *entre 61 días y 5 años*, para el juez que conscientemente hubiere

fallado en contra de la ley en una causa civil o criminal.¹⁹⁷ La diferencia no sólo sería cuantitativa, ya que la situación es muy distinta tratándose de penas de menos de 5 años, puesto que hasta 5 años es posible cumplir la pena con beneficios, es decir, sin cárcel. Este ejemplo nos muestra que “se castiga menos a la persona que, gracias a su posición, hace uso de una *violencia institucional* para lograr el mismo fin que otra persona que utiliza la violencia física, pero que carece de dicha posición” (Stippel, 2006: 75). Otro ejemplo burdo de cómo nuestra legislación se aleja de toda proporcionalidad entre daño y pena es el castigo del homicidio con una penalidad más baja que la del robo con violencia o intimidación. Nuevamente lo que evidencia esta situación insostenible es la diferencia social del creador de la norma (legislador o asesor de legislador) con quien roba con intimidación o violencia (conducta que prácticamente sólo llevan a cabo sujetos pobres, sin educación y de barrios marginales).

La notoria diferencia social y cultural entre quienes deciden el futuro de los penados y quienes tienen que vivir las penas, más la lógica belicista que ve en los delincuentes enemigos sin derechos, hace de las prisiones espacios fuera del derecho. Mónica Maldonado, Fiscal de la Corte Suprema, realizó en 2009 un informe sobre la situación carcelaria en Chile.¹⁹⁸ En dicho informe Maldonado señala que desde 2001 viene representando tanto al Ministro de Justicia como al Director de Gendarmería las deplorables condiciones de las cárceles en Chile. A juicio nuestro la Fiscal comete un grave error al señalar, con carácter de urgente, la necesidad de contar con más cárceles en el país (Maldonado, 2009: 4). Sin embargo, el informe da cuenta de las principales características de nuestras cárceles y de la deplorable vida de los internos, completamente incompatible con la idea de dignidad humana y con diversos tratados internacionales y los *standars* que fijan los metros cuadrados en relación a cada preso.

Según el informa, las más graves situaciones que persisten en los establecimientos penitenciarios, serían:

1.- El Hacinamiento. Se trata de una situación generalizada en las diversas cárceles chilenas, habiendo situaciones de mayor gravedad y, por ende, de mayor vulneración de los derechos de los internos. Uno de los casos más graves es el del Centro Penitenciario de Buin, con una capacidad real de 70 internos y una población penal actual (junio 2009) de 493.

2.- El Horario de desencierro y encierro de los internos. La mayoría de las prisiones chilenas mantienen a los internos encerrados en sus celdas desde las 5 de la tarde

¹⁹⁷ Creemos que hay un error en la interpretación de Stippel, toda vez que la pena para el delito prescrito en el artículo 438 es la de presidio mayor en su grado mínimo a máximo, es decir, de 5 años y un día a 15 años, y no a presidio perpetuo calificado. Esto porque en el supuesto del artículo 438 habría que aplicar las sanciones del artículo 436 y no 433 del Código Penal. Sin perjuicio de esta precisión, el ejemplo de Stippel grafica perfectamente la situación de desproporción que él denuncia.

¹⁹⁸ En: <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Informe-de-fiscal-de-Carceles.pdf>

hasta las 8 de la mañana, lo que agrava la situación de hacinamiento toda vez que la mayoría de las celdas carecen de servicios higiénicos, adecuada ventilación y luz.

3.- La Alimentación de los internos. No existe uniformidad en los diferentes recintos en este punto. En varios de ellos las raciones vienen servidas por gendarmes en forma arbitraria.

4.- La Falta de política y planes de rehabilitación de los internos, y falta de actividades laborales, de capacitación, educación, deportivas, espirituales y recreativas.

5.- Las Deficientes condiciones sanitarias e higiénicas.

6.- La Aplicación del castigo de internación en celda solitaria, y condiciones materiales en que se cumple esta sanción. Esta sanción se aplica en condiciones inhumanas, en celdas de reducidas dimensiones, en las que se introduce a varios reclusos simultáneamente, sin luz natural ni eléctrica, sin ventilación, donde las ventanas estaban tapadas con latas, sin servicios higiénicos en su interior.

7.- El Aislamiento de internos por razones de seguridad.

8.- Las Muertes de internos en los penales. El informe señala que en 2008 murieron treinta internos por riñas en el interior de las cárceles, y a la fecha del mismo (1º junio de 2009) ya habían muerto treinta en circunstancias similares.

Este informe no es el primero ni será el último que denuncie la indigna e inhumana situación de los presos en las cárceles chilenas. A juicio nuestro, la única posible solución a estos problemas, y en especial al hacinamiento que es también causa de las otras situaciones denunciadas, es disminuir el número de presos. Sobre esto volveremos en las conclusiones cuando esbochemos lineamientos de una propuesta respetuosa de los derechos humanos.

Todo parece indicar que la cárcel, por sus efectos criminógenos, fomenta la reincidencia. Si bien resulta difícil comprobar esta relación causal, los porcentajes de reincidencia sugieren que quien haya estado en prisión tiene más posibilidades de volver a ella que quienes nunca han estado presos.

Según clasificaciones realizadas por Gendarmería de Chile desde los años 80 del pasado siglo, los presos tendrían en su gran mayoría un alto *compromiso delictivo*¹⁹⁹ (poco más del 50%). Otro 25% estaría clasificado como con un compromiso delictivo mediano alto. Es decir, el 75% tendrían alto o mediano alto compromiso delictivo y sólo un cuarto de los internos tendrían un compromiso delictivo bajo o mediano bajo. Dadas las condiciones de hacinamiento, los criterios de clasificación, que, entre

¹⁹⁹ Los informes hablan de *compromiso delictual*. Preferimos utilizar la denominación *delictivo* porque el vocablo *delictual* es ajeno a la lengua española y, de alguna manera, evidencia la falta de preparación de quienes elaboran las pautas para clasificar a los presos.

otras cosas, determinan el pabellón o módulo que habitarán los internos, más que buscar el beneficio de los internos, pretenden brindar más seguridad a los carceleros y dar mayor eficiencia a los mecanismos de control.

El mal llamado *compromiso delictual* (C.D.) sirve como marca o estigma del condenado. La “ficha que signa su C.D. es la síntesis de su peligrosidad [...] está muy lejos del discurso de tratamiento adecuado y demasiado cerca de la estigmatización” (Stippel, 2006: 145). No olvidemos que las concepciones peligrosistas descansan en pronósticos de vida futura y en una creencia determinista del comportamiento humano.

La elaboración de esta clasificación se hace en base a cuatro aspectos:

-Apariencia: que involucra lenguaje, cortes, tatuajes y/o balazos.

-Nivel de preparación: que involucra la Continuidad Escolar, Capacitación Laboral, Estabilidad Laboral y Planificación Vital.

-Grupos de Referencia: Relaciones familiares, Grupos de pares, Ocupación del tiempo libre, Ingestión de alcohol y droga.

-Historia delictiva: Antecedentes de conducta antisocial en la infancia, Edad de iniciación delictual [sic] y reincidencia (“Manual de Clasificación y segmentación penitenciaria, en Stippel, 2006: 146).

Al evaluar estos aspectos, Gendarmería pretende conocer la mayor o menor peligrosidad de los *delincuentes* presos, para así distribuirlos según su grado de peligrosidad. Sin embargo, los propios aspectos analizados dan cuenta también de mecanismos de discriminación. Se trataría de una segregación entre segregados, aumentando estigmas y etiquetas según criterios peligrosistas.

La Reforma Procesal Penal, que, como vimos, estableció diversas garantías formales en la tramitación de los juicios y ayudó a aumentar el número de presos a niveles nunca antes alcanzados en Chile, no significa grandes cambios respecto a la situación de desprotección en la que se encuentran los presos. Es más, el aumento del número de internos favorece el hacinamiento y empeora las condiciones de los presos.

La legislación chilena prácticamente no contempla recursos para reclamar o cuestionar actos u omisiones de parte de Gendarmería. Sólo existen las acciones constitucionales de amparo y protección que no resultan los instrumentos más idóneos para garantizar el trato digno de los presos.²⁰⁰ “Al no proporcionar recursos

²⁰⁰ Otro mecanismo que se utiliza por parte de los abogados de la Defensoría Penal Pública es la solicitud de una audiencia de *Cautela de Garantías* ante el Juzgado de Garantía. Aunque la situación no es tan clara, puesto que la ley habla de *imputados* y *procedimiento*, lo que pudiera entenderse que excluye a los condenados, se ha aceptado una interpretación amplia dando lugar a esta audiencia

efectivos en materia penitenciaria, Chile viola la Convención Americana de Derechos Humanos” (Stippel, 2006: 284). ¿Será que detrás de esta violación de la norma internacional se encuentra la idea del juego de suma cero, en el que defender al condenado (incluso pidiendo que se le trate como ser humano) puede ser entendido como estar en contra de las víctimas y de los ciudadanos respetuosos de la ley? ¿Será que nuestras autoridades sacrifican la dignidad humana para mantener el apoyo electoral?

4. Reforma penal. Un panorama adverso.

Aún cuando el panorama sea adverso y no exista voluntad por parte de quienes detentan el poder de respetar los derechos humanos de los presos. Es necesario, a la hora de pensar en el presente y en el futuro, elaborar propuestas para ajustar ordenamientos, sistemas, prácticas penales y penitenciarias a la normativa internacional.

No olvidemos que Chile ha suscrito y ratificado Tratados y Resoluciones Internacionales tendientes a respetar la dignidad humana. Así, en 1991 Chile ratificó la Resolución 45/111 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre tratamiento de los reclusos comprometiéndose a tratar a todo recluso con el respeto que merece su dignidad y valor inherente de ser humano, sin poder ser objeto de discriminación por el hecho de estar privado de libertad.

El preso, con las limitaciones propias del encarcelamiento, sigue gozando de los derechos y las libertades consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc. No se trata de doctrina o ideas altruistas para con los presos. Se trata de normas ratificadas por Chile y que se encuentran vigentes y que, por ende, obligan.

Chile se ha comprometido internacionalmente a abolir o restringir el uso del aislamiento en celdas de castigo como sanción disciplinaria y a crear

las condiciones que permitan a los reclusos realizar actividades que faciliten su reinserción, y les permitan contribuir al sustento económico de su familia y al suyo propio. Es obligación del Estado crear las condiciones necesarias para la reincorporación del recluso en la sociedad, y en las mejores condiciones posibles, de modo de disminuir los actuales índices de criminalidad y reincidencia, contribuyendo así al bien común de toda la sociedad (Maldonado, 2009: 15).

No obstante las normas citadas precedentemente, resulta fácil saber qué camino será el que siga nuestra política criminal, especialmente porque el discurso político

para rectificar abusos (véase artículo 10 del Código Procesal Penal). Este mecanismo, si bien puede resolver problemas puntuales, es ineficiente para la obtención de un cumplimiento cabal de los derechos humanos garantizados por la Constitución y por Tratados Internacionales.

criminal es inconsistente y se defienden ideas opuestas e incompatibles. Por una parte se construyen más cárceles, se favorece el encarcelamiento y, por otra, se habla de resocialización o rehabilitación como un fin de la pena. Se plantea la necesaria búsqueda de soluciones al hacinamiento y a la sobrepoblación penal, pero se limita el otorgamiento de la libertad condicional u otro tipo de mecanismos tendientes a cumplir las penas fuera de las cárceles. Se habla de equidad como un valor necesario y se sigue controlando la pobreza con la cárcel y con el Derecho penal.

Lamentablemente dónde sí parece haber consenso es en llevar adelante verdaderas guerras contra la delincuencia (no contra las causas que la generan) y estas guerras se basan en la imagen del delincuente pobre, drogadicto y violento. Además, los escasos estudios criminológicos en Chile hacen difícil comprender de qué manera se podría disminuir o intentar disminuir la delincuencia. La monopolización de *Paz Ciudadana* como pseudo centro de estudios de la criminalidad distorsiona más la situación. Por una parte su Presidente ha sido colaborador directo de la dictadura militar y su reciente expulsión del Colegio de Periodistas hace difícil creer en la ética con la que operan sus empresas y fundaciones.

Paz Ciudadana ha sido trampolín político de varios parlamentarios vinculados a casos graves de corrupción, especialmente de la UDI, y uno de sus antiguos colaboradores (Carlos Délano) se encuentra actualmente formalizado por diversos delitos tributarios y soborno. Esto puede explicar el porqué *Paz Ciudadana* centra su análisis en delitos perpetrados por pobres. De alguna manera logra así desviar la atención y convencernos de que el verdadero peligro lo constituyen las personas provenientes de sectores marginales y sin educación que están siempre dispuestas a robar o a vender drogas para subsistir.

Así, el Derecho penal y la cárcel resultan útiles y funcionales a la mantención de la verticalidad social, como medio de control que centra su atención en un tipo de delincuencia, descuidando delitos de gran envergadura. Con los enormes niveles de desigualdad y con un poder hegemónico que promueve el encarcelamiento, el panorama es especialmente desolador porque no parece haber una preocupación sincera por la vida de los presos. La prohibición del derecho a voto de los presos, imputados y condenados, manifiesta una clara intención de excluir de la toma de decisiones políticas a quienes tienen que sufrir las consecuencias de las mismas. En Estados Unidos este mecanismo trae como consecuencia la sub-representación de la población negra y en Chile pasa lo mismo con los “flaites”,²⁰¹ que son quienes tienen más posibilidades de vivir la prisión, dentro y fuera de ella.

Las cárceles, pese a estar lejos de los centros de las ciudades y aunque la mayoría de las personas jamás las visitarán, son conocidas por todos. Distintos programas

²⁰¹ Término chileno que se utiliza para mencionar a las personas pobres, con poca educación, de malas costumbres y socialmente inadaptadas.

televisivos nos suelen mostrar la horrible vida de la cárcel. Sabemos que en las cárceles los niveles de violencia entre los internos y entre internos y gendarmes son muy altos. Tampoco nos sorprende el maltrato e incluso la tortura en contra de los internos. Homicidios, violaciones y daños graves no son desconocidos. Todos sabemos que eso pasa en la cárcel y parecemos aceptarlo sin mayor cuestionamiento. Pero al mismo tiempo negamos el hecho. No podemos concebir que nuestras cárceles sean sólo para los pobres y que constituyan sólo un sistema de opresión para personas a las que les hemos negado la educación, la salud y la vivienda. Stanley Cohen creó el concepto de Estado de Negación (Cohen, 2013) según el cual las personas conocemos y no conocemos al mismo tiempo un determinado fenómeno. Sabemos y no sabemos el sufrimiento humano. Cohen si bien considera deplorable este negacionismo, lo entiende como una cuestión más complicada puesto que este negacionismo no se trata de una mentira intencionada, incluso hay culturas enteras en las que sabemos y no sabemos al mismo tiempo y esto es lo que podría estar pasando en la actual cultura del encarcelamiento masivo.

Hoy sabemos y no sabemos que la cárcel es un espacio inhumano. Sabemos que cada año se encierra a un elevado número de “flaites” en las cárceles y sabemos también que éstos pueden morir, resultar lesionados, ser violados por otros internos o torturados por funcionarios de gendarmería. Pero como sabemos que los presos son de barriadas paupérrimas y que se comportan de modo diametralmente opuesto a nosotros es que no nos importa. De alguna manera creemos que lo que les pasa se lo merecen o que están predestinados a esto, pero si nos cuestionamos el merecimiento en relación a lo que les hemos dado y a lo que les exigimos, sabemos (y no sabemos) que no merecen todas las injusticias que les toca vivir (hambre, falta de oportunidades, falta de vivienda digna, carencias elementales, imposibilidad de ir a la universidad, altas probabilidades de terminar en una cárcel, etc.). Como sabemos que el encarcelamiento es esencialmente injusto porque sólo castiga a los más vulnerables, nos inventamos construcciones que nos permitan justificar el encarcelamiento. Que hay muchos pobres que no delinquen, que los pobres son las principales víctimas del delito y, por ende, que la mano dura con la delincuencia termina beneficiando a los más pobres (que, como dijimos, son las principales víctimas).

Así, podemos inferir que el encierro de los más vulnerables es un sistema de control que favorece y protege a los más vulnerables. El paternalismo y autoritarismo que sustenta esta afirmación es tremendo, pero nos sirve para tranquilizarnos y ocultar nuestro funcionalismo a este actual sistema de opresión. La cárcel es inhumana, pero la negación de la realidad carcelaria es fácil porque sabemos que nunca tendremos que sufrirla. Por otra parte, para delitos económicos, la cárcel es excepcional y, en todo caso, las cárceles tienen pabellones especiales para estos señores. Es decir, en el peor de los casos, tendríamos que sufrir una cárcel que no es la que viven la mayoría de los condenados (que son *feos, sucios y malos*, recordando de nuevo a Ettore Scola). Por otra parte, las imágenes televisivas que muestran a estos flaites matando, robando, destruyendo, etc., nos ayudan a convencernos de que el destino de los presos es merecido y que no necesitamos preocuparnos por ellos. Incluso cuando se

sabe lo que cuesta en dinero la mantención de un preso, es usual que las personas reclamen para que se les prive de lo poco y nada que tienen.

El encarcelamiento masivo puede defenderse aduciendo a que no se trata de un encierro necesariamente de pobres, puesto hay muchos pobres que no cometen delitos y que nunca van a la cárcel. Si bien esa afirmación es efectiva, no desmiente la realidad de cárceles pobladas casi exclusivamente por miembros de los sectores más pobres y marginados del país. Con esta forma de responsabilizar personalmente a las personas por sus acciones, olvidamos (sabemos, pero no sabemos) las causas sociales y las carencias de todo tipo (especialmente culturales) que crean, forman y fomentan un enemigo al cual perseguir y que nos permite que las cosas sigan siendo como son.

Encarcelar a un semejante es un acto violentísimo, que supone fijar un cuerpo en un espacio diminuto deshumanizando a quien debe sufrirlo, y deshumanizar a un semejante significa también deshumanizarnos a nosotros mismos, y la deshumanización masiva supone necesariamente la deshumanización de la sociedad. Y esto es así, aunque no nos enteremos del dolor de los presos. El encarcelamiento masivo, como un espectro silencioso corroe la libertad de todos y termina quitándonos lo más preciado de la vida misma.

Por otro lado, los efectos criminógenos que produce la cárcel serán también costos que se pagarán a futuro y que se traducirán en más delitos y mayores niveles de violencia, lo que generará también más cárceles, más controles, más policías y, además, más presos. De esta manera, el encarcelamiento masivo, como un espiral ascendente tiene como punto de llegada el encierro de todos. Sólo un cambio de dirección, un viraje hacia el respeto por la dignidad humana, puede ayudarnos a evitar una política suicida.

De esta manera terminamos, pero no cerramos, este capítulo final. La falta de trabajos de campo y las limitadas fuentes de la cárcel en Chile nos hace sentirnos en deuda y al mismo tiempo son también un estímulo para seguir trabajando en la misma línea. Antes de pasar a las conclusiones, en las que esbozaremos caminos alternativos al encarcelamiento masivo, terminamos esta tercera parte sabiendo que nuestro triste relato no se cierra y que queda abierto como las películas del neorrealismo italiano.

¿Será que habernos centrado en esa parte del mundo en que se vive al margen de todo derecho no nos permite encontrar la cerradura con la que debiéramos cerrar y terminar este trabajo? ¿Será que esta tesis queda inacabada y que representa sólo el comienzo de una investigación más grande que nos permita cuestionar la legitimidad del poder punitivo o será que tras el análisis de cualquier poder cada vez nos convenzamos más, parafraseando a Fabrizio De André, de que no existen poderes buenos?

CONCLUSIONES

Cómo habrá comprobado el lector, este trabajo no pretende ser ni parecer un análisis neutral. Hemos elegido plantear una clara postura crítica con el actual sistema de encarcelamiento masivo, asumiendo los riesgos de nuestra parcialidad y esperanzados de que estos planteamientos sean sometidos a nuevos debates y cuestionamientos que nutran las discusiones en torno a un tema tan poco examinado por juristas chilenos.

Nuestro examen ha sido exhaustivo y ha intentado explicar fenómenos complicados mirando el complejo social y la legislación, como causas mediatas e inmediatas, respectivamente, del aumento del nivel de encarcelamiento. Al analizar los efectos nos hemos servido de estudios de campo que buscan blindar empíricamente nuestros planteamientos. Sin embargo, las referencias empíricas que se acompañan no tienen por finalidad probar hipótesis concebidas *a priori*. Más bien han sido aquéllas las que han modificado nuestras ideas en los puntos en que la realidad nos ha demostrado que nuestra intuición estaba equivocada. Así, hemos cambiado en algunos aspectos nuestro enfoque inicial buscando dar una justa interpretación a una realidad enmarañada que no siempre resulta fácil de analizar.

Nuestras críticas han apuntado principalmente a las elecciones equivocadas que se han tomado por los agentes políticos que han optado por un mayor encarcelamiento como respuesta -y como pretendida solución- al crimen. Convencidos de que toda crítica a una mala elección debe fundarse en la existencia de otras posibilidades, dejaremos esbozada, a modo conclusivo, nuestra propuesta alternativa al encarcelamiento masivo, mencionando otras posibilidades.

Conviene recordar que nuestra oposición al encarcelamiento masivo se basa en que existen alternativas más humanas y más eficientes ante el problema de la criminalidad. El error de adoptar políticas punitivas como el encarcelamiento masivo responde a diversas causas y se funda tanto en motivos irracionales, que nacen del miedo, como en otros racionales que tienen que ver con grupos minoritarios que se benefician directa e indirectamente con el mayor encarcelamiento. Si bien puede que la elephantiasis carcelaria sea útil para la verticalización social y para segregar a los sectores más pobres de la población, resulta imposible defenderla empíricamente como un sistema de prevención de delitos. Recordemos que el *Home Office* ha señalado que *la cárcel es un modo caro de hacer que la gente mala se vuelva peor*, afirmación que traspasa las fronteras británicas y que tiene sentido universal. Estos costos no sólo se refieren a las exorbitantes sumas del presupuesto público que año a año se deben gastar en las prisiones (en desmedro de poder solventar necesidades de primera necesidad), sino que principalmente al dolor que padecen los internos y sus

círculos más cercanos. ¿Tiene sentido generar tanto dolor y gastar tanto dinero para la mantención de un pretendido sistema de control de la delincuencia que resulta completamente ineficaz?

Antes de esbozar nuestra propuesta alternativa, y viable, al encarcelamiento masivo, quisiéramos recordar que la delincuencia debe ser atacada con modificaciones sustanciales de las estructuras sociales. Reducir las desigualdades sociales; implementar políticas urbanas inclusivas que, en lugar de segregar a las comunidades más carenciadas, las incluyan e incorporen; restablecer un Estado de bienestar que otorgue prestaciones básicas como salud, educación, vivienda digna; etc., son algunos de los mecanismos que de mejor manera pueden atacar y prevenir la delincuencia. Hoy por hoy lo más urgente es la necesidad de restringir la aplicación del poder punitivo reduciendo las penas privativas de libertad. Sólo así nos alejaremos de un autoritarismo punitivo, enrielandonos hacia un Derecho penal mínimo, liberal y en esencia de *ultima ratio*.²⁰²

Es necesario recordar que el delito, como un problema social, debe ser atacado en sus causas estructurales (principalmente económicas, pero también sociales y culturales) y no con represión. Esta última, más que solucionar los problemas, suele agravarlos y la cárcel, como se viene repitiendo y comprobando con estudios de campo hace ya más de setenta años, produce efectos criminógenos que repercuten en mayores niveles de violencia y mayor delincuencia. **Pretender solucionar el problema del delito con la cárcel es como procurar apagar un incendio con bencina.** En el futuro los historiadores, perplejos, buscarán explicar cuán absurdo era esperar del encarcelamiento masivo la prevención o disminución de la criminalidad en circunstancias que parece difícil imaginar un sistema más eficiente a la hora de crear mayor delincuencia y fomentar la violencia social.

Por lo demás, no debemos perder de vista que resulta impensable una sociedad sin criminalidad. El delito es también una importante fuente laboral y su ilusoria inexistencia ni siquiera sería deseable por los devastadores efectos que produciría en vastos sectores laborales que viven del delito.

Como dice Marx, el delito y el crimen son útiles y cumplen una función social: unas veces a modo de compensación natural y otras como fuerza impulsora de producción, pues sus constantes ataques a la propiedad privada no sólo *rompen la monotonía y el aplomo cotidiano de la vida burguesa*, sino que también propician el desarrollo de todo un conjunto de fuerzas productivas, que tienen por finalidad la prevención y evitación de sus acciones, en unos casos; y el estudio y comprensión del fenómeno, en otros (Sala, 2014).

²⁰² La expresión Derecho penal mínimo se la debemos a Ferrajoli quién la acuñó en los años setenta del pasado siglo. La idea de un Derecho penal mínimo generó polémica y fue resistida tanto por quienes pedían más punitivismo como por las teorías abolicionistas del Derecho penal (vid. Ferrajoli, 2013).

Que en la sociedad chilena la tarea sea ardua, especialmente por los elevadísimos niveles de desigualdad social, no significa que resulte menos deseable. Al contrario, la enorme desigualdad social chilena brinda monumentales posibilidades de mejora, puesto que es mucho lo que podemos progresar en pos de la igualdad.

Por otra parte, la segregación espacial en ciudades como Santiago de Chile (fruto de desplazamientos coactivos, pero también de la especulación inmobiliaria, de migraciones, de cambio de uso de suelo, etc.) ha sido una causa importante de una sociedad que *ghetiza* a enormes masas de desocupados (sobrantes en las economías post-fordistas), fomentando así los niveles de violencia social. Esta categorización social definida geográficamente ahonda las diferencias que se expresan en modos de andar, de hablar, de vestir, etc., y que colabora con el renacimiento de estereotipos *lombrosianos* imposibilitando el diálogo y la convivencia.

Sólo inquiriendo en las causas estructurales (geográficas, sociales e incluso raciales) podremos comprender reacciones que pueden parecer fruto de la mera maldad o del vandalismo, pero que en realidad son respuestas a estructuras injustas que terminan estallando en comportamientos explícitamente violentos. Sin embargo, la verdadera violencia, implícita y subrepticia, se encuentra en la segregación -dentro y fuera de las prisiones-, en la pobreza y en la imposición cultural. Piénsese, por ejemplo, que cualquier tipo de aglomeración o festejo (manifestaciones estudiantiles, triunfo de un equipo de fútbol, conmemoración de una fecha simbólica, etc.) termina convirtiéndose en un campo de batalla entre adolescentes de barrios marginales y policías. La calificación de estos últimos de vándalos e incluso de terroristas, patrocinada por grupos como *Paz Ciudadana* y súper exhibida por los medios de comunicación, más que buscar comprender un fenómeno, lo sataniza, aumentando el abismo social y alimentando un discurso autoritario.

La súper-criminalización del vandalismo evidencia la falta total de diálogo y la mínima intención de comprender un fenómeno causado por las propias estructuras sociales. El diálogo que no tenemos y que necesitamos sólo se producirá cuando estemos dispuestos a escuchar y a dejar que los *otros* puedan tomar decisiones vinculantes. Resulta imperativo diseñar nuevas estrategias escuchando y respetando las aspiraciones de los excluidos. Así como los derechos laborales (hoy tan disminuidos) no hubieran nunca sido concesiones graciosas de la clase patronal, los derechos y la vida de los presos debe siempre nacer de las exigencias de quienes padecen el encierro y de quienes creemos que se debe respetar la dignidad de todos los seres humanos.

En Chile el panorama es, sin duda, desolador. Si quienes ejercen influencia son grupos que siguen creyendo en una sociedad dividida entre *nosotros* y *ellos* y que, con la lógica del enemigo, promueven la seguridad de *nosotros* a través del control y encierro de *ellos*, la situación parece irreversible. Sin embargo, convencidos de que solo a través de la elaboración de ideas podemos denunciar falacias con forma de *slogans*, y mostrar con razones que el camino correcto es el

de la inclusión y no el de la segregación, apostamos por abrir el debate que nos lleve a revertir la situación actual, reduciendo el punitivismo y cambiando las prioridades públicas.

En definitiva, y en términos muy generales, se trata de la vieja idea, pero más actual que nunca, de que el mejor sistema para prevenir la delincuencia es el fortalecimiento del Estado social. Es decir: *más Estado social y menos Estado penal*. Pasemos ahora a definir criterios coherentes y plausibles de nuestra proposición.

Plantear nuestras propias propuestas no significa, en modo alguno, pensar que contamos con *la* fórmula para disminuir o eliminar la delincuencia. Nuestra proposición más que pretender disminuir el delito, busca terminar con el encarcelamiento masivo y respetar la normativa internacional sobre el tratamiento de los presos y el reconocimiento de la dignidad humana de los mismos.

El delito, como concepto definido políticamente y como problema social, difiere según el tipo de sociedad en el que se viva, y los mecanismos tendientes a prevenirlo o disminuirlo serán distintos según el tipo de sociedad en el que se perpetren. Quizá más que pretender solucionar un problema, debiéramos centrar nuestra atención en no seguir agravándolo. Y más que poder señalar qué camino es el que se debe seguir o qué política criminal debe ser la más apropiada, justo es conocer mejor cuál es el camino que no debemos seguir y qué tipo de política criminal debe ser desechada si no queremos seguir empeorando las cosas.

Nuestra propuesta, esencialmente reduccionista y humanista, tiende a la dulcificación del Derecho penal y, sin esperar ser legitimadora del castigo, pretende ser factible y realista para la sociedad chilena. Si bien anhelamos un cambio estructural en el sistema penal, también queremos fomentar un decrecimiento del punitivismo y aún más una disminución de la prisión que, en términos reales, puede mejorar enormemente la vida de todos.

Sin dejar de reconocer las virtudes del movimiento abolicionista, creemos, junto con Rivacoba (1993: XIII), que a menos que se produzca una transformación de la naturaleza humana el abolicionismo sólo servirá de guía y principio regulador que nos permita medir el grado de perfección de los sistemas penales. Pensar en el abolicionismo como algo alcanzable puede distraer nuestros esfuerzos de tareas más urgentes y factibles consistentes en la búsqueda de la reducción del Derecho penal y en su humanización y, en particular, plantear una forma posible de reducir la monumental aplicación de penas privativas de libertad.

Convencidos de que toda propuesta debe contar con un respaldo teórico, enunciaremos primeramente las cuatro ideas centrales en que se funda, para luego elaborar una fundamentación teórica en la que se basan nuestros enunciados.

Principios centrales de nuestra propuesta:

- a) **Contemplar penas no privativas de libertad para delitos de mediana y baja gravedad;**
- b) **Establecer la rebaja general del tiempo de las penas privativas de la libertad;**
- c) **Despenalizar conductas y fomentar la utilización de sanciones en el ámbito administrativo; y**
- d) **Potenciar un Derecho penal reparatorio o conciliatorio en algunos ámbitos.**

Fundamentación

De una indagación de la cultura occidental de nuestro tiempo se puede revelar la existencia de bienes tan importantes como la libertad ambulatoria, cuya afectación puede suministrar el contenido a nuevas formas de penalidad guiadas por criterios retributivos que respeten la equivalencia del contenido aflictivo de la pena con el merecimiento y que, en algunos casos, pueden resultar compatibles con -siempre preferibles a- criterios consecuencialistas.²⁰³

En el entendido de que la pena de prisión resulta ser ineficiente en cuanto a los objetivos que se propone, además de lesiva para la dignidad humana, proponemos la implementación de distintas formas de punición que no impliquen el encarcelamiento masivo de los delincuentes, reservando la pena de prisión únicamente para delitos de especial gravedad, sea contra bienes individuales (asesinato, violación y otros), sea contra bienes jurídicos colectivos que afecten gravemente a una multitud de personas (delitos contra el orden público y económico, principalmente). Lo anterior supone proponer penas no privativas de libertad para los delitos de baja y mediana gravedad que no se presenten en la ley como *penas alternativas* a la privativa de libertad sino como *pena inmediata y única* de esos delitos.

Creemos que debemos utilizar como principio guía las teorías del merecimiento o retribución a la hora de determinar la magnitud de la pena, y las teorías consecuencialistas (en la medida que no se opongan al criterio guía) para el cumplimiento de la pena. La necesidad de contar con un principio guía busca resolver el problema que constituye la falta de un criterio prevalente que oriente a los jueces a la hora de imponer sanciones.²⁰⁴ Esto trae consigo una

²⁰³ Utilizaremos como sinónimos las expresiones consecuencialistas y preventivas, puesto que las primeras buscan generar consecuencias que normalmente coincidirán con las finalidades de las teorías preventivas, es decir, *prevenir delitos*.

²⁰⁴ Si bien se puede afirmar que casi la totalidad de los Estados formalmente contempla reglas para la determinación individual de la pena, muchas veces los criterios que se entregan son sólo facultativos y la enorme elasticidad de las penas significa en la práctica un importante grado de

indeterminación de las penas o un margen demasiado amplio para el juez a la hora de sentenciar, lo que se traduce en una falta de certeza jurídica.

La flexibilidad cuantitativa de la prisión la ha llevado a ser utilizada como pena para delitos de muy diversa gravedad, en vez de reservarse para los delitos de mayor lesividad. De este modo, al aplicarse una pena cualitativamente gravosa para delitos de baja gravedad, se desvincula la sanción de la reprochabilidad, vulnerando el principio de proporcionalidad.

En términos generales, nuestra propuesta no resulta novedosa, toda vez que a lo largo de la historia del Derecho penal se han conocido formas de punición que no significaban la segregación o exclusión total de la vida social. Descontado el caso de las penas corporales, incompatibles con nuestra cultura, sí existieron formas de restricción de la libertad ambulatoria y penas pecuniarias, que debemos desenterrar mediante la profundización de su estudio, principalmente en lo que dice relación con la restricción de la libertad. Además, atendiendo a valoraciones actuales, se pueden encontrar novedosas formas de punición compatibles con nuestra cultura.

Si bien el argumento de la inconveniencia de la pena de prisión ha sido ampliamente conocido y tratado por la ciencia penal, falta un estudio sobre distintas y novedosas formas de punición. Pasemos a continuación a desarrollar nuestra propuesta tanto en sus aspectos teóricos como en sus enunciados prácticos.

i) Necesidad de establecer un criterio como guía

Puesto que las distintas teorías suponen una determinación diferente de la pena y que los diversos principios entran normalmente en conflicto, en virtud de la certeza jurídica, se hace necesario decidir qué principio o teoría debe prevalecer por sobre los demás. No elegir qué principio debe predominar supone un enorme grado de incertidumbre, cuando no de absoluta discrecionalidad sobre los resultados a que se puede arribar. Establecer un criterio con prevalencia es fundamental, puesto que “[l]a expectativa de la comunidad es sin duda que la pena debe depender de lo que ha hecho el delincuente y no del juez que le toque en suerte” (Robinson, 2012: 96).

Proponemos utilizar como criterio base las teorías retributivas o del merecimiento;²⁰⁵ es decir, para poder justificar la pena –cualquier pena– desde los criterios retributivos, habrá que respetar la equivalencia del contenido aflictivo de la pena con el merecimiento. Sin perjuicio de la utilización de este

indeterminación de la pena y de discrecionalidad del juez. Un claro ejemplo de esto lo encontramos en la ley penal chilena en el artículo 436 que sanciona el tipo básico del delito de robo con violencia o intimidación en las personas con una pena que puede oscilar entre los 5 años y 1 día y los 20 años.

²⁰⁵ Tras haber depurado los conceptos de retribución y de merecimiento en el capítulo I, parte II, número 8, utilizaremos ambos como sinónimos.

criterio como base, creemos conveniente compatibilizar e integrar los postulados retributivos con teorías preventivas, siempre y cuando éstos no sean incompatibles con los requisitos retributivos.

ii) Compatibilidad entre teorías del merecimiento y teorías consecuencialistas.

La compatibilidad entre teorías retributivas o del merecimiento con aquellas preventivas se colegiría, en primer término, de estudios que demuestran que “las personas piensan naturalmente en términos retributivos” (Greenwalt, 1983: 43 y ss.). En segundo término porque cuando el Derecho penal se considera justo, legítimo en su autoridad, resulta altamente persuasivo. El Derecho penal es persuasivo si es creíble moralmente, lo que a su vez trae como corolario que la expansión del Derecho penal debilita su credibilidad moral, ya que al extender el espectro del Derecho penal se debilita su pretendido efecto estigmatizador (Robinson, 2012: cap. XII).

Diversos estudios han arrojado resultados que “refuerzan la idea de que la intuición natural para asignar responsabilidad criminal coincide con el modelo de merecimiento” (Robinson, 2012: 227). Asimismo, numerosas investigaciones han demostrado que es más probable que la ley se cumpla cuando las personas la consideran una autoridad moral legítima (Tyler, 1990: 68), puesto que “la influencia normativa más importante para el cumplimiento de las normas jurídicas es el juicio de la persona de que cumplir con ellas está de acuerdo con su sentido de lo que está bien y lo que está mal” (Tyler, 1990: 64).²⁰⁶

En concreto, la compatibilidad entre las teorías del merecimiento con las preventivas viene dada por el hecho de que un sistema penal que haga justicia o que al menos así sea percibido por la población resulta más persuasivo que uno que se considere injusto. Diversas investigaciones concluyen que cuando una fuente es considerada legítima en su autoridad, experta en sus conocimientos y confiable en sus motivos, resulta altamente persuasiva (Petty y Cacioppo, 1996: 62-69).

Asimismo, creemos que nuestra propuesta de penas distintas a la cárcel para delitos de mediana y baja gravedad puede compatibilizarse con diversas teorías preventivas. Por ejemplo, con la disuasión general o prevención general negativa, entendiendo que ésta no se vería afectada ya que no se puede excluir que una sanción proporcional y justa distinta de la cárcel para delitos de mediana y baja gravedad pueda producir efectos disuasivos.²⁰⁷ Y, tratándose de

²⁰⁶ Las investigaciones realizadas por Tyler a través de encuestas concluyen que las personas cumplen las normas penales no tanto por la amenaza disuasoria como por su legitimidad moral.

²⁰⁷ Diversos estudios han demostrado que más importante que la gravedad de la sanción lo es su probabilidad. Sobre el particular: Lieberman, (1993); Azran, (1963); Lande, (1981); entre otros.

delitos graves para los cuales planteamos –por ahora- el mantenimiento de la pena de prisión, los criterios preventivo-generales-negativos no se verían afectados por la adopción de nuestra proposición.

Respecto a la prevención especial positiva, entendida como rehabilitación o resocialización -o incluso como no (ulterior) desocialización-, nuestra propuesta no sólo sería compatible, sino que incluso podría ser preferible y defendible desde este criterio, ya que las penas distintas a la privación de libertad son menos desocializadoras²⁰⁸, y en casos concretos podría incluso exigirse la aceptación de medidas conducentes a la resocialización para evitar la pena privativa de libertad.

Sin embargo, lo que podría complicar la compatibilidad entre los principios rehabilitadores y los que derivan del merecimiento está relacionado con la determinación o indeterminación del tiempo de una condena. Esto, puesto que la rehabilitación de *delincuentes peligrosos* muchas veces requerirá la custodia o el encierro por el tiempo que sea preciso, es decir, supondrá una total indeterminación de la pena, cuestión que no cabe desde una perspectiva del merecimiento.

Por todo lo anterior, debemos ser muy cuidadosos y entender que la prevención especial positiva (rehabilitación) es una teoría consecuencialista que busca satisfacer expectativas preventivas, para las cuales establecer una pena indeterminada puede no ser lo correcto, ya que la pena indeterminada debilita la credibilidad del sistema frustrando sus pretensiones.

Creemos que la rehabilitación puede tener cabida si se sigue un principio basado en el merecimiento, ya que “[a]unque la rehabilitación sea difícil de justificar por sí misma como principio distributivo, quizá pueda desempeñar algún papel útil combinada con otro principio [...] [P]ara rehabilitar delincuentes no hace falta utilizar la rehabilitación como principio” (Robinson, 2012: 134).

Otro factor importante disuasivo lo constituye la dilación, en el sentido que una sanción próxima a la perpetración de un delito puede ser más disuasiva que una más grave si es más inmediata. Al respecto: Solomon, Turner y Lessac, (1968) y Loewenstein, (1996). Sobre el estudio de Solomon, Turner y Lessac, hay que ser sumamente cautos puesto que no nos parece que puedan ser comparables las reacciones de los animales sancionados con las de personas sancionadas. Resulta difícil, si no imposible, que un perro entienda el por qué de una sanción por algo que hizo hace una semana. En cambio creemos que un hombre puede entender el por qué de una sanción aplicada meses e incluso años después de la perpetración de su delito.

²⁰⁸ Así parece desprenderse de diversos estudios que muestran los nocivos efectos que produce el encierro en el condenado. Entre otros, véase, Walker, Side-Effects of incarceration, en BRIT. J. CRIMINOL, Vol. 23No 1 January, 1982 o en: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals%2Fbjcrim23&div=10&g_sent=1&collection=journals, o Gendreau y Goggin, The Effects of Prison Sentences on Recidivism, en: <http://www.prisonpolicy.org/scans/gendreau.pdf>, además de los estudios citados en el apartado relativo a la cárcel y sus efectos.

iii) Compatibilidad entre teorías del merecimiento y penas no privativas de libertad.

Como habíamos adelantado, proponemos que se utilice como criterio guía para la determinación de la pena el principio de merecimiento o principio retributivo, entre otros motivos porque creemos que este principio logra compatibilizar fines que se encuentran aparentemente en conflicto, puesto que si bien la retribución busca hacer justicia puede al mismo tiempo prevenir futuros delitos.

Destaquemos que lo relevante para una concepción retributiva o del merecimiento es la magnitud de la sanción y no el método utilizado para imponerla (Robinson, 2012: 271). Es decir, este principio se refiere a la extensión de la pena y es aquí donde debemos respetar la proporcionalidad vinculada a la culpabilidad del autor para determinar la medida justa de la sanción. Luego, el método de la misma podrá variar en atención a otros principios distributivos, pudiendo buscar el que de manera más efectiva sirva para *prevenir* futuros delitos.

Como lo relevante para dar cumplimiento al principio de merecimiento es la magnitud de la pena, no vemos inconveniente en utilizar sanciones no privativas de libertad. “Lo único que exige el merecimiento es que la suma total de la pena global llegue a una magnitud que cuadre con la cantidad de pena que el delincuente merezca de acuerdo con su grado de reprochabilidad” (Robinson, 2012: 243). Lo principal es que los delincuentes sean sancionados con la cantidad justa de pena que merecen.

La concepción que aquí se plantea entiende que:

retribuir consiste en compensar, corresponder, y, en su sentido peyorativo, en desaprobar o desvalorar algo malo, perjudicial. Trayendo esta acepción al campo del Derecho [...] punitivo, retribución es la desaprobación o desvaloración pública, que se expresa o, quizá mejor, concreta en la pena, de los actos de la más grave trascendencia social (Rivacoba, 1993: 53).

Esta concepción corresponde a la retribución entendida no como sadismo, ni talión, ni venganza, ni expiación, o bien a la de merecimiento empírico o deontológico, es decir, no con el denominado merecimiento vengativo.²⁰⁹

Para nuestra concepción de merecimiento o retribución lo verdaderamente relevante es la reprochabilidad del autor y no “reproducir el sufrimiento de la víctima en la persona del delincuente” (Robinson, 2012: 173). Por ende, no existe ninguna razón para preferir la prisión como sanción. Lo que sí será necesario es

²⁰⁹ Si bien no cabe confundir las concepciones de merecimiento empírico con merecimiento deontológico que son cosas bien diferentes, lo que importa por ahora es excluir el merecimiento vengativo.

establecer una tabla de equivalencias en cuya virtud se pueda determinar el valor de cada sanción en sus diversas modalidades. Lo que habrá que considerar a la hora de castigar es la gravedad del delito. En base a ésta podemos determinar la cantidad de pena adecuada para el autor del delito concreto al que podremos imponerle diversas sanciones no necesariamente de cárcel, pero que en su total equivalgan a la pena merecida.

iv) Argumentación de la reserva de la pena de prisión para delitos graves.

Si bien aceptamos el hecho de que la prisión existe y que aún no parece plausible prescindir de ella, creemos que ésta, como la pena más grave en una sociedad democrática, debe limitarse y reservarse sólo para los delitos más lesivos.

En principio, sostener que los delitos más graves pueden ser sancionados con penas distintas a la cárcel nos parece difícil de conciliar con criterios de justicia. Si penamos dichos delitos con penas menos graves y utilizamos la cárcel para delitos de menor lesividad, rompemos con el principio de proporcionalidad, fundamental en toda bien entendida teoría retributiva o del merecimiento. Sin embargo, estableciendo tablas de equivalencias entre distintas penas, podemos matizar este principio contemplando la posibilidad de que la imposición de penas distintas a la privación de libertad pueda ser más gravosa que la misma cárcel. Tal sería el caso, por ejemplo, de un arraigo de por vida que para muchos resultaría peor que una pena de cárcel de dos o tres días en condiciones seguras que sólo signifiquen privación de libertad.

v) Penas distintas a la cárcel para delitos de baja y mediana gravedad.

Si bien este asunto ha preocupado bastante a la doctrina, parece que la ciencia penal no ha desarrollado todo su poder de imaginación en la búsqueda de penas *distintas* de la prisión tratándose de delitos de mediana y baja gravedad.²¹⁰ Ante esta situación es necesario hacer un uso más amplio y diversificado de la restricción de la libertad ambulatoria, de la inhabilitación para el ejercicio de ciertos derechos, de las penas pecuniarias y de otras formas de sanción que, respetando la dignidad del condenado, lo afecten en bienes que el hombre del siglo XXI considera importantes, pero diferentes de la facultad de fijar la propia posición en el espacio. Ver alternativas que limiten la libertad, pero no en términos absolutos, puede ayudarnos a encontrar otras formas de punir, distintas a la privación absoluta y total de la libertad (por ejemplo, confinamientos, arrestos domiciliarios, reclusiones nocturnas, obligaciones de

²¹⁰ Nos referimos a penas distintas, no alternativas, aunque en la práctica sean coincidentes.

comparecer a determinados lugares en fechas establecidas, prohibición de acudir a determinados sitios, arraigos, etc.).

La idea es vislumbrar qué es lo que el hombre más aprecia hoy y ver cómo se pueden afectar penalmente los bienes correspondientes con una sanción respetuosa de los límites del derecho constitucional y penal, para no caer en formas de punición que resulten constitucionalmente inadmisibles o contrarias al Derecho internacional.

Habiendo dejada planteada en términos generales nuestra propuesta, detengámonos ahora en dos mecanismos que pueden ayudar a solucionar o aminorar el hacinamiento y el encarcelamiento masivo: los indultos y las amnistías, y el sistema de cupos. Para nosotros ambos mecanismos son compatibles con nuestra propuesta y adherimos, aunque con reparos, a ambos.

a) Los indultos y las amnistías

Los indultos y las amnistías, aunque no solucionan estructuralmente el problema del encarcelamiento masivo ni el del hacinamiento, pueden resultar útiles en cuanto favorecen a quienes obtienen estos beneficios y también a quienes sin ser beneficiados directamente pueden padecer de la pena de prisión en condiciones un poco menos indignas.

Si no fuera por las amnistías e indultos, la situación carcelaria en varios países del mundo, Chile por ejemplo, sería aún peor de lo que es ahora. Además, si no fuera por estas medidas, se incumplirían aún más normas y tratados internacionales de derechos humanos como los citados en el capítulo 3, punto 4. En los países en que la propia Constitución establece la resocialización como fin de la pena (como Italia o España), indultos y amnistías parecen tener aun más justificación, puesto que las prisiones no deben albergar a más personas de las que puedan resocializar. Sin embargo, a juicio nuestro, los indultos -y las amnistías- requieren de un complemento que otorgue herramientas a los indultados para poder vivir sin perpetrar delitos. La falta de este complemento puede significar que los indultados vuelvan al poco tiempo a la prisión.

La dificultad de utilizar estos mecanismos radica en la impopularidad que puede traer para los gobiernos su utilización en la lógica belicista actual.²¹¹ Además, existe la crítica fundada de que con indultos y amnistías no resolvemos el problema de fondo que es esencialmente político, y que la verdadera solución tanto del encarcelamiento masivo como del hacinamiento tiene que venir por decisiones políticas tendientes a despenalizar conductas y a

²¹¹ En Italia, los datos oficiales señalan que los condenados indultados tienen muchas menos posibilidades de reincidir que los condenados que cumplen completamente la pena (citado en Corleone y Puggiotto 2012: 264). Citamos este argumento del caso italiano (que coincide con el de otras latitudes) para demostrar que los indultos y amnistías pueden reducir las tasas de delitos. Sin embargo, en contextos generados por discursos demagógico vindicativos, resulta difícil argumentar a favor de un beneficio para los condenados.

establecer penas distintas de la cárcel para diversos delitos. No podemos estar más de acuerdo con estas críticas toda vez que estos mecanismos pueden *acostumbrar* a una equivocada política criminal (que vendrá siempre “corregida” o aliviada por indultos y amnistías). Sin embargo, tratándose de algo tan fundamental como la dignidad humana, apoyamos la implementación de indultos y amnistías, los que, como un analgésico, pueden calmar una dolencia social, sin perjuicio de la imperiosa necesidad de buscar un tratamiento de fondo que permita enmendar el rumbo hacia un Derecho penal de *ultima ratio*.

b) La solución del “cupo”

Zaffaroni entiende que el único modo de reducir la prisionización es el establecimiento de un cupo, es decir, una vez determinada la capacidad real de las prisiones, limitar el número de presos a esa capacidad, sometiendo al resto, en orden de menor gravedad o mayor proximidad al egreso, a penas no privativas de libertad (2011: 595).

Este sistema o mecanismo nos parece que podría cuestionarse al entender que un Estado se vería obligado a liberar presos no por criterios de justicia, sino por falta de espacio. Sin embargo, creemos que nada es más importante que la dignidad humana y al utilizar un mecanismo como éste, estamos intentando no vulnerar (o vulnerar menos) la dignidad de presos que viven en inhumanas condiciones producto, entre otras cosas, del hacinamiento.

Los criterios de selección respecto de a quién se debe liberar, tal como esboza Zaffaroni, pueden encontrarse tanto en la gravedad del delito como en la proximidad del egreso, o bien puede establecerse un criterio que combine diversos factores. Por ejemplo, podría disponerse la libertad de los internos a quienes menos tiempo les quede para salir del establecimiento (sea con algún beneficio o por cumplimiento de la condena) siempre y cuando hayan cumplido un porcentaje de la misma condena. Existen además múltiples posibilidades de determinar los mecanismos para liberar presos según la capacidad de las prisiones.

Insistimos en que el número de encarcelados responde a criterios políticos y no al nivel de delincuencia, por lo mismo, es plausible y recomendable que los Estados establezcan un límite máximo de presos dentro de la capacidad prisional disponible.

Concordamos con el planteamiento de los cupos, el que, como dijimos, resulta compatible con nuestra propuesta. Sin perjuicio de esto, creemos que de aplicarse nuestra propuesta de penas no privativas de libertad para delitos de mediana y baja gravedad, la utilización de este sistema no sería necesaria, toda vez que el nivel de presos sería sustancialmente inferior al actual y no habría problemas de hacinamiento. Sin embargo, en las actuales condiciones, esta propuesta nos parece que mejoraría mucho las cosas.

Para concluir lo que ha sido un extenso trabajo, quisiéramos insistir en la necesidad imperiosa de la instauración de un Derecho penal antropológicamente fundado, un Derecho penal de hombres y para hombres²¹², en el que no debe dejar de verse en el condenado a un semejante. Por eso cuestionamos las penas privativas de libertad y consideramos que las penas perpetuas o que superen ciertos límites de tiempo (15 años por ejemplo) son inadmisibles, por su radical inhumanidad.

Las penas privativas de libertad deben ser excepcionales y aplicarse el mínimo posible sin pretender que el Derecho penal cumple finalidades, porque al buscar el cumplimiento de fines con la pena, se utiliza al penado como instrumento de dichos fines desconociendo así su dignidad y su condición de fin en sí mismo.

Asimismo, nuestra concepción se opone tanto a quienes proponen, justifican o legitiman planteamientos que conciban la existencia de seres humanos que no sean personas como a un pretendido Derecho penal del enemigo.²¹³ El límite que debe tener todo Derecho penal viene dado por el *principio de humanidad*.²¹⁴ Sobre la base de la seguridad y a través de ella se llega a la humanidad, a la comunidad pura, a la convivencia, que no es sólo coexistencia. El principio de humanidad supone también un sentido solidario, individualista, que no es egoísta, y que lleva a realizar la humanidad tanto en lo colectivo como en lo individual.

No se trata de una humanidad entendida como buenos sentimientos, sentimentalismo, ternura del corazón ni del lenguaje de las lágrimas, sino que de la humanidad del Derecho penal concebida en sentido objetivo. Esta humanidad, si bien tiene un sentido colectivo, culmina en un sentido individual, porque concibe al hombre como sujeto de dignidad, titular de un destino personal e intransferible, con capacidad de soñar y desplegar su actuar con una serie de posibilidades implícitas para hacer posible esa comunidad, esa convivencia.

Esto hace que lo que le dé sentido al Derecho penal sea precisamente este principio de humanidad. Por esto, el Derecho penal, para esta concepción liberal, tiene que ser mínimo, de *ultima ratio* y debe llevarnos a un sentido

²¹² La denominación la tomamos de Rivacoba (1999: 57-72). “Este artículo estaba destinado a ser la introducción de un libro que se titularía *Los principios cardinales del Derecho penal*, proyecto que quedó inconcluso tras la muerte de Rivacoba. Varias de las ideas que se plantean en esta parte del trabajo formarían parte de dicho libro, pero no llegaron a ser escritas por el autor. Las utilizaremos sin señalar cita, puesto que la fuente era el propio Rivacoba quien nos las transmitió en clases y en amenas conversaciones.

²¹³ Para Zaffaroni “[t]odo discurso penal que acepta o legitima la existencia de enemigos no sólo arrastra un elemento de estado absoluto, sino que implica una semilla de genocidio, y si ningún accidente detiene el curso que desencadena, su resultado final es la masacre.” (2009: 25).

²¹⁴ Mayer, Max Ernest, se ocupa de la idea de humanidad como la idea del Derecho, en *Filosofía del Derecho*.

reductivo, minimizador, que no necesariamente es abolicionista, porque efectivamente el individuo debe responder de sus actos cuando éstos ofendan de manera insoportable bienes jurídicos de valoración colectiva, pero porque debe primar el interés individual al colectivo, a la hora de penar, debe emplearse la mínima aflicción, sólo aquélla que sea indispensable.

Un Derecho penal liberal, humanizado, que se aplique a una comunidad de seres libres, *librevolentes como autofines*, tiene necesariamente que ser un Derecho penal reducido y fragmentario. Un Derecho penal autoritario, en cambio, no es fragmentario. Lo menos que se puede hacer, en virtud del principio de humanidad, es rebajar las penas, descriminalizar, despenalizar, desjudicializar conductas. Hay que sacar cosas del Derecho penal y propiciar modelos de resolución de conflictos.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, se debe tener presente que el proceso reductivo tiene una contrapartida, cual es la necesidad de crear nuevos delitos y nuevas penas. Sin embargo, a la hora de crear nuevos delitos, hay también que crear nuevas condenas que estén en sintonía con el principio de humanidad, penas humanas, de seres humanos y para seres humanos.

En virtud del principio de humanidad se deben descartar penas que traten al delincuente como no-hombre, que lo excluyan, como la pena de muerte o la reclusión, que en períodos más o menos prolongados rompe con la convivencia y anula la personalidad. Una reclusión prolongada más allá de ciertos límites - 15 años, por ejemplo- causa graves daños irreversibles de la personalidad. Penas de veinte o más años son, en los hechos, perpetuas, pues, aunque se vuelva a la libertad, se vuelve aniquilado.

Si bien nadie niega de plano el principio de humanidad, éste se deforma por las distintas maneras que adoptan los diversos ordenamientos. Como vimos en el primer capítulo de este trabajo, las doctrinas preventivas no concuerdan con este principio, pues rebajan la humanidad y la dignidad del hombre, transforman al hombre en un mero instrumento para fines fijados por otros. En la retribución, en cambio, se concreta la desvaloración en la pena, pero no se excluye al penado de la convivencia.

Hay que tener presente las palabras de Goethe, en el sentido de que *tanto si se ha de castigar, como si se ha de tratar con dulzura debe mirarse a los hombres humanamente*, en una comunidad de seres libres y fines en sí mismos. Y ser fin en sí es ser sujeto de dignidad. El reconocimiento de la dignidad es la base para designar la igualdad, puesto que en dignidad no hay nadie más digno, somos todos igualmente dignos. En dignidad se excluyen las jerarquías. El Derecho penal que no es liberal es sólo un fenómeno de poder, es puro poder punitivo y no Derecho.

BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA

Alcácer Guirao, R. (1998). "Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política", en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (LI), disponible en: <http://vlex.com/vid/fines-aproximacion-filosofia-politica-383186>. Ultima revisión 15 de julio de 2015.

Alexander, M. (2012). *El Color de la Justicia. La nueva segregación racial en Estados Unidos*, traducción de Carmen Valle y Ethel Odriozola, Capitan Swing Libros, Salamanca.

Allen, F. A. (1981). *The decline of the Rehabilitative Ideal*, Yale University Press, New Haven.

American Friends Service Committee (1971). *Struggle For Justice: A Report on Crime and Punishment in America*, Hill & Wang, Nueva York.

Anderson, D. (2002). "The Deterrence Hypothesis and Picking Pockets at the Pickpocket's Hanging", en *American Law and Economics Review*, 4, Oxford University press, Nueva York.

Arendt, H. (2003). *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal*, traducción de Carlos Ribalta, Lumen, Barcelona.

Ashworth, A. (1995). *Sentencing and Criminal*, 2ª ed., Weidenfeld & Nicolson, Londres.

Atria, F. (2013). *Veinte años después. Neoliberalismo con rostro humano*, Catalonia ed., Santiago de Chile.

Azran, N., W. C. Holz y D. F. Hake (1963). "Fixed Ratio Punishment", en *Experimental Analysis of Behavior*, 6, disponible en: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1404287/pdf/jeabehav00187-0003.pdf>. Ultima revisión 15 de julio de 2015.

Bailis, D., J. M. Darley, T. L. Waxman y P. Robinson (1995). "Community Standards of Criminal Liability and the Insanity Defense", en *Law and Human Behavior*, 19, disponible en: <http://ecgi.ssrn.com/delivery.php?ID=511022123009022094118120094007007100015085067047049006069119020121016022093002085010059033063005047062023004005122105080097081038043041039017023070012026076126023058085018068109119002021124121101024089072106023105089086123066080011001024090103112&EXT=pdf&TYPE=2>. Ultima revisión 15 de julio de 2015.

- Bauer, A. (1980). *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurteilung aller Strafrechtstheorien*, Göttingen.
- Bauman, Z. (1989). *Modernity and the Holocaust*, Polity Press, Cambridge.
- Baratta, A. (1986). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, traducción de Álvaro Búnster, S. XXI, Buenos Aires.
- Baratta, A. (1986b). "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal", traducción de Nogués i Tomás, revisada por R. Bergalli, en *Poder y Control*, nº 0, PPU, Barcelona.
- Baratta, A. (1993). *Resocialización o Control Social. Por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado*, traducción de Mauricio Martínez, Universidad de Saarland, disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_01.pdf Última revisión 15 de julio de 2015.
- Bazemore, G. (2007). "The Expansion of Punishment and the Restriction of Justice: Loss of Limits in the Implementation of Retributive Policy", en *Social Research. An International Quarterly*, 74, Guest Editor, Nueva York.
- Beckett, K. (1997). *Making Crime Pay*, Oxford University press, Nueva York.
- Beckett, K. y Western, B., (2001) "Welfare, incarceration, and transformation of state policy", en *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, SAGE Publications, Londres.
- Bello, A. (1932). "Establecimientos para la confinación de los delincuentes" en *Obras Completas*, Editorial Nascimento, Santiago de Chile.
- Bentham, J. (1830). *The rationale of Punishment*, R. Heward (ed.), Londres.
- Bergalli, R. (1980). "La ideología del control social tradicional", en *Doctrina penal*, año 3, Depalma, Buenos Aires.
- Bettioli, G. (1986). *Diritto penale. Parte generale*, 12ª ed. riveduta e integrata, Cedam, Padova.
- Bitencourt, C. R. (1993). "Falência da pena de prisão. Causas e alternativas.", en *Revista dos Tribunais*, ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo.
- Blumstein, A. y Cohen, J. (1973). "A Theory of Stability of Punishment", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 64:198-207.

- Boe, E. y R. Church (1967). "Permanent Effects of Punishment During Extinction", en *Journal of Comparative and Physiological Psychology*, 63:486-492.
- Bottoms, A. E. (1995). "The politics and philosophy of sentencing", en C. Clarkson y R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing*, Clarendon Press, Oxford.
- Brandariz, J. (2014). *El Gobierno de la Penalidad. La complejidad de la Política criminal contemporánea*, Dykinson, Madrid.
- Brandariz, J. (2007). *Política criminal de la exclusion*, Comares editorial, Granada.
- Burnett, R. (2004). "To reoffend or not to reoffend? The ambivalence of convicted property offenders", en Maruna y Immergreen (eds), *After Crime and Punishment: Pathways to Offender Reintegration*, Willan Publishing, Cullompton.
- Burton-Rose, D., D. Pens y P. Wright (eds.) (2002). *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.* (Prólogo y postfacio de Loïc Wacquant), traducción de Marc Barrobés, ed. Virus, Barcelona.
- Bustos, J. y H. Hormazábal (1997). *Lecciones de Derecho penal* (vol. I), Editorial Trotta, Madrid.
- Cabezas, S. (2014). "La Guerra contra la migración y el daño social: las muertes en las aguas que protegen a la Europa Fortaleza", en *Delitos de los Estados y de los Mercados y Daño social*, Rivera I. (coord.), Anthropos, Barcelona.
- Callahan, L. A. (1991). "The volume and Characteristics of Insanity Defense Pleas: An Eight-State Study", en *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law*, 19(4):331-338.
- Carranza, E. (2001). "Sobrepoblación penitenciaria en América Latina y el Caribe: situación y respuestas posibles", en Carranza, Elías, *Justicia Penal y Sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*, Siglo XXI, México.
- Carranza, E. (2012). "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?", disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>. Última revisión 15 de julio de 2015.
- Carrara, F. (1970). "Dante criminalista", en *Opuscoli di Diritto criminale*, Lucca.
- Carrara, F. (1986). *Programa de Derecho Criminal. Parte General*, 8 vols., Reimpresión inalterada, Temis/Depalma, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá y Buenos Aires.

- Cavadino, M. y J. Dignan (1997). *The Penal System: An Introduction*, Sage ed., Londres.
- Cavallo, A., M. Salazar y O. Sepúlveda (2008). "La Historia Oculta del Régimen Militar", Uqbar, Santiago de Chile.
- Chiricos, T. y M. Delone, (1999). "Labor Surplus and Punishment: A Review and Assessment of Theory and Evidence", en *Social Problems*, 39(4):421-446.
- Christie, N. (1993). *La Industria del control del delito: ¿la nueva forma del Holocausto?*, 2ª edición, traducción S. Costa, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Christie, N. (1997). *An Essay in Penal Geography*, Departamento de Criminología, Università di Oslo, Oslo.
- Christie, N. (1984). *Los límites del dolor*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Christie, N. (1973). *Criminological data as a mirror for society*, Stensilserie- Institutt for Kriminologi og strafferett, Universitetet i Oslo, Oslo.
- Cid Moliné, J. (1998) "Derecho a la reinserción social (consideraciones a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional en materia de permisos)", en *Jueces para la Democracia*, nº 32.
- Cid Moliné, J. (2008) *La elección del castigo*, Bosch, Barcelona.
- Cid Moliné, J. y E. Larrauri (2001), *Teorías criminológicas*, Bosch, Barcelona.
- Cid Moliné, J. y E. Larrauri (coords.) (2002), *Jueces penales en España. Aplicación de las penas alternativas a la privación de libertad en los juzgados de lo penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Cid Moliné, J. y B. Tébar, " Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, 8.
- Clemmer, D. (1958). *The Prison Community*, Holt, Rinehart and Winston, Nueva York.
- Clinton, B. (1996). "Remarks by the President at One Strike Symposium", White House, Office of the Press Secretary, 28 de marzo de 1996, Washington.
- Cohen, S. (1984). "An Introduction to the Theory, Justifications and Modern Manifestations of Criminal Punishment", en *McGill Law Journal*, 27:73-91.
- Cole, D. (2003). *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terror*, New Press, Nueva York.

- Comer, R. (1998) *Abnormal Psychology*, 3ª ed., W.H. Freeman, Nueva York.
- Cooter, R. y Ulen, T. (1998). *Derecho y economía*, ed. Fondo de Cultura Económica, Edición original: *Laws and Economics*, México.
- Corleone, F. y A. Pugliotto (2012). *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma.
- Cornish, D. y R. Clarke, (1986). "Introduction" a R. V. Clarke y D. Cornish (eds.), en *The Reason Criminal: Rational Choice Perspectives on Offendings*, Springer-Verlag, Nueva York
- Correa, J. y L. Barros (1993). "Justicia y marginalidad. Percepción de los pobres", CPU-Dirección de Estudios Sociológicos de la Universidad Católica, Santiago de Chile.
- Cortázar, J. (1995), *El libro de Manuel*, Alfaguara, Buenos Aires.
- Crawley, E. y R. Sparks (2005). "Older men in prison: survival, coping and identity", en Liebling y Maruna (eds), *The Effects of Imprisonment*, Nueva York.
- Crofts, N., T. Stewart, P. Hearne, X.Z. Ping, A.M. Breschkin y S.A. Locarni (1995). "Spread of bloodborne viruses among Australian prison entrants", en *British Medical Journal*, 310: 69-75.
- Cromwell, P., F. Olson, N. James y D. Wester Avary (1991). "Breaking and Entering: An Ethnographic Analysis of Burglary", en *Studies in Crime, Law and Justice*, 8.
- Cuello Calón, E. (1958). *La Moderna Penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*, Bosch, Barcelona.
- Cuneo, S., (2010). *Cine y Derecho penal*, Editorial Universidad de Valparaíso, Valparaíso.
- Cury, E. (2005). *Derecho penal. Parte general*. 7ª ed., Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.
- Darley, J., K. Carlsmith y P. Robinson (2001). "The Ex Ante Function of the Criminal Law", en *Law & Society Review*, 35(1).
- Darley, J, C. Sanderson y P. LaMantia (1996). "Community Standards for Defining Attempt: Inconsistencies With the Model Penal Code", en *American Behavioral Scientist*, 39:405-420.

Dastres, C., C. Spencer, E. Muzzopappa y C. Saéz (2005). *La construcción de noticias sobre seguridad ciudadana en prensa escrita y televisión. ¿Posicionamiento, distorsión o comprensión?*, Universidad de Chile, Instituto de Asuntos Públicos; Consejo Nacional de Televisión: Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana, Santiago de Chile.

Diez Ripollés, J. (2005). "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>. Última revisión 15 de julio de 2015.

De Rementería, I. (1998). "Las estadísticas criminales por los delitos de droga en Chile", en *Gaceta Jurídica*, 212: 97 y ss.

Dorado Montero, P. (1999). *Sobre la reforma penitenciaria*, en *El Derecho protector de los criminales*, Anacleto, (reimpresión facsimilar de la edición de Victoriano Suárez, Madrid, 1915), Pamplona.

Downes, D. (1988). *Contrast in Tolerance: Post War Penal Policy in The Netherlands and England and Wales*, Oxford, Clarendon Press, Nueva York.

Eisikovits, Z. y M. Baizerman (1982). "Doin' Time: Violent Youth in a Juvenile Facility and in an Adult Prison", en *Journal of Offenders Counseling, Services and Rehabilitation*, 6 (3).

Elias, N. (1978). "The civilizing process", en *The history of manners*, Blackwell, Oxford.

Fenny, F. (1986). "Robbers as Decision-Makers", en *The reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, Springer-Verlag, Nueva York.

Fischer, C. S., M. Hout, M. Sánchez Jankowski, S. R. Lucas, A. Swidler y K. Voss (1998). *Inequality by Design: Cracking the Bell Curve Myth*, Princeton University Press, Princeton.

Ferrajoli, L. (2014). "Criminología, Crímenes Globales y Derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea", traducción de OSPDH (Universitat de Barcelona), en *Delitos de los Estados de los Mercados y daño social*, Iñaki Riveras (coord.), Anthropos, Barcelona.

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción O.A. Ibañez y otros, Trotta, Madrid.

Ferrajoli, L. (2013). *Dei Diritti e delle Garanzie. Conversazione con Mauro Barberis*, Il Mulino, Bolonia.

- Fjordback, T. (1985). "Clinical Correlates of High Lie Scale Elevations Among Forensic Patients", en *Journal of Personality Assessment*, 49:252-255.
- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, México.
- Foucault, M. (1991). *Historia de la locura en la época clásica*, traducción de Juan José Utrilla, Fondo de Cultura Económico, México-Madrid-Buenos Aires.
- Foucault, M. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*, traducción de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona.
- Frassati, A. (1981). *La nuova scuola di Diritto penale in Italia ed all'Estero*, Utet, Turín.
- Freiberg, A. y K. Gelb (ed.) (2008). *Penal Populism, Sentencing Councils and Sentencing Policy*, Willan Publishing, Londres.
- García Valdés, C., (1982) *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Ed. Civitas, Madrid.
- García Valdés, C., (1982b) *Estudios de Derecho Penitenciario*, Ed. Tecnos, Madrid.
- García Valdés, C., (1982c) *Introducción a la Penología*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid LXXXII, Madrid.
- García Valdés, C., (2002)"Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro Homenaje al Profesor doctor don José cerezo Mir*, J. L. Diez Ripollés (ed.), Madrid.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, traducción Máximo Sozzo, Gedisa, Barcelona.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna*, traducción Berta Ruiz de la Concha, Siglo XXI editores, México.
- Garland, D. (1985). "The criminal and his science", en *The British Journal of Criminology*, 25(2): 109-137.
- Garland, D. (1988). "British criminology before 1935", en *The British Journal of Criminology*, 28(2):1-17.
- Garland, D. (2007). *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, traducción y estudio preliminar de Manuel A. Iturralde, Siglo del Hombre editores, Bogotá.
- Garland, D. (ed.) (2001). *Mass Imprisonment: Social Causes and Consequences*, SAGE, Londres.

- Garland, D. (2001b). "Epilogue. The new Iron Cage", en *Punishment and Society*, 3(1): 197-199.
- Garland, D. (2001c). "Introduction. The Meaning of Mass Imprisonment", en *Punishment and Society*, 3(1): 5-7.
- Garland, D. (1985). *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*, Gower, Aldershot.
- Garofalo (1912), *La Criminología*, traducida por P. Borrajo, ed. Daniel Jorro, Madrid.
- Gendreau, P. y C. Goggin (1999). *The Effects of Prison Sentences on Recidivism*, disponible en: <http://www.prisonpolicy.org/scans/gendreau.pdf>. Última revisión 15 de julio de 2015.
- Gescheider, G., E. Catlin y A. Fontana (1982). "Psychophysical Measurements of the Judges Seriousness of Crime and Severity of Punishments", en *Bulletin of the Psychonomic Society*, 19:275-278.
- Gilder, G. (1981). *Wealth and Poverty*, Basic Books, Nueva York.
- Goffman, E. (1992). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, traducción de María Oyuela, Talleres Gráficos Color Efe, Buenos Aires.
- Goffman, E. (1968). *Le istituzioni totali: I meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Asylums, Turín.
- Gollone, E., J. Paul y S. Moore, (2000). "A Validation Study of the Adolescent Risk-taking Questionnaire", en *Behavior Change*, 17(3):143-154.
- Gómez, U. (2012). "¿Cómo se justifica la prisión preventiva?", *Nova Criminis*, 3:203-318.
- Gonin, D. (2000). *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*, l'Archipel, París.
- González Sánchez, I. (2011). "Aumento de presos y Código penal. Una explicación insuficiente", en *RECPC*, 4 (13): 1-22.
- Gottfredson, M. R. y T. Hirschi (1990). *A general Theory of crime*, Stanford University Press, Stanford.
- Gozzano, M. (1971) *Compendio di psichiatria clinica e criminologica*, Rosenberg & Sellier, Turín.

Greenawalt, K. (1983). "Punishment", en *Criminal Law and Criminology*, 74(2):343-362.

Griffin, D. (2004). *The New Pearl Harbor: Disturbing Questions About the Bush Administration and 9/11*, Olive Branch Press, Massachusetts.

Grogger, J. (1991). "Certainty v. Severity of Punishment", en *Economic Inquiry*, 24.

Grounds, A. (2004). "Psychological consequences of wrongful conviction and imprisonment", en *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, 46 (2): 165-182.

Guzmán Dálbora, J. (2002). "Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la 'Doctrina' de la Seguridad Ciudadana", conferencia dictada en el XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología en la Universidad de Valparaíso, disponible en: http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/dalbora%20v-15.pdf. Última revisión 15 de julio de 2015.

Guzmán Dálbora, J. (2008). *La pena y la extinción de la responsabilidad penal, Primera Parte*, Legal Publishing, Santiago de Chile.

Hanns, V. P. (1986). "An Analysis of Public Attitudes Toward the Insanity Defense", en *Criminology*, 24(2): 393-414.

Harding, R. (1998). "Private Prisons", en M. Tonry (ed.) *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford University Press, Nueva York.

Harlow, R., J.M. Darley y P. Robinson (1996). "The Severity of Intermediate Penal Sanctions: Psychophysical Scaling Approach for Obtaining Community Perceptions", en *Journal of Quantitative Criminology*, 11:71-95.

Hermosilla, J. (2006). "Visibilidad y temor", *La Tercera*, 20 de junio de 2006, Santiago de Chile.

Hernández, A. (2002-2005). *El Nuevo régimen procesal penal chileno ¿Justicia para todos?*, texto inédito, Valparaíso.

Hochstetler, A. (1999). *In With a Bad Crowd: an Analysis of Criminal Decision-Making in Small Groups*, (tesis doctoral presentada al Departamento de Sociología de la Universidad de Tennessee, en diciembre de 1999, microforma UMI 9962267).

Hood, R. (1998). "Capital Punishment", en Tonry, M. H. (ed.), *The Handbook of Crime and Punishment*, Oxford University Press, Oxford.

Hulsman, L. y J. Bernat de Celis (1984). *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, traducción de Sergio Politoff, Ariel, Barcelona.

Hufschmid, E. (2002). *Painful Questions: An Analysis of the September 11th Attack*, Goleta, California.

Iñesta, E. (2003 y 2004). "El Código Penal Chileno de 1874", en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 19, disponible en: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/21679/6/El%20C%C3%B3digo%20Penal%20Chileno%20de%201874.%20Revista%20Chilena%20Historia%20del%20Derecho%20publicar%20_p.pdf. Última revisión 15 de julio de 2015.

Iturralde, M. (2007). "La sociología del castigo de David Garland: el control del crimen en las sociedades modernas tardías", en Garland, D. (ed.) *Crimen y castigo en la modernidad tardía*, traducción y estudio preliminar de Manuel A. Iturralde, Siglo del Hombre, Bogotá.

Jimenez, M. (1994). "La cárcel en Latinoamérica en las tres últimas décadas", en *Capítulo Criminológico*, 22:63-80.

Jimenez, M. (1994b). "El proceso penal chileno y los Derechos Humanos", vol. II, en *Estudios Empíricos. Cuadernos de Análisis Jurídico n°4. Series Publicaciones Especiales Universidad Diego Portales*, Santiago de Chile.

Jakobs, G. (2003). *Derecho penal del enemigo*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid.

Jakobs, G. (2006). *La pena estatal: significado y finalidad*, traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Thomson-Civitas, Madrid.

Jakobs, G. (2008). "Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica", en Cancio Meliá/Feijóo Sánchez (coords. y trads.), en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid.

Jewkes, Y. (2005). "Loss, liminality and the life sentence: managing identity through a disrupted lifecourse", en Liebling y Maruna (eds.), *The Effects of Imprisonment*, Willan Publishing, Devon.

Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de Derecho penal*, tomo I. Concepto del Derecho penal y de la Criminología, Historia y legislación comparada, 3ª ed., Losada, Buenos Aires.

- Jimenez de Asúa, L. (1960). *Lombroso*, 2ª ed., Perrot ed., Buenos Aires.
- Johnston, L. (1992). *The Rebirth of Private Policing*, Routledge, Londres.
- Juica, M. (2010). "La confesión de parte", en *10 años de la Reforma Procesal Penal en Chile*, Revista de la Defensoría Penal Pública, Santiago de Chile.
- Jones, T. y T. Newborn, (1998). *Private Security and Public Policing*, Clarendon Press, Oxford.
- Junger, M., R. West y R. Timman (2001). "Crime and Risky Behavior in Traffic: An Example of Cross-Situational Consistency", en *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 38:439-459.
- Kant, I. (1990). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, traducción de M. Morente, Espasa-Calpe, 7ª edición, Madrid.
- Kant, I. (1984). *Nueva crítica de la razón pura*, traducción de A. Castaño Piñán, Sarpe, Madrid.
- Kleiman, M. (1997). "Coerced Abstinence: A Neopaternalist Drug Policy Initiative", en Lawrence Mead (ed.), *The New Paternalism: Supervisory Approaches to Poverty*.
- Klein, N. (2007). *La doctrina del shock: El auge del capitalismo del desastre*, traducción de Isabel Fuentes García, Paidós Ibérica, Barcelona.
- Kohen, S. (2013). *States of Denial. Knowing about Atrocities and Suffering*, Polity Press, Cambridge y Malden.
- Kropotkine, P. (1987). *Las prisiones*, traducción de J. Martínez Ruiz, Valencia.
- Kruger, J. y D. Dunning, (1999). "Unskilled and Unaware of It: How Difficulties in Recognizing One's Own Incompetence lead to Inflated Self-Assessments", en *Journal of Personality and Social Psychology*, 77(6): 1121-1134.
- La Fave, W. R. (2003). *Substantive Criminal Law*, 2ª ed.
- Lanier, C.S. (2003). "Who's doing the time here, me or my children? Addressing the issues implicated by mounting numbers of fathers in prison", in Ross and Richards (eds), *Convict Criminology*, Wadsworth, Belmont.
- Lande, S. (1981). "An Irresponsive Time Analysis of Variable-Ratio Punishment", en *Journal of Experimental Analysis of Behavior*, 35.
- Lappi-Seppala, T. (1998). *Regulating the Prison Population. Experience from a Long-Term Policy in Finland*, National Research Institute of Legal Policy, Helsinki.

- Lappi-Seppälä, T. (2008). "Confianza, bienestar y economía política. Explicación de las diferencias en materia de política penal", en Alfonso Serrano Maíllo; José Luis Guzmán Dálbora (eds.), *Procesos de infracción de normas y de reacción a la infracción de normas: dos tradiciones criminológicas. Nuevos estudios en homenaje al profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid.
- Larrauri, E. (1999). "¿Para qué sirve la criminología?", en *Cuadernos de Derecho Judicial - CJPG*, Política Criminal, Madrid.
- Larrauri, E. (1987). "Abolicionismo del Derecho Penal: los presupuestos del movimiento abolicionista". En *Poder y Control*, 3, PPU, Barcelona.
- Larrauri, E. (1998). "Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español", en Von Hirsch, Andrew, *Censurar y Castigar*, Trotta, Madrid.
- Larrauri, E. (2008). "¿Por qué las mujeres maltratadas retiran las denuncias?", en *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*, B de F, Buenos Aires/ Montevideo.
- Lea, J. y J. Young, (1984). *What Is To Be Done About Law And Order?*, 1ª ed., Penguin, Harmondsworth.
- Lemert, E. (1967). *Human deviance, social problems & social control*, Prentice-Hall, New Jersey.
- Letelier, O. (1976). "The Chicago Boys in Chile: Economic Freedom's Awful Toll", *The Nation*, 28 de agosto de 1976.
- Levitt, S. (1998). "Juvenile Crime and Punishment", en *Journal of Political Economy*, 106(6):1156-1185.
- Lieberman, D. (1993). *Learning, Behavior, and Cognition*, Wadsworth Publishing, Belmont.
- Liebling, A. y S. Maruna (eds.) (2005b). *The effects of imprisonment*, Willan Publishing, Devon.
- Liebling, A. y S. Maruna, S. (2005). "Introduction: the effects of imprisonment revisited", en Liebling y Maruna (eds.), *The Effects of Imprisonment*, Willan Publishing, Devon.
- Light, R. (1993). "Why support prisoners' family-tie groups?", en *Howard Journal*, 32(4):322-329.

- Lloyd, C., G. Maier y M. Hough (1994). *Explaining Reconviction Rates: A critical Analysis*, Home Office Research Study, 136, HMSO, Londres.
- Loewenstein, G. (1996). "Out of Control: Visceral Influences of Behavior", en *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 65:272-292.
- Lowenthal, G. (1993). "Mandatory Sentencing Law: Undermining the Effectiveness of Determinate Sentencing Reform", en *California Law Review*, 81.
- Lugli, D. (2012). "A proposito di *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri* (di Luigi Manconi e Valentina Calderone, Il Saggiatore, 2011)", en *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Roma.
- MacCoun, R. (2009). "Do Citizens Know Whether Their State Has Decriminalized Marijuana? Assessing the Perceptual Component of Deterrence Theory", en *Review of Law and Economics*, 5(1):347-361.
- MacCoun, R. y P. Reuter (2001). *Drug War Heresies: Learning from Other Vices, Times, and Places*, Cambridge University Press, Nueva York.
- MacDonald, T. K., G. Macdonald, Z. Geoff, P. Mark y G. Fong (2000). "Alcohol Sexual Arousal, and Intentions to Use Condoms in Young Men: Applying Alcohol Myopia Theory to Risk Sexual Behavior", en *Health Psychology*, 19.
- Madden, G., W. Bickel y E. Jacobs (1999). "Discounting of Delayed Rewards in Opium-Dependent Outpatients", en *Experimental and Clinical Psychopharmacology*, 7.
- Maldonado, M. (2009). "Informe", disponible en: <http://ciperchile.cl/wp-content/uploads/Informe-de-fiscal-de-Carceles.pdf>. Ultima revisión 15 de julio de 2015.
- Manconi, L. y V. Calderone (2011). *Quando hanno aperto la cella. Stefano Cucchi e gli altri*, Prefazione di G. Zagrebelsky, Il Saggiatore, Milán.
- Mann, L., J. W. Newton y J. M. Innes (1982). "A Test Deindividuation and Emergent Norms Theories of Crowd Aggression", en *Journal of Personality and Social Psychology*, 42(2):260-272.
- Mantovani, F. (1977). "Pene e misure alternative", en *Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale* (XX), Giuffré, Milán.
- Mantovani, F. (2001). *Diritto penale. Parte generale*. 4ª ed., Cedam, Padua.
- Marí, E. (1993). *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michael Foucault*, Hechette, Buenos Aires.

Martinson, R. (1974). "What works? – questions and answers about prison reform", en *The Public Interest*, 35:22-54.

Marx, K. y F. Engels (1938). *La Sagrada familia, o Crítica de la crítica crítica contra Bruno Bauer y consortes*, Claridad, Buenos Aires.

Mathiesen, T. (1974). *The Politics of Abolition*, Martin Roberston, Londres.

Mathiesen, T. (2001). "Television, public space and prison population. A commentary on Mauer and Simon" en *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, Londres.

Matthews, R. (2003). *Pagando tiempo. Una introducción a la sociología del encarcelamiento*, traducido por Alejandro Piombo, Ediciones Bellaterra, Barcelona.

Matus, J. P. y C. Peña y Lillo (2012). "Comentario crítico a la investigación de Sebastián Salinero Echeverría. ¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal", *Revista Ius et Praxis*, 18(2), disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19725565012>. Última revisión 15 de julio de 2015.

Mauer, M. (2001). "The causes and consequences of prison growth in the United States", en *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, Londres.

Mayer, M. E. (1931). *Filosofía del Derecho*, Editorial Labor, Madrid.

Medina, G. (2009). "Prisión preventiva y seguridad ciudadana: una corta agenda", *Revista 93 de la Defensoría Penal Pública* 1, Año 1, Santiago de Chile.

Melossi, D. y M. Pavarini (1978). *Carcere e fabbrica. Alle oringini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*, Il Mulino, Bolonia.

Messutti, A. (2001). *El tiempo como pena*, Campomanes Libros, Buenos Aires.

Mestre, E. (2012). "La senda de las sentencias indeterminadas", en la Ley Penal n° 96-97, Editorial La Ley.

Metcalfe, J. y W. Mischel (1999). "A Hot/Cool System Analysis of Delay of Gratification: Dynamics of Willpower", en *Psychology Review*, 106.

Miller, M. L. (2004). "Sentencing Reform 'Reform' through Sentencing Information Systems", en Tonry, M. (ed.) *The Future of Imprisonment*, Oxford University Press, Nueva York.

Mir Puig, C., (1986). *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Librería Bosch, Barcelona.

- Mir Puig, C. (2015). *Derecho penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad*, 3ª edición., Ed. Atelier, Barcelona.
- Mir Puig, S., (2011). *Derecho penal. Parte General*, 9ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona.
- Molina, F. (2008). “¿Culpabilidad sin libertad?”, en Cancio Melia/Feijoo Sánchez (coords.), en *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Madrid.
- Monahan, J. (2003). “The Future of Violence Risk Management”, en Tonry, Michael (ed.) *The Future of Imprisonment*, Oxford University Press, Nueva York.
- Morris, R. (2000). *Abolición penal*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe.
- Morris, N. (1953). “Sentencing Convicted Criminals”, *Australian Law Journal* 27: 186-208.
- Morris, N. (2002). *Maconochie’s Gentleman: The story of Norfolk Island and the Roots of Modern Prison Reform*, Oxford University Press, Nueva York.
- Morris, N. (1974). *The Future of Imprisonment*, University of Chicago Press, Chicago.
- Morrison, W. (2014). “La imaginación criminológica bajo la globalización: recordando lo desaparecido”, en *Delitos de los Estados y de los Mercados y Daño social*, I. Rivera (coord.), Anthropos, Barcelona.
- Morrison, W. (2012). *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, , traducido por investigadores latinoamericanos del Observatori del Sistema Penal y els Drets Humans (OSPDH), Anthropos, Barcelona.
- Muñoz Conde, F. (1979). “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, en *Cuadernos de política criminal* (7).
- Muñoz Conde, F. (1999) *Derecho penal y control social*, Editorial Temis, segunda edición, Santa Fe de Bogotá.
- Muñoz Conde, F. (2009). “Apéndice”, en: Grispigni, F. y E. Mezger, *La reforma penal nacional-socialista*”, Ediar, Buenos Aires.
- Murray, C. y R. Herrnstein (1994). *The Bell Curve, Intelligence and Class Structure in American Life*, Free Press, Nueva York.
- Murray, J. (2005). “The effects of imprisonment on families and children of prisoners”, en Liebling y Maruna (eds), *The Effects of Imprisonment*, Willan Publishing, Londres.

- Neuman, E. (1994). *Victimología y control social*, Editorial Universidad, Buenos Aires.
- Nino, C. (1980). *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Depalma, Buenos Aires.
- Nistal Buron, J. (2010). "¿Es viable en nuestro ordenamiento jurídico la pena de «cadena perpetua» como solución para determinado tipo de delincuentes difícilmente reinsertables?", en *La Ley Penal* (68).
- Olmos, F. (1990). *Tratado de hechicerías y sortilegios* (original de 1553), Edición de Georges Baudot, UNAM, Ciudad de México.
- Ortiz de Urbina, I. (2013). "Política criminal contra la corrupción: una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)", en *Perspectiva Penal Actual*, 2.
- Ortiz de Urbina, I. (2007). "Ayer, hoy, ¿mañana?: la cárcel y sus crisis", en *Revista de Libros* n° 127-128, disponible en: <http://www.revistadelibros.com/articulos/la-evolucion-del-sistema-penitenciario>. Última revisión 15 de julio de 2015.
- O'Malley, P. (2001). "Discontinuity, Government and Risk: A response to Rigakos and Hadden", *Theoretical Criminology*, 5(1): 85-92.
- Paewark, R. A. y H. McGinley (1985). "Insanity Plea: National Survey of Frequency and Success", en *Journal of Psychiatry and Law*, 13 :101-108.
- Padovani, T. (1981). "La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento" en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol 2: 529-545.
- Padura, L. (2010). *El hombre que amaba a los perros*, Tusquets Editores, Madrid.
- Pavarini, M. (2006). *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, traducido por M. Sozzo y M. Candiotti, Ad-Hoc ed., Buenos Aires.
- Pavarini, M. y D. Melossi (1997). *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Il Mulino, Bolonia.
- Pavarini, M. (2012). "Entrevista", *Nova Criminis*, 3.
- Pérez, M. (1997). "Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena", en J.M. Silva Sánchez (ed.) *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro en homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona.

- Petry, N. y T. Casarella. (1999). "Excessive Discounting of Delayed Rewards in Substance Abusers with Gambling Problems", en *Drugs and Alcohol Dependence*, 56(1): 24-32.
- Petty, R. y J. Cacioppo (1996). *Attitudes and Persuasion, Classic and Contemporary Approaches*, Westview Press, Colorado.
- Pogge, T. (2013). *¿Estamos violando los derechos humanos de los más pobres del mundo?*, traducción de Oriol Farrés , Proteus, Barcelona.
- Politoff, S. (1998). "Fines de la pena y racionalidad en su imposición", en *Revista Ius et Praxis* (2).
- Politoff, S. (1997). *Derecho Penal*. Tomo I, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile.
- Politoff, S. J. P. Matus y M. C. Ramírez (2003). *Lecciones de Derecho penal chileno*. Parte general, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- Pollock, F. y F. W. Maitland (1998). *The History or English Law Before the Time of Edward I*, 2.^a ed., The Lawbok Exchange, New Jersey.
- Pratt, J. (2006). *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*, traducción de Gabriel Zadunaisky, Gedisa, Barcelona.
- Radelet, M. L. y R. L. Akers (1996). "Deterrence and the Death Penalty: The Views of the Experts", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, 87(1).
- Ramos, M. y J. Guzmán (2000). *La Guerra y la Paz Ciudadana*, Lom, Santiago de Chile.
- Rebollo, R., (1996). *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Cedecs, Barcelona.
- Reitz, K. R. (2004). "Questioning the Conventional Wisdom of Parole Release Authority", en Tonry, Michael (ed.) *The Future of Imprisonment*, Oxford University Press, Nueva York.
- Riego, C. (1996). "El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, 6 Publicaciones especiales, eds. C. Medina y J. mera, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- Rivacoba, M. (1993). *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires.
- Rivacoba, M. (1995). *Hacia una nueva concepción de la pena*, Grijley, Lima.

Rivacoba, M., (2012) *Violencia y Justicia. Textos escogidos por sus alumnos*, segunda edición, Universidad de Valparaíso, Valparaíso.

Rivacoba, M. (1995b). "Orden político y orden penal" en *Revista Chilena de Derecho*, 22 (2): 201-212, disponible en: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649961.pdf. Última revisión 15 de julio de 2015.

Rivacoba, M. (1998). "Crisis de los sistemas penitenciarios", en *Homenaje al profesor Dr. Jorge Frías Caballero*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata.

Rivacoba, M. (1999). "Introducción al estudio de los principios cardinales de Derecho penal", en *Direito e Cidadania* (6), Praia - Cabo verde.

Rivacoba, M. (2002). "Configuración y desfiguración de la pena", en *Violencia y Justicia. Obras escogidas por sus alumnos*, Universidad de Valparaíso, Valparaíso.

Rivacoba, M. (1982). *Elementos de Criminología*, Edeval, Valparaíso.

Rivacoba, M. (1991). *Evolución Histórica del Derecho Penal Chileno*, Edeval, Valparaíso.

Rivera, I. (ed.) (2005). *Política Criminal y sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona.

Rivera, I. (2005b). *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Anthropos, Barcelona.

Rivera, I. (1995). *La cárcel en el sistema penal. Un análisis estructural*, Bosch, Barcelona.

Rivera, I y G. Nicolás (2005). "La crisis del *welfare* y sus repercusiones en la cultura política europea", en *Política Criminal y Sistema Penal, Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona.

Rivera, I. (2009). *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria. Volumen I*; con prólogo de Roberto Bergalli y Massimo Pavarini, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires.

Rivera, I. (2012). "Prólogo", en *Sociología del Castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Zysman, D., Didot, Buenos Aires.

Rivera, I. (2014). "Presentación", en *Delitos de los Estados y de los Mercados y Daño social*, I. Rivera (coord.), Anthropos, Barcelona.

Rivera, I. (2015). (investigador principal), *Reducing Social Harm of Mass Incarceration in Europe and Latin America. A socio legal and ethnographic research to reduce harm of mass incarceration working with the affected*, proyecto inédito presentado para su evaluación por la Comisión Europea.

Robinson, P. (2012). *Principios distributivos del Derecho penal*, traducción e introducción de Manuel Cancio e Iñigo Ortiz de Urbina, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires.

Robinson, P y J. Darley (2004). "Does Criminal Law Deter? A Behavioral Science Investigation", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 24(2): 173-205.

Robinson, P. y B. Spellman, (2005) "Sentencing Decisions: Matching the decisionmakers to the Decision Nature", *Columbia Law Review*.

Robles, R. (2007). "Sexual Predators. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", en *Indret* (4), disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2390131>. Última revisión 15 de julio de 2015.

Roemer, A. (2002). *Economía del crimen*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Limusa, México.

Ross, L. H. (1973). "Law, Science, and Accidents", en *Journal of legal Studies*, 2: 1-78.

Ross, L. H., R. McCleary y T. Epperlein (1982). "Deterrence of Drinking and Driving in France: an Evaluation of the Law of July 12, 1978", en *Law and Society Review*, 16: 345-374.

Ross, L. H. (1984). "Social Control Through Deterrence: Drinking-and-Driving Laws", en *Annual Review of Sociology*, 10: 21-35.

Rotman, E. (1990). *Beyond Punishment. A New View of the Rehabilitation of Offenders*, Westport, Connecticut.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal), Civitas, Madrid.

Roxin, C. (1976). "Sentido y límites de la pena estatal". En *Problemas básicos del Derecho penal*, traducción de D. L. Peña, Reus, Madrid.

Rossi, P. (s/f). *Trattato di diritto penale*. (Nuova traduzione italiana con note ed addizioni di Enrico Pessina). Società Editrice, Turín.

Rothman, D. (1995). "American Criminal Justice Policies in the 1990s", en T.G. Blomberg., St. Cohen (eds.), *Punishment and Social Control*, Oxford University Press, Nueva York.

Ruiz Funes, M. (1949). *La crisis de la prisión*, Jesús Montero Ed., La Habana.

Rusche, G. y O. Kirchheimer (2004). *Pena y estructura social*, traducido por E. García Méndez, Temis, Bogotá.

Sala López, S. (2014). "Delincuenes, pero no tanto", disponible en: <http://www.mientrastanto.org/boletin-128/la-biblioteca-de-babel/elogia-del-crimen>. Ultima revisión 15 de julio de 2015.

Salinero, S. (2012). "¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal", *Revista de Ius et Praxis*, 18(1), disponible en: <http://148.215.2.11/articulo.oa?id=19723169005>. Ultima revisión 15 de julio de 2015.

Salinero, S. (2014). "Crítica a la crítica de Jean Pierre Matus Acuña y María Carolina Peña y Lillo Tolosa a la investigación *¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal*", *Revista Ius et Praxis*, 20(1), disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n1/art14.pdf>. Ultima revisión 15 de julio de 2015.

Schwartz, B. (1968). "The Effect in Philadelphia of PA's Increased Penalties for Rape and Attempted Rape", en *Journal of Criminal Law, Criminology and Political Science*, 59.

Shavell, S. (1995). "Criminal Law and the Optimal Use of Non Monetary Sanctions as a Deterrent", en *Columbia Law Review*, 85:1232-1262.

Shearing, C. (1992). "The Relation Between Public and Private Policing", en M. Tonry y N. Morris (eds.), *Modern Policing*, University of Chicago Press, Chicago.

Silva Sánchez, J. (2006). "Del Derecho abstracto al Derecho real", en *Indret* (4), disponible en http://www.indret.com/pdf/377_es.pdf. Ultima revisión 15 de julio de 2015.

Silva Sánchez, J. (1999) "La expansión del derecho penal", Cívitas, Madrid.

Silva Sánchez, J. (2001). "La expansión del derecho penal. 2ª edición", Cívitas, Madrid.

Silva Sánchez, J. (2008). "Identidad en el tiempo y responsabilidad penal. El juicio jurisdiccional de imputación de responsabilidad y la identidad entre

agente y acusado”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (t. II), Edisofer, Madrid.

Silva Sánchez, J. (2010). *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª edición ampliada y actualizada, B de F, Buenos Aires.

Silveira, H. (2014). “Por un espacio público no estatal. Contra la hegemonía neoliberal y el declive de la democracia”, en *Delitos de los Estados y de los Mercados y Daño social*, Rivera I. (coord.), Anthropos, Barcelona.

Silver, E. (1984). “Demythologizing Inaccurate Perceptions of the Insanity Defense”, en *Law and Human Behavior*, 18:63-70.

Simon, J. (1993). *Poor Discipline: Parole and the Social Control of the Underclass 1890-1990*, University of Chicago Press, Chicago.

Simon, J. (2008). *Il governo della paura: guerra alla criminalità e democrazia in America*, edizione italiana a cura di Alessandro De Giorgi, Cortina, Milán.

Simon, J. (2011). *Gobernar a través del delito*, traducción de A. Boschioli, Gedisa, Buenos Aires.

Simon, J. (2001). “Fear and loathing in late modernity. Reflection on the cultural sources of mass imprisonment in the United States”, en *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*, SAGE, Londres.

Solomon, R., L. H. Turner y M. S. Lessac (1968). “Some Effects of Delay of Punishment on Resistance to Temptation in Drosophila”, en *Journal of Personality and Social Psychology*, 8.

Sozzo, M. (2007). “¿Metamorfosis de la prisión? Proyecto normalizador, populismo punitivo y prisión depósito en Argentina (investigación)”, en *Urvio: Revista latinoamericana de seguridad ciudadana*, 1, Quito.

Spierenburg, P. (1984). *The spectacle of suffering: Executions and the evolution of repression*, Cambridge University Press, Nueva York.

Stevens, D. (1994). “The Depth of Imprisonment and Prisonization: Levels of Security and Prisoners’ Anticipation of Future Violence”, en *Howard Journal of Criminal Justice*, 33(2): 137-157.

Stevens, D. (1998). “The Impact of Time-Served and Regime on Prisoners’ Anticipation of Crime: Female Prisonization Effects”, en *Howard Journal of Criminal Justice*, 37.

Stippel, J. A. (2006). *Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile*, Lom, Santiago de Chile.

Stippel, J. A. (2013). *Cárcel, derecho y política*, Lom, Santiago de Chile.

Sutherland, E. H. (1999). *El delito de cuello blanco*, traducción de Rosa del Olmo; edición y prólogo de Fernando Álvarez-Uría, La Piqueta, Madrid.

Tomasevski, K. (1994). *Foreigners in Prison*, European Institute for Crime Prevention and Control), Helsinki.

Tonry, M. (2004). (ed.), *The future of imprisonment*, Oxford University Press, Nueva York.

Tonry, M. (1995). *Malign Neglect: Race Crime and Punishment in America*, Oxford University Press, Nueva York.

Tonry, M. (2004). *Thinking About Crime: Sense and Sensibility in American Penal Culture*, Oxford University Press, Nueva York.

Tyler, T. (1990). *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, Princeton.

Valdés, J. G. (1995). *Pinochet's Economists: The Chicago School in Chile*, Cambridge University Press, Cambridge-New York.

Vanderschueren, F. (2005). "Desafíos de la seguridad ciudadana", en *Persona y Sociedad*, XIX(1).

Viñals, V. (2015). "Excesos y negligencias: el incendio de la Cárcel de San Miguel en la voz de un sobreviviente", disponible en: <http://radio.uchile.cl/2015/02/15/excesos-y-negligencias-el-incendio-de-la-carcel-de-san-miguel-en-la-voz-de-un-sobreviviente>. Última revisión 15 de julio de 2015.

Von Hirsch, A. (1998). *Censurar y Castigar*, traducción de Elena Larrauri, Trotta, Madrid.

Von Hirsch, A. (1976). *Doing Justice: The Choice of Punishment – Report of the Committee for the Study of Incarceration*, Hill and Wang, Nueva York.

Von Liszt, F. (1995). *La idea del fin en el Derecho penal: Programa de la Universidad de Marburgo de 1882* (con introducción y nota biográfica de J. M. Zugaldía Espinar), Comares, Granada.

Wacquant, L. (2000). *Las cárceles de la miseria*, traducción de Horacio Pons, Manantial, Buenos Aires.

Wacquant, L. (2000b). *Parola D'onore: Tolleranza Zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberale*, traducción de Massimiliano Guareschi, Feltrinelli, Milano.

Wacquant, L. (2002). "De la Esclavitud al Encarcelamiento Masivo", disponible en: [file:///C:/Users/barcelona/Downloads/NLR24703%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/barcelona/Downloads/NLR24703%20(1).pdf). Última revisión 15 de julio de 2015.

Wacquant, L. (2002b). *Simbiosi mortale, Neoliberalismo e politica penale*, Ombre Corte, Verona.

Walker, N. (1983). "Side-Effects of incarceration", disponible en: http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals%2Fbjcrim23&div=10&g_sent=1&collection=journals. Última revisión 15 de julio de 2015.

Watson, B., D. Jones y P. Roberstone-Sunders (1995). "Drug Use and African Americans: Myth Versus Reality", *Journal of Alcohol and Drug Abuse*, 40:19.

Wechsler, H. (1961). "Sentencing, Corrections, and the Model Penal Code", en *University of Pennsylvania Law Review*, 6: 465-493.

Wilson, J. B. (1983). *Thinking About Crime*, 2ª ed., Basis Books, Nueva York.

Witte, A. D. (1980). "Estimating the Economic Model of Crime with Individual Data", en *Quarterly Journal of Economics*, 94(1): 57-84.

Young, W. y M. Brown (1993). "Cross National Comparisons of Imprisonment" en M. Tonry (ed.), *Crime and Justice: A Review of research*, 7, University of Chicago Press, Chicago.

Young, J. (2011). *The Criminological Imagination*, Polity, Cambridge.

Zaffaroni, R. (2000). *Derecho Penal Parte General* (con la colaboración de Alagia y Slokar), Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, R. (1993). "¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión", disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=85>. Última revisión 15 de julio de 2015.

Zaffaroni, R. (2007). *El enemigo en el Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, R. (2007b). "Globalización y crimen organizado", Conferencia de clausura de la Primera Conferencia Mundial de Derecho Penal, organizada por la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP) en Guadalajara, Jalisco, México, pronunciada el 22 de noviembre de 2007 (2007b), disponible en:

file:///C:/Users/barcelona/Downloads/GLOBALIZACI%C3%93N%20Y%20CRIMEN%20ORGANIZADO.PDF. Última revisión 15 de julio de 2015.

Zaffaroni, R. (2009). "Introducción al libro: Grispigni, Filippo y Mezger, Edmund, *La reforma penal nacional-socialista*", Ediar, Buenos Aires.

Zaffaroni, R. (1977). *Manual de Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires.

Zaffaroni, R. (2011). *La Palabra de los Muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Ediar, Buenos Aires.

Zimring, F. (1977). "Punishment and Deterrence: Bad Checks in Nebraska: A Study in Complex Threats", en Greenberg, Davis (ed.), *Corrections and Punishment*, Sage, Beverly Hills.

Zimring, F. (1972). "Of Doctors, Deterrence, and the Dark Figure of Crime: A Note on Abortion in Hawaii", en *University of Chicago Law Review*, 39.

Zimring, F., G. Hawkins y S. Kamin (2001). *Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in California*, Oxford University Press, Nueva York.

Zgoba, K., P. Witt, M. Dalessandro y B. Veysey, (2008) "Megan's Law: Assessing the Practical and Monetary Efficacy".

Zysman, D. (2012). *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, Ediciones Didot, Buenos Aires.

Zysman, D. (2005). "La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política anglosajona", en *Politica Criminal y Sistema Penal*, Anthropos, Barcelona.

Zysman, D. (2013). *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Marcial Pons, Madrid.

CONCLUSIONI

A poco più di 200 anni della sua nascita, il carcere moderno, sordo alle critiche che l'hanno accompagnato da sempre, contraddice intere biblioteche che parlano di crisi, anzi di crisi perenne, di un'istituzione obsoleta e indifendibile. Le cifre sono schiacciante, nonostante un leggero calo negli ultimi anni in alcuni Paesi, la prigione nel XXI secolo è più presente che mai. L'aumento dei detenuti è un fatto che dimostra che le nostre società tendono, sempre di più, ad imprigionare grandi gruppi umani. La crisi del carcere (di cui parlava, tra gli altri, Foucault) è piuttosto la crisi della sua legittimazione che, in ogni caso, non sembra influenzare né la sua esistenza né la sua estensione. Un chiaro esempio di discorso che cerca di legittimare il carcere è quello sulla risocializzazione che, non molto tempo fa, era molto popolare quando si credeva, e si sosteneva, che la privazione della libertà avrebbe potuto aiutare la rieducazione del condannato. Da anni i suoi principi sono insostenibili di fronte alla realtà.

Ultimamente, il dibattito è diventato più sincero: il carcere viene presentato come uno strumento per neutralizzare i nemici, e il suo principale scopo è quello di rimuoverli dalla circolazione. Dopo l'11 settembre 2001 si sottolinea il linguaggio bellicoso. La *Guerra al Terrorismo* si aggiunge alle *Guerre contro il Crimine, contro la Droga, contro la Pedofilia*. Tuttavia, coloro che riempiono le carceri non sono né pedofili pericolosi, né capi di gruppi terroristici, né i maggiori trafficanti di droga.

Il sistema americano è stato imitato e si è diffuso rapidamente in America Latina e soprattutto in Cile. Le strutture economiche cilene facilitano la differenziazione delle persone e i nemici sono facilmente riconoscibili. *Brutti, sporchi e cattivi* - parafrasando un film di Ettore Scola - sono i "clienti" preferiti delle prigioni dell'America Latina.

Di fronte a questo fenomeno di elefantiasi punitiva, davanti alla rivincita della prigione del XXI secolo, sorge la domanda centrale di questo lavoro: perché l'attuale società imprigiona massicciamente gli esseri umani? E, insieme a questa domanda, ne appaiono altre: perché il carcere è abitato quasi esclusivamente dai più poveri e dai più discriminati? Conosciuti gli effetti criminogeni della prigione e dati i costi molto elevati,

perché la pena della reclusione è in così netto aumento? Potrebbe esserci, forse, qualcuno che ottiene un guadagno dalla carcerazione di massa?

Questo lavoro è stato diviso in tre capitoli e, in conclusione, è stata proposta una alternativa alla carcerazione di massa. Ogni capitolo riguarda profili diversi, ma strettamente connessi tra loro.

Il percorso più breve tra due punti è una linea retta; tuttavia, nel nostro percorso, viene proposta qualche deviazione per analizzare questioni tangenziali che cercano di orientare il lettore nella complessità delle questioni trattate. Siamo consapevoli che, non optando per la linea retta, abbiamo lasciato alcuni spunti solo tratteggiati, e non approfonditi. Assunti questi rischi, e per non abbandonare quei lettori che vorranno approfondire ulteriormente quelle che per noi sono solo deviazioni, segnaliamo la bibliografia necessaria per quei profili non esaminati più a fondo.

Se avessimo voluto dire solo qualcosa di originale, avremmo potuto prescindere dai primi due capitoli e concentrarci, fin dall'inizio, sulla questione della carcerazione di massa in Cile. Tuttavia, se avessimo seguito questa opzione, si sarebbe sviluppato un discorso utile solo a coloro che hanno familiarità con gli studi storici e sociologici della prigione moderna e conoscenza del fenomeno della carcerazione di massa negli Stati Uniti e nel resto del pianeta. Invece, la nostra intenzione è quella di raggiungere tutti coloro che sono interessati a questi temi. Inoltre, il fenomeno cileno non è un sistema isolato e le influenze tra gli Stati Uniti ed il Cile nelle politiche criminali (ma anche nelle imposizioni economiche, nel regime politico e negli interventi conosciuti nella nostra dolorosa storia) mostrano che ciò che accade in Cile non può essere adeguatamente compreso senza fare riferimento all'ordinamento statunitense.

L'idea di fare un lavoro che possa essere letto da molti si allontana dalla tradizionale struttura delle tesi di dottorato di ricerca. Tuttavia, produrre un testo di seicento o più pagine, progettato quasi esclusivamente per essere letto solo dal proprio tutor e dai membri del tribunale, per poi finire in una biblioteca sotto cumuli di polvere, non ci è sembrato essere conveniente. Il tema che abbiamo scelto cerca di colmare una lacuna tipicamente cilena. Poco o nulla è stato detto dai giuristi nazionali sulla carcerazione di massa. Tenuto conto di questa mancanza nella dottrina cilena e data l'urgenza della

questione, ci assumiamo i rischi e ci avventuriamo nella scrittura di un testo complesso che cerca di spiegare la carcerazione di massa in Cile.

È stato fondamentale indagare le cause, sia nelle leggi che le generano, sia nell'ambiente che rende possibile la loro promulgazione. Ancora più indispensabile è stato studiare gli effetti nocivi e l'inadempimento di varie norme di diritto internazionale come la Risoluzione 45/111 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite sul trattamento dei prigionieri; la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo; il Patto internazionale sui Diritti Economici, Sociali e Culturali; il Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici.

La nostra memoria ha, o dovrebbe avere, dei ricordi molto freschi delle brutali violazioni dei diritti umani perpetrate da una dittatura che non è ancora morta, per chiudere gli occhi sulle violazioni attuali. Data la situazione scandalosa nelle carceri e il silenzio complice è dovere del giurista la denuncia, la protesta e la ricerca dei responsabili, dal momento che la carcerazione di massa, come la schiavitù e la tortura, non sono fenomeni naturali: sono costruzioni sociali che si possono e si devono cambiare.

Per l'analisi della situazione cilena è stato importante lo studio e la comparazione con il sistema americano per il ruolo di laboratorio sperimentale che ha dovuto svolgere il Cile in materia economica. La nostra domanda sulla carcerazione di massa in America e in Cile cerca risposte dentro i contesti nazionali e attraverso il ponte che collega – verticalmente – i due Paesi. Questo *ponte*, influenza, imitazione o imposizione è uno degli oggetti fondamentali del nostro studio. Gli Stati Uniti d'America, come paradigma, hanno avuto e continuano ad avere una influenza enorme in America Latina. Per raggiungere il Cile si deve necessariamente passare attraverso lo studio della carcerazione di massa in America e poi verificare come quelle politiche criminali siano state implementate nelle nostre latitudini, con budget molto più ridotti. Il contesto economico, politico e culturale offre un quadro esplicativo sul complesso fenomeno della carcerazione di massa in Cile.

Come abbiamo già accennato, questo lavoro è diviso in tre capitoli:

I) Il carcere moderno e le sue giustificazioni

II) La incarcerazione di massa

III) La carcerazione di massa in Cile

Nel primo capitolo introduttivo vengono studiati il carcere moderno e le sue possibili giustificazioni.

Nella prima parte ci domandiamo questioni centrali tipo: *quando, come e perché* è nato il carcere moderno. Studiamo anche gli effetti che produce e le principali critiche che hanno ricevuto le pene detentive. Le nostre richieste non cercano di dare risposte categoriche sulle questioni sollevate. Piuttosto, il tentativo è quello di lasciare tali questioni aperte, passando in rassegna le principali teorie e ipotesi. L'analisi si sposta dalla pratica alla teoria, e viceversa, in base alle questioni che via via emergono. Il nostro approccio cerca di spiegare il carcere in modo multi-causale, studiando le varie teorie che cercano spiegare il perché del carcere.

La seconda parte del primo capitolo (sulle giustificazioni della prigionia) comporta lo studio delle teorie che riguardano le finalità della pena. Anche se questa sezione potrebbe sembrare uno strano trapianto in un lavoro che si sviluppa tra il legale e il sociologico, la sua inclusione risponde all'importanza del loro studio, perché è qui che si trovano le fondamenta dei discorsi legittimanti della pena in generale e, in particolare, del carcere. La nostra analisi, a cavallo tra la sociologia della punizione e l'analisi giuridica, cerca di nutrirsi dei due mondi, alla ricerca di una comprensione più globale dei materiali trattati.

Il secondo capitolo tratta della carcerazione di massa ed è diviso in sei parti. La prima cerca di rispondere alla domanda sul come avvenne l'incarcerazione di massa. La seconda e la terza analizzano le cause di questo fenomeno politico, economico e sociale e il loro sostegno da parte di alcuni settori della politica penale e criminologica. La quarta parte consiste nell'analisi dei criteri di selettività con cui opera. La quinta cerca di capire chi si beneficia della carcerazione di massa. Infine, la sesta spiega come la politica criminale degli Stati Uniti è stata esportata in America Latina. Lo scopo di questo capitolo è quello di fornire una sintesi, in lingua spagnola, della discussione in

corso su un argomento ampiamente dibattuto dagli esperti, circoscrivendolo al mondo anglo-americano. Dedichiamo particolare attenzione al rapido cambiamento da un sistema che credeva nella risocializzazione ad uno dichiaratamente retributivo.

Sulla base dei dati tratti da realtà diverse, abbiamo visto che il più alto tasso d'incarcerazione non è conseguenza di un aumento della criminalità, dato che esiste una relazione labile tra crimine e prigionia. Pertanto, le vere cause di incarcerazione di massa riflettono una decisione politica, democratica o autoritaria, nella nostra società.

Il terzo e ultimo capitolo, sulla carcerazione di massa in Cile, è la parte più originale del nostro studio. Inizialmente prosegue col percorso tracciato nel capitolo precedente, senza limitarsi ad una analisi normativa delle leggi che generano direttamente un aumento dell'incarcerazione. Lo studio si concentra su un periodo relativamente recente (il Cile democratico) e sull'ambiente in cui sono state votate le leggi che hanno maggiormente influenzato la carcerazione di massa, concentrando la nostra attenzione sul processo elettorale ed il linguaggio punitivo delle campagne politiche. Particolare attenzione è stata dedicata alla Fondazione *Paz Ciudadana* come l'istituzione che più ha influenzato ciò che la gente doveva sapere e credere sulla criminalità, la delinquenza e le politiche criminali che si sarebbero dovute attuare. Successivamente, cerchiamo di individuare quali leggi ed istituzioni abbiano causato l'immediata crescita della prigione in Cile, ed il contesto in cui si sono sviluppate.

Ci soffermiamo, in particolare, sullo studio della Riforma della Procedura Penale e su alcune leggi sostanziali che influenzano tuttora i tassi di incarcerazione. La Riforma della Procedura Penale ha sostituito un arcaico procedimento inquisitorio con un altro apparentemente più liberale. Dopo questa prima idea, abbiamo rapidamente capito che questa Riforma, dietro un'apparenza liberale e moderna, nascondeva un apparato autoritario che con una velocità e facilità senza precedenti, nel sistema giuridico cileno, ha riempito le carceri di condannati.

A questo rapido aumento dei detenuti, causa anche di sovraffollamento, la risposta quasi immediata da parte del governo socialdemocratico è stata la costruzione di nuove e più grandi prigioni, che si sono velocemente riempite senza risolvere il problema del sovraffollamento. Anche la giustizia negoziata e gli incentivi procedurali

per il riconoscimento della colpa, contribuiscono alla carcerazione di massa in Cile. Inoltre, le leggi che eccezionalmente aumentano i poteri del pubblico ministero e della polizia per particolari reati gravi (terrorismo, traffico di droga, ecc.) sono gradualmente diventate una pratica standard, minacciando di espandersi in altre aree del procedimento penale.

Senza credere che la sproporzione tra i reati e le sanzioni sia solo la conseguenza della disattenzione di qualche consulente legale, cerchiamo risposte a situazioni che si mostrano in tutta la loro assurdità. Ancora una volta, vediamo il consolidamento di uno stato penale che cresce in un contesto di disuguaglianza, di crescente segregazione e neutralizzazione dei nemici.

Non abbiamo la pretesa di rispondere a tutte le ragioni o i torti fin qua venuti alla luce. Vogliamo, invece, rivelare uno strano intreccio di trattative e connivenza fra le due coalizioni che condividono il potere politico in Cile, giacché pare che difendano interessi simili. Queste coincidenze si intravedono quando cerchiamo di rispondere a domande come: chi promuove tali riforme? Perché la critica a queste riforme è così limitata, se non inesistente?

Mentre le cattedre universitarie lodano lo spirito liberale della Riforma di Procedura Penale, pochi parlano dei suoi effetti, o del suo legame con l'aumento del numero di prigionieri. Non ci sarà un rapporto fra l'incarcerazione di massa e una struttura sociale sempre più diseguale? Non sarà la risposta penale veloce ed efficiente l'unico modo per controllare le masse di poveri e disoccupati? Sarà il Diritto penale il complemento alla mancanza di stato sociale?

Il capitolo, successivamente, analizza le conseguenze giuridiche penali, individuali e sociali dell'incarcerazione di massa in Cile, mostrando come essa ha aumentato la criminalizzazione della povertà. Infine, si conclude con un commento sullo scenario avverso in cui si sta discutendo la riforma penale attualmente.

Nelle conclusioni facciamo diverse proposte, punitive e non punitive, per affrontare il problema dell'incarcerazione di massa. Senza perdere di vista il guadagno elettorale del populismo punitivo, riteniamo conveniente l'attuazione di pene non detentive per reati

di media e bassa gravità, la riduzione del tempo della penalità detentiva e la depenalizzazione dei comportamenti facendo uso di sanzioni in campo amministrativo.

Nel corso della nostra indagine, abbiamo trovato alcuni impedimenti pratici che hanno ostacolato il nostro lavoro. Soprattutto la mancanza di studi empirici, in Cile, in materia di politica criminale, ha reso estremamente difficile poter verificare ipotesi e teorie, costringendoci a lavorare con intuizioni o trapiantando sul campo altre teorie (in particolare inglesi e americane) che hanno rischiato di distorcere qualsiasi analisi, perché la realtà sociale ed il carcere hanno specificità che non possono essere trascurate. Inoltre, la chiusura delle prigioni rende difficile capire ciò che realmente vi accade e quali siano gli effetti su coloro che soffrono la reclusione. Ancora una volta, abbiamo dovuto estrapolare studi empirici che hanno valore per molti aspetti, ma che non riflettono le peculiarità della situazione osservata. Ad esempio, possiamo concludere che i tentativi di suicidio o la depressione sono più frequenti tra coloro che sono privati della libertà che tra coloro che non lo sono, e ci sarà una certa coincidenza tra i detenuti in una varietà di carceri. Tuttavia, gli effetti di una moderna prigione svedese saranno differenti da quelli di una prigione sovraffollata in una città dell'America Latina. Il luogo di confino, il fatto d'essere più o meno affollata, il quartiere da cui provengono i detenuti, il grado di comunicazione fra i detenuti e il mondo esterno e la percentuale di stranieri, sono tutte circostanze fondamentali che devono essere considerate ai fini di un'analisi specifica riguardante gli effetti della prigione sui detenuti.

Non volendo soffermarci ulteriormente su quella che dovrebbe essere solo una conclusione, dobbiamo chiarire che si tratta di una analisi giuridico-penale che abbraccia temi sociologici in quanto è nostra convinzione che questi problemi non possano essere riservati solo ai professionisti di tale area di studio. È necessario ricordare che il diritto penale è come una moneta a due facce ("delitti e pene", diceva poco più di 250 anni fa Cesare Beccaria). Tuttavia sembra che i penalisti abbiano dimenticato la pena, ed i manuali, i trattati e le varie monografie si dedicano quasi esclusivamente alla analisi della teoria del reato, in modo sempre più astratto, omettendo le sue ricadute sulla pena. La maggior parte dei penalisti non si spinge mai fino alla realtà della pena. Il carcere e il silenzio che lo circonda finiscono per

legittimare uno spazio che è un vuoto di diritto o la negazione dello stesso. Così il carcere diventa uno spazio senza giustizia, dimenticato dai penalisti.

Le critiche sociologiche sul carcere difficilmente possono essere sentite da coloro che studiano e applicano le leggi (gli operatori del sistema di giustizia penale) che promuovono la carcerazione di massa, dal momento che non entrano nell'analisi diretta sulle cause immediate della stessa.

La nostra proposta, dopo aver identificato un problema centrale come la carcerazione di massa, vuole addentrarsi nelle leggi così come nelle pratiche (come cause immediate) e nell'insieme delle circostanze in cui sono nate (come cause mediate).

Durante tutto il nostro percorso non abbiamo voluto perdere di vista il concetto di persona, che è stato la nostra stella polare: siamo stati attenti nell'osservare quanto la nostra società concepisce la persona come un fine o come mezzo, e se considera che la sua essenza sia inviolabile o no. Non si deve dimenticare che l'esistenza di un concetto di persona riconosciuto in tutto il mondo forma parte delle legislazioni internazionali (in questioni di diritto penale, procedura penale e diritto penitenziario). Queste norme integrano i sistemi giuridici nazionali. Pertanto, le disposizioni legislative, regolamentari e le pratiche ufficiali devono rispettarsi tra loro. Tutte le leggi devono essere coerenti con se stesse, logicamente e assiologicamente. Ad esempio, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani pone dei limiti alle interferenze e trattamenti dello Stato e ci obbliga a non strumentalizzare le persone.

Non dobbiamo dimenticare che concepire il carcere è concepire anche la pena, e concepire la pena è concepire l'uomo. Le leggi che prendono come obiettivo principale di considerazione normativa i comportamenti personali devono essere coerenti con se stesse in conformità con i principi fondamentali di minimo intervento del diritto penale. Episodi fatali come le morti dei detenuti nelle carceri per incendi o per assassinio o maltrattamento da parte di altri prigionieri; le pratiche di tortura, le leggi xenofobe mascherate da leggi anti-terrorismo, fra le altre, fanno dubitare sul rispetto dei diritti umani nel Cile di oggi.

Infine, vorremmo sottolineare che il problema del carcere deve essere risolto ascoltando le esigenze dei detenuti stessi. Difficilmente potrà essere risolto all'interno della prigione stessa, ma dall'esterno, nella stessa società che lo crea, che lo produce, che lo alimenta e riproduce. In questo senso, l'opzione migliore non potrà mai essere quella di 'migliorare' un'istituzione selvaggia e violenta come il carcere, ma, al contrario, pensare sempre *meno al carcere* e cercare strategie reali di contenimento. Ridurre gradualmente l'incarcerazione, per eliminarla in maniera definitiva.

In conclusione, crediamo sia utile ricordare che imprigionare una persona è un atto violento, che prevede la costrizione di un corpo in un piccolo spazio disumanizzante; che disumanizzando un simile disumanizziamo noi stessi, e che la disumanizzazione di massa comporta necessariamente la disumanizzazione della società. E non può che essere così, anche se non conosciamo direttamente il dolore dei prigionieri. L'incarcerazione di massa, come uno spettro silenzioso, corrode la libertà di tutti e finisce col toglierci la parte più preziosa della vita stessa.

D'altra parte, gli effetti criminogeni e i costi della carcerazione di massa saranno pagati in futuro con un aumento della criminalità e della violenza, che genererà ancora più prigionieri, più controlli, più polizia e anche più prigionieri. Così, la carcerazione di massa, come in una spirale crescente, ha come punto d'arrivo il carcere per tutti. Solo un cambiamento di direzione, uno spostamento verso il rispetto della dignità umana, può aiutarci a prevenire questa politica suicida.

Ci auguriamo che questo lavoro sia un contributo utile ad indicare la strada a nuovi e migliori studi sulla carcerazione di massa in Cile che, con base empirica, possano confutare e criticare quanto abbiamo detto. Ci auguriamo, inoltre, che il nostro studio possa incoraggiare il dibattito e contribuire allo sviluppo di studi critici sulla carcerazione di massa in Cile.

