

CIUDADANÍA Y VIOLENCIAS

www.flacsoandes.edu.ec

VOLUMEN 8

Massimo Pavarini

Castigar al enemigo

Criminalidad, exclusión e inseguridad



Entidades gestoras

Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO Sede Ecuador)
Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (MDMQ)
Corporación Metropolitana de Seguridad Ciudadana (CORPOSEGURIDAD)

Editor general

Fernando Carrión

Coordinadora editorial

Andreina Torres

Asistentes editoriales

Ángeles Granja y Sofía Gordon

Comité editorial

Fernando Carrión
Gustavo Lalama
Massimo Pavarini
Alfredo Santillán
Máximo Sozzo
Andreina Torres

Autor

Massimo Pavarini

Prólogo

Farith Simon Campaña

Traducción

Vanina Ferreccio y Máximo Sozzo

Diseño y diagramación

Antonio Mena

Impresión

Crearimagen

ISBN SERIE: 978-9978-67-137-5

ISBN:

©FLACSO Sede Ecuador

La Pradera E7-174 y Diego de Almagro

Tel: (593-2)3238888

Fax: (593-2)3237960

flacso@flacso.org.ec

www.flacso.org.ec

Quito, Ecuador

Primera edición, septiembre 2009

Índice

Presentación	7
Prólogo	9
Introducción	17
I. Cárcel <i>sin</i> fábrica	45
II. El encarcelamiento masivo	59
III. Las funciones materiales de la penalidad	81
IV. La productividad del sistema penal: el caso italiano	101
V. Estrategias de lucha: los derechos de las personas detenidas y el abolicionismo	127
VI. El regreso a una pena fundamentalista	145
VII. La guerra a las “no-personas”	173
VIII. ¿Una nueva penalidad?	195
IX. Seguridad frente al delito y gobierno de la ciudad	207
X. Reflexiones sobre el deterioro urbano	229
XI. Por una política democrática de “nueva prevención” ...	247
Bibliografía	279
Publicaciones del autor	309

Presentación

El crecimiento de la violencia y la inseguridad ciudadana es un fenómeno social de gran trascendencia que está afectando la vida de las personas a nivel mundial. No obstante, los niveles en que se expresa este fenómeno no son homogéneos. Ello ha generado un extenso debate alrededor de este complejo tema, que busca dictaminar las causas y posibles consecuencias de las múltiples violencias que aquejan a nuestras sociedades. De igual manera se ha considerado necesaria la construcción de redes sociales e institucionales que aporten y refresquen conocimientos desde distintos lugares, perspectivas y enfoques para un mejor entendimiento de la naturaleza del fenómeno.

Paralelamente, en este siglo nos enfrentamos a una escalada creciente del discurso sobre la seguridad, relacionado principalmente a problemas como la violencia urbana, la delincuencia organizada y el terrorismo internacional. Este clima puede conllevar una excesiva securitización de los enfoques académicos, discursos políticos y políticas sociales, que pueden tener como corolario una búsqueda paranoica de la seguridad y la generación de procesos de represión, marginación y exclusión social como producto de estas prácticas; de allí que más que nunca sea necesario generar un campo de reflexión frente a un problema que es innegable y que necesita ser tomado en cuenta y analizado profundamente por la academia y los hacedores de políticas que tienen el compromiso ineludible de atender las continuas demandas ciudadanas.

Es en este marco que la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales Sede Ecuador, el Ilustre Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, y la Corporación Metropolitana de Seguridad Ciudadana, presentan la colección “Ciudadanía y Violencias” cuyo objetivo es constituirse en una base bibliográfica que contribuya al cono-

cimiento y debate sobre temas relacionados a la seguridad ciudadana a nivel mundial, en América Latina, la región Andina y contextos locales más específicos. Los 12 tomos de esta colección compilan los trabajos de autores y autoras internacionales de reconocida trayectoria en el análisis y reflexión de la violencia como fenómeno social y de la seguridad ciudadana como propuesta de política pública que busca construir ciudadanía y mitigar los impactos de la violencia social. Esta colección atiende al desafío actual de generar herramientas de consulta académica e investigativa que puedan enriquecer, complejizar y democratizar el debate actual de la seguridad ciudadana.

En esta ocasión queremos dar un especial agradecimiento a Máximo Sozzo, sin cuyo apoyo y colaboración en la traducción y revisión de los textos no habría sido posible la publicación de este octavo volumen de la colección.

Augusto Barrera

Alcalde

I. Municipio del Distrito
Metropolitano de Quito

Adrián Bonilla

Director

FLACSO - Ecuador

Prólogo

Farith Simon Campaña¹

Seguridad ciudadana, políticas públicas y conocimiento

Inicio con una reflexión personal el prólogo de una obra científica como la que tienen en sus manos no parecería la forma más correcta, pero considero imperioso decir que su lectura me confirmó la impresión, que viene de algunos años atrás, de que el debate nacional sobre los temas centrales que nos afectan, sea por su extensión social, impacto o la preocupación colectiva que generan –dimensiones que no siempre coinciden– se encuentra marcado por un cierto “localismo ciego”. Las ideas que se presentan como novedosas están llenas de influencias internacionales, no siempre comprendidas, reconocidas o explicitadas. Esta suerte de descubrimiento (re-descubrimiento) continuo de temas ya transitados en otros países suele expresarse por medio de una cierta “vulgarización”, que más allá de representar una “democratización del conocimiento”, provoca –no pocas veces– que las iniciativas aparejadas nazcan condenadas a una breve “existencia” por su rápido reemplazo por “nuevos” enfoques.

La adecuación de experiencias relevantes sin mayor análisis o comprensión de su carácter y naturaleza es como la siembra en un terreno sin abonar y –muchas veces– en condiciones inapropiadas. El hablar “de memoria” es un mal que afecta a muchos sectores de la sociedad ecuatoriana. La repetición de lugares comunes, frases hechas, de “citas de las citas” son algunas de sus manifestaciones.

¹ Doctor en Jurisprudencia, abogado. Profesor de la Universidad San Francisco de Quito.

En este contexto el esfuerzo que viene desarrollando el Programa de Estudios de la Ciudad de FLACSO es digno de todo reconocimiento. Su colección “Ciudadanía y Violencias” pone a nuestra disposición obras clave para entender la relación entre “nuestros temas” y la producción académica internacional, a la vez que nos entrega insumos para promover una reflexión “local informada”.

La obra que me han invitado a prologar, que se presenta bajo el sugestivo título de *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*, cumple todas las condiciones expuestas. Contiene una profunda reflexión sobre los temas de seguridad ciudadana, políticas públicas y penalidad. Su autor es una innegable autoridad internacional en los temas aquí presentados.

El autor

Massimo Pavarini (Bologna, 1947), es profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bologna, donde también enseña Ley Penitenciaria. Es un referente obligado de la llamada “criminología crítica” y se le reconoce una significativa influencia en la construcción del pensamiento penal, criminológico y las nuevas políticas de seguridad ciudadana en Europa y América Latina (Carnevali 2008)².

Este trabajo del profesor Pavarini se construye a partir de la confluencia de tres experiencias: la académica, la política y la de la “acción”, entendida en este contexto como la puesta en ejecución de las ideas en la realidad, más allá de los libros, la acción política o las aulas.

En su dimensión académica es autor de numerosos trabajos que abordan, entre otros temas, la sociología del control social, sociología y criminología de la pena, medios de comunicación y delincuencia, las relaciones entre ciencias penales y políticas criminales, sistema de jus-

2 También se puede destacar su estancia como docente en México (2004), y su calidad de profesor de múltiples programas de posgrado en América Latina.

ticia penal para delincuentes menores de edad, políticas preventivas, investigación empírica sobre las víctimas, representación social de la desviación.

Entre sus trabajos académicos traducidos al castellano son especialmente conocidos los libros: *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)* (1980); *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico* (1983); *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad* (2006); y algunos artículos, tales como “Para una crítica de la ideología penal. Una primera aproximación a la obra de Alessandro Baratta” (2004); “Poner la pelota en el centro. Diez tesis y modestas propuestas para un gobierno de la seguridad” (2006); “Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad. Una visión entre centro y margen” (2006)³.

Pavarini fue electo diputado (1994-1999) del Parlamento de la ciudad de Bologna, por el Partido de los *Democratici di Sinistra* (Demócratas de Izquierda). En sus palabras, ese encargo político lo ejerció en “estrecha relación” con su actividad “científica y cultural en lo que atañe al gobierno comunal de la seguridad ciudadana” (Pavarini 2006a).

En cuanto a su “acción”, también vinculada de manera muy cercana con su actividad científico-académica y política, se destaca la coordinación del comité científico del proyecto *Città Sicure* de la Regione Emilia-Romagna⁴ y su calidad de consejero (2005) para la seguridad en la *Comune di Bologna*. En el desempeño de este último cargo elaboró un proyecto general de factibilidad de políticas locales de seguridad para esa ciudad (Pavarini 2006a: 109).

Destaca también en su trayectoria el programa desarrollado conjuntamente con el profesor Tullio Aymone en el barrio Reno de Bologna, que tiene como componentes⁵ la reactivación de la red social (información y discusión del problema en el barrio, organización de un observatorio en el barrio), acciones de prevención primaria (cam-

3 Ver la lista de publicaciones del autor al final de este volumen.

4 Ver: www.regione.emilia-romagna.it/sicurezza.

5 Descripción tomada de la página web de la Secretaría de Seguridad Pública de México: www.sssp.gob.mx.

pañías de información contra el vandalismo, alcoholismo, tóxico-dependencia, *training* normativo en colegios secundarios, cursos a padres), acciones de prevención situacional (iluminación, sistema electrónicos y televisivos, política de concesión de licencias a locales públicos, supervisión nocturna con grupos voluntarios para la supervisión del “vecino de casa”)⁶.

Se le considera uno de los responsables del desarrollo de las llamadas “políticas de nueva prevención”, que contemplan estrategias integradas de prevención, desde los llamados gobiernos locales, en donde se busca un “...justo equilibrio entre las políticas sociales de ayuda, políticas de aseguramiento de tipo comunitario y políticas dirigidas a reducir las “ocasiones” de la delincuencia...[aceptando]...incluso un espacio de legitimidad a políticas reactivas y, por tanto, predominantemente represivas que deberían integrarse con políticas proactivas, es decir, preventivas” (Pavarini 2006a).

El libro que tienen en sus manos es en realidad, como lo advierte el profesor Pavarini, una recopilación de once artículos escritos en los últimos diez años (1998-2008), fundamentalmente producto de su preocupación científica en dos temas interconectados, pese a que —en palabras del autor— podrían recibir un tratamiento autónomo: la crisis de la penalidad y la emergencia de las políticas de seguridad. Claro, han sido procesados como un obra *ex novo*, por lo que su resultado son once capítulos de un nuevo libro.

Pavarini hace una clara presentación del alcance y contenido de su trabajo y del proceso metodológico seguido para su preparación, por lo que sería una audacia imperdonable comentar estos aspectos. Tras varios bosquejos de este prólogo he optado por resaltar algunos temas que me parecen especialmente relevantes por su evidente similitud con algunas situaciones/respuestas locales, no siempre —o mejor aún— pocas veces acompañadas de una mínima reflexión acerca de su conveniencia, utilidad o de los supuestos teóricos o ideológicos sobre las que se sustentan.

6 Una revisión crítica de esta experiencia por parte del profesor Pavarini se puede leer en una entrevista realizada por Máximo Sozzo (Pavarini 2009).

La obra y el contexto nacional

El autor a lo largo de la obra presenta una serie de tesis y enfoques, algunas con evidente vinculación a propuestas que de manera explícita o implícita se dan —o se han dado— en el país, por tanto es un material que permite una comprensión científica de las razones que llevaron a otros países a su formulación, su impacto y las críticas más relevantes que recibieron.

Según lo expuesto por el autor, parece muy clara la influencia que ha tenido la “criminología de la vida cotidiana” y la “criminología del Otro” o del “enemigo” en promover que los ciudadanos participemos en nuestra “defensa, organizándonos y adoptando estilos de vida distintos”⁷, pero demostrando también que su aplicación tiene como consecuencia el aislamiento del enemigo, del “Otro”. En nuestro país podemos verificar cómo se privatizan espacios públicos, se reduce la presencia ciudadana en ciertos lugares considerados peligrosos, modificamos horarios para incrementar nuestra sensación de seguridad y, cuando algo sucede, somos responsabilizados por no haber cumplido con nuestras obligaciones. En otras palabras, nuestra libertad personal se limita a partir de la inseguridad y de las soluciones que ponen énfasis en el comportamiento de las víctimas.

Al explicar lo que Pavarini llama de manera descriptiva el “retorno del encarcelamiento masivo” —luego de algunos años de disminución del promedio de detenidos— por el “incremento significativo de algunas formas de ilegalidad”, de la “frontera de la exclusión”, o la *drug war*, sitúa nuestra realidad en un contexto global, ya que todavía hoy, pese la excarcelación masiva que se dio con el indulto a las llamadas “mulas” del narcotráfico, las estadísticas de privación de libertad y funcionamiento del sistema de justicia pueden confirmar que los delitos vinculados a las drogas continúan siendo la principal causa de privación de la libertad con condenas judiciales (Simon 2006, 2008).

7 Las citas en este prólogo se refieren a ideas expresadas por Massimo Pavarini en este volumen, a menos que se indique otra fuente

También se puede verificar que los enfoques de los “países económicamente avanzados” tienden a “imponerse y al volverse progresivamente el “punto de vista” que cuenta universalmente”, lo que nos recuerda la adhesión que han recibido las políticas de “cero tolerancia”; la transferencia a los gobiernos locales de la cuestión de la (in)seguridad ciudadana; el “triunfo de las políticas de control social que se fundan sobre la fe en las prácticas de neutralización selectiva”; el fenómeno de la “ley severa y una práctica represiva atenuada”; y, últimamente, el interés que en algunos sectores, fundamentalmente los “penalistas”, ha generado las ideas de Jakobs y su análisis del “derecho penal del enemigo” frente al “derecho penal del ciudadano”.

La caracterización que Pavarini hace del sistema penal como “altamente incierto e inefectivo” parece describir nuestro sistema de justicia, concluyendo en algo totalmente aplicable a nuestro aparato penal, ya que de ser juzgado desde la “óptica de su productividad” debió haber sido declarado en quiebra hace un buen tiempo.

Para algunos sectores que promueven reformas en diferentes campos del derecho penal es útil el análisis que se hace de tendencias –con evidente apoyo de académicos convertidos en funcionarios públicos–, del “abolicionismo”, “derecho penal mínimo” y de *extrema ratio*, aunque en la práctica reciente el Gobierno haya puesto en evidencia una voluntad contraria al promover respuestas de carácter penal a infracciones que tendrían una respuesta eficiente y adecuada en el derecho civil o administrativo.

Las evidencias que se entregan acerca del fracaso de la cárcel –institución sobre la que se organiza todo el sistema penal– y la ratificación del carácter selectivo del sistema penal que materialmente –por medio de la pena– produce y reproduce la desigualdad social, son una advertencia al peligro que representa un uso amplio del derecho penal y, por tanto, de la cárcel como respuesta principal. No obstante vale la pena detenerse en el análisis que se hace en el libro de la llamada “pena útil”, lo que nos daría más de una pista para el accionar en esa materia.

Al estudiar el impacto que ha tenido la llamada “neutralización selectiva” de grupos sociales, por el uso de herramientas estadísticas

que permiten “predecir” la reincidencia y, por tanto, contribuyen a la focalización de respuestas que han tenido como consecuencia el incremento de la población carcelaria sin que venga aparejada de una disminución de los delitos, se presenta como una advertencia sobre los usos equivocados de las herramientas estadísticas, las que embrionariamente se vienen usando en Quito.

Para el estudio de las políticas y acciones de seguridad en las ciudades, los dos últimos capítulos del libro son de especial relevancia, ya que se pasa revista a los distintos modelos explicativos. Se repasa, el llamado modelo de las “ventanas rotas”, considerado como “científicamente erróneo” así como legitimador de las políticas de “tolerancia cero”, poco efectivas y muy costosas. En cuanto al modelo de la “criminalidad oportunista”, Pavarini demuestra cómo ha provocado la “culpabilización” de las víctimas o potenciales víctimas y ha convertido a la seguridad en un tema de responsabilidad particular, como se ha intentado en nuestro país por medio de las llamadas iniciativas “comunitarias”.

Pero en esta materia la conclusión más importante, y de mayor impacto inmediato en tiempos de cambio, es el recordatorio de que la seguridad es un bien público y que es posible “gobernar” la seguridad, pero que no se “abatirá la inseguridad”. Para esto se pone como ejemplo y se revisan distintas interpretaciones de aquellas estrategias calificadas como de “nueva prevención”, ya que “demuestran [ser] capaces en los hechos de reducir la frecuencia de determinados comportamientos no deseados, no siempre ni necesariamente definidos como delictivos, recurriendo a soluciones diferentes de aquellas ofrecidas por el sistema de justicia penal”. Creo yo que esta afirmación refleja un pragmatismo claramente compatible con la participación de Pavarini en el desarrollo de respuestas en el “terreno”, es decir en su dimensión de “actor”, algo que lo caracteriza como expliqué previamente. Es importante asimismo detenerse en las advertencias que hace sobre la “ingenuidad” de ciertas formas de prevención, todas ellas exploradas e impulsadas en nuestro país: la “prevención situacional tecnológica”, la “participación situacional” y finalmente revisa la llamada “prevención social”, a la que no se niega efectividad, pero es de difícil medición.

En los escritos de Pavarini quedan muy en claro dos acuerdos que se consideran relevantes en el campo de la prevención: la dimensión local (sin dejar de advertir los riesgos asociados a ello) y la necesidad de movilización social expresada en un amplio consenso. Las dos sin negar la participación de las fuerzas policiales (con una cultura y profesionalidad adecuadas); los servicios sociales (capaces de conjugar la “tutela del malestar social” con la tutela “contra el malestar social”), y; los observatorios locales (con capacidad para registrar las necesidades y demandas sociales de seguridad y el impacto de la prevención). Todo esto a partir del cumplimiento de ciertas condiciones mínimas, claramente establecidas por el autor, que fácilmente se podrá verificar no existen en nuestro país.

Finalmente coincidí totalmente con la afirmación que Pavarini hace sobre los límites del derecho penal como instrumento válido de defensa social, pero sin dejar de reconocer la “urgencia política de poner en movimiento de alguna manera la capacidad de gobernar la cuestión criminal”, es decir, existe una necesidad apremiante de brindar respuestas a la demanda social de seguridad, sin dejar de explicitar las implicaciones políticas de esas demandas y sin perder de vista que las respuestas no deben quedar en manos exclusivas del sistema penal, algo habitual en las “soluciones” nacionales, con pocas excepciones, la más relevante siendo la reciente experiencia de la ciudad de Quito.

Seguro el lector/a encontrará, como me sucedió, más de una idea a la que adherir, muchas provocarán nuevas preguntas y con otras tantas no coincidiremos, pero con certeza esta es de aquellas lecturas que deja muchos aprendizajes y abre puertas a la investigación, la profundización del análisis y el estudio desde nuestro contexto(s) y necesidad(es) específica(s).

Quisiera dejar constancia de mi agradecimiento a FLACSO Sede Ecuador y al Municipio de Quito por haberme invitado a prologar esta obra, y mi reconocimiento a las dos instituciones por promover la reflexión más seria que se ha dado en el país sobre la seguridad ciudadana, lamentablemente sin correlato, hasta el momento, en el Gobierno central.

Introducción

Cien mil palabras y un “hilo rojo” para no perderse

La invitación que me ha hecho FLACSO Sede Ecuador me ha parecido simple y gratificante. Amable y generosamente me han pedido que les proporcione una decena de mis más significativas contribuciones científicas, cuyo total se aproxime a las 100.000 palabras. Y nada más. Del resto se ocuparían ellos. ¿Cómo se hace para decir que no?

Los problemas surgieron cuando las obligaciones asumidas tan desconsideradamente apremiaban para que entregue el trabajo prometido.

Preliminarmente he hecho algunas elecciones de fondo en la individualización del material: 1) sólo trabajos relativamente recientes, es decir, de los últimos diez años; 2) preferiblemente aún inéditos en lengua castellana o, si bien ya publicados en español, no especialmente conocidos.

En abstracto, la operación no debía presentar demasiadas dificultades, aun cuando el hecho de haber publicado, en el 2006, un libro de 320 páginas para la editorial Ad-Hoc de Buenos Aires —*Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*— me colocaba en la situación de no poder utilizar para la presente ocasión algunos trabajos particularmente significativos.

De todos modos así he operado, seleccionando un número suficiente de contribuciones.

He pasado, entonces, a la segunda fase de *editing*. He releído todo el material seleccionado recurriendo —y abundantemente— al uso de las tijeras según los siguientes criterios: 1) omitir todo lo que me ha parecido fuertemente condicionado por la contingencia político-cul-

tural del momento en que escribía; 2) cancelar las inevitables repeticiones de pensamiento y de ideas que fastidiosamente se dan en una producción decenal; 3) remover, en fin, aquello que he considerado plenamente inteligible sólo para un público italiano.

El material supérstite ha resultado abundantemente menos de la mitad del seleccionado inicialmente. Pero igualmente todavía excesivo respecto a lo que me fuera requerido.

Llegado a este punto —teniendo bien presente lo que había sobrevivido a la obra de selección— me he preguntado si fuera posible rastrear una o varias ideas capaces de ligar estas páginas desparramadas y si, eventualmente, estas ideas podrían sugerirme el orden y la presentación del material.

Así, he fingido que escribía un libro *ex novo*, que debía entonces ser intitulado y estructurado, coherente y ordenadamente en un discurso por capítulos, párrafos y aparato bibliográfico. En este punto era ya consciente de que no todo habría podido ser incluido y que tendría que producir también páginas nuevas para ligar una parte a otra, para colmar lagunas, para volver comprensible mi propio discurso. Y así ha sido, obligándome a un trabajo bastante complejo que requirió de varios meses, ciertamente demasiados en relación con los que había previsto inicialmente.

Me ha alentado en esta “loca” empresa, el recuerdo de otra locura bastante más radical de un genio particularmente amado por mí: Walter Benjamin. Éste, como es sabido, en su indolencia de verdadero *flâneur*, es decir de esteta que ama perderse despreocupadamente en el desorden metropolitano, estaba signado por una verdadera patología: el más exasperado coleccionismo, convencido de que coleccionar cosas, sin importar cuáles, sería el equivalente a descontextualizar objetos respecto a sus funciones y así dar a los mismos otro significado, distinto de aquél para el cual habían sido producidos. Benjamin, en toda su no larga existencia, coleccionó escrupulosamente millares, centenares de miles de frases ajenas, en general citas tomadas de clásicos y de contemporáneos en diversos idiomas, recogidas, por lo que entiendo, casi por azar o por capricho estético, pero que de acuerdo a su intención ha-

brían debido servir como ladrillos de una obra nueva. Con aquellas palabras, sin agregar nada propio salvo la puntuación, habría querido escribir una obra suya, obviamente original. Su indolencia y los sucesos trágicos que le tocó vivir no le permitieron llevar adelante esta empresa.

¿Cuál es, entonces, el “hilo rojo” capaz de brindar orden y sentido a los fragmentos supérstites que tenía entre manos?; ¿podían éstos ser re-sistematizados como articulación de un mismo discurso?

En los últimos diez años me he interesado científicamente por dos cuestiones distintas que en los intentos, no siempre explicitados, están interconectadas, o mejor, que en mis intenciones he querido captar precisamente en sus relaciones. Por un lado, la crisis de la penalidad que se determina en coincidencia con la crisis del Estado Social, y por el otro, la emergencia de las políticas de seguridad. Ciertamente tópicos que se prestan también a un tratamiento autónomo, en cuanto pueden ser entendidos separadamente, pero que yo progresivamente, e incluso inconscientemente en los inicios, he venido examinando como perfiles de un mismo proceso de transformación, precisamente el de la cuestión criminal de la/en la posmodernidad.

Llegado a este punto sólo faltaba realizar otras censuras, omitiendo aquello que fuera superfluo a la linealidad discursiva; agregando y reescribiendo aquellos pasajes que estuvieran en condiciones de hacer más inteligible la tesis de fondo.

No sé si he logrado plenamente el objetivo, pero ciertamente he trabajado para conseguirlo. Sin tomar en cuenta la progresión histórica de los trabajos utilizados, he dividido el material en once breves capítulos.

En el *primer capítulo*, casi una suerte de introducción al libro, he puesto en el centro de la atención la especificidad de la penología revisionista de la década de los años setenta del siglo pasado, es decir, de aquella aproximación criminológica en que yo mismo he crecido científicamente y que he contribuido luego a difundir, tomándola como lectura crítica de aquella penalidad que valoriza la *mission* inclusiva del sistema de justicia penal. Un movimiento revisionista que lee críticamente la cárcel y la cultura correccional como necesidades de la

modernidad, pero no tanto como “invenciones” del pensamiento jurídico sino como aparatos de producción y conservación de un orden político-económico determinado, precisamente el orden capitalista. ¿Qué sucede cuando estos aparatos entran en crisis y resultan diversamente comprendidos en una perspectiva de exclusión social como la ofrecida por la cultura neoliberal? Se descubre –o redescubre– que la cárcel puede “funcionar” contra la criminalidad, acentuando los procesos de exclusión social: la cárcel y el sistema penal en su complejidad pueden ser útiles para el gobierno de la criminalidad si y en cuanto estén en condiciones de seleccionar y así neutralizar aquello que el sistema social no está, o considera no estar, en condiciones de incluir.

Esta aproximación al gobierno de los criminales refleja un nuevo discurso sobre el crimen mismo y sobre el rol del sistema penal. La cuestión en juego no es simplemente la de derrotar el delito sino la de racionalizar la operatividad de los sistemas que admiten “gestionar” la criminalidad sobre la base de valoraciones de tipo estadístico y actuarial. Esta aproximación favorece el surgimiento de un saber distinto sobre la criminalidad que ha sido felizmente etiquetado como “criminología de la vida cotidiana”: el acto desviado es un riesgo habitual que puede ser calculado y en alguna medida también evitado, y no teniendo nada de patológico puede ser comprendido haciendo referencia a las tendencias comunes que lo motivan. El crimen, entonces, se lee como actividad rutinaria, como oportunidad, si no directamente como elección racional. De la criminalidad no nos defendemos atacando las causas, por la simple razón de que la acción criminal no es el efecto de una sola en particular. De la criminalidad –como realidad nociva– nos defendemos reduciendo los riesgos de victimización, por un lado, y neutralizando a los “enemigos”, por el otro.

De esta forma, junto a una “criminología de la vida cotidiana”, se desarrolla también una “criminología del Otro”, un discurso sobre el criminal como enemigo cuya peligrosidad no puede “gestionarse” de otra forma sino a través de su neutralización; y para colocarlo en la posición material de no dañar, en definitiva no se necesita siquiera conocerlo demasiado.

El *capítulo segundo* ofrece una primera lectura descriptiva de un nuevo proceso de encarcelamiento masivo a nivel mundial, consecuente con el dominio de un punto de vista distinto sobre la penalidad. Pero el proceso de re-encarcelamiento mundial es también revisado críticamente en la literatura criminológica que ha avanzado algunas hipótesis explicativas para este “gran internamiento”. Si para algunos las tasas de encarcelamiento han aumentado porque ha aumentado la criminalidad a partir de los años setenta y ochenta del siglo pasado –en particular o incluso fundamentalmente aquella masiva y de tipo predatorio– y todo esto, de manera más o menos directa, se pone en relación con diversos fenómenos como la crisis de los sistemas de *welfare*, el aumento de los índices de desocupación, la manifestación de sentimientos de privación relativa por parte de sectores marginalizados, la política de criminalización de la droga y la intensificación de los flujos migratorios; para otros, la población detenida ha crecido como consecuencia de legislaciones penales más represivas (se trata fundamentalmente de las políticas criminales expresadas por gobiernos conservadores en los años 1980 y 1990 en los Estados Unidos, en Inglaterra y luego imitadas por muchos otros países). No faltan también otras hipótesis que interpretan el aumento de la población detenida como consecuencia de una mayor severidad de las agencias a cargo del proceso de criminalización secundaria. Pero estos modelos explicativos finalmente no satisfacen, porque ofrecen explicaciones solamente para algunos fenómenos y, además, de manera limitada para algunos países.

En un nivel todavía intuitivo, en este capítulo se adelanta una idea que me parece más convincente que otras: las prácticas y las ideologías penales y de control social en la historia moderna y contemporánea siempre han experimentado un proceso de difusión y expansión que en definitiva reconduce (en el sentido de que se adhiere) al punto de vista dominante (que es tal porque se ha desarrollado en los países hegemónicos) sobre la cuestión criminal. Cómo se deba tratar a los delincuentes no es algo que en la modernidad y en la contemporaneidad se haya dejado librado, indiferentemente, a las contingencias

nacionales. En efecto, el gobierno de la cuestión criminal es una expresión del modo de entender el orden social en su totalidad y por lo tanto es, por excelencia, el componente más importante que una cultura expresa en su complejidad. Por esto, no debe sorprender que la cultura históricamente hegemónica —en el caso que aquí interesa, la occidental de los países económicamente más desarrollados— tienda naturalmente a imponerse y transformarse progresivamente en el “punto de vista” que cuenta universalmente.

En síntesis, más o menos cárcel en el mundo no parece tener mucho que ver con la criminalidad, con la ampliación o restricción del universo de excluidos del trabajo, o con las variaciones en las representaciones sociales de la peligrosidad en las grandes periferias del mundo. O mejor, tiene también que ver con todo esto, pero en el sentido de que en la actual contingencia histórica el aumento de la criminalidad, la difusión de la inseguridad social, las prácticas de exclusión impuestas por el mercado, los nuevos procesos de movilidad determinados por la globalización, la reducción del Estado Social, etc., son sólo los elementos a través de los cuales se construye, se impone y en definitiva se difunde universalmente una nueva filosofía moral, un determinado punto de vista sobre el bien y el mal, sobre lo lícito y lo ilícito, sobre lo merecedor de inclusión o de exclusión.

En el *tercer capítulo* me detengo en las repercusiones teóricas, sobre todo en el discurso de los penalistas, de la crisis del modelo correccional de justicia penal y de la emergencia del nuevo punto de vista postmoderno sobre la penalidad. La ciencia penal moderna, ya al final del setecientos, considera que puede librarse de la retribución para hacerse cargo de la prevención, con una condición: que también la prevención fuese aceptada como un *a priori*. Como siempre, lo importante fue encontrar un punto de apoyo externo sobre el cual edificar toda la construcción dogmática. El resto se consiguió por rigor deductivo: de la teorización de las cualidades necesarias del bien jurídico a la concepción normativa de la culpabilidad; de los criterios de mensura de la pena a la diversa colocación sistemática de las causas de justificación; etc. Pero la necesidad de la pena como “hecho social” ha estado domi-

nando siempre de manera incontestable. El resto —la libertad de querer, la domesticación de la virtud— son sólo formas de una misma retórica que es aquella de la prevaricación que funda en la raíz el “hecho” de punir. La persistente naturaleza de prevaricación radica, en efecto, en la función política de la pena: la producción de *déficit* respecto del punido, como reducción de derechos y/o satisfacción de necesidades; la determinación de una relación de sentido —como reprobación y censura— entre la acción de punir y el sujeto pasivo; la dimensión simbólica de la reacción punitiva dirigida a expresar la pretensión de autoridad de quien castiga, y; en fin, la conservación de determinadas relaciones de poder. Es la pena que, de todos modos, se encuentra en la historia; las legitimaciones no la fundan, en el sentido de que incluso allí donde resulta invalidada la pena de cualquier modo permanece. Pero esta no es la única lectura que puede ofrecerse. Ésta incluso puede ser derrotada por una interpretación distinta: las penas legales son el opuesto funcional de las penas privadas y no su expresión publicista. El objetivo del derecho penal sería, por lo tanto, el de minimizar la violencia de las reacciones al delito.

En suma, la filosofía de la penalidad moderna estaría fundada sobre una economía de la frugalidad. Un ejercicio del castigo vinculado a criterios tanto de autolimitación sistémica (aquellos garantistas de la “pena mínima”) como de limitación extra-sistémica (aquellos de la “pena útil”).

Pero hoy, ¿qué significado tiene para la ciencia penal el hecho de tomar en cuenta ese *novum*, es decir, la nueva política de exclusión social? El *novum* de la exclusión social en la ciencia penal puede sólo traducirse en la asunción, como modelo prescriptivo, de aquello que “es” descriptivamente en los hechos. Es decir, concebir a las funciones materiales del sistema de justicia penal como objetivo del mismo. Las teorías de la prevención-integración, por un lado, y aquellas de la incapacitación selectiva, por el otro, no son en su origen teorías justificativas de la pena sino modelos explicativos —y por lo tanto sociológicos en sentido propio— de la penalidad misma. En los hechos, el sistema penal es una “gaceta de la moralidad media” en su dimensión de tabú-

es, y al mismo tiempo práctica de neutralización selectiva de sujetos peligrosos en la fase de su ejecución. Resulta que sólo en la práctica de la exclusión social de algunos, el sistema de justicia penal puede producir mayor inclusión de la mayoría. Quien asume la práctica de la exclusión selectiva a través del sistema penal como objetivo de legitimación del sistema mismo, asume esta realidad como única y posible normalidad. Y, por lo tanto, transforma una función material en legitimación de lo existente.

Las teorías justificativas de la prevención-integración y de la incapacitación selectiva son, por lo tanto, teorías tecnocráticas, no son ideológicas pero niegan la posibilidad de una alternativa a lo existente. Dicen la verdad y no pueden ser contradichas por la realidad, entonces, no son ideológicas en sentido negativo. Pero éstas, al mismo tiempo, niegan al sistema penal cualquier posibilidad de abrirse a una diversidad distinta de esta realidad.

En el *cuarto capítulo* dirijo la mirada a la realidad italiana, como ejemplo paradigmático de la afirmación en el largo plazo —el siglo XX— de las tendencias favorables a la obsolescencia de la pena carcelaria en beneficio de modalidades consistentes en que la sociedad se haga cargo del condenado, en particular las retóricas y las prácticas de “descarcelización”, hasta la llegada, en el último período del siglo pasado, de las nuevas tendencias de “re-encarcelamiento”.

Como surge de la investigación criminológica más atenta, leyes más o menos severas, o bien cambios relevantes en la criminalidad compleja, no se han traducido nunca en mayor o menor represión penal en los hechos. Ni siquiera cambios político-institucionales de relieve han venido acompañados de apreciables variaciones cuantitativas en el ejercicio de la penalidad en concreto. Durante mucho tiempo, el sistema italiano de justicia penal se caracterizó por una inusual severidad sancionatoria en las leyes pero acompañada por prácticas administrativas y judiciales, es decir de criminalización secundaria, particularmente benévolas, si no abiertamente indulgentes. Esta situación, sin embargo, en su aparente irracionalidad, se ha revelado útil para conciliar la dimensión cada vez más simbólica de la ley penal con

las necesidades de ductilidad en la respuesta represiva en razón de los crecientes niveles de complejidad social. Por lo tanto, el fenómeno interesante de comprender no reside en la antinomia entre una ley severa y una práctica represiva atenuada, sino en la determinación de las condiciones estructurales para una severidad excesiva sólo “en las palabras” y una indulgencia paternalista en las prácticas.

Los niveles efectivos de represión en la Italia del siglo XX han mostrado depender muy poco de la localización desigual de la penalidad en lo social, sino antes bien de la demanda social de represión, es decir, de la demanda social de mayor o menor penalidad. Y en esto quizás reside la peculiaridad de la situación italiana: la demanda de penalidad durante mucho tiempo ha sido débil a nivel social. Los conflictos y las crisis sociales no se han traducido en demandas sociales fuertes de penalidad. Las campañas de “ley y orden”, aún reiteradamente promovidas por fuerzas políticas conservadoras, han dado siempre modestos resultados en términos de difusión del pánico social.

Son complejas las razones que, por largo tiempo, impidieron que se produjeran a nivel social cambios del “vocabulario punitivo” a favor de un incremento particularmente significativo del umbral de punibilidad. Unitariamente entendidas estas razones reenvían a un dato político y cultural sumamente peculiar de la historia italiana: durante mucho tiempo los sentimientos colectivos de inseguridad han tenido oportunidad de manifestarse como demanda política de cambio y de más intensa participación democrática. Vale decir que la comunicación social a través del vocabulario de la política ha favorecido una construcción social del malestar y del conflicto más allá de las categorías morales de la culpa y la pena. Y esto es válido fundamentalmente hasta la primera mitad de la década de 1970. Desde ese momento, en la dramática crisis del sistema de la política, en particular de aquella progresista, el umbral de la penalidad comienza a crecer en los hechos, como si la demanda social de seguridad no encontrase otra forma de expresión que invocando mayor represión penal.

El *capítulo quinto* articula el discurso hasta aquí desarrollado, a través del análisis de los movimientos de oposición a la cárcel: el aboli-

cionista y el de afirmación de los derechos de los detenidos, tratando de considerar críticamente tanto las ambigüedades irresueltas como las potencialidades de ambos.

La cuestión abolicionista ha nacido al interior de la cultura progresista del Estado Social, única que permite entender de qué manera fueron desapareciendo, paulatinamente, las razones originarias de la cárcel. En este sentido, la hipótesis abolicionista no tuvo nunca nada de revolucionaria: desde la mitad del siglo pasado la reforma penal se orienta en el mundo occidental hacia el horizonte del desencarcelamiento, como destino obligado antes que auspicioso. Que la disciplina existiera ya en lo social y que, por lo tanto, ya no necesitara concentrarse coactivamente en los espacios de la cárcel, fue una idea fuerte para el pensamiento progresista en el Estado Social de Derecho. De este modo, la elección abolicionista pertenece al realismo social-democrático, y durante la hegemonía del Estado Social se traduce, aunque contradictoriamente, en acción política.

Pero el desencarcelamiento no era sólo una meta a la cual aspirar, era también un proceso histórico del que se podía dar cuenta. En síntesis, el desencarcelamiento aun antes de ser una finalidad de política penal, era un dato de hecho del que se podía dar razón incluso desde un punto de vista descriptivo. Y si la población detenida en un siglo se había reducido a un cuarto, todo permitía entender este proceso como algo ya irreversible. Y no tanto o no sólo porque descriptivamente se podía observar una constante disminución de la población detenida a lo largo del tiempo, sino porque esta contracción encontraba, entonces, un modelo explicativo capaz de presentar las razones del fenómeno. El desencarcelamiento como objetivo político alcanzable en períodos medio-breves, conoció su época de oro. El pensamiento abolicionista no hizo otra cosa que tomar las consecuencias del cambio disciplinar y aprovechar la contingencia histórica para observar la cárcel y su historia en el momento en que se evaporaban las razones de su originaria fundación.

En síntesis: el abolicionismo carcelario se colocó al lado de una perspectiva política moderada, minimalista e ingenua que terminó por

interpretar el abolicionismo como desencarcelamiento y el desencarcelamiento como mayores recorridos de alternatividad a la pena detentiva. Por otra parte, la estación de la alternatividad (a través de derivación procesal, penas sustitutivas y medidas alternativas) no se tomaba como efecto obligado de la flexibilización de la pena (y por tanto, de la producción de un derecho penal cada vez más desigual en la fase del *sentencing*), sino sólo como oportunidad para reducir el recurso a la pena privativa de libertad. Por lo tanto, se miraba hacia aquellas realidades nacionales que se habían inclinado a favor de recorridos de alternatividad. Era suficiente este simple dato para hacer creer que bastase con invocar esta estrategia para colocarse, de algún modo, al frente del problema en una perspectiva abolicionista y en un lapso razonable de tiempo. Y, sin embargo, la penología crítica ya nos advertía que la ampliación de los circuitos de alternatividad no se compensaba con una correspondiente restricción de la penalidad estrictamente carcelaria. Es más, en los Estados Unidos de aquellos años parecía que se asistía a una situación paradójal: más condenados a penas restrictivas de libertad se acompañaba de más condenados a penas privativas de libertad. Y todo esto comenzaba a hacer vacilar, en algunos, el optimismo penológico que había permitido, incluso en la doctrina más cautelosa, sostener una relativa estabilidad de las penas detentivas en el mediano plazo y una tendencial reducción de las mismas en el mediano y largo plazo. Habíamos entrado en la tercera fase de evolución de la cárcel y ninguno había sido capaz de comprender esta evolución con la debida anticipación. Se necesitó tiempo para entenderla.

Pero, también viciada por un déficit teórico, estaba la estrategia que ha creído y aún cree poder afirmar la tutela de los derechos del detenido. Es verdad que desde hace más de cincuenta años a nivel supranacional primero y nacional luego, se ha inaugurado la etapa, no sólo doctrinaria sino también legislativa y jurisprudencial, de afirmación de ciertos espacios de libertad para quien es penalmente privado o limitado de la libertad personal. Pero no es posible olvidar que esta estación no logró desplazar ni un sólo milímetro la cuestión teórica de

fondo: cualquier derecho del condenado y todavía más del detenido resulta afirmado a través de la formulación negadora del derecho reconocido “condicionalmente”. Para que se entienda, esta formulación es aún hija legítima de la teoría administrativa de la “supremacía especial”. Incluso cuando el reconocimiento formal de un derecho es pleno, de hecho está subordinado no tanto por el poder discrecional de la autoridad como por la naturaleza de la penalidad misma. Yo no veo un solo derecho –de los numerosos “abstractamente” reconocidos al condenado privado o limitado legalmente de la libertad personal, que deberían ser, y en parte lo son, *in the books*– que no sea el que contingentemente “puede sobrevivir”, aunque sea residualmente, a las necesidades materiales y funcionales que sustancian la ejecución de la pena misma. Entonces, honestamente, no entiendo cómo se pueda hablar de “derechos” en sentido propio.

No pretendo teorizar la pena privativa y/o limitativa de la libertad personal, actualmente, como esclavitud legal, aun si no puedo ignorar que así fue pensada en los orígenes de la modernidad. Mucho menos pretendo convencer que así no sólo “sea”, sino que “deba ser”. Mi posición es distinta. Por un lado, es crítica respecto de una teorización que juzgo negativamente ideológica, que quiere hacernos creer en la posibilidad “real” de una penalidad privativa y/o limitativa de la libertad personal respetuosa de cualquier otro derecho. Esta posición no sólo no describe el “ser” de la penalidad sino que prescriptivamente indica una meta “imposible” dado que la naturaleza misma del castigo legal es la producción artificial de una diferenciación social por degradación de *status* jurídico. Entonces, esta posición puede sostenerse, pero sólo a condición de que se sea consciente de su naturaleza embustera y así se haga un uso políticamente instrumental de la misma. Lo que quiero decir es que, en definitiva, esta posición es políticamente aceptable justamente en cuanto se propone lo imposible.

El capítulo sexto afronta la tesis central de toda la reflexión desarrollada hasta aquí: cómo y a través de qué proposición teórica y política se impone un nuevo punto de vista sobre la penalidad. En este momento, el interés se dirige principalmente a la realidad de los Estados

Unidos de las últimas tres décadas y a la vasta literatura que ha examinado críticamente las razones de fondo del surgimiento del nuevo “gran internamiento”. Ya sabemos que el tópico carcelario atraviesa actualmente la singular aventura de ser entendido y explicado de diversas maneras. Al menos dos retóricas distintas leen su presencia. La primera –hoy en crisis– es elitista, de carácter fundamentalmente progresista; la segunda –hoy en fuerte crecimiento– está más cerca en cambio del modo de pensar de la mayoría, aparentemente es más democrática, ciertamente es más populista.

Este segundo discurso penológico no manifiesta ningún embarazo frente a la cárcel. Esto es así respecto de la utilidad de la pena detentiva, aunque invoca nuevas modalidades de aplicación de la misma. Esta nueva idea de penalidad parece rústica en sus extremas simplificaciones y no es celebrada en disertaciones académicas. Se expresa en los discursos de la gente y habla directamente a la gente en las palabras de los políticos a través de los medios masivos de comunicación, pero se difunde y termina por articularse en tópicos que encuentran –o tratan de encontrar– incluso una legitimación científica. Se está difundiendo actualmente una cultura populista de la pena que plantea, quizás por primera vez, el tema de una penalidad socialmente compartida “desde abajo”, según la cual en ciertas condiciones la pena de cárcel puede ser útil para producir menos criminalidad y menos reincidencia. Ciertamente no porque a través de la ejecución de la pena detentiva se pueda resocializar a los criminales o porque la pena de cárcel logre intimidar a los potenciales desviados. La cárcel puede ser útil para el gobierno de la criminalidad y de la reincidencia en tanto y en cuanto esté en condiciones de operar con finalidades de neutralización selectiva.

El fin de la neutralización selectiva se origina al interior de una cultura tecnocrática y administrativa de la penalidad: ésta interpreta la justicia penal como sistema que persigue objetivos de eficiencia, como por ejemplo diferenciar la respuesta según niveles de peligrosidad e implementar estrategias de control sobre grupos sociales. La retórica que surge es la del cálculo probabilístico y la distribución estadística,

aplicados a las poblaciones que generan problemas sociales. El gobierno administrativo del control penal tiende a construirse en torno a objetivos sistémicos que difieren radicalmente del uso simbólico de la penalidad. La gestión administrativa de la penalidad responde sólo a su lógica interna, desvinculada de finalidades extra-sistémicas.

Podemos preguntarnos si la penalidad en la posmodernidad —no obstante el énfasis puesto sobre los valores de la racionalidad burocrática, de la eficiencia y del cálculo— termina por confiarse a una economía del exceso de los castigos, en suma a una penalidad exquisitamente expresiva. En efecto, lo que actualmente parece que puede considerarse como elemento nuevo es la progresiva pérdida de peso de las élites intelectuales favorables a políticas sobre la cultura de la penalidad. Y en los sistemas democráticos, tal vez por primera vez, la penalidad deviene objeto significativo del intercambio político entre electores y elegidos, entre opinión pública y sistema político. A falta de una cultura adecuada para una sociedad de elevado riesgo criminal, se termina por responder a los difusos riesgos criminales con el instrumento de una penalidad difusa. Es interesante destacar cómo el deslizamiento obligado hacia una penalidad excesiva termina por liberar la justificación misma de la pena de cualquier sólido anclaje en rigurosas valoraciones tecnocráticas. Ésta resulta nuevamente atraída hacia un océano de justificaciones ideológicas. La justificación del derecho de punir regresa así a su origen primitivo, a aquella fase que precedió al quiebre impuesto por la modernidad, es decir a una penalidad liberada en sus contenidos y en sus formas de todo vínculo racional. Una suerte de regreso, entonces, a una penología fundamentalista.

El *capítulo séptimo* desplaza la atención hacia las consecuencias del modelo de exclusión al interior del discurso penal, confrontándose directamente con las posiciones favorables a un “derecho penal del enemigo”. El derecho penal de la modernidad —es decir, liberal— en estos últimos dos siglos se ha presentado siempre, para un análisis crítico, como atraído por dos instancias opuestas: por un lado, la de garantizar los derechos de los ciudadanos frente al poder punitivo y, por otro, la de producir la seguridad de los mismos frente a la criminali-

dad. Seguridad y libertad Se convierten entonces en los dos polos de una tensión estructural pero no dialéctica, en cuanto es incapaz de ofrecerse para una síntesis. En el derecho penal del ciudadano siempre resulta posible individualizar la presencia, más o menos molesta, del enemigo.

Y entonces, ¿qué es lo que Jakobs —el más brillante dogmático alemán, discípulo predilecto del liberal Roxin— dice de distinto como para monopolizar el debate en torno al derecho penal del enemigo? Jakobs no habla del “enemigo en el derecho penal”, sino del “derecho penal del enemigo” y entonces no se limita a denunciar las contradicciones ínsitas en la historia y en la actualidad del derecho penal liberal; por el contrario, prescriptivamente teoriza que el sistema de la justicia criminal debe avanzar a mayor velocidad, de forma tal que junto a un sistema penal de las garantías de los ciudadanos se legitimen otros sistemas penales diversos contra aquellos que no pueden ser considerados como “personas” y que entonces deben ser definidos como “enemigos”, en cuanto socialmente peligrosos. Y contra los enemigos —ya se sabe— lo que vale es la lógica de la guerra: un derecho penal de la neutralización, de la incapacitación selectiva y del control social tecnocrático, hasta un derecho penal del exterminio. Es decir, que el Holocausto es una eventualidad, incluso residual, a la cual no podemos sustraernos, que permanece contigua, si no interna, a la justicia penal fraterna, atenuada y garantista. Lo que diferencia a ambas posiciones parecería ser más formal que sustancial.

Actualmente el debate sobre la legitimidad del derecho penal se ve cada vez más caracterizado por el binomio “reduccionismo” *versus* “expansionismo”, o bien por el debate sobre el contexto y sobre las exigencias de la “modernización del derecho penal”. Esta estrategia se contrapone a la doctrina de la resistencia (o doctrina del garantismo penal), descalificada como ultraliberal y reaccionaria, y se posiciona a favor de un derecho penal eficaz en el combate de los fenómenos criminales y por esto obligado a atenuar los vínculos históricos de la hipoteca garantista. Aquí se coloca la teorización del derecho penal del enemigo. La cuestión, por lo tanto, ya no es académica o no lo es sola-

mente. Para Jakobs, en efecto, ningún contexto normativo, incluyendo la persona en el derecho, es tal de por sí, es decir por “deber ser”, sino que deviene real sólo en el momento en que este contexto normativo se socializa e historiza. Esta tesis lleva a sostener que quien no ofrece un grado suficiente de seguridad cognitiva respecto a sus comportamientos futuros no puede esperar ser tratado como persona. El derecho penal del enemigo existe, entonces, en los hechos; y existe porque es necesario; luego, si es necesario, es también legítimo. Entonces, en este orden, la argumentación de Jakobs pasa de una constatación descriptiva a una hipótesis explicativa; y de ésta a una afirmación prescriptiva. La inequívoca elección a favor de prácticas de neutralización respecto de tipos de autor advertidos como peligrosos en cuanto –violando reiteradamente la ley penal– ofrecen una insuficiente seguridad cognitiva de comportamientos (futuros) conformes a las expectativas normativas vigentes, se ofrece como coherente ejemplificación de lo que debe entenderse como estado de la prevención en el “derecho penal del enemigo”. El objetivo principal del derecho penal del enemigo resulta entonces la seguridad cognitiva. Por lo tanto, no se trata de actuar por la conservación y el mantenimiento del orden, sino antes bien de producir las condiciones necesarias a través de las cuales se pueda eliminar a todos aquellos que no ofrecen la garantía mínima necesaria para ser protegidos como “personas”. La incapacitación de los enemigos se justifica en cuanto se dirige hacia “no-personas”. Los enemigos son *Unpersonen*. Esta negación de la condición de persona es sostenible teóricamente sólo y en cuanto se reconozca que ésta, es decir la personalidad, no es un dato de la naturaleza sino una atribución normativa, de carácter moral, social y/o jurídico.

En el *capítulo octavo* me interrogo sobre el sentido político, aun antes que científico, del surgimiento del paradigma compensatorio en el sistema de justicia y en las experiencias de mediación penal. El modelo reparativo-mediatorio se desarrolla, en efecto, más allá de los límites del orden mismo; prospera en territorios sociales progresivamente abandonados por los sistemas formales de producción de orden. Nos encontramos frente a otra de las grandes promesas no cum-

plidas de la modernidad: la función disciplinar subrogada de la sociedad y monopólicamente asumida dentro de los límites de la legalidad del sistema de justicia penal, se revela cada vez más incapaz de gobernar, es decir, de producir orden. El dominio del sistema de control social penal se ha vuelto, progresivamente, demasiado vasto como para poder ser mantenido y lo que se produce por fuera de éste exige a la mente verdaderos procesos de refeudalización de las relaciones sociales.

En este contexto político de disolución, es posible asistir al surgimiento de dinámicas sociales que se plantean como objetivo responsabilizar a la sociedad civil y restaurar la capacidad y virtud de autorregulación de los conflictos que gozan de un amplio capital de simpatía social. La puesta en escena de la mediación, se coloca así en este escenario de amplia adhesión consensual al hecho de tomar informalmente a cargo las situaciones problemáticas, abandonadas de hecho por los sistemas formales de control. Todo lo bueno y todo lo malo que se puede decir de la *restorative justice*, se juega en torno a su originaria y primitiva fundación sobre un modelo consensual contra aquél otro conflictual de las relaciones sociales. El espacio de practicabilidad de una gestión del conflicto entre las partes privadas se determina en razón de la medida en que la estructura social sea socialmente compartida como estable; el espacio histórico y político de practicabilidad de una solución sólo entre las partes del conflicto está en razón directa a la distancia que éste tiene de la construcción social del hecho como *crimen laesae maiestatis*.

Los capítulos siguientes, el noveno, décimo y undécimo, afrontan las tres cuestiones nodales de las políticas de seguridad urbana: el tema del gobierno de la ciudad y de sus nuevos conflictos, la determinación de procesos de deterioro urbano como reflejo de la crisis del orden de la ciudad industrial y los problemas conexos a una política democrática de la seguridad.

El *capítulo noveno*, en particular, se interesa por la creciente demanda social de seguridad frente a la criminalidad como reflejo de inseguridades tanto objetivas como subjetivas. La tutela de la seguridad ante la criminalidad aparece socialmente inadecuada en relación a la de-

manda social de seguridad. El fenómeno, generalmente percibido como difusión del pánico social, indica entonces una desproporción socialmente padecida. Los términos en que actualmente se reconoce el fracaso del gobierno institucional de la seguridad son múltiples: el aumento de la criminalidad y sus transformaciones cualitativas más amenazadoras, la ineficacia de las respuestas relativas a la desviación, la crisis del Estado Social para garantizar las condiciones del orden social, la obsolescencia de los mecanismos de disciplina social informal. A su vez, la necesidad de seguridad social insatisfecha produce una demanda social de seguridad a la que actualmente se trata de responder de una doble manera: por un lado, atribuyendo todavía más valor al sistema represivo en un circuito de peligrosa autorreferencialidad que legitima al mismo sistema penal, en una dimensión fundamentalmente simbólica; por otro lado, reivindicando un espacio cada vez más privado para la defensa de la seguridad social. Actualmente, las culturas de derecha pueden hacer un buen juego sugiriendo respuestas a las demandas sociales de seguridad, exasperando las tendencias simbólicas, por un lado, y tecnocrático-liberales, por el otro, ofrecidas por el sistema de justicia penal. Para la reflexión crítica, parece suficientemente claro que la inseguridad social frente a la criminalidad es el producto de una compleja construcción social al interior de la cual el riesgo efectivo de la criminalidad tiene un rol sólo marginal. Pero justamente porque somos conscientes de esto, es necesario tomar “seriamente” en cuenta los temores de la gente.

El pánico social por la criminalidad se transforma, cada vez más, en un concepto extraordinariamente vago, capaz de homologar inseguridades subjetivas y colectivas diversas y etiológicamente también heterogéneas. Las políticas neoliberales puestas en acción son incompatibles ontológicamente con la política de gobierno del bien público de la seguridad, dado que son sólo políticas represivas. Las políticas neoliberales hoy imperantes, en efecto, confían en el orden del mercado, es decir en la calificación de la seguridad como bien esencialmente privado y, por lo tanto, carecen de una idea de orden para contraponer al presente desorden. Paradójicamente comparten el desorden como

costo inevitable. Más allá de las apariencias, el gobierno de la seguridad como producción de condiciones de mayor tutela de los derechos continúa siendo un tema (o una ilusión) de las políticas del Estado Social de Derecho. Efectivamente, la idea misma de cómo gobernar el desorden de las ciudades es un tópico que reenvía a la confianza en el primado de la política sobre el mercado. Es un tema que, poco tiempo atrás, se hubiera reconocido como propio de una cultura de gobierno democrática y de “izquierda”. La situación paradójica que hoy estamos padeciendo radica justamente en esto: la cultura política democrática y de izquierda, legítima heredera de una tradición que ha reivindicado con orgullo, durante al menos toda la segunda mitad del siglo pasado, el primado de la política sobre el mercado y que incluso ha estado en condiciones de imponer hegemónicamente modelos avanzados de Estado Social de Derecho, hoy ya no parece capaz de ofrecer una idea convincente para el gobierno de los nuevos conflictos y, por lo tanto, para un nuevo orden que se contraponga al presente desorden.

En el *décimo capítulo* me ocupo de los fenómenos de deterioro urbano. Está deteriorado aquel territorio metropolitano signado por fenómenos y comportamientos sociales que en su manifestación violan normas concernientes al espacio público que parecen compartidas por algunos (muchos o pocos) y una cierta regulación convencional del tiempo social; y esto puede manifestarse por la presencia de fenómenos de desorden físico (grafitis, acumulación de basura, ataques contra cabinas telefónicas y bancas, bicicletas y ciclomotores, etc.) y/o de desorden social (tóxico-dependientes, traficantes, prostitutas de calle, vagabundos, etc.) o bien por otros testimonios de descuido que dan la sensación de una administración pública incumplidora e ineficiente (veredas y calles desconectadas, contaminación atmosférica y acústica, tráfico caótico, etc.). En síntesis, está deteriorado aquel territorio urbano que suscita un sentido de extrañeza, fastidio, ansia o temor porque atestigua un conflicto no resuelto respecto del uso del espacio público y de la regulación convencional del tiempo social.

En este sentido, el deterioro urbano surge casi siempre de una percepción subjetiva. Pero aún más: un espacio urbano que hoy definimos

como deteriorado no siempre está signado por la penuria o la carencia de algo. Por el contrario, a veces puede ser un exceso de recursos económicos o una particular riqueza de oportunidades sociales, culturales y políticas que lo hacen percibir como deteriorado. Frente a estas manifestaciones, hoy no existe una idea (suficientemente) compartida acerca de qué orden dar al presente desorden y dudo seriamente que se la pueda encontrar pronto. Esto no significa que no se pueda operar públicamente para volver más acogedoras nuestras ciudades, se puede hacer, pero sabiendo que no existen soluciones practicables capaces de resolver los problemas de raíz, sino sólo estrategias capaces de controlar algunas consecuencias problemáticas.

Por último, en el *undécimo capítulo*, examino las condiciones necesarias para un gobierno democrático del bien público de la seguridad. Como se constata actualmente a nivel internacional, la mayor parte de las políticas de seguridad oscila entre un exceso de especialización y un exceso de generalidad. En efecto, las acciones de prevención situacional dirigidas a los criminales y desviados virtuales, en la tentativa de influenciar positivamente sus conductas, terminan por desarrollar una estrategia puramente defensiva, de la cual es dudosa tanto su eficacia preventiva como su repercusión favorable y duradera sobre los sentimientos colectivos de inseguridad. Por el contrario, las acciones sociales de prevención corren el riesgo de ser ofensivas pero no percibidas, ya que atacan un malestar social amplio, ciertamente aplacable pero difícilmente resoluble y, sobre todo, no pueden ofrecer pruebas de eficacia preventiva respecto del delito.

Y entonces, ¿qué hacer? Hoy se acuerda en que la acción de prevención criminal debe privilegiar la dimensión “local” lo más descenderada posible, de hecho la referencia más recomendada es la del “barrio”. Pero es necesario aclarar el significado de esta elección. Si con ésta se pretende negar la eficacia a una estrategia preventiva impuesta desde arriba, como podría ser una política nacional de prevención del delito, no se puede más que estar de acuerdo. En cambio, serias perplejidades suscitara una estrategia preventiva que pretendiera agotarse en el nivel local. Parece más acertado captar la esencialidad

de la relación entre dimensión local y dimensión central, como podría ser entre un barrio y la administración comunal y/o regional, en el sentido de que la acción de prevención se realiza siempre “localmente” pero debe dialogar con un “polo central” que esté en condiciones de financiar, coordinar, corregir y sobre todo indicar las líneas estratégicas de fondo, así como evaluar la eficacia de la acción misma.

Pero la acción de prevención es eficaz si está en condiciones de movilizar a la gente. Ciertamente, si con esto se quiere entender que en torno a la acción de prevención es necesario suscitar un amplio consenso social. En cambio, más prudente debe ser el juicio si se quiere entender que la acción de prevención deba ser actuada siempre directamente desde la colectividad y/o con la colectividad interesada. Al menos es prudente no hacerse demasiadas ilusiones. Actualmente no hay quien no advierta que, en particular en las gruesas concentraciones metropolitanas, se hace problemático poder contar con un patrimonio de valores ampliamente compartido que permita hablar correctamente de “comunidad”. Y bajo otros aspectos, tal vez no es ni siquiera auspicioso que ese “compartir” se produzca. La movilización de la gente en torno a proyectos de prevención a menudo se construye sobre el único elemento negativo del “temor” frente a la criminalidad. Y sabemos bien que no siempre la representación alarmada del delito coincide con la realidad. Algunas veces la alarma se difunde más entre quienes de hecho están menos expuestos al riesgo de victimización y, otras veces, se verifica también lo contrario, es decir donde hay más riesgo puede haber menos temor.

En síntesis: si se toma seriamente en consideración el temor colectivo a la criminalidad, no es sobre el mero temor que se debe construir consenso en las políticas de seguridad. Es necesario distinguir la acción de prevención que trata de reducir el riesgo criminal y así volver más seguras las ciudades, de aquellas intervenciones que tratan de hacer sentir más segura a la colectividad, sin volverla tal.

En este breve resumen, espero haber trazado con cierta claridad el “hilo rojo” que indica el recorrido accidentado a través del cual, en 100.000 palabras, he querido abordar este objeto de investigación: las

relaciones entre el surgimiento del tema de la seguridad y las transformaciones complejas del sistema penal. En extrema síntesis, mi tesis se expresa en el título del presente volumen: *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*.

El nudo complejo de estas relaciones reenvía al de la transformación de nuestras democracias frente a las nuevas emergencias, punto de vista que permite entrever un horizonte bastante más amplio de problemas.

Alessandro Baratta se ha incorporado con interés y extrema atención al debate sobre la seguridad en el mundo abierto a la posmodernidad (en Italia, Alemania y España, así como en América Latina), expresando en pocas palabras su severo juicio: el discurso sobre la seguridad no está (aún) en condiciones de apreciar el significado, o mejor, el sentido de la diferencia entre la afirmación normativa (o de deber ser) de la “seguridad de los derechos”, de aquella otra del “derecho a la seguridad” y, en este indistinto o confuso estado, dicho discurso ha clausurado (por ahora) toda conciencia crítica. Aclaro lo que Baratta pretendía decir: la seguridad no es un derecho de los ciudadanos y sobre todo como tal no podrá nunca ser teorizada. Ciertamente no es un derecho de primera generación, ni siquiera de segunda, en cuanto la seguridad es la consecuencia de la seguridad de los derechos. Sólo garantizando los derechos de todos se produce el bien público de la seguridad de todos. Entonces, el derecho a la seguridad no expresa prescriptivamente nada, simplemente porque no existe, no tiene lugar.

Ahora bien, esta nota barattiana puede traducirse con bastante fidelidad en un léxico distinto, como el pasaje de una “seguridad democrática” a una “democracia de seguridad”.

El “viejo” orden normativo-penal propio del Estado Social de Derecho se construyó sobre una *mission* inclusiva, aún invadida por la cultura positivista favorable a las acciones públicas de bonificación social, es decir a la tarea de remover o al menos reducir los *déficits* producidos por el mercado. El interés se dirigía, entonces, al que teniendo menos podía pretender el *to care* como derecho, es decir, como derecho a la seguridad social. Se reconocía que el actor desviado –crimi-

nal, loco, tóxico-dependiente, etc.–, fuera tal en tanto pobre, en sentido amplio. Si la atención se dirige a las causas, el interés público se concentra en quien tiene menos y en quien el *farmacum* esté en condiciones de curar. En el Estado Social, este medicamento se ha producido a través de una re-distribución del capital social. Y todo esto pareció congruente –aun cuando hoy pueda parecer ingenuo– con un modelo de inclusión social.

El tópico de la seguridad, por el contrario, se plantea como una oportunidad –ciertamente no la única– para proponer un orden normativo de *post-welfare*, en el radical derrumbe funcional de los postulados del Estado Social de Derecho: de la atención al criminal se pasa a la atención de la víctima; de la sola respuesta pública a la cuestión criminal se pasa a la búsqueda de un espacio para la respuesta privada (tanto respecto del desviado como de la víctima); de la centralidad de la categoría del déficit (y de la liberación de la necesidad) se pasa a la del riesgo, es decir al cálculo del peligro; del interés por las causas se pasa a una preocupación respecto a las consecuencias; de una prevención social se transita así hacia una prevención situacional y actuarial.

De esta forma, el tópico de la cuestión securitaria resulta signado por algunos elementos de originalidad respecto a las políticas de control social y penal propias del Estado Social de Derecho. Éste surge en la/por la crisis del Estado Social y prefigura una hegemonía política neoliberal en el pasaje de una seguridad social a una situacional, donde la seguridad es teorizada como un derecho de los ciudadanos que puede ser satisfecho en primer lugar por el mercado mismo, como bien privado, y sólo subsidiariamente por el Estado.

De este modo todos son responsabilizados individualmente por la inseguridad: los actores transgresores por su estilo de vida desviado (libre y por lo tanto desresponsabilizante respecto tanto del Estado como de la sociedad civil), y las víctimas por su estilo de vida imprudente.

El tópico de la seguridad ya no aspira a la solución de los problemas, porque es escéptico respecto a la posibilidad de remover las causas o bien no considera que sean problemas, sino para algunos. La atención se

concentra, entonces, sólo en las consecuencias que las cuestiones plantean. Pero, en relación a las consecuencias todos somos distintos. Por otra parte, el recurso público de la represión/prevenición situacional es un bien escaso que puede ser diversamente colocado en la sociedad en razón de una negociación política en la cual la mayor seguridad de algunos corresponde, forzosamente, a una mayor inseguridad de otros.

Todo esto invita a reflexionar sobre el pasaje de una “democracia representativa” hacia una “democracia de opinión” en la decisión política que determina la distribución del recurso público de la seguridad, que corre el riesgo de volverse ella misma un recurso privado ya que, de todos modos, sirve a intereses que no pueden nunca ser generales, sino siempre particulares.

Las reglas de la democracia representativa al menos se han ilusionado con producir un punto de vista general en la decisión política sobre la asignación de los recursos públicos. La democracia de opinión, en cambio, no ha cultivado nunca esta ilusión.

Dirijamos la mirada hacia la demanda pública de seguridad, hoy.

En los sistemas democráticos, tal vez por primera vez, el recurso público de la seguridad deviene objeto significativo (en algunos casos incluso principal) del intercambio político entre electores y elegidos, entre opinión pública y sistema político. Y en esto quizás es posible captar un perfil de democratización de la política, incluso en el nuevo sentido ofrecido por la “democracia de opinión”.

En efecto, el fenómeno de inflación de la penalidad –tanto en abstracto como en concreto– es también un signo de la crisis de la democracia representativa y del surgimiento prepotente de una democracia de opinión. En la democracia de opinión se exalta la percepción emocional del sujeto reducido a sus emociones más elementales: temor y rencor. Y el nuevo discurso político tiende cada vez más a articularse sobre estas emociones, que el sistema represivo está en condiciones de expresar coherentemente en la función de producción simbólica de sentido, a través del proceso de imputación de responsabilidad.

No es tanto la crisis de la política *tout court*, entonces, la que determina el efecto de la expansión penal como respuesta a la demanda so-

cial de seguridad. Por el contrario, se trata de una recalificación de la política, de la voluntad de instaurar contra-poderes allí donde antes no existían, de reencontrar la soberanía allí donde ésta se encontraba concedida o bien expropiada a los/de los sistemas burocráticos de representación. Es decir, que la construcción social que produce la expansión de la demanda de seguridad es sólo el síntoma más visible de una transformación y crecimiento de la democracia más allá de la función de representación proveída por el Estado de Derecho.

Pero, ¿cuáles son las pre-condiciones materiales que han posibilitado este proceso de emergencia de una demanda de seguridad, como la que pretende la opinión pública, a la cual el sistema político se ve obligado a dar alguna respuesta?

Pienso que los ciudadanos de las democracias occidentales deben confrontarse con una experiencia nueva –sobre todo si consideramos los niveles de seguridad frente a la criminalidad en la segunda parte del siglo XX– que se puede considerar estructural a los nuevos procesos de globalización: el riesgo de criminalidad se está difundiendo (en el sentido de “esparciendo”) y expone ya a la mayoría de los ciudadanos, reiteradamente, a la experiencia de victimización. Nuestras sociedades son y serán cada vez más *high crime societies*, donde el riesgo criminal no estará restringido a unos pocos –en buena medida, como en el pasado, a los miembros de la *upperclass*– sino extendido a la mayoría de los co-asociados.

Esto de la mayoría es un aspecto “nuevo” que juega un rol significativo en el concepto de democracia en relación a las problemáticas vinculadas al tema de la seguridad. Pero lo juega incluso paradójicamente: tanto porque desde una perspectiva victimológica la exposición al riesgo es y será siempre extremadamente diferenciada en razón de variables como la edad, el género, la instrucción, el ingreso, el estilo de vida, etc.; como porque la decisión pública dirigida a destinar recursos para garantizar el bien público de la seguridad se ve obligada a ajustar cuentas con la escasez y, por lo tanto, resulta ontológicamente ineficaz frente a los fenómenos masivos. Entonces, en definitiva, no se logrará nunca compartir un punto de vista general en la decisión política sobre

los recursos a emplear en la tutela del bien público de la seguridad. O mejor dicho: el único punto que siempre y fácilmente se puede compartir es el ideológico o de principio. Podemos firmar, junto a una amplia mayoría, un documento sobre la necesidad de refundar la legalidad en nuestra vida social, pero luego no estaremos de acuerdo acerca de dónde y cómo emplear, sobre el territorio, las fuerzas de policía.

Pero el perfil aún más paradójico del problema que impide encontrar una decisión compartida por la mayoría ante una cuestión padecida por la mayoría, reside en el hecho de que se está constreñido a tomar una decisión respecto a las consecuencias y no a las causas.

Planteo un ejemplo fácil. Tal como se encuentra hoy construida la cuestión de las drogas, los jóvenes dependientes son percibidos como productores de inseguridad tanto respecto a ellos mismos como respecto a los demás. La naturaleza exquisitamente artificial de la construcción misma de la droga ilegal invitaría a discutir y tomar una decisión compartida acerca de cómo intervenir sobre las causas del fenómeno.

Ahora bien, actualmente nadie posee una estrategia convincente (en tanto demostrada como eficaz) acerca de cómo educar a los jóvenes para resistir a la “cultura de la droga”, algunos pocos piensan que en el presente cuadro supranacional de lucha o peor aún de guerra a las drogas, se puede perseguir provechosamente la vía de la legalización de las mismas en un solo país. De este modo resulta clausurada la vía de políticas eficientes para contrarrestar el fenómeno. El momento decisorio o de la elección política, concierne por lo tanto sólo a quien debe sufrir las consecuencias del fenómeno, esto es la familia del tóxico-dependiente, los servicios públicos, los residentes del gueto, etc. Luego, a nivel local, la cuestión es aún más dramática, dado que toda intervención al final sólo puede adoptar elecciones de zonificación. Si liberamos la vía del mercado de las drogas ilegales, ¿dónde admitimos que se haga la oferta y la demanda de drogas? Lo mismo vale para la prostitución, el vagabundaje metropolitano molesto, el juego de azar, el comercio abusivo, la ocupación ilegal del terreno público, etc. La decisión acerca de cómo dar orden al desorden se traduce así en otra cosa: qué espacio dar al desorden.

Una decisión compartida que exprese un punto de vista compartido por la mayoría no es fácil encontrarla en quienes deben estar más inseguros para que otros estén más seguros. De esto se sigue que el gobierno de la seguridad coloca un énfasis democrático-populista en la demanda, pero una solución tecnocrática y autoritaria en la respuesta. O simplemente no encuentra solución alguna, como frecuentemente sucede.

Frente a estas manifiestas y macroscópicas deficiencias del sistema político democrático para teorizar la seguridad como bien público, el mercado del bien privado de la seguridad ofrece soluciones que aparentemente afectan sólo a algunos, pero que en realidad tienen consecuencias sobre todos. El mercado está en condiciones de ofrecer cuotas de seguridad a quien esté en condiciones de comprarlas, pero operando de este modo descarga cuotas agregadas de inseguridad sobre aquellos que no están en condiciones de acceder al libre mercado de la seguridad. Y esto determina una constante reiteración de demandas de seguridad por parte de aquellos que, al ser relativamente más débiles, son cada vez más inseguros. Estas demandas crecientes y no satisfechas, eventualmente podrán confluír en el mercado político de la distribución del bien público de la seguridad. Pero la “manta demasiado corta” del bien público de la seguridad y la dificultad para encontrar un punto de vista compartido acerca de cómo repartirla, favorecerán cada vez más el uso simbólico del recurso represivo, el único de bajo costo y del cual el sistema estatal mantiene una reserva monopólica. El resultado, me temo, será cada vez más el anunciado, una suerte de “democracia penal”, al interior de la cual se estructurarán cada vez más aquellos procesos de uso tecnocrático de la penalidad que son el objeto del presente volumen.

Finalmente, en lo que concierne al aparato bibliográfico, me he permitido un lujo del que pueden gozar sólo los “viejos profesores”, aquellos que ya no deben rendir cuentas a la comunidad científica de haber leído todo, sobre todo la producción científica de los colegas. El objeto del presente volumen permitiría citar un número de títulos que agotaría cómodamente las 100.000 palabras. Es más, para contenerlo en este espacio se deberían realizar minuciosas y rigurosas selecciones.

Y bien, si mi razonamiento debía condensarse en 100.000 palabras, la bibliografía de referencia no podía exceder de aquella mínima y esencial. Y así lo he hecho: apenas 400 obras.

Massimo Pavarini
Bologna, Febrero de 2008.

I. Cárcel sin fábrica*

Crónica de una obra de juventud

Hace ya treinta años, junto a mi amigo Dario Melossi escribí *Cárcel y fábrica*¹ (1977), trabajo científicamente pobre bajo diversos criterios, pero que tuvo un éxito inusitado, sobre todo a nivel internacional. En poco tiempo fue traducido a varios idiomas² y aún hoy *Cárcel y fábrica* se cuenta como un clásico del revisionismo penológico (así lo definió Cohen 1985a), junto al descubrimiento de *Punishment and Social Structure* de Kirchheimer y Rusche³ (1939) y los ensayos *The Discovery of Asylum* de Rothman (1971), *The Invention of Penitentiary* de Ignatieff (1978) y, obviamente, *Surveiller et punir* de Foucault (1975).

Dario y yo escribimos *Cárcel y fábrica* en pocos meses, luego de una estadía de estudios en Inglaterra, adonde nos había conducido la curiosidad –encendida por una nota a pie de página de Dobb en *Studies in the Development of Capitalism* (1946)– por un libro de 1939, obra de

* Una versión de este escrito ha sido publicado originalmente bajo el título “Carcere senza Fabbrica”, en Bevere, Antonio (ed.) (2007) *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane. p. 135-153. 2007.

1 El título original en italiano es: *Carcere e Fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*.

2 La primera traducción se hizo en castellano en 1980, para Siglo XXI Editores, le siguió la inglesa en 1981 para McMillian Press, luego la japonesa en 1990 para Sairyusha y, finalmente, la brasilera para la Editora Revan S.A. en el año 2006.

3 Debe hablarse, ciertamente, de redescubrimiento. Atribuible más a la buena suerte que al mérito de Melossi y del suscrito. La obra original de Kirchheimer y Rusche (1939) yacía en poquísimas bibliotecas, amenazada por la “crítica roedora de los ratones”, Dario y yo la descubrimos y la tradujimos para Il Mulino de Bologna en 1978. En breve siguieron una traducción en castellano y en alemán, luego otras en inglés, francés y portugués.

dos sociólogos de la Escuela de Frankfurt, Otto Kirchheimer y Georg Rusche que, a juicio de Dobb, habían analizado en clave histórica la relación entre desarrollo del mercado de trabajo y sistemas punitivos. Encontramos aquel “olvidado” volumen en la biblioteca de la *London School of Economics*. Procuramos traducirlo rápidamente y lo publicamos casi contemporáneamente a *Cárcel y fábrica*. La traducción italiana, titulada *Pena e struttura sociale*, tuvo la virtud de favorecer el éxito póstumo de la obra de Kirchheimer y Rusche, ya que se sucedieron rápidamente ediciones en varios países (una nueva edición americana, luego ediciones en España, Portugal y Francia).

Durante aquellos mismos años, Michel Foucault trabajaba en *Surveiller et punir*. Sabíamos, por una entrevista brindada por el filósofo y por algunos anticipos de los temas afrontados en los tan famosos como exclusivos seminarios desarrollados en el *College de France*, que Foucault se estaba interesando por la historia carcelaria. Pero *Cárcel y fábrica* estaba ya prácticamente terminado cuando Dario y yo pudimos leer, recién impreso, *Surveiller et punir*. Lo tuvimos en cuenta, pero sólo marginalmente, ya que confrontarse con esta obra hubiera significado escribir un libro distinto. Sin embargo, nos gustó leer en las primeras páginas de la introducción que Foucault, siempre parco en notas y referencias bibliográficas, citaba la obra de Kirchheimer y Rusche como *le grande livre*, único sobre la penalidad moderna que mereciera ser explícitamente recordado. Sólo gracias a la buena fortuna, esa que ayuda a los jóvenes, Dario y yo habíamos re-descubierto a Kirchheimer y Rusche en el mismo período, incluso tal vez antes que Foucault. Y esto ayudó en gran medida al éxito de *Cárcel y fábrica* que, honestamente, no podía y no puede confrontarse ni con *Punishment and Social Structure* ni con *Surveiller et punir*. El título de nuestro libro, en cambio, es todavía bellísimo, tal vez entre los mejores de la criminología de aquellos años. Sin embargo, lo debo confesar, no es atribuible al mérito de los autores. Nos lo sugirió una amiga, Tamar Pitch, a quien habíamos dado la lectura de la copia dactilográfica.

Esta es la historia de la génesis de un libro afortunado de mediados de los años setenta.

La penología revisionista de los años setenta

Cárcel y fábrica —así como la literatura criminológica “radical” de la década de los años setenta— comparte, aun en la diversidad de acento, método y calidad, un elemento de fondo con los trabajos científicos de aquella época, el de ser una lectura crítica del control social y penal en las/de las democracias del Estado Social maduro. Más específicamente, en lo que concierne al tópico penológico, *Cárcel y fábrica* pertenece a aquel movimiento revisionista que lee a la cárcel y a la cultura correccional como necesidades de la modernidad, como articulaciones de aquel “proyecto” de la Modernidad sobre el cual Costa (1974) e incluso Macpherson (1962) antes que él, estaban por aquellos años trabajando. Pero no sólo o no tanto como “invenciones” del pensamiento jurídico, sino —y en esto se encuentra la nota que a posteriori define esta literatura como revisionista respecto de aquella filosófico-jurídica entonces dominante, que leía la pena carcelaria como fase avanzada en el proceso evolutivo de los sistemas punitivos, según los dictámenes de la historiografía Whig— como aparatos de producción y conservación de un orden político-económico determinado, precisamente aquel capitalista. Pese a ser crítica de la institución penitenciaria y de la ideología y prácticas correccionales, *Cárcel y fábrica* piensa las formas históricas de la penalidad contemporánea como dirigidas a finalidades de control social de tipo inclusivo. Es una lectura crítica, pero desde el interior del sistema correccional mismo y sobretodo es ciega respecto de un cambio (ya a las puertas, si no en curso) que no llega todavía a imaginar.

La ambigüedad del modelo correccional

Anticipo, tal vez en extrema síntesis, cuestiones que trataré más ampliamente en los próximos capítulos.

En su esencia, la experiencia de disciplinar antes que “domesticar” a los hombres, incluso a través de la pena, expresa tanto una voluntad

hegemónica como una esperanza de liberación: es proyecto hegemónico, en la pretensión de que los excluidos de la propiedad, del pacto social, de la ciudadanía puedan ser socialmente aceptados —y por lo tanto, incluidos— en tanto y en cuanto sean educados y disciplinados; es esperanza de liberación basada en el nacimiento de una conciencia de clase, expresada como confianza en las virtudes proletarias. Por un lado, educación en la nueva esclavitud de la racionalidad capitalista, por el otro, virtuoso recorrido para valer como sujeto histórico, como proletariado⁴.

Sobre esta ambigüedad de fondo se extiende la rica y contradictoria trama de la pena correccional, esto es, de la cárcel. Pero una ambigüedad, como tendremos ocasión de ver, que se ha construido fundamentalmente en torno a dos voluntades políticas que frecuentemente han quedado sólo en el nivel de la aspiración.

Existe una fase decisiva en la ideología correccionalista de la pena —aquella que se impone en la segunda parte del siglo XIX— que se construye sobre el paradigma del *déficit* en la interpretación de la desviación/criminalidad y que proyecta una imagen tipológica del criminal de corte positivista (Beirne y Farrell 1993). Es desviado quien tiene “menos” porque está signado por un *déficit*. Eliminado o reducido éste, se elimina o reduce la peligrosidad social. En el sector de las políticas penales esta idea comporta la imposición del objetivo especial-preventivo de la pena: una pena medicinal que está en condiciones de atacar las causas del mal. El primer nivel de tránsito de la ilegalidad a la cultura de la legalidad —para quien está excluido en tanto pobre— se conquista en el aprendizaje de las virtudes de la frugalidad de quien vive de su propio trabajo. La cultura del trabajo y la sucesiva inserción en el mercado laboral son, por lo tanto, pasajes obligados en todo proceso de inclusión social. El modelo de producción denominado fordista enriquece ulteriormente el contenido de esta retórica, persuadiendo por “izquierda” de las bondades de la empresa pedagógica. Es esta la etapa de oro —marcada por un fuerte optimismo— de las políticas de

reeducación a través de la pedagogía penitenciaria. Es la exuberante primavera del modelo correccional de justicia penal, el que imagina una pena capaz de integrar al *status* de proletario al no proletario.

La proposición de incluir socialmente a través de la educación en la disciplina del salario, de proyecto político se transforma, progresivamente y a medida que el proyecto se realiza, en retórica nostálgica. Con diversa temporalidad, en los Estados Sociales de Derecho la hegemonía capitalista, por un lado, y la asimilación de la disciplina obrera, por el otro, se realizan por completo, se vuelven realidades definitivas. Superada aquella primera fase, la nueva se abre sobre un fundamento paradigmático distinto. La ilegalidad penal no reenvía más (o lo hace cada vez menos) a una alteridad marcada por la deficitaria o ausente educación en la cultura del trabajo. El tópico de la reforma carcelaria no se traduce más (o lo hace cada vez menos) en la producción de hombres útiles domesticados en la disciplina del salario y en la elaboración de prácticas pedagógicas dirigidas a la integración obrera.

Desde la mitad del siglo XX, la reforma penal en el mundo occidental se dirige más bien hacia el horizonte del desencarcelamiento (Scull 1977) como destino necesario y ausplicable. Alternativas al proceso penal, penas sustitutivas, beneficios penitenciarios, marcan el recorrido reformista y progresivo de liberación de la necesidad de la cárcel. El objetivo de la integración social del condenado ya no necesita de prácticas correccionales en la cárcel, sino que requiere que la *community*, lo social, se haga cargo del desviado. La penalidad en libertad se gana por valoraciones de confianza situacional; es la nueva penalidad para aquellos de los que puede hacerse cargo la sociedad, ya que poseen un mayor “capital social” o al menos no tan pequeño como otros. La socialización de la marginalidad en el Estado Social se funda ya en el imperativo del *to care*, del hacerse cargo de la problemática social, en términos sólo o fundamentalmente asistenciales.

“Cárcel y fábrica” se convierte, así, en la metáfora de “cárcel y sociedad”, pasaje nodal en la historia de la modernidad, aun cuando en ambos términos —fábrica y sociedad— domina todavía la confianza en que el objetivo del castigo legal sea la inclusión del desviado en el cuerpo social.

La tercera fase de esta historia “ideal” en sentido weberiano, es la actual. Ésta se encuentra signada por el paso de la retórica y las prácticas del *wel-fare* a las cruel pero realístamente definidas como *prison-fare*. El crecimiento de la “multitud” de excluidos –tanto del mercado de trabajo garantizado como del banquete asistencial ofrecido por un capital social cada vez más empobrecido– vuelve cada vez más irreal, políticamente hablando, el proyecto de un orden social a través de la inclusión. Es el período de la declinación miserable de la ideología reeducativa y de la emergencia y triunfo subsiguiente de las políticas de control social que se fundan sobre la fe en las prácticas de neutralización selectiva, coherentes totalmente con el lenguaje de la guerra contra el enemigo interno.

Entonces, ¿“cárcel *sin* fábrica”?, ¿“cárcel *sin* sociedad”?

Por lo poco o mucho que las metáforas pueden ayudar a comprender, diría que sí.

El esplendor de la pena que excluye

Actualmente se descubre –o redescubre, porque ya en otras épocas el sistema penal estuvo hegemonizado por lógicas de tipo malthusiano, aunque confiadamente vividas como contingencias económicas destinadas a ser superadas rápidamente– que la cárcel puede “funcionar” contra la criminalidad, acentuando los procesos de exclusión social: la cárcel y el sistema penal en su complejidad pueden resultar útiles para el gobierno de la criminalidad y de la reincidencia en tanto y en cuanto sean puestos en condiciones de seleccionar y así neutralizar a aquellos que el sistema social no está, o considera no estar, en condiciones de incluir. El objetivo de la “neutralización selectiva” surge al interior de una cultura tecnocrática y administrativa de la penalidad: ésta interpreta la justicia penal como un sistema que persigue objetivos de eficiencia, como, por ejemplo, diferenciar la respuesta por niveles de peligrosidad e implementar estrategias de control sobre grupos sociales. La retórica que deriva es la del cálculo probabilístico y la distribución

estadística, aplicados respecto a poblaciones que crean problemas sociales.

No muy distinto de las técnicas de aseguramiento, el lenguaje de la utilidad social y del gobierno de los riesgos sociales toma, progresivamente, el puesto de aquel otro referido a la responsabilidad individual y la prevención especial en las políticas penales. Por lo tanto, el lenguaje de la penología tecnocrática se ve caracterizado por el énfasis en la racionalidad sistémica y formal.

El gobierno administrativo del control penal tiende a construirse alrededor de objetivos sistémicos que divergen radicalmente del uso simbólico de la penalidad. La gestión administrativa de la penalidad responde sólo a su lógica interna, desvinculada de finalidades extra-sistémicas.

Todo el arsenal correccionalista padece un radical derrumbamiento de su función y sentido: el tratamiento y la terapia, así como la ayuda, pierden toda referencia en relación al fin especial-preventivo. El tratamiento, la terapia y la ayuda se convierten en recursos útiles para garantizar el gobierno de la cuestión criminal en los niveles de compatibilidad del sistema de justicia penal. Recursos útiles para diferenciar a las poblaciones desviadas en razón del riesgo criminal, para incapacitar selectivamente a los más peligrosos, para articular el espectro custodial, para economizar recursos.

Y entonces, si queremos proceder metafóricamente –pero como decía Pietro Costa en la introducción a su obra *Il progetto giuridico*, todo el discurso jurídico está atravesado por metáforas y, en el fondo, éste mismo no es más que una gran construcción metafórica (Costa 1974)–, no encuentro otra frase con mayor entidad para describir el presente penal, que la de “cárcel y guerra”. No sólo porque las prácticas de internación difusa y masiva tienden a asimilar cada vez más al sistema carcelario a un archipiélago concentracional. En realidad, el sistema penitenciario ha sido siempre más parecido a un campo de concentración que a una fábrica (y de esto no hablan Bentham y la nutrida lista de reformistas). Entonces, digo “guerra” por otro motivo: por una suerte de refuncionalización de la pena privativa de libertad y

del sistema de la justicia penal en torno a una retórica y a una práctica de declarada y explícita hostilidad respecto del que resulta, cada vez más, percibido como “Otro”.

Un nuevo discurso sobre el crimen

Esta aproximación al gobierno de los criminales refleja un nuevo discurso sobre el crimen mismo y sobre el rol del sistema penal. Los desviados no son más (o lo son cada vez menos) el referente organizativo del saber criminológico, porque la criminología progresivamente se convierte en un capítulo marginal de un análisis general de *public policy*. La cuestión en juego no es más aquella, tan pretenciosa como ingenua, de derrotar al crimen, sino simplemente racionalizar la operatividad de los sistemas que admiten “gestionar” la criminalidad sobre la base de valoraciones de tipo estadístico y actuarial.

En efecto, paradójicamente esta aproximación favorece el surgimiento de un saber distinto sobre la criminalidad, que ha sido felizmente etiquetado como “criminología de la vida cotidiana” en la cual el acto desviado es un riesgo habitual que puede ser calculado y en cierta medida también evitado, y no habiendo nada de excepcional o patológico puede ser comprendido haciendo simple referencia a las tendencias comunes que lo motivan. El crimen, como actividad rutinaria, como oportunidad e incluso como elección racional. Si “las ocasiones hacen al ladrón”, podemos racionalmente reducir los riesgos de victimización, adoptando simplemente estilos de vida de precaución o invirtiendo en tecnología preventiva que reduzca las oportunidades o dificulte la comisión de los delitos.

Esto, sin embargo, no es una tarea/deber sólo o principalmente del Estado y de los aparatos represivos tradicionales, sino una elección “realista” y, en definitiva, “obligada” de la sociedad civil. Las víctimas potenciales —es decir, todos— dejamos de ser sujetos a tutelar, para convertirnos en invitados a hacernos protagonistas de nuestra defensa, organizándonos y adoptando estilos de vida distintos. De cualquier

modo, el Estado se desembaraza progresivamente del rol de monopolizador de la defensa social ante el crimen.

Alessandro Baratta describía este pasaje en términos lapidarios, con su tono típico: el pasaje de la seguridad de los derechos al derecho a la seguridad, convierte a ésta última en un bien privado (Baratta 1997). Prestemos atención a las políticas securitarias hoy imperantes que invirtiendo casi exclusivamente en estrategias de prevención situacional, terminan por acostumbrarnos a vivir “solos”, es decir sin contar mucho con los aparatos represivos y preventivos estatales en una sociedad con elevado riesgo de criminalidad. Siempre desde esta perspectiva, la misma opinión positiva respecto del paradigma compensatorio como soporte de las nuevas estrategias mediadoras en el sector de la justicia criminal, terminan por sugerir una suerte de refuncionalización de las relaciones sociales de carácter premoderno.

Una de las consecuencias más significativas de este cambio se registra en el plano cultural. La criminalidad —en particular aquella masiva— deja, cada vez más, de ser objeto de conocimiento desde una perspectiva causal y, entonces, deja de ser objeto de conocimiento *tout court*, salvo en la dimensión estadística, única útil para medirla en términos de variación del riesgo. En este sentido, se podría tal vez decir que la “nueva criminología administrativa” ha leído con provecho los aportes de la criminología crítica, notablemente anti-etiológica. De todos modos, es significativo que los nuevos criminólogos, hoy *maîtres à penser* de las políticas criminales actuariales, no sean “criminólogos” de proveniencia académica y/o formación profesional, sino fundamentalmente personas con conocimientos en estadística.

De la criminalidad, entonces, no nos defendemos derrotando sus causas, por la simple razón de que la acción criminal no es el efecto de alguna en particular, sea personal o social. De la criminalidad —como realidad nociva— nos defendemos, por un lado, reduciendo los riesgos de victimización y, por el otro, neutralizando selectivamente a los “enemigos”.

Es indudable que la ideología de la neutralización selectiva y, sobre todo, preventiva, se ve constreñida a recurrir frecuentemente a la lec-

tura del criminal como un “Otro” absolutamente “distinto”, frente al cual es omitido cualquier sentimiento de comprensión, típico de las “criminologías del sí mismo”, o cualquier escrúpulo garantista en la represión. El “Otro” puede ser, alternativamente, el terrorista, el pedófilo, el *serial killer*, el mafioso, pero más frecuentemente, el delincuente habitual.

De este modo, junto a una “criminología de la vida cotidiana”, se desarrolla también una “criminología del Otro”, un discurso sobre el criminal como enemigo, cuya peligrosidad no puede ser “gestionada” de otra forma sino a través de su neutralización. Y para ponerlo en la condición material de no dañar, en última instancia no se necesita ni siquiera conocerlo demasiado. Recuérdese la regla de oro que domina actualmente la política penal estadounidense: *three strikes and you're out*, tres sentencias de condena y quedas “eliminado” a través de una *life sentence* [condena perpetua]. Y esta frase del baseball, del que se toma esa regla, no puede calzar mejor, por su capacidad de representar la guerra tanto en su estrategia defensiva —la defensa de la base— como en la otra ofensiva —el ataque a la casa del enemigo—.

Para que se entienda, ambos discursos criminológicos —el de la “vida cotidiana” y el “del Otro”— representan fielmente una aproximación a la cuestión criminal de tipo bélico. En estado de guerra, frente a la amenaza del enemigo se tratan de minimizar los riesgos de agresión empleándonos en acciones de defensa “pasiva” y, al mismo tiempo, se nos fuerza en una dimensión “ofensiva” a neutralizar preventivamente al agresor. Defensa y ataque. Cuanto más difícil le resulte a mi enemigo poder golpearme mayores oportunidades conquistaré en el campo; más enemigos neutralizaré, de menos enemigos deberé cuidarme. Sólo que en la guerra, al enemigo interno —la criminalidad— no se le combate para vencer, como en el baseball, sino para mantener una posición siempre precaria de “ventaja táctica” respecto del enemigo beligerante.

En última instancia, el paso de un modelo inclusivo a otro exclusivo en la política criminal está signado por negar progresivamente a la criminalidad la dimensión misma de “problema”: nada de proble-

mático, entonces, que deba ser estudiado, entendido y eventualmente resuelto atacando las causas. No existe, en efecto, alteridad posible en la normalidad del actual desorden social. Una vez que se acepta esto, la criminalidad se convierte sólo en un costo social inevitable que, en los límites de compatibilidad ofrecidos por el sistema político-económico en su totalidad (en realidad, estos últimos, mucho más contenidos de lo que normal e ilusoriamente se cree), será combatida “militarmente”. En efecto, la eficacia de la política criminal se mide sólo a través de verdaderos boletines de guerra: cuántos enemigos han sido neutralizados (véase el énfasis en las tasas de encarcelamiento), cuántos soldados puedo poner en el campo y cuánto me cuestan (véase el énfasis en los costos de la justicia penal y las fuerzas de policía), cuáles y cuántos territorios sociales y urbanos he liberado o han sido ocupados por el enemigo (véase el énfasis en las tasas de delincuencia disminuidas o aumentadas en su desagregación territorial), etc.

Una criminología singular, como se decía, que no tiene más como referente organizativo de su propio estatuto de saber a los desviados y criminales, sino la administración —frecuentemente sólo contable— de un estado de beligerancia permanente.

Cárcel y guerra

Asistimos así a una progresiva hegemonización de la cuestión criminal por parte de estudiosos y operadores de la seguridad y del derecho penal. Éstos no son otra cosa que los profesionales de la guerra en curso. Y en estado de guerra, la clase militar gana peso político y visibilidad pública. La exigencia de restituir la cuestión criminal a los estudiosos de las ciencias sociales y llevar, de esta forma, a un rol marginal a los penalistas y operadores de la justicia penal es ciertamente compatible pero necesita que antes se ponga fin al estado de beligerancia.

El actual estado de guerra no ha sido nunca explícitamente declarado. Ciertamente alguien muy influyente a escala mundial algunos años atrás declaraba la “guerra contra las drogas”, otros, también pode-

rosos, lo han imitado gritando que era hora ya de pasar “del estudio de la criminalidad a la lucha contra los criminales”, otros aun, que había llegado el momento de “entender menos y punir más”. Pero estas necesidades –porque se trata realmente de colosales necesidades– ya se escucharon en épocas remotas y tal vez fueron siempre pronunciadas desde la política.

La verdad es otra. Lo que sucede es que nos hemos encontrado en guerra sin darnos cuenta. Y no nos dimos cuenta porque, progresivamente, la guerra al enemigo interno nos ha convencido como una elección ineludible en las condiciones que –de tanto en tanto– se fueron presentando como emergencias.

El paso de una cultura bulímica a una anoréxica respecto de los excluidos, de los excedentes, de los descartables, resulta obligado cuando un cierto punto de vista se vuelve progresivamente hegemónico⁵. Y este punto de vista que se ha vuelto dominante nos ha “convencido” –lo que obviamente no significa que eso sea lo “verdadero”– de que en la nueva economía globalizada la inclusión por medio del trabajo ya no es posible para todos y, al mismo tiempo, el Estado ya no está en condiciones de distribuir suficiente riqueza social entre aquellos que quedan excluidos del mercado. Retomando las metáforas que he utilizado antes, “cárcel” y “sociedad” ya no pueden proponerse como modelos de disciplina social inclusiva.

Este punto de vista es muy similar al que signó el pasaje de la *Old Poor Law* a la *New Poor Law*, dando luego inicio a la experiencia moderna de la deportación masiva de detenidos. Pero entonces dominaba el imperialismo colonial y la exclusión de Europa de los pobres, prostitutas y delincuentes ofrecía, aunque fuera en la otra parte del globo, una nueva oportunidad de inclusión social. Lamentablemente en la narrativa hegemónica de la posmodernidad no existe otra Australia para colonizar.

Defenderse, incluso militarmente de los excluidos, es (o parece) entonces una necesidad. Así las masas de inmigrantes que presionan en los confines del primer mundo son empujadas por un hambre de integración social, es decir, por una oferta de trabajo que no encuentra y nunca encontrará una demanda equivalente. En el primer mundo aquellas masas, en última instancia, no sirven. Ciertamente en cuanto se las encarcele, se las detenga en los nuevos campos de concentración que están surgiendo en la Europa civilizada y en la América del *habeas corpus* o se las envíe, por medio de las armas, más allá de los confines de nuestra riqueza, finalmente –se dirá– se trata siempre de unos pocos respecto al universo de los “excluidos”. Es verdad. Pero esto fue válido también en el pasado en lo que concierne a las prácticas coercitivas de control social. Cuando dominaba el paradigma de la integración a través de la disciplina del trabajo, la “cárcel *como* fábrica” domesticaba pocas decenas de miles de subproletarios en la fábrica fordista. Cuando, en pleno esplendor del Estado Social, creímos poder reducir el uso de la cárcel y de otras prácticas de secuestro institucional, porque confiábamos en una sociedad civil suficientemente disciplinada y opulenta, la práctica de los servicios sociales, en efecto, ha estado siempre signada por la escasez de recursos, hasta llegar a hacerse cargo sólo de pequeñas minorías de necesitados. El punto no es este, entonces. No ha sido nunca éste. La inclusión no se ha dado nunca materialmente, a través de la cárcel o a través de la sociedad civil, así como hoy la exclusión no se determina a través de la “guerra contra la criminalidad”. La cárcel, la sociedad civil y la guerra son sólo expresiones pedagógicas, conforme a diversas “visiones del mundo”.

Más detenidamente, en la historia moderna y contemporánea las prácticas e ideologías penales y de control social siempre han conocido un proceso de difusión y expansión que por último reconduce (en el sentido que se “adhiera”) al punto de vista “dominante” (este es tal porque se ha desarrollado en los países hegemónicos) sobre la cuestión criminal –sobre este tema volveremos en el capítulo siguiente–.

5 Jock Young (1999) es quien retoma la terminología utilizada por Lévi-Strauss para distinguir entre “sociedades anoréxicas” y “sociedades bulímicas”.

II. El encarcelamiento masivo*

Una ronda grotesca

Como la moneda, la crisis de la pena moderna es mensurable, en primer lugar, en función de su grado de inflación. En 1890 Vincent Van Gogh pintó un cuadro de modestas proporciones (80 por 64 cm.), llamado con un nombre que varía pero conocido por la mayoría como *La ronda de los presos*. Hoy se puede admirar en el Museo Puskin.

Es una pintura que, como otras, ha pasado a ser parte de los *topoi* iconográficos, no muy distintamente, por ejemplo, de *La Gioconda* de Leonardo. Por tanto, es un cuadro conocido por todos, aun por aquellos que no tienen una inclinación especial por la historia del arte.

En el escenario claustrofóbico del patio interno de una cárcel –bajo la mirada atenta y severa de los guardias– se inscribe la escena grotesca de algunos detenidos (cuento veinticinco), vestidos con sus uniformes casi payasescos de presos de fines del ochocientos, signados por rostros estupefactos, infantilizados en el juego de la ronda, cada uno apoyando la mano sobre las espaldas del compañero de desventura que lo precede. Todo finalmente compone una especie de grotesca ronda.

Algunos años antes de pintar este cuadro el loco genio flamenco, a propósito de su trabajo como pintor, se expresaba así: “Tanto en la figura como en el paisaje, desearía expresar no una melancolía sentimental sino el dolor verdadero”. Es difícil no reconocer que *La ronda de los presos* transmite ese dolor verdadero.

Este ícono de la cárcel de más de un siglo atrás ha retornado frecuentemente a mi mente al reflexionar sobre la prisión hoy. No por-

* Una versión de este escrito ha sido publicado originalmente como: “Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel modo: da “La Ronda dei carcerati” al “Giromondo penitenziario”, en *Rassegna penitenziaria e criminologica*, N° 1-2, p. 105-126. 2002.

que el mismo pueda representar algo realista sobre el presente de la penalidad, así como bastante poco nos ilustran sobre la actualidad de la cárcel los atlas penitenciarios de Lombroso. La imagen me parece marginal en ese sentido, pero es la idea de la ronda penitenciaria la que me captura obsesivamente, pensando en los procesos de re-encarcelamiento que se viven hoy en el mundo. Los trayectos de la memoria y de la fantasía se anudan, se sabe, libremente, por lo que inconscientemente me he encontrado calculando las dimensiones de una ronda realista de todos los presos que existen hoy en el mundo.

Los cálculos oficiales estiman que en los inicios del nuevo milenio aquellos que se encontraban penalmente privados de libertad sobre el planeta Tierra (excluyendo las diversas formas de detención por razones políticas y/o bélicas), eran algo más de ocho millones setecientos mil. Pero ya en diciembre de 2007 se estimaba que habían superado el umbral de los diez millones. En todo caso, se trata de estimaciones inexactas por defecto. Algunos Estados no ofrecen estadísticas actualizadas sobre este tema: en algunos casos, podemos fundarnos sólo en informaciones de más de diez años de antigüedad; en otros, es prudente sospechar que las informaciones son políticamente manipuladas (por ejemplo, China que brinda información sólo sobre los detenidos condenados y no sobre aquellos privados de la libertad por razones procesales, ver Yanyou Yi 2008). En otros casos existe aún una completa oscuridad ya que los gobiernos no ofrecen ningún dato (por ejemplo: Afganistán, Libia, Liberia, Gabón y Somalia). Pero no sólo eso: la mayor parte de los Estados brinda informaciones estadísticas sólo en lo que concierne a la población penal adulta y omite indicar las tasas de internación en instituciones psiquiátricas judiciales. Otros además, no toman en consideración algunas formas de detención administrativa que en otros contextos normativos son, en cambio, de naturaleza penal.

Quizás pensar en quince millones de encarcelados se acerque, pero temo que aún por defecto, a la realidad. Pero este dato tiene un significado apreciable sólo a nivel de la contabilidad estadística, dado que registra la cantidad de personas en las instituciones penales normalmente a fin de año o en cualquier otro día prefijado. En promedio, los

que pasan anualmente de un estado de libertad a una institución de detención penal son más numerosos¹. Se puede arriesgar una estimación, aún defectuosa: cada año en el mundo entre 30 y 50 millones de personas viven una experiencia de detención penal.

Aun cuando nos quedemos con la estimación más prudente, podemos calcular que si 30 millones de hombres y mujeres se dan la mano crearían una fila que tendría unos 60.000 kilómetros de largo. Siguiendo la línea del Ecuador se recorrería dos veces el mundo. Si a esta fila se agregan aquellos que están limitados penalmente en su libertad², la fila podría abrazar cuatro o cinco veces la Tierra. Una ronda gigantesca que abraza al mundo, una suerte de vuelta al mundo penitenciaria.

Dos instrumentos útiles ayudan a analizar esta *overview of world imprisonment*: la segunda edición (muy ampliada con respecto a la primera) del volumen editado por Dünkel y Van Zyl Smit (2001) y el sitio web del *International Centre for Prison Studies* del *King's College* de Londres³.

- 1 Aun cuando sea técnicamente posible, no es de ninguna utilidad calcular el coeficiente a nivel mundial entre flujos anuales de ingresos y presencias medias diarias en las prisiones. Para algunos países (prevalentemente aquellos occidentales, como los Estados Unidos, Canadá y Australia) caracterizados por prácticas judiciales que conminan penas detentivas —cada vez más altas en promedio— y simultáneamente no hacen cumplir efectivamente las penas detentivas breves, la relación es de cerca de 1 a 2, en el sentido de que quienes se encuentran encarcelados a fin de año son cerca de la mitad de todos aquellos que han sufrido en el año una experiencia de privación de la libertad y esta relación está disminuyendo progresivamente. Al contrario, en algunas realidades o fases históricas pasadas, es posible asistir a la ejecución de penas detentivas breves y brevísimas (por ejemplo, por pocos días) y esto puede determinar relaciones bastante elevadas entre flujos anuales y presencias en un día determinado.
- 2 También en este caso la relación entre condenados a una pena privativa de la libertad y condenados a una pena limitativa de la libertad varía muchísimo de país a país. Así, si en Italia la relación es de cerca de 1 a 1, en otras realidades —como en los países escandinavos— la misma puede llegar a 1 sobre 5, es decir, cinco condenados que se encuentran cumpliendo penas o medidas en todo o en parte alternativas a la cárcel por cada condenado que se encuentra cumpliendo una pena detentiva.
- 3 Ver: <http://www.kcl.ac.uk/depsta/rel/icps/worldbrief> (ciertamente la compilación hoy más rica de sitios de internet que directa o indirectamente se ocupan de cuestiones carcelarias, se recomienda revisar la sección de *links*).

Buscaré seleccionar de esta impresionante masa de datos sólo algunos, que —si bien reducidos— son útiles para trazar las primeras coordenadas de un posible atlas del encarcelamiento mundial.

El mundo en cadenas

Una primera vía para simplificar y comparar entre sí países con población diversa, es referirse a la tasa de detenidos por cada 100.000 habitantes. Si tomamos como índice de referencia el total mundial comprobado de detenidos presentes en un día en particular —esto es los mencionados diez millones para diciembre de 2007— se puede fácilmente calcular que el índice mundial es aproximadamente de 160 detenidos por cada 100.000 ciudadanos del mundo⁴. En efecto, como se anticipó, tenemos motivos para suponer que la población detenida supera —y ampliamente— los quince millones, por lo que podemos prudentemente corregir la estimación de los detenidos presentes diariamente en el mundo a un índice ponderado de 200 por 100.000 habitantes.

Este simple y en sí mismo inexpressivo índice puede ser útil para trazar una suerte de parteaguas, para señalar cuáles son los países que se posicionan por debajo y cuáles por encima de éste. En primer lugar, tomemos nota de que más de dos tercios de las naciones del mundo registran un índice de encarcelamiento inferior a este promedio (Walmsley 2001). Significativamente, toda Europa Central y Meridional se ubica ampliamente por debajo de este índice, con variaciones en los Estados comprendidos entre los 67 (Dinamarca) y los 148 (Inglaterra) y una media conjunta en torno a los 100 detenidos por 100.000 habitantes. Incluso otras realidades de proporciones igualmente vastas pueden jactarse de una población detenida relativamente contenida. Por ejemplo: Oceanía, con una media cercana a 125; la mayor parte de

los países del África Central y Occidental junto con aquellos de Asia Meridional, con una media conjunta de sólo 57 (es preciso recordar en este punto que India, con cerca de mil millones de habitantes, registra un índice de sólo 30 detenidos sobre 100.000 y China, con mil trescientos millones de habitantes, declara un índice de 119).

Veamos ahora cuáles son las realidades que se alejan en exceso de la media ponderada en las tasas de encarcelamiento. En primer lugar, Estados Unidos con un índice de 750, esto es, cuatro veces la media mundial. A corta distancia Rusia con un índice de 628, seguida por Bielorrusia y algunas ex Repúblicas soviéticas orientales (como Kazajistán y Kirguizistán) que se ubican alrededor de los 400. Siguen luego algunos pequeños países del Caribe que se acercan a los 300, como también algunos países del Norte de África y de Asia Central. Y finalmente los países de Europa del Este como la República Checa y Rumania que registran índices de encarcelamiento por poco inferiores a los 200 detenidos por 100.000 habitantes.

Esta esquemática división del mundo respecto a la media ponderada de las tasas de encarcelamiento parecería ser bastante poco inteligible a primera vista, en el sentido de que es difícil intuir la o las razones explicativas de un abanico tan amplio de diferenciación. Con todo, estos datos están en condiciones de expresar algo importante.

En primer lugar, estos mapas, en negativo, dicen algunas cosas. Nos demuestran, por ejemplo, que no está confirmada la hipótesis que pone en correlación directa las tasas de encarcelamiento con algunas variables estructurales, como la densidad de la población, la composición demográfica por edad, la riqueza de las naciones y el bienestar económico de los ciudadanos. Tampoco las variables políticas parecen estar significativamente relacionadas con la tasa de represión penal, como los niveles de democracia, los sistemas de gobierno y representación, etc.

Más aún, los sistemas normativos de referencia no parecen tener relaciones significativas con las tasas de encarcelamiento. Por ejemplo, Canadá y Australia, con tasas que oscilan en torno a los 100/120 detenidos sobre 100.000 habitantes, poseen una tradición y un sistema de justicia penal que en poco difieren de los estadounidenses, mientras

⁴ El dato proviene de la página web del *International Centre for Prison Studies* del King's College de Londres.

que los niveles de represión penal son seis o siete veces inferiores. Lo mismo se puede argumentar en relación a los países latinos de Centroamérica respecto a aquellos de Sudamérica: a pesar de poseer sistemas de justicia penal bastante parecidos, los países centroamericanos presentan, de hecho, tasas de encarcelamiento en promedio tres veces mayor que aquellas sudamericanas.

Por último, las tasas de criminalidad —en forma reduccionista sugeridas por las de delictuosidad o criminalidad aparente— no parecen estar en relación significativa con las de encarcelamiento. Un ejemplo instructivo: Colombia —por lejos el país con la tasa de homicidios voluntarios más elevada del mundo⁵ y afectado por un nivel de inseguridad con respecto al delito predatorio de notables proporciones— tiene una tasa de detención europea, igual a 128 detenidos por 100.000 habitantes, exactamente igual que Holanda. Pero ciertamente el ejemplo más sorprendente es el que ofrece Estados Unidos respecto, por ejemplo, a otros países occidentales como los países europeos. En Estados Unidos las tasas de delictuosidad son bastante similares a las que es posible observar en países como Inglaterra o Alemania, con la sola excepción de los homicidios con armas de fuego en la comisión de robos⁶ y eso no impide que la población estadounidense detenida sea siete veces superior a la europea. Por otro lado, las tasas de delictuosidad en Estados Unidos han descendido sensiblemente en los últimos diez años⁷, decenio en el cual la población detenida se ha casi duplicado.

En positivo, en cambio, podemos recabar una información distinta pero que también resulta útil: más de un tercio de la totalidad de la

5 Las estadísticas oficiales colombianas registraron para el 2000 un total de 26.280 homicidios voluntarios consumados, esto es, una tasa de 73 homicidios por 100.000 residentes. La tasa en Italia oscila actualmente alrededor de 1 homicidio doloso consumado por cada 100.000 habitantes. Por ende, el riesgo que un residente italiano corre de ser intencionalmente asesinado es 70 veces más bajo que el que sufre un residente colombiano.

6 Como felizmente se expresan Hawkins y Zimring (1997) con la sola, aun cuando significativa, excepción de la tasa de homicidios (en promedio, siete veces superior a la italiana), los Estados Unidos tienen tasas de delito muy similares a aquellas europeas.

7 En italiano, ver LaFree (2000).

población mundial detenida se concentra en sólo dos áreas (que originariamente eran dos Estados), Estados Unidos y las naciones del viejo Imperio Soviético —es decir, en un universo social de sólo 500 millones de habitantes—. Si excluyéramos pues estas dos realidades geopolíticas —que en conjunto representan sólo un doce por ciento de la población mundial— la tasa media de encarcelamiento del resto del mundo sería inferior a 100 detenidos por cada 100.000 habitantes.

No es esta la ocasión para buscar explicar la excepcionalidad norteamericana y de las ex Repúblicas soviéticas en lo que concierne a las tasas de encarcelamiento, tan lejanas de la media internacional. Puedo sólo recordar que en lo que concierne a los Estados Unidos existe ya una vastísima literatura al respecto (sobre esto volveré luego)⁸. No se puede decir lo mismo sobre Rusia y algunas ex Repúblicas soviéticas, de las que no es fácil, incluso por razones lingüísticas, consultar trabajos científicos que hayan profundizado sobre el tópico en cuestión. Recientemente —siguiendo las indicaciones ofrecidas, por ejemplo por Pergataia y Uss (2001)⁹—, es razonable sostener que esta excepcionalidad se relaciona con una constante político-económica y, como consecuencia, cultural, que marca estas realidades desde los tiempos zaristas: la apelación al trabajo forzado y en masa como recurso económico decisivo para el desarrollo económico. La realidad de los *gulag* y de los campos de trabajo ha sido una presencia constante en los últimos tres siglos. Aún hoy, en Rusia, de una población detenida algo inferior a las 900.000 personas, 600.000 condenados están internados en colonias penales con un régimen de trabajo forzoso¹⁰.

8 Ver al respecto, Blumstein y Wallman (2000) y Currie (1998).

9 Ver otras informaciones útiles en Fogleson y Salomon (2001).

10 Ver el comentario de Zubkov sobre a la legislación penitenciaria de la Federación Rusa de 1997, cit. en Pergataia y Uss (2001).

El crecimiento de la población detenida

La población detenida a nivel mundial ha crecido de manera significativa en las dos últimas décadas. El crecimiento está presente –con muy pocas excepciones– casi en todas partes.

En los países desarrollados, en conjunto, el aumento de los índices de encarcelamiento en los últimos quince años fue de alrededor del 45%. En las Américas el fenómeno ha sido más radical (en los seis países más poblados el crecimiento ha sido superior al 80%). En Europa más contenido, sólo la mitad de los países conocieron incrementos superiores al 40%. Pero si tomamos en consideración los países en vías de desarrollo –como por ejemplo la mayor parte de los países africanos y asiáticos– debemos registrar en promedio alzas que se colocan por encima del 100%.

Esta tendencia al crecimiento no parece en absoluto haberse extinguido o reducido. Si limitamos nuestra observación únicamente a los cinco últimos años debemos señalar que el *trend* de aumento es más elevado que el registrado en los años precedentes.

Si es suficientemente posible registrar la tendencia mundial al crecimiento de las tasas de encarcelamiento, más difícil resulta indicar un modelo explicativo del fenómeno en sí mismo, que sea válido para contextos tan diversos. Si de hecho para algunas realidades del mundo occidental (en primer lugar, Estados Unidos e Inglaterra) se han avanzado hipótesis interpretativas bastante satisfactorias sobre el proceso de *reincarceration* que habría seguido en el mundo entero del *fin de siècle passé* al proceso de *decarceration*, que se habría producido en la segunda posguerra hasta los inicios de los años ochenta¹¹, no existen evidencias de que las mismas puedan valer también para las restantes naciones del mundo (ver: Beck y Blumstein 1999; European Group for the Study of Deviance and Social Control 1986; Hudson 1984; Mathews 1987; Tonry 1998, entre otros).

Déficit teórico en los modelos explicativos en penología

Las diferencias tan marcadas en las tasas de encarcelamiento a nivel mundial, inducen pues a sospechar que el uso de la cárcel como respuesta a la cuestión criminal es producto de una pluralidad muy amplia de factores (demasiado amplia como para poder dar cuenta de ella exhaustivamente en la investigación comparada de tipo cuantitativo), cuya combinación termina por imprimir a las diversas realidades caracteres de fuerte especificidad. Una especificidad tan radical que induce a sostener que cada realidad nacional “determina” y, por tanto, “necesita” justamente sólo aquella población detenida, la que le es propia.

Esta posición interpretativa, que en definitiva es menos simplista de lo que parece, reconoce, por tanto, que en el mundo se pueda hacer un uso cuantitativamente tan heterogéneo de la cárcel. Una diversidad que reenvía a la historia (cultural, política, económica, social, etc.) de cada país es una diversidad que no puede ser explicada banalmente confrontando dos o tres variables de entre aquellas que pueden ser medidas de alguna forma.

Pero esta última posición crítica –por la cual, confieso, he tenido simpatía durante un cierto tiempo¹²–, que induce por tanto a profundizar el tema de la complejidad de la cuestión criminal y carcelaria a nivel local, como si sólo en ese nivel fuese posible comprender el problema, entra en una fuerte crisis frente a la incontestable verdad histórica de que en el curso de la década de los noventa –y en adelante– la población detenida ha aumentado, si bien con intensidades distintas, en todas partes, esto es, en casi todas las dimensiones locales del planeta¹³.

12 Adhiriéndome a esta hipótesis he abordado también, a nivel de análisis explicativo, la estadística penitenciaria en la Italia del siglo XX (Pavarini 1997a).

13 En los últimos años los países europeos que han conocido un incremento más decisivo de la población detenida son: Luxemburgo, Croacia, Macedonia, Bulgaria, Finlandia, Dinamarca, Holanda e Italia. Los países europeos que han registrado, en cambio, siempre en el mismo lustro, un decrecimiento de la población detenida son: Turquía, Moldavia, Ucrania, Chipre y Rumania (ver Aebi y Stadnic 2007). De las ex Repúblicas soviéticas de Asia, Kazakistán y Uzbekistán han conocido una reducción, aun cuando leve, de su población detenida. En América del Norte sólo Canadá, en América Central,

Si efectivamente, en el mismo período, el proceso de re-encarcelamiento es impulsado en casi todas partes, es posible pensar en la presencia determinante de causas exógenas a los diversos contextos nacionales. Pero si es así, los mismos modelos explicativos que con diverso grado de plausibilidad científica han buscado dar cuenta de la evolución en el tiempo de las tasas de encarcelamiento a nivel local, corren el riesgo de tener que ser revisados.

No todo se comprende

Retornamos al punto de partida: la población detenida ha crecido en el mundo en las últimas dos décadas y significativamente, no sólo en su conjunto, es decir, en total, sino casi en todas partes.

Indicaremos, aunque sea sintéticamente, pero en términos críticos, las hipótesis interpretativas que han sido avanzadas para dar cuenta de los nuevos procesos de re-encarcelamiento, con la advertencia de que ellas han madurado no sólo al interior de la cultura criminológica occidental sino con referencia exclusiva a la realidad de algunos países, principalmente de Estados Unidos e Inglaterra.

Fundamentalmente, han sido las siguientes.

- Las tasas de encarcelamiento han aumentado porque ha crecido la criminalidad a partir de las décadas de 1970 y 1980. El aumento de la criminalidad —en particular, si no predominantemente, la criminalidad de masas y de naturaleza predatoria— se relaciona de manera más o menos directa con distintos fenómenos, como la crisis de los sistemas de *welfare*, el aumento de los índices de desocupación y la ampliación de los sentimientos de privación relativa por parte de los grupos marginados¹⁴, la política de criminalización de la

Guatemala y en América del Sur, Venezuela, han registrado descensos en las tasas de encarcelamiento.

14 Son las tesis sostenidas en Inglaterra por los autores que desde mediados de los años

droga¹⁵ y la intensificación de los flujos migratorios¹⁶. Esta hipótesis explicativa, bien entendida, tiene poco que ver con la examinada previamente según la cual la diferencia comparativa entre las tasas de encarcelamiento en los diversos contextos locales en parte era puesta en relación significativa con la de las tasas de ilegalidad criminalizada. Esta última hipótesis es de hecho tan impugnable como errónea, dado que no responde a la más simple verificación estadística, como he mostrado precedentemente. No sucede lo mismo con aquella que pretende poner en relación significativa el aumento de la criminalidad en el tiempo con el aumento de las tasas de encarcelamiento. En efecto, en las últimas tres décadas en la mayor parte de los países, en particular en aquellos más desarrollados, la criminalidad aparente ha aumentado. No obstante ello, esta hipótesis explicativa abre el flanco a por lo menos dos serias críticas que objetan su validez: a) al no conocer científicamente la criminalidad real, poner en relación los índices de la criminalidad aparente con las tasas de encarcelamiento es metodológicamente erróneo, porque el registro de la ilegalidad manifiesta, más allá de estar influenciada por la evolución de la criminalidad real, depende de otras variables igualmente determinantes, como la propensión de las víctimas y de los ciudadanos a denunciar y el grado de eficiencia de las agencias represivas e investigativas, como las fuerzas de policía y las agencias judiciales. Téngase presente que las investigaciones victimológicas y sobre *policing* y *sentencing* —en los pocos casos en los que han sido científicamente sólidas—, con dificultad logran cuantificar con la debida precisión estas dos últimas variables. Por lo demás, la tendencia mayoritaria expresada en la doctrina a favor de una relativa constancia de éstas en el tiempo, no

ochenta han sido reconocidos como los líderes de un “nuevo realismo de izquierda” en criminología: Kinsey, Lea y Young (1986), Lea y Young (1984), Young (1999).

15 Ver Goldstein et al. (1985).

16 En lo que concierne a Italia, si bien con perspectivas divergentes, ver: Barbagli (1998), Dal Lago (1999), Palidda (1994).

puede ser controlada por investigaciones que se desplieguen en el arco de dos decenios, porque lamentablemente hace veinte años no se realizaban estas investigaciones y si se realizaban empleaban metodologías luego superadas. Ergo: en el estado del arte es científicamente imposible verificar la hipótesis. b) Si es cierto que algunas formas de delictuosidad –esto es, de criminalidad conocida–, *in primis* la oportunista y predatoria, se han incrementado en algunos países en este período, es también cierto que ellas se han elevado con una discontinuidad significativa con respecto a las tasas de encarcelamiento: por ejemplo, en Estados Unidos, un fuerte aumento se ha registrado entre los años 1975 y 1992, mientras seguidamente se ha producido una importante reducción (Barbagli 2000); en Italia un incremento significativo se ha registrado entre los años 1986 y 1998, luego del cual, incluso en nuestro país, las estadísticas de la delictuosidad han mostrado una tendencia recesiva (Forum Italiano della Sicurezza Urbana 2003). No obstante ello, las tasas de encarcelamiento han continuado aumentando también en los años sucesivos a aquel en el cual se alcanzó el “techo” de la delictuosidad en ambos países.

- La población detenida ha crecido como consecuencia de legislaciones penales más represivas. Se trata principalmente de las políticas criminales implementadas por los gobiernos conservadores de los años ochenta y noventa en Estados Unidos, Inglaterra y sucesivamente imitadas por muchos otros países. En efecto, todas estas políticas –indiferentemente llevadas adelante por gobiernos de derecha y de izquierda– se han contrapuesto y se contraponen a aquellas tradicionalmente favorables a la cultura y a las prácticas especial-preventivas, mediante una explícita adhesión a ideologías neo-retribucionistas y de incapacitación de la pena, por lo que parecería razonable sospechar que contribuyen significativamente a la intensificación de la represión penal y, por tanto, también carcelaria –y todo esto independientemente de significativas variaciones en los índices de criminalidad–. También frente a estas hipóte-

sis interpretativas se pueden oponer serias críticas. a) En primer lugar, en casi todas partes la etapa de la legislación inspirada en el principio de “ley y orden” se desarrolló en un contexto situacional de aumento de la criminalidad, por lo que es imposible lograr cuantificar separadamente la contribución al aumento de las tasas de encarcelamiento producida por el incremento de los índices de criminalidad respecto a la que producen las legislaciones penales más severas. b) Es un dato demasiado conocido como para tener que dedicarle más que una fugaz referencia que los procesos de criminalización primaria más o menos inspirados en criterios de severidad no necesariamente se traducen en procesos de criminalización secundaria efectivamente severos. La historia italiana es ilustrativa al respecto, sobre este punto tuve ya ocasión de reflexionar (ver Pavarini 1997a).

- La población carcelaria ha aumentado como consecuencia de una mayor severidad de las agencias involucradas en el proceso de criminalización secundaria. Para demostrar esta hipótesis interpretativa, diversas investigaciones resaltan un aumento de la severidad en el momento de la determinación de la pena en relación a las mismas tipologías de delito y/o de autores, o bien muestran cómo en muchos países el aumento de la población detenida no es imputable a un aumento de las penas detentivas impuestas y luego ejecutadas (que incluso en general, disminuyen un poco en todas partes), sino principalmente al relevante aumento de la severidad de las penas en el sentido de que siempre porcentualmente menos personas entran a la cárcel pero permanecen allí por períodos de tiempo más prolongados¹⁷. Las circunstancias señaladas son correctas, pero en definitiva ellas no están en condiciones de explicar la

¹⁷ El peso determinante en los procesos de re-encarcelamiento del fenómeno de la mayor extensión de las penas detentivas conminadas y ejecutadas, se verifica constantemente en diversos contextos nacionales. Para los Estados Unidos, ver Vito y Wilson (1988) y Goodstein y MacKenzie (1985); para Francia ver Faugeron (1991); para Inglaterra ver Thomas (1992); para Alemania ver Feest (1991).

dependencia funcional del aumento de la población detenida respecto solamente de la mayor severidad en el proceso de criminalización secundaria. De hecho, se puede dirigir contra este modelo explicativo lo que fuera críticamente argumentado en relación al segundo modelo, es decir, a) frecuentemente las fases de re-encarcelamiento son acompañadas ya sea por un aumento de la delictuosidad (repito: delictuosidad no criminalidad), ya sea por una legislación penal más draconiana, ya sea, finalmente, por una mayor severidad por parte de las agencias de la criminalización secundaria, razón por la cual, en definitiva, no es posible valorar la contribución de cada uno de estos factores al fenómeno estudiado; b) un alza de la delictuosidad, acompañada por un aumento de la severidad *in the books*, no explica (en el sentido de que la circunstancia de la co-presencia no es una explicación) una elevación de la severidad *in the facts* (Pavarini 1998a). Por otro lado, la verificación empírica de la correlación significativa entre dos o más variables no es nunca, o no es todavía, una “explicación”. Y estamos de nuevo como en el principio.

- Frente a estos modelos explicativos de tipo monocausal –por no mencionar aquellos sincréticos o de pluricausalidad aditiva– se contraponen aquellos que reenvían al paradigma de la construcción social¹⁸. Recorramos, a modo de ejemplo, los argumentos

18 A bien entender, los modelos explicativos que hacen referencia al paradigma de la construcción social (por todos, ver Kitsuse y Spector 1986) permanecen, no obstante, comprometidos con un modelo etiológico, aun cuando parecerían a veces contraponerse al mismo; sólo que reenvían a un principio causal de grado superior que se sostiene que puede determinar aquella particular construcción social de la realidad, capaz de dar significado al fenómeno específico que se desea comprender. Por tanto, se debe hablar correctamente de modelos explicativos que se fundan en el paradigma de la construcción social en plural, siendo cuanto menos diverso el peso que en cada caso se atribuye al sistema de causas y la relación entre ellas que determinan esa particular construcción social. Ciertamente al paradigma de la construcción social de la realidad se le debe reconocer un grado (más) elevado en la comprensión de los fenómenos en cuanto es capaz de dar cuenta de su complejidad. No se puede esconder, otras veces, que la referencia a este paradigma opera como coartada para no comprometerse con una investi-

comunes a la mayor parte de los modelos explicativos que se remiten a este paradigma, para ofrecer, sólo en un segundo momento, indicaciones de algunas de las opciones causales específicas señaladas en este marco. Se puede coincidir con que en los últimos veinte años del siglo XX se ha difundido progresivamente en la sociedad civil un sentimiento de inseguridad social que ha terminado por traducirse en una demanda de mayor severidad a la cual el sistema penal ha respondido elevando el umbral de la represión. Si en el origen de esta ola de pánico social con respecto a la seguridad¹⁹ se individualizan –incluso atribuyéndoles pesos específicos diversos– sea el aumento de la criminalidad predatoria o las causas que están en la base de dicho aumento (es decir, la crisis de las políticas asistenciales, el aumento de la desocupación, los flujos incontrolados de nueva inmigración, etc.), se concuerda que el aumento de las tasas de encarcelamiento puede comprenderse como efecto de una determinada construcción social al interior de la cual tienen un rol fundamental tanto los medios masivos de comunicación, como el sistema político *tout court* (Garapon y Salas 1996). ¿Cuál es, en este punto, el origen que determina este nuevo “clima social” que termina por demandar mayor represión y, por tanto, también mayor encarcelamiento? Recientemente, por limitarnos al contexto italiano, De Giorgi (2000, 2002) inteligentemente retoma y profundiza las conocidas tesis sobre las exigencias de gobierno de la población “excedente” que traen aparejadas las elecciones económicas neo-liberales en un contexto de relaciones sociales señaladas por la globalización. La presente época estaría entonces marcada, como ya se dijo, por el pasaje de la retórica y de las prácticas del

gación analítica más puntual o bien, para acreditar una imagen frecuentemente confusa en la que en definitiva todo se explica porque todo termina por responder a la misma construcción, re-proponiendo de este modo una versión “idealista” y bastante poco científica de la realidad. Reconozco que este último peligro ha sido frecuentemente corrido por los criminólogos.

19 De una literatura ya inmensa sobre el tema, a mi juicio permanece insuperable el trabajo de Roché (1993) por la agudeza de su análisis.

wel-fare a aquellas más realistas y cruelmente definidas como del *prison-fare*. El crecimiento de la multitud de los excluidos torna políticamente irreal el proyecto de un orden social a través de la inclusión. Es, como se señaló en el capítulo anterior, la estación de la crisis de la ideología de la prevención especial positiva y de la emergencia de la ideología y prácticas de incapacitación de esta *underdog class* (Pavarini 2002a), plenamente coherente con la teorización de un “derecho penal del enemigo”²⁰. Melossi (2002a), por ejemplo —y para permanecer siempre en el debate italiano— sigue esta tesis hasta un cierto punto, subrayando críticamente su dimensión economicista: el nuevo modelo de desarrollo socioeconómico en la producción de crecientes ejércitos industriales de reserva, no está naturalmente abierto sólo a la opción de una ulterior exclusión a través de la política de un nuevo “gran encierro” de isabelina memoria. Más bien es el gobierno político hoy dominante de esta transformación el que impone como ideológicamente preferible “excluir” que “incluir”, no ciertamente porque se fie de poder controlar socialmente todos los excedentes a través de la represión penal y carcelaria, sino más bien porque la respuesta dada por la criminalización de la pobreza es simbólica y, por tanto, pedagógicamente coherente con la advertida necesidad de afirmación de las nuevas virtudes neoliberales; una suerte de nuevo puritanismo cultural (se refiere a la obra clásica de Erikson 1966). Dicho puritanismo cultural determinaría la producción continua de “cruzadas morales” que se reflejan en las políticas criminales, de las que la *drug war* de la segunda mitad de los años setenta marcaría tanto la epifanía como el modelo paradigmático en el cual se fueron inspirando en adelante todas las políticas que apelan a la necesidad de elevar la moral de las costumbres incluso a través de una fuerte recuperación de la idea de merecimiento del castigo. Pero se puede también argumentar otra cosa, haciendo referencia a las “viejas”

teorías de los excluidos de la disciplina del trabajo como *classes dangereuses*. Sabemos que las sociedades parecen aproximarse siempre de dos modos opuestos a quien es percibido como peligroso: desarrollando un enfoque canibalesco, buscan fagocitar a quien es percibido en términos de hostilidad, con la esperanza de así neutralizar la peligrosidad a través de su inclusión en el cuerpo social o, exasperando las prácticas de verdadero rechazo antropoémico, vomitando fuera de sí todo aquello que es socialmente percibido como extraño²¹. Pero toda sociedad e incluso la presente, está igualmente afectada tanto por la anorexia como por la bulimia, por lo que toda sociedad —repito, también la actual— excluye e incluye al mismo tiempo, determinando contingentemente un umbral de tolerancia, más allá del cual no hay más inclusión sino sólo exclusión.

Ciertamente, hoy registramos un avance en la frontera de la exclusión que hace sospechar un crecimiento de las prácticas sociales e institucionales inspiradas en la intolerancia. Pero podría ser sólo una fase contingente dictada, por ejemplo, por las dificultades momentáneas de gobernar los nuevos conflictos ante un progresivo proceso de externalización de la disciplina social²², constreñida siempre a renunciar a las formas de control endógenas en favor de aquellas exógenas. Siempre a manera de ejemplo, podemos recordar la tesis de Christie (1993) según la cual en el origen de esta etapa de re-encarcelamiento, al menos o sobre todo en lo que concierne a Estados Unidos, se distingue el progresivo y determinante peso político del sector, tanto público como privado, interesado en el *business* penitenciario, sector económico en fuerte expansión que, al igual que el *business* militar, constituye hoy uno de los *lobbies* políticos más influyentes en las políticas nacionales e internacionales.

20 Este es un tema hoy particularmente debatido en la doctrina penalista. Ver sobre esto Cancio Meliá y Jakobs (2003); Pavarini (2006b); Zaffaroni (2006a).

21 Young (1999) utiliza eficazmente esta imagen, retomándola de Lévi-Strauss.

22 Sobre el punto ver Garland (1990) y su lectura crítica de la contribución de Elias a la teoría de la pena.

El punto de vista dominante sobre la penalidad

Prescindiendo de la hipótesis explicativa que puede resultar más convincente —según las opciones ideológico-políticas o científicas—, no hay duda de que todas poseen un grado más o menos elevado de plausibilidad con relación sólo a algunas realidades nacionales, principalmente Estados Unidos, algunos países europeos y otros pocos, siempre occidentales, donde efectivamente es posible registrar en los últimos veinte años tanto un aumento significativo de algunas formas de ilegalidad como un cambio en las políticas criminales en un sentido más represivo y la presencia de fenómenos más o menos difundidos de alarma social. Como he señalado en diversas ocasiones, la coexistencia de todos estos fenómenos no permite en última instancia verificar en términos funcionales precisos si —y eventualmente cómo— cada una de estas variables —aumento de la criminalidad, mayor severidad en las políticas criminales y difusión de la alarma social— determinan o influyen el incremento de las tasas de encarcelamiento. Por otra parte, las tesis que remiten al paradigma de la construcción social si bien pueden interesarnos por ser intelectualmente más sofisticadas, en definitiva insisten sobre la presencia hegemónica de algunos factores económicos, políticos y culturales —de la producción de poblaciones excedentes a la necesidad de imponer una nueva ética, del rol de los *lobbies* del sector militar y de control a la crisis irreversible de las formas endógenas de control social— que están ciertamente presentes y son determinantes, pero sólo en algunas áreas geopolíticas y no en otras. Pero una mirada a nivel mundial nos muestra cómo las tasas de encarcelamiento se han elevado, con diverso acento, un poco en todas las latitudes, incluso en contextos nacionales muy distantes —económica, política y socialmente— de lo ocurrido en los países del primer mundo. De hecho con la sola excepción de los Estados Unidos, el crecimiento mundial de las tasas de encarcelamiento ha marcado sobre todo a los países en vías de desarrollo.

No dudo que políticos, jueces, policías y criminólogos de cada país del mundo podrían responder a la pregunta: “¿Por qué las tasas de en-

carcelamiento en su país han aumentado en estos últimos años?”. No digo que la respuesta estaría en condiciones de satisfacerme, pero en todas partes alguna respuesta me sería prontamente sugerida.

Pienso en mi experiencia docente en algunas universidades de América del Sur y Central. Las respuestas que he recibido a mi pregunta, por parte de colegas y profesionales, han sido siempre las mismas, las mismas que en verdad son dadas en todo el mundo, según la “visión del mundo” del interrogado: “La criminalidad ha aumentado”, “Los gobiernos han adoptado políticas más represivas”, “La gente tiene cada vez más miedo a la criminalidad”. Y algún interlocutor más culto, pero no por ello más perspicaz, a veces ha dado otras apelando a algunas tesis planteadas por algún brillante criminólogo del primer mundo; tesis que claramente aparecen como metafísicas para dar cuenta de la realidad de su propio país.

No tengo razones para sospechar que mienten, sin embargo es llamativo que, siempre y en todos los lugares, se den las mismas respuestas, porque es difícil aceptar que la criminalidad haya aumentado en todos los lugares del mundo, dado que existen elementos de hecho —como las tasas de criminalidad— que nos dicen que esto no siempre se ha verificado, o bien porque no en todas partes se han adoptado políticas criminales y penales más represivas, (piénsese, en este sentido, en el movimiento de reforma por un “derecho penal mínimo” que ha signado en las últimas décadas a algunas democracias europeas como las de España, Portugal y Alemania), ni en todo el planeta la gente de improviso ha comenzado al unísono a tener cada vez más miedo al delito.

Repito, personalmente me encuentro en serias dificultades para explicar el fenómeno. A nivel aún intuitivo, una idea (ciertamente aún no un modelo explicativo) me parece relativamente plausible, esto es, subjetivamente más convincente que otras. Pensándolo bien, las prácticas y las ideologías penales y de control social en la historia moderna y contemporánea han conocido siempre un proceso de difusión y expansión que finalmente conduce (en el sentido que de que se “adhiera”) al punto de vista dominante (que es tal porque se desarrolló en los países hegemónicos) sobre la cuestión criminal.

La misma invención penitenciaria del siglo dieciocho nacida en el contexto de las primeras economías capitalistas y vinculada profunda y estructuralmente a ese sistema económico, se ha luego impuesto en todo el mundo, por lo cual todavía hoy observamos con cierta fascinación la edificación de cárceles panópticas en la India del siglo XIX o en algunos Estados del Caribe o africanos, en aquel tiempo dominados por relaciones de tipo feudal. Luego, la etapa de la alternativa a la pena detentiva, fuertemente dependiente de la imposición en algunos contextos nacionales occidentales de las políticas de *welfare*, se difundió luego por todas partes, incluso donde no existió y ni siquiera se conocerá un fantasma de Estado Social. Sin embargo, me ha ocurrido frecuentemente tener que disertar sobre la *probation* con algunos operadores penitenciarios o bien con algunos políticos y penalistas del *white collar crime*, en países en vías de desarrollo en los cuales las únicas modalidades efectivas de control social eran aún —y evidentemente— la práctica ilegal de la pena de muerte por parte de la policía, el linchamiento o bien la práctica sistemática de la corrupción. Y los ejemplos, con tener sólo un poco de paciencia y memoria, son numerosos. Piénsese, para aludir a hechos más recientes, en la difusión de las políticas penales de fuerte represión de la droga en contextos locales en los que el consumo de algunas de ellas era y siempre ha sido un hecho socialmente aceptado; e incluso, en la expansión de legislaciones para la represión de la pedofilia también donde histórica y culturalmente las relaciones sexuales entre adultos y menores eran y son una costumbre difundida y no problemática. Quizás no es una exageración sostener que, al menos en el curso de los años cincuenta del siglo pasado, en significativa coincidencia con la emergencia de los Estados Unidos como capital económica, política y culturalmente hegemónica, en el mundo no comunista y con muy pocas excepciones, las únicas políticas de control social que se impusieron universalmente fueron aquellas vehiculizadas a través del proceso de americanización de la “periferia”.

Me doy cuenta de que estoy diciendo algo banal. Pero se trata de esta especie particular de banalidades que quizás por ser percibidas

como tales no reciben la debida atención. No está dicho que una idea por ser obvia no sea buena, al menos eso creo. Cómo se debe tratar a los delincuentes no es algo que en la modernidad y en la contemporaneidad haya sido jamás dejado indiferentemente a las contingencias nacionales. En los hechos, el principio de la no injerencia en las cuestiones internas no ha logrado jamás poner un freno a la imposición cultural del punto de vista dominante sobre la penalidad. De hecho, el gobierno de la cuestión criminal es una de las diversas expresiones del modo de entender el orden social. Es más, es por excelencia el componente más acabado en el que se expresa una cultura en su conjunto. No debe sorprender por tanto que la cultura históricamente hegemónica —en el caso que aquí nos interesa, la occidental de los países económicamente más avanzados— tienda naturalmente a imponerse y a volverse progresivamente el “punto de vista” que cuenta universalmente.

Ciertamente el grado de coherencia en la importación progresiva de este “punto de vista” en contextos culturales distantes y heterogéneos es bastante diferenciado. En algunos es inmediata. En otros, en cambio, es confusa y está comprometida con la supervivencia de otros modos de entender y practicar el gobierno del orden social. Pero siempre, al final, este punto de vista dominante externo conquista un espacio para sí de efectividad y visibilidad, aunque sea junto a otros. ¿Por qué en muchas realidades del mundo en las que la libertad de las mayorías marginadas nunca ha tenido un valor económico desde hace al menos dos siglos, de hecho se castiga también a través de la privación de la libertad? ¿Por qué de hecho se acepta en estas realidades la contradicción de tener que mantener, aunque sea en malas condiciones, a quien termina en la cárcel, cuando las clases sociales de las que estos detenidos provienen mueren de hambre, contradiciendo así la regla áurea del encierro carcelario, esto es, la ley de la *less eligibility* que impone diferenciar la calidad de vida entre pobres honestos y deshonrados? ¿Qué decir de la difusión de las garantías procesales —ciertamente: en las palabras más que en los hechos— en realidades sociales signadas profundamente por relaciones sociales de servidumbre? Los

modelos dominantes en política criminal, en suma, penetran por todos lados, como el hábito de tomar Coca-Cola. Ciertamente, junto a éste, en muchas realidades se continuará masticando hojas de coca, bebiendo vino, degustando té, fumando tabaco. Pero atentos: cada vez menos.

En suma: más o menos cárceles en el mundo (un más o menos, repito, apreciable más simbólica que materialmente) no parece tener mucho que ver con la criminalidad, con la ampliación o restricción del universo de excluidos del trabajo, con las variaciones en las representaciones sociales de la peligrosidad en las grandes periferias del mundo; o mejor aún, tiene que ver también con todo esto pero en el sentido de que en la presente contingencia histórica el aumento de la criminalidad, la difusión de la inseguridad social, las prácticas de exclusión impuestas por el mercado, los nuevos procesos de movilidad determinados por la globalización, la reducción del Estado Social, etc., sólo son los elementos a través de los cuales *–in primis* en la “Capital”– se construye, se impone y se difunde universalmente una nueva filosofía moral, un determinado “punto de vista” sobre el bien y sobre el mal, sobre lo lícito y lo ilícito, sobre el merecimiento de inclusión o de exclusión.

III. Las funciones materiales de la penalidad*

¿Todavía “pena justa” contra “pena útil”?

Frente a la crisis del modelo correccional y de la ideología de la prevención social de la pena, surge en varios lugares y contextos la tentación de un retorno a la pena “justa”, es decir, no orientada teleológicamente¹.

Tal vez no se justificaría hablar de la retórica del “merecimiento del castigo” –atento a la pobreza filosófica de la reedición actual de las teorías neo-retribucionistas (Eusebi 1989; Fiandaca 1991; Zanusso 2000)– si no fuera porque tras ella se esconde alguna otra cosa.

La distinción y contraposición entre pena “justa” y pena “útil” pertenece a una suerte de lenguaje convencional para poner orden sobre una vieja cuestión. Distinción/contraposición, ciertamente inteligente, en el sentido de que es capaz de explicar, pero de explicar algo que pertenece ya a la historia del derecho penal (Moliné 1994). Hoy ella no está en condiciones de comprender el presente de la cuestión criminal.

En dos ocasiones distintas esta distinción/contraposición se ha revelado convincente y fue asumida en términos paradigmáticos por la sociedad de los juristas y los científicos de la legislación penal.

* Algunas ideas incluidas en este capítulo fueron desarrolladas originalmente en “Il grottesco della penologia contemporanea”, en Curi, Humberto, Massimo Cacciari y Giovanni Palombarini (eds.) (2002) *Diritto penale minimo*. Roma: Donzelli Editore. p. 255-304.

1 En la literatura de lengua alemana se encuentran autores como Haffke, Köhler, Streng cuyas posiciones neo-retribucionistas son expuestas con acento crítico por Eusebi (1983); en la cultura anglosajona, el retorno a las teorías del *just desert* resulta sostenida con énfasis variables por Dershowitz (1976); Morris (1974, 1981: 264ss.); Murphy (1979, 1985); Singer (1979); en el contexto italiano sobre posiciones intransigentemente neo-retribucionistas ver Mathieu (1978).

En los orígenes del derecho penal moderno, la pena útil indicaba la pena en abstracto y coincidía entonces con el objetivo del derecho penal que fatigosamente se legitimaba políticamente, justamente, a través de fines utilitaristas de prevención; la pena justa indicaba, por sus escrúpulos y preocupación por las garantías, la pena en concreto, es decir el momento de la determinación judicial de la pena, donde precisamente la persona nunca puede ser objeto de política criminal (Hart 1968). En esta distinción originaria, como es evidente, el momento ejecutivo simplemente no estaba presente. Para repetir la feliz definición del bello libro de Costa (1974), la ejecución de la pena se colocaba entonces en el espacio temático del “no-derecho”. Foucault (1975), con distintas palabras, lo define como espacio de la disciplina; como lo Otro, justamente, del derecho. En esta dimensión histórica, la retribución, por lo tanto, no es finalidad, sino sólo criterio formal en la determinación del castigo para el caso concreto. La reacción penal frente al hecho delictivo para ser formalmente justa debe ser proporcional a éste, de acuerdo al dominio de la idea contractual². Para entendernos, nada más que un artificio para tratar de limitar –en concreto– la reacción punitiva.

A partir de la segunda mitad del ochocientos, la distinción/oposición entre pena útil y pena justa fue utilizada para diferenciar la fase de determinación judicial de la ejecutiva propiamente dicha (Fogel 1975). La ejecución –y la circunstancia es decisiva– se presenta históricamente aquí como administración y gestión de personas por un tiempo de libertad sustraído coactivamente (Ignatieff 1978; Melossi y Pavarini 1977; Rothman 1971). Es decir, se trata de la ejecución de penas que se despliegan en el tiempo –originalmente sólo como pena carcelaria–. A la pena justa –o bien merecida por el hecho– corresponde una pena que en cuanto “ejecución” resulta forzosamente obligada a enfrentarse con el problema de tratar a los hombres, es decir, con la disciplina –precisamente, el “no-derecho”–.

2 Hago referencia aquí a la tesis de la retribución legal como prestación *post factum*, sinalagmáticamente equivalente al *factum* del delito, desarrollada originalmente por Pasukanis (1975) y retomada por Costa (1974)

En suma: la distinción/oposición entre pena útil y pena justa indica dos etapas significativas del proceso de secularización del derecho penal moderno; en cierto modo, dos momentos significativos de resistencia a aceptar, con todas sus implicaciones, los costos inevitables de un derecho penal que se vuelve instrumento de control y disciplina social.

Dicho de otro modo: en el proceso de secularización del derecho penal parece cada vez más evidente que no se censuran hechos ilícitos sino que se reprueba a los autores de los mismos; no se punen las conductas criminales sino sólo a los culpables de las mismas. Y a esta desencantada evidencia histórica de la modernidad, la idea de justicia como límite no puede –en el sentido de que no alcanza a– ser opuesta a la búsqueda de lo útil. Y, en efecto: ¿por qué otra razón se debería censurar a los autores y punir a los culpables de los hechos ilícitos si no por razones de utilidad social?

La dimensión del derecho penal de la modernidad se inscribe entonces total e incondicionalmente en el universo utilitario de aquello que puede justificarse sólo si es socialmente útil. La idea de la pena justa expresa, entonces, la memoria histórica de una resistencia –políticamente practicada y siempre practicable– por parte de quien contingentemente teme y/o no comparte y/o se opone a una determinada representación de la utilidad social, tal como se presenta en la acción política. Es, en suma, la tan gloriosa como derrotada pretensión de hacer del derecho penal el límite de la política criminal.

Si la pena debe ser útil

Por lo poco que logro entender, el desarrollo de la ciencia penal en su forma de ciencia dogmática no sólo ha podido cumplirse, entre el ochocientos y el novecientos, poniendo entre paréntesis la cuestión del objetivo, sino que podría afirmar que ha podido desarrollarse desde el origen justamente porque puso esto entre paréntesis. En el divorcio entre filosofía del derecho penal y ciencia dogmática del derecho

penal los fines de la pena terminaron por no pertenecer a las preocupaciones de la ciencia penal en sentido propio. Y la dogmática pudo realizarse (exclusivamente) como (y en la) teoría general del delito. Es por esto, me parece, que la concepción de la retribución legal fue (o apareció como) el expediente más breve para reivindicar un área de autonomía de la política criminal y de la filosofía del derecho penal, justamente porque la retribución legal no estaba (y no está) en condiciones de expresar una finalidad del sistema penal, sino sólo de afirmar un criterio formal de equivalencia sistémica³ (tal vez en los deseos de algunos más sensibles a la vieja cultura iluminista, en clave reduccionista). De cualquier modo, para la dogmática conformarse con la explicitación de criterios formales de proporcionalidad entre delito y pena ilusionó con garantizar la máxima distancia (virtuosa y casi necesaria) de toda peligrosa y siempre embarazosa contaminación con el plano de las funciones, es decir, de la política.

En la década de 1940, el sistema de la dogmática penal —preciso: el sistema de la dogmática y no el de la justicia criminal ya fuertemente influido por valoraciones utilitaristas e incluso por incompresibles invasiones de valoraciones positivistas de peligrosidad— se abre, diría por necesidad, a las dimensiones del fin de la pena. Necesidades políticas de alto perfil, sin duda: los imperativos de las democracias en la formación de los Estados Sociales de Derecho imponen reclutar también a la ciencia penal para las funciones propias de una agencia laica de gobierno de los conflictos sociales (Garland 1985). La reflexión

3 Afirmar que el Estado pune porque mediante el mal de la pena se reafirma el bien de la ley violada, dice sólo que la pena debe seguir a la violación de la norma y que debe ser también abstractamente proporcional a ésta última, pero deja absolutamente irresuelta la cuestión de los objetivos por los que se pune. Por otra parte, tampoco el criterio de una abstracta proporcionalidad está en condiciones de expresar una idea de justicia que no sea, precisamente, de tipo formal. Toda proposición de un paradigma retribucionista en ausencia de un referente externo no puede más que reducirse, por lo tanto, a una simple y vacía afirmación del solo valor de la proporcionalidad, es decir, no puede más que agotarse como criterio de mensurabilidad de la pena en concreto. Por esto, encuentro particularmente convincente la lectura crítica de Hart (1963, 1968) y Ross (1972), según los cuales la reproposición de una concepción jurídica de la retribución debe limitarse a las cuestiones planteadas por la determinación judicial de la pena.

dogmática debe entonces reconstruirse poniendo el fin de prevención como su propio fundamento. Prevención que fue principal pero no exclusivamente especial positiva⁴.

Como señalaba en el capítulo introductorio, la experiencia de educar (o reeducar, resocializar, enmendar, recuperar y reintegrar socialmente, etc.) a quien ha violado la legalidad penal, se inscribe en el registro ambiguo de la modernidad suspendida entre una metáfora hegemónica y una esperanza de liberación. Es metáfora hegemónica, en tanto quiere que los excluidos —y entonces peligrosos— puedan ser socialmente (pero sobre todo, políticamente) aceptados, sólo y en cuanto educados en la legalidad⁵; ha sido también esperanza de liberación de los excluidos mismos y/o de quien políticamente los ha representado, basada en una confianza en la socialización en aquellas virtudes que prometen liberarse definitivamente de los peligros de un destino desgraciado para los miembros del *lumpenproletariat*⁶. Por un lado, pedagogía (soñada en realidad, más que efectivamente realizada) en la nueva legalidad; por otro, virtuoso recorrido (también éste imaginado antes que efectivamente practicado) para liberarse del *status* de “cana-lla” y finalmente poder participar políticamente en la nueva democracia de masa.

4 Para una revisión crítica del nexo entre democracia, Estado Social y políticas penales y penitenciarias dirigidas hacia la inclusión social de condenados/detenidos, ver Young (1999).

5 Ciertamente, en primerísimo lugar, la categoría de disciplina en la lectura foucaultiana nos aclara la dimensión de mero proyecto de la educación de quien es percibido socialmente como peligroso; pero, en lo específico de la reflexión filosófico-jurídica, en mi opinión continúan siendo insuperables las densas páginas de Pietro Costa (1974).

6 La referencia usual y casi obligada es la literatura liberal y, en particular para el mundo anglosajón, fabiana; sobre este punto, ver las penetrantes páginas de Rothman (1980). Se olvida a veces que esta posición fue por mucho tiempo compartida por el marxismo y por el mismo Marx que en la *Crítica al programa de Gotha* observa, a propósito de las resistencias históricas planteadas por las organizaciones obreras a la introducción del trabajo en la cárcel, “...en todo caso es necesario precisar que, por miedo a la competencia, no se quiere que los detenidos sean tratados como bestias y se les suprima el único medio para corregirse, el trabajo productivo”.

Sobre este fondo de ambigüedad se extiende la rica y contradictoria trama de la prevención especial positiva. No existe experiencia detentiva en el mundo occidental que no haya visto en la resocialización del condenado, el instrumento príncipe de defensa social frente al delito; no existe pensamiento progresista y voluntad solidarista que no hayan entendido la misma finalidad como vía maestra de emancipación social. Pero se trata de una ambigüedad que se ha construido principalmente en torno a dos voluntades políticas que frecuentemente han quedado sólo en el estado de aspiraciones. Dos perspectivas ideales, radicalmente opuestas, para entender el mismo fin. En efecto, históricamente, ni el modelo correccional de justicia penal ha sido un antídoto eficaz contra la reincidencia, ni la integración en la cultura de la legalidad, salvo raramente, ha absorbido el universo social de quien ha continuado confiando en la lucha individual, egoísta e ilegal antes que en la colectiva, organizada y legalizada en el tiempo. En suma: como ideas, éstas han significado mucho, han formado parte de la historia de la modernidad. Esta historia ideal de una ambigüedad irresuelta, entre voluntad de hegemonía y voluntad de liberación, atraviesa toda la modernidad. En el interior de esta historia, conviene distinguir algunas fases más próximas a nosotros y también ideales en el sentido weberiano.

Como ha sido señalado, existe una fase decisiva —aquella que se impone en los Estados Sociales de Derecho— que se construye sobre el paradigma del *déficit* en la interpretación de la criminalidad y que proyecta una imagen tipológica del *homo criminalis* de tipo positivista⁷. Es peligroso quien tiene menos. Déficit psíquicos, culturales, sociales. Eliminado o reducido el déficit, eliminada o reducida la peligrosidad social. La evidencia de la observación —en el engaño propio de todo proceso autorreferencial— confirma toda la cuestión: visitad las cárceles y encontrareis siempre sujetos débiles. La peligrosidad social de los

criminales radica en su *status* de inferioridad y no en su naturaleza salvaje. La vía maestra sólo puede ser una: operar para reducir las diferencias sociales. En el sector de las políticas penales esto significa imponerse el objetivo especial preventivo de la pena. Una pena medicinal⁸ que esté en condiciones de atacar las causas del mal, es decir reducir o eliminar los déficits. Realistamente —¿o idealmente?— el primer nivel de pasaje de la ilegalidad a la cultura de la legalidad —para el que sea pobre— se conquista en el aprendizaje de las virtudes de la frugalidad de quien vive del trabajo propio. Por lo tanto, la cultura de la legalidad se presenta como paso obligado de todo proceso de inclusión social, obsesivamente entendido como inclusión en el mercado de trabajo (Simon 1993). El modelo de producción denominado fordista enriquece ulteriormente el contenido de esta retórica. Si por un lado —desde el punto de vista de las necesidades de control social— son las disciplinadas masas obreras las que tranquilizan si se las confronta con las otras indisciplinadas y criminales, por el otro lado, el proceso de integración del movimiento de trabajadores en el gobierno del Estado Social asegura, en términos de participación democrática, el resultado de la completa socialización en la legalidad⁹. Es ésta la etapa de oro —marcada por un fuerte optimismo— de las políticas de reeducación a través de las prácticas tratamentales¹⁰.

La fase arriba descrita tiene en efecto, antes o después, un fin, en el sentido de que la misma voluntad de incluir socialmente a través de la educación en la legalidad de proyecto político se reduce, progresivamente, a pura ideología, a medida que el proyecto se realiza. Con diversa temporalidad, en los Estados Sociales de Derecho, la hegemonía capitalista, por un lado, y la asimilación a la disciplina del salario, por el otro, terminan por realizarse completamente, al transformarse

7 Para una atenta reconstrucción de la emergencia de la figura del *homo criminalis* en contraposición a la del *homo penalis* y el consiguiente nacimiento de la criminología positivista, ver Beirne y Farrell (1993).

8 En Resta (1992) se afirma la idea de la pena como “fármaco” en la cultura del *welfare*.

9 En Italia, este recuento histórico-político ha sido propuesto varias veces por Melossi (1990, 2002b).

10 Para una útil reconstrucción de la cultura y las prácticas correccionistas, ver Matthews (1999).

en realidades definitivas. En suma, los marginales que delinquen —que son, precisamente, una minoría— progresivamente muestran no tener necesidad, ni siquiera ellos, de ser educados. De hecho, el cambio antropológico ha sido, históricamente, de tales proporciones que incluso quien elige la ilegalidad y no la legalidad en todo caso está socializado en ésta última, incluso porque no existe otra dimensión posible, ni fáctica, ni cultural. Ciertamente se violan aún las normas penales, pero no porque existan subjetividades extrañas (en el sentido de no educadas) en la legalidad. Y por lo tanto, si todos estamos ya socializados en la cultura de una legalidad historizada, no se ve cómo pueda combatirse la ilegalidad reeducando en aquellas virtudes a las cuales ya se nos ha domesticado.

Con la superación de aquella primera fase, la nueva se abre sobre otro fundamento paradigmático. La ilegalidad penal ya no reenvía a una alteridad signada por un *déficit* sino a una normalidad atraída por la riqueza de oportunidades ofrecidas por las economías ilegales¹¹. Que luego estas oportunidades ofrecidas por los mercados ilegales se muestren a la larga como no económicas para la mayoría, no es ya importante. Para la mayoría incluso las oportunidades ofrecidas por los mercados legales resultan frecuentemente poco satisfactorias.

Si la ética del trabajo deviene en débil retórica, incluso para el mundo marginal de los ilegales, la misma ideología y práctica correccional termina por perder su propia hegemonía sobre la ejecución penitenciaria y sobre la misma penalidad. El tópico de la reforma carcelaria ya no se traduce, o no lo hace preferentemente, en la producción de hombres útiles (en cuanto no más peligrosos) y en la elaboración de prácticas pedagógicas dirigidas a la integración. La cárcel apuesta, entonces, a su progresiva extinción. Que no será extinción en los hechos, pero lo ha sido en las premisas ideales.

En los años setenta del siglo pasado, la reforma penal se orienta en el mundo occidental hacia el horizonte del desencarcelamiento, como hacia un destino deseable (para este punto, es obligatorio el clásico de Scull 1977). La idea —repito, la idea— de la *decarceration*, una vez más se presenta en sí misma como simple, del mismo modo que pareció simple la idea que inspiró la invención de la cárcel, hace dos siglos. El fin de la integración social del condenado ya no necesita de prácticas correccionales mediante la privación de la libertad por un *quantum* de tiempo determinado, sino mediante la asunción del desviado en la *community*. Una sociedad ordenada y llena de redes ofrecidas y garantizadas por el Estado de *welfare*.

El juicio de confianza para merecer la “otra cárcel” ya no se construye (o al menos no preferentemente) sobre un pronóstico de no reincidencia ofrecido por la cárcel. Esa “otra cárcel” —es decir, la penalidad en libertad— se gana mediante valoraciones de confianza situacional (en relación con la realidad italiana, véase Pavarini 1996). La “otra cárcel” es el *status* penal que corresponde a aquellos que pueden ser asumidos por la sociedad debido a que tienen más, o son menos pobres que otros, en capital social.

La idea —repito, la idea— de que la disciplina estuviera ya definitivamente en lo social y que, por lo tanto, ya no necesitara ser coactivamente concentrada en los espacios de la cárcel, reconozcámoslo, fue y es una idea apreciable, sobre todo para el pensamiento progresista. Pero no fue sólo un sueño, fue también y durante algunas décadas una meta percibida como realista, casi al alcance de la mano.

La época de oro del desencarcelamiento —o bien del cambio disciplinar entre institución total y sociedad civil— progresivamente se alienó de la idea de que la única integración posible es aquella que se da a través de la disciplina carcelaria. Y coherentemente se alejó de aquella originaria obsesión disciplinar, en el sentido de que ésta aparece cada vez más como insensata e históricamente superada. La socialización de la marginalidad en el Estado Social se cimenta entonces, como ya se dijo, sobre el imperativo del *to care*, del hacerse cargo de la problemática social en términos única o fundamentalmente asistenciales

11 Véase la antología de Clarke y Felson (1993); últimamente en Italia la teoría de las oportunidades ha sido esbozada con éxito por Barbagli (1995).

(De Leonardis 1990). El paciente psiquiátrico, el joven tóxico–dependiente, el *drop out*, el pequeño ilegal metropolitano, pueden ya normalizarse a través de la red de los servicios, con una inversión agregada de capital social (Castel 2003), confiando también –y esto fue un imperdonable error, visto desde la perspectiva de hoy– en que la extensión de la marginalidad social debería restringirse progresivamente.

Hoy sabemos que las cosas se han dado en una dirección distinta.

La tercera fase es la del presente. Marcada por el paso de la retórica y de las prácticas del *wel-fare* a las del *prison-fare*. El crecimiento de la multitud de excluidos –tanto del mercado de trabajo garantizado como del banquete asistencial ofrecido por un capital social cada vez más pobre– políticamente vuelve crecientemente más irreal el proyecto de un orden social a través de la inclusión. Es el período de la declinación miserable de la ideología reeducativa y de la emergencia y consiguiente triunfo de las políticas de control social que se fundan sobre la fe en las prácticas de neutralización selectiva¹².

La persistente naturaleza de la pena como hecho social

La ciencia penal ha considerado que puede liberarse de la insostenible ligereza de la metafísica –la retribución, en otras palabras, el merecimiento del castigo– para hacerse cargo de la soportable carga de la prevención. Carga soportable, pero también ésta bajo una condición: ser aceptada como un *a priori* que no necesita ser validado.

Aceptar apriorísticamente que la pena deba tender hacia fines de utilidad –reeducar, por ejemplo– no significa, para una ciencia del derecho devenida en dogmática, un esfuerzo superior a sus fuerzas. Como siempre, lo importante es encontrar un punto, incluso un solo punto de apoyo externo, sobre el cual edificar toda la construcción dogmática: el resto se obtiene por estricto rigor deductivo.

En la contingencia histórica en que se afirma la definitiva superación de la separación entre sociedad civil y Estado, y en la cual la voluntad democrática de éste último se plantea como productora y reproductora de relaciones sociales, el objetivo de la integración social se convierte en el fin y, al mismo tiempo, el límite de la política del Estado Social de Derecho. Y esta voluntad puede también encontrar expreso reconocimiento constitucional.

El punto de apoyo externo se ha encontrado y políticamente parece sólido. El rigor deductivo del dogmático puede, entonces, con confianza, empezar a trabajar en la nueva construcción. De la teorización de las necesarias cualidades del bien jurídico a la concepción normativa de la culpabilidad; de los criterios de mensurabilidad de la pena a la diversa colocación sistemática de las causas de justificación, etc. Sobre este único punto de apoyo se edifica una nueva teoría del delito (y tal vez también del proceso).

Pasamos de “los hombres fueron considerados libres, para ser penados” (Nietzsche 1888/1995: 7) a “los hombres fueron considerados integrables en lo social, para ser punidos”, y, finalmente, “los hombres son considerados eliminables de lo social, para ser punidos”, donde –para seguir la intuición de Nietzsche– en primer lugar domina la necesidad (podría decirse, metafísica) de la pena. El resto –la libertad de querer, la domesticación de la virtud, el derecho de excluir al enemigo– son sólo las formas de una misma retórica que es aquella de la prevaricación, que funda desde la raíz el “hecho” de punir. Precisamente, prevaricación, aun cuando el derecho de infligir el sufrimiento por parte del Príncipe a los co-asociados, reconozca una legitimación pactada. La persistente naturaleza de prevaricación radica, en efecto, en la función política de la pena misma: la calidad aflictiva del castigo legal define el efecto de producción de déficit respecto del punido, como reducción de derechos y/o de necesidades; al mismo tiempo la acción represiva debe aparecer como intencional a los fines de determinar una relación de sentido –como reprobación y censura– entre ésta y el sujeto pasivo; la naturaleza expresiva de la pena toma entonces la dimensión simbólica de la reacción punitiva dirigida a

¹² Confrontar Feeley y Simon (1992, 1994); Reichman (1986), y; Simon (1987: 61-68); en un todo coherentes con el lenguaje de la guerra en Bergalli y Rivera Beiras (2005).

expresar la pretensión de autoridad de quien pune; en fin, ésta se desarrolla en un contexto situacional como función dirigida a la conservación de determinadas relaciones de poder¹³.

Es la pena (y para lo que aquí nos interesa, aquella legal y más en general la pena como hecho social) que de todos modos aparece en la historia; las legitimaciones (y desde la modernidad en adelante, aquellas de tipo utilitario o de defensa social) no la fundan, en el sentido de que aun cuando son –como lo han sido¹⁴– invalidadas empíricamente (y el proceso de invalidación no puede sino ser el que se confronta con las funciones reales del ejercicio del poder punitivo), la pena de todos modos permanece. En definitiva se pune... prescindiendo. Este es el único hecho que –en la historia– nunca (o todavía no) ha disminuido.

Tal vez, mentiras piadosas...

Todo lo arriba rapsódicamente descrito es sólo una historia ideal, escrita pero “por la mitad”. Ésta sigue, con cierta plausibilidad argumentativa, sólo donde se acepte que el penalista dogmático ha sido siempre, en definitiva, un “idiota útil”, al menos lo suficientemente idiota como para creer, de buena fe, que los objetivos de la pena no son sólo retóricas de prevaricación sino principios de fundamentación del derecho de punir.

Así no ha sido siempre y no siempre es así. Es innegable que la tradición garantista, propia de la ciencia penal moderna, se ha fundado también –o sobre todo– en una perspectiva reduccionista, en el sentido de que apunta a contener la violencia de las penas.

13 Así se expresaba Baratta (1985a: 248), siguiendo las indicaciones ofrecidas por Nino (1980), quien reconocía a la pena como “hecho social” los siguientes caracteres: aflictivo, programático, declarativo, estratégico, institucional.

14 Desde esta óptica resulta meritoria la obra de divulgación llevada adelante por Baratta (1984, 1985a), en su constante crítica de los fines ideológicos de la pena legal a través de la lectura de las funciones materiales (o finalidades latentes) de la misma.

Me gusta rubricar esta segunda mitad de la historia como aquella signada por el desencanto (¿posible efecto de la denunciada “mala consciencia” radbruchiana?) o más banalmente como la de quien está en el juego pero no se deja engañar. En efecto, es verdad, las relaciones con el poder históricamente han estado marcadas por la ilusión de que el juego del poder puede ser también jugado. O bien, que no existe otra posibilidad de resistir al poder que derrotándolo respetando sus reglas.

Aparentemente el escenario de esta otra mitad de la historia preside los asuntos de la primera. Las penas legales son el opuesto funcional de las penas privadas y no su expresión publicista. El objetivo del derecho penal es, por lo tanto, minimizar la violencia de las reacciones al delito¹⁵.

La filosofía de la penalidad moderna ciertamente se ha fundado sobre una economía de la frugalidad. Un ejercicio del castigo vinculado a criterios tanto de autolimitación sistémica –aquellos garantistas de la “pena mínima”– como de limitación extra-sistémica –aquellos propiamente partidarios de la “pena útil”–¹⁶.

Es decir, que también el sufrimiento legal moderno ha sido pensado como capaz de someterse a la lógica del ahorro y la inversión. Y en ello tal vez se toma el elemento de mayor contraposición con respecto a la pena premoderna, aquella –como nos enseña Foucault– marcada precisamente por los vicios no económicos de la magnificencia, la ostentación y la disipación.

Pero esta imagen –ciertamente muy gratificante para algunos juristas– del penalista que, como consejero servicial del Príncipe, tradicionalmente avezado en la vieja tarea enunciada por Carrara de racionalizador de las prácticas del verdugo¹⁷, desafía al poder mismo, seguro si

15 Es obligada la referencia, no sólo en Italia, a Ferrajoli (1989).

16 Respecto a los criterios *intra* y *extra*-sistémicos en la producción de un derecho penal mínimo, continúa siendo ejemplar por su claridad argumentativa la obra de Baratta (1985b).

17 “...el arte abyecto que se llamó *jus criminale*: el cual consistía en enseñar los dictados positivos de legisladores autónomos y crueles, diseñar los modos de cirunvenir al acu-

no de vencerlo al menos de ponerlo en seria dificultad y, por lo tanto, de contener su inevitable ferocidad, ¿cuánto tiene de históricamente realista y cuánto, en cambio, de comprensivamente ideológica?

El penalista cree o se ilusiona con jugar el poder del Príncipe, aceptando las retóricas de abusos como tales, es decir, como mentiras, pero tomándolas “en serio”.

De ahí la urgencia de elegir cuál de esas mentiras, en definitiva y/o contingentemente, es la que debilita más al Príncipe y, por lo tanto, limita su poder. ¿Cuál de las posibles mentiras es la más piadosa y, entonces, la más útil para contener la violencia punitiva?

Personalmente siempre he pensado que la simpatía expresada por la ciencia penal respecto de la prevención especial positiva, en definitiva, radica también en el convencimiento de que de todas las mentiras posibles esta sería la más idónea para poner límites a la violencia punitiva¹⁸. Además, personalmente y desde hace mucho tiempo, considero que esta elección oportunista no sólo ha sido ineficaz con respecto al objetivo, sino también contraproducente en ciertos aspectos (Pavarini 1983). Sin embargo, quisiera agregar que el problema no está en la elección equivocada sino en la presunción de que para el penalista sea importante elegir.

La justificación de la pena en la sociedad de la exclusión

Encontrándose desde hace tiempo gravemente enfermo, muere el objetivo de la prevención especial positiva. Y no porque este noble fin no se haya convertido históricamente en una función real del sistema penal en el Estado Social de Derecho. Muere porque —en la irreversible crisis del Estado Social de Derecho— se prescinde progresivamente

sado y las medidas para regular los trozos de cuerda y la estrechez de las tenazas” (Carrara 1898: 194). Ver también Pavarini (2006c).

18 En esta dirección parece moverse también quien, en Italia, es el más coherente exponente de la función reeducativa de la pena (Margara 1997) en cuidadosa pero no por esto menos intransigente polémica con el suscripto.

de la perspectiva de la inclusión social¹⁹. Falta el punto de apoyo externo que le permite a una mentira ser, política y culturalmente, plausible.

Reconozcámoslo. No son los penalistas los primeros en advertir que las cosas han cambiado radicalmente en las premisas. Al menos en Italia.

En extrema síntesis, en nuestra cultura penalista de las últimas tres décadas —cuando en otros contextos es ya evidente que el mito de la resocialización no puede presentarse culturalmente— se pueden identificar cuatro posiciones diversas.

Perdura todavía una ahistórica resistencia neo-retribucionista de ascendiente idealista²⁰, que paradójicamente termina por encontrar el favor de quien, y no son pocos entre los garantistas, oportunamente se ilusiona con la idea de que una “pena justa” tutele más que una “pena útil”, inevitablemente atraída ésta última por la lógica convincente de la flexibilidad y, por lo tanto, de la incertidumbre. Por un lado, haría pensar que el espíritu del viejo Bettiol se resiste a morir; por el otro, entiéndase bien, no es tanto la lectura cristiana-integralista del “mundo de los valores” la que convence del primado de la retribución, como una subcultura pobre del garantismo. Es interesante, como nunca, observar cómo las tendencias neo-retribucionistas en la cultura jurídica italiana no tienen nada que ver con la tendencia neo-retribucionista que se encuentra, por ejemplo, en la lectura filosófica y jurídica en los sistemas del *common law*, donde el criterio de merecimiento del castigo (la teoría del *desert* en la jurisprudencia anglo-americana) se encuentra manifiestamente anclado en el dato sociológico de lo que la opinión pública considera como el castigo que el culpable merece (Dershowitz 1976; Singer 1979).

Una posición distinta asumen luego otros penalistas que consideran, incluso tal vez por extremo realismo, que la cuestión del objetivo de la

19 En los últimos años he vuelto reiteradamente sobre este aspecto decisivo, ver Pavarini (2000a, 2001, 2002b, 2004a).

20 Una mención particular merecen, obviamente, en el panorama italiano, las muchas contribuciones de Bettiol (1966a: 504ss., 1966b) sobre el cual actualmente puede verse la revisión realizada por Riondato (2005); también encontramos una reflexión sobre este punto en la obra de Ronco (1996).

pena no merece una excesiva atención por parte de la doctrina. La posición –todavía imperante en la jurisprudencia constitucional– favorable a la lectura “polifuncional” de la pena, se inscribe en el registro de quien utiliza este monstruo de sincretismo como cómodo expediente para no tomar una posición²¹. O tal vez, sosteniendo con más dignidad esta posición, se encuentre un realismo cínico: si la pena existe, debe servir para algo, pero no corresponde al dogmático tomar posición.

La doctrina penalista italiana en su mayoría permanece aún anclada, aunque con diferencias de acento, en el valor constitucional de la prevención especial positiva²². Entiendo y en parte comparto las razones fuertes y nobles de esta resistencia al principio constitucional, en el sentido de que entiendo y en parte comparto las razones fuertes y nobles de esta resistencia política. Resistencia que corre el riesgo, serio, de envilecerse y volverse patética nostalgia por algo que ya no existe. El objetivo de la prevención especial positiva funda su plausibilidad lógica, antes que política, subordinadamente a una premisa mayor: si el Estado Social de Derecho persigue el fin de la integración social, entonces también la pena debe –porque lógicamente puede– ser resocializante. Pero si en la agenda política de la posmodernidad impera la finalidad de la exclusión social, ¿cómo es posible sostener que, no obstante esto, el sistema penal deba (cuando lógicamente no puede) perseguir el fin de la reintegración social?

Finalmente, es posible encontrar posiciones doctrinarias minoritarias más reflexivas. Ya en los inicios de los años ochenta del siglo pasado, la publicación de los encuentros del Congreso “La prevención general de los delitos”, al cuidado de Romano y Stella (1980), adver-

21 Como es sabido, esta posición fue asumida primeramente por Vassalli (1961).

22 La más convincente sistematización de la función reeducativa de la pena, en una lectura del sistema de derecho penal constitucionalmente orientado, constituye la ofrecida por Bricola (1973). Sobre este punto, la mayor parte de los penalistas italianos continúa, aún hoy, repitiendo un poco cansinamente lo ya dicho magistralmente por Bricola treinta y cinco años atrás. Pero no toda la ciencia penal italiana, pese a una orientación especial-preventiva, se alinea con estas posiciones. Merece recordarse, por ejemplo, la producción científica de Eusebi, tan apasionada como densa en estímulos ético-políticos, del cual sólo cito aquí la monografía de 1991.

tía, de manera pionera para Italia, que las cosas estaban cambiando (tal vez por primera vez es posible leer de la mano de dogmáticos italianos que el mito de la reeducación estaba en crisis, sin que esto debiera inducir a nostalgias neo-retribucionistas) e introducía en el debate las posiciones funcionalistas de los teóricos de la prevención-integración. Aun cuando esta nueva perspectiva luego fuera seguida por otros, en definitiva nunca se ha traducido en una orientación distinta de la dogmática penalista italiana.

Las rápidas observaciones indicadas arriba, invitan a reflexionar colectivamente al interior de la ciencia penal italiana sobre el significado de una desatención colectiva. ¿Para qué obstinarse en clausurar orgullosamente la propia reflexión científica frente al *novum* (que no tiene sentido adjetivarlo negativamente para exorcizarlo)?

El *novum* –resulta evidente– no se origina al interior del discurso de los penalistas, no surge entonces como mutación del paradigma científico. Pero, bien pensado, siempre ha sido así en la historia del pensamiento jurídico. La naturaleza científica de la dogmática penal no tiene nada que ver con lo que Kuhn, por ejemplo, entiende por método científico. El *novum* se ubica siempre en otro lugar, en el cambio de sentido y de objetivo que el subsistema de la justicia penal sufre al interior del sistema político en su complejidad.

Aquí nacen y obviamente divergen dos posiciones político-culturales distintas de los penalistas italianos: está quien asume que la ciencia penal puede (y entonces debe) operar como sujeto autónomo, capaz de competir con la política, llevando adelante su propia idea de justicia penal²³; y quien, en cambio, duda seriamente de que la ciencia jurídica pueda pretender tanto frente a la limitada aceptación (apoyo) social de las ideas de los juristas. La contraposición no es tanto entre pensamiento fuerte y pensamiento débil, como entre quien considera que la historia de hecho reserva una oportunidad política a las ideas de los juristas como corporación de científicos y quien no acepta que

23 En su versión más culta, dentro del debate penal italiano, esta posición está representada por Donini (2004).

esto se haya dado alguna vez, ni pueda darse nunca, sino en el rol sumamente subalterno que los juristas han tenido –y podrán tener en el futuro– como consejeros del Príncipe de turno.

Pero tomar en cuenta el *novum*, es decir, la nueva política de la exclusión social ¿qué significa hoy para la ciencia penal?

Confrontarse todavía con las funciones materiales de la pena

Debo reconocer la inteligencia de Baratta en haber planteado claramente la cuestión hace más de veinte años (1984), aun cuando argumentando de esta forma llevaba agua para su molino: la única utopía “concreta” para el penalista es militar por la abolición del derecho penal.

Pero si se puede disentir sobre la intencionalidad del discurso, es difícil no compartir la calidad especulativa de la argumentación.

El *novum* de la exclusión social –nuevo como fin manifiesto del sistema penal, porque como finalidad latente, y no sólo para Baratta, esta ha sido siempre desde los orígenes la función del derecho penal– en la ciencia penal sólo puede traducirse en asumir como modelo prescriptivo lo que descriptivamente ya existe en los hechos. Es decir, atribuir a las funciones materiales del sistema de justicia penal el carácter de objetivo. Las teorías de la prevención-integración, por un lado, y aquellas de la incapacitación selectiva, por el otro, no son, en su origen, teorías justificativas de la pena sino modelos descriptivos y explicativos –y por lo tanto sociológicos en sentido propio– de la penalidad misma. En los hechos, el sistema penal es una “gaceta de la moralidad media”, en su dimensión de conjunto de tabúes y al mismo tiempo práctica de neutralización selectiva de sujetos peligrosos, en la fase de ejecución de la pena.

Más de un siglo atrás el padre de la sociología, Durkheim, había reconocido al sistema penal estas funciones efectivas: por un lado, asegurar a la opinión pública y así producir cohesión social (Durkheim 1893/1999: 102ss.), por el otro, eliminar a aquellos considerados socialmente peligrosos. Sabemos en qué medida Durkheim consideraba todo aquello como una fase en vía de superación, confiando en que

mediante el proceso de división social del trabajo, la cohesión social pudiera realizarse de otra forma. Pero lúcidamente comprendió que el sistema penal, en su ya arcaica vetustez, sólo servía para esto. La profecía de la superación de la justicia penal no se ha realizado, pero aquella intuición explicativa permanece inoxidable en el pensamiento crítico contemporáneo (Melossi 2001). Sólo en la práctica de la exclusión social de algunos es que el sistema de justicia penal puede producir mayor inclusión de la mayoría. Quien asume la práctica de la exclusión selectiva a través del sistema penal como objetivo de legitimación del sistema mismo, asume esta realidad como única y posible normalidad. Y por lo tanto, transforma una función material en legitimación de lo existente. Con este propósito, Baratta definía a las teorías justificativas de la prevención-integración y de la incapacitación selectiva como teorías tecnocráticas. Éstas dicen lo verdadero y no pueden ser contradichas por la realidad y, por lo tanto, no son ideológicas en sentido negativo. Pero ellas, al mismo tiempo, niegan al sistema penal cualquier posibilidad de abrirse a una alternativa distinta de esta realidad. Para el pensamiento abolicionista y reduccionista radical ello es suficiente para buscar algo mejor que el sistema penal.

Contrariamente a lo que erróneamente opina la mayoría, esta posición extrema, a mi juicio, no cierra en absoluto los espacios de reflexión de la ciencia penal. Por el contrario, abre nuevos horizontes.

Despejados definitivamente los velos de un “deber ser” metafísico (en el sentido más propio de la crítica filosófica), el penalista no puede más que reflexionar sobre lo que es y, fundamentalmente, sobre lo que no puede ser el sistema de justicia penal. Y, ciertamente, no desde una perspectiva ajena a él, como la sociología del derecho penal, sino en aquella más propia de la dogmática penal. ¿Qué sistema jurídico-penal puede conceptual y teleológicamente adherirse a la naturaleza política del sistema de justicia penal? En otras palabras, ¿es posible elaborar una dogmática no metafísica sino “realista”, sin caer en la trampa tecnocrática de teorizar esta realidad penal como única normalidad posible o en la otra de negar la propia existencia, militando en la línea de quienes piden la abolición del sistema de justicia penal?

Recuerdo que Ferrajoli –lúcido e infatigable adversario de la falsa quimera abolicionista– en varias ocasiones (vale por todas, Ferrajoli 1985) hubo de señalar que frente a la amenaza esgrimida por el abolicionismo, la ciencia penal no podía hacer otra cosa que atrincherarse oportunamente en la inversión de la carga de la prueba, es decir, imponiendo a los otros demostrar la inutilidad y nocividad social del derecho penal; en cambio correspondía y corresponde a la ciencia penal demostrar y convencer sobre la necesidad y utilidad social de un derecho penal posible. Precisamente: históricamente posible.

La pena en el “otro” derecho penal

Pero también lo desarrollado anteriormente es una reconstrucción parcial –demasiado parcial– del problema de la crisis de la ciencia penal frente al insostenible peso de la prevención.

En la sociedad del riesgo surge prepotente un derecho penal del riesgo. Éste, como nunca antes, pretende ser sólo general–preventivo, en un sentido, sin embargo, fundamentalmente negativo. ¿Cómo limitar, si no impedir, ciertas conductas subjetivamente percibidas como neutras e incluso lícitas en sí mismas, pero objetivamente peligrosas? Se confía en la amenaza de una pena. Pero una pena que difícilmente se efectivizará (y esto reenvía a la naturaleza propia de la selectividad de clase del sistema penal respecto a tipologías de autor socialmente no percibidas como peligrosas) y que de todos modos no podrá participar de los sentimientos sociales que, en cambio, impregnan desde siempre la penalidad que sigue a la violación del tabú²⁴.

Me pregunto: un derecho penal sin el acompañamiento del “coro griego” –ese que cuenta como primer actor a la culpa y el castigo, las urgencias de cohesión social, la venganza y las expiaciones– ¿puede reconocerse aún como derecho penal?

²⁴ Véanse, por ejemplo, las posiciones divergentes de Donini, Insolera y Pavarini (2000).

IV. La productividad del sistema penal: el caso italiano*

Este “siglo breve” de penalidad

La tesis que me interesa presentar en este capítulo se erige sobre una circunstancia fáctica difícilmente contestable, y por esto muy poco considerada. Dado que el sistema de justicia penal italiano está más marcado que en otros lugares por una demanda de justicia penal desproporcionada en relación con sus capacidades y recursos, la penalidad material –es decir, aquella efectivamente aplicada y no sólo abstractamente prevista– resulta cuantitativa y cualitativamente muy similar a la que puede darse en otros sistemas penales comparables con el nuestro.

Si un posible parámetro de medición de la productividad puede individualizarse en los efectos últimos del proceso de criminalización secundaria, podemos acordar que las tasas de condenados penalmente y de condenados encarcelados, se encuentran hoy en Italia en la media de otros países europeos, para no hablar de la extensión promedio de las penas, así como de los ilícitos efectivamente punidos y de sus autores, datos de la realidad que parecen “sorprendentemente” homogéneos en las democracias europeas (Council of Europe 1992).

La especificidad italiana en términos comparativos, eventualmente, se puede apreciar por defecto: la producción material de la penalidad está relativamente contenida y un tanto atenuada. En la estadística de la penalidad material –dado que en los últimos años nuestros índices de productividad penitenciaria han crecido sensiblemente– Italia aloja sufrimiento legal en lo social, en menor medida que Francia, España, Portugal e Inglaterra. Obviamente omito referirme a Estados Unidos

* Una versión de este escrito ha sido publicado originalmente como: “La criminalità punita: processi di carcerizzazione nell’Italia del XX secolo”, en Violante, Luciano (comp.) (1997) *Storia d’Italia, Annali N° 12- La criminalità*. Turín: Einaudi. p. 981-1031.

que, con una tasa porcentual de encarcelamiento siete veces superior a la media europea, se coloca —ya inalcanzable— en el primer puesto de la gradación por sufrimiento penal efectivamente aplicado en el mundo occidental (ver capítulo II).

Si asumo el modelo explicativo según el cual las tasas materiales de penalidad son adecuadas a la demanda social de penalidad (Greenberg 1977; Melossi 1993), Italia aún se presenta en el panorama internacional como un país de demanda relativamente baja, aunque en una fase de fuerte crecimiento. En suma, por largo tiempo —prácticamente en los primeros treinta años de la República (1947-1977)— y pese a todo, todavía hoy nuestro país produce —en el sentido de que necesita— una limitada penalidad fáctica, mientras parece necesitar en cambio una elevada penalidad simbólica.

Es difícil, entonces, sustraerse a la idea de que en nuestro sistema, más que en cualquier otro, el ejercicio simbólico de la penalidad sea cada vez más irremediabilmente distante del ejercicio material de la misma. Mientras el ejercicio material de la penalidad define un subsistema que podemos llamar convencionalmente de “derecho penal de la prisión” (Insolera 1998; Pavarini 1998b) —relativamente limitado si se lo compara con otros ya que, de hecho, recluta su clientela con criterios de selectividad muy similares a los que operan en otros sistemas—, el ejercicio simbólico de la penalidad en el contexto italiano de estas últimas dos décadas experimentó un desarrollo “anormal”, que corre el riesgo de desequilibrar peligrosamente la relación entre penalidad prevista legalmente y penalidad actuada, así como repercutir también peligrosamente sobre los criterios mismos de selectividad, evidenciando, por lo tanto, la desproporción entre funciones y recursos más allá de los límites de tolerabilidad y compatibilidad sistémicas.

Entonces, los términos de la crisis no se toman tanto a nivel del *output* del sistema de justicia penal (en crecimiento pero todavía relativamente restringido), sino a nivel del *input* y sobre todo en la dificultad para fijar criterios de selectividad funcional y por lo tanto de contar con una selectividad “arbitraria” producida por las disfuncionalidades mismas del sistema.

Me pregunto si no es urgente confrontarse primero científicamente, luego políticamente, con la penalidad material hoy en Italia. Si estamos ya suficientemente inmunizados, tanto respecto a la ingenuidad voluntarista de pensar que la penalidad material se produce por la severidad en abstracto de las penas, como respecto del infantilismo etiológico de considerar que ésta depende de las variaciones de la criminalidad (Beyens, Eliaerts y Snacken 1993; Beyens, Snacken y Tubex 1995), ¿cuáles son las “necesidades” de penalidad por debajo de las cuales no podría impulsarse ninguna reforma, por arriesgada que esta fuera? ¿Cuánta pena legal y cuánta censura social a través de lo penal, respecto de quiénes y por cuáles delitos, necesita el sistema socio-económico-político italiano en este fin de milenio?

La cuestión que se plantea responde al interrogante acerca del crecimiento de la población detenida durante todo el siglo XX en Italia, esta ¿tiene tendencias de fondo estadísticamente significativas como para aventurar, científicamente, una prognosis de mediano plazo? En otro lugar ya me he explayado sobre este punto (Pavarini 1997a), sin embargo, conviene retornar sobre algunos datos de síntesis.

Tendencias desencarcelizantes en el largo plazo

En el largo plazo (1896-2006) la tendencia es realmente de signo deflacionario: en efecto, al final del siglo XIX la tasa de encarcelamiento era de 204 detenidos por cada 100.000 habitantes; ciento diez años después ha bajado a menos de la mitad (exactamente 100 por cada 100.000).

La marcha de los totales de ingresos y egresos de las instituciones penitenciarias italianas marcan cinco fases distintas: la primera que va, a *grosso modo*, desde comienzos de siglo hasta la Primera Guerra Mundial, en que se asiste a un primer proceso de desencarcelamiento; sigue luego el período comprendido entre el final del primer conflicto mundial y el inicio del segundo, signado por una tendencia de re-encarcelamiento (en 1942 se alcanza el nivel absoluto más elevado de

todo el novecientos con 267.421 ingresos); le siguen luego veinticinco años de sostenido desencarcelamiento que alcanza a tocar el “piso” en 1966, con poco más de 47.000 ingresos, es decir seis veces menos del precedente “techo”; sigue luego una penúltima fase marcada por tendencias más confusas en que se sucedieron momentos de crecimiento hasta 1984 (los nuevos ingresos se ubican en las 112.834 presencias en la cárcel) y momentos fuertemente deflacionarios hasta 1990 (que marca sólo 57.736 ingresos); finalmente tenemos la última fase, marcada inequívocamente por fuertes procesos de re-encarcelamiento (en 1994 se alcanza nuevamente el total de 100.000 ingresos).

La inteligencia de la curva de flujos de ingresos se ve enfatizada por la comparación con la de los egresos y esto permite comprender varios fenómenos.

Aun cuando el saldo sea tendencial (y obviamente) negativo para el flujo de los egresos –en el sentido de que la media de los que ingresan a la cárcel supera a la de los que salen–, ambas curvas marcan reiteradamente, en el arco del siglo XX, momentos de fuerte acercamiento e incluso de verdadera intersección: esto sucede fundamentalmente en razón de los efectos deflacionarios determinados por las medidas de clemencia. Mientras es comúnmente conocido el gran uso que se ha hecho de la política indulgente de amnistías e indultos en la historia de Italia, me parece que no sucede lo mismo con el peso determinante que ésta tiene en la efectiva reducción de las tasas de encarcelamiento. Así, por ejemplo, el largo período de desencarcelamiento entre 1946 y 1968 resulta si no únicamente determinado, al menos fuertemente favorecido, por constantes y periódicas medidas legislativas de disminución del peso del sistema de justicia penal penitenciario. Con esto se quiere mostrar en qué medida las exigencias “administrativas” intra-sistémicas del sistema penal-penitenciario –es decir la tan padecida como endémica desproporción entre funciones y recursos utilizables– condiciona fuertemente al sistema político-legislativo, imponiéndole decisiones motivadas por el estado de emergencia.

En otros períodos, la curva de los egresos se aleja fuertemente de la curva de los ingresos. Esto vale especialmente para el período comprendido entre las décadas fascistas (de modo particular entre 1922 a 1934), así como para la última fase, más cercana a nosotros, es decir desde 1993 hasta la actualidad. Sin embargo, en buena parte, aunque en términos menos marcados, algo similar puede decirse del período anterior a la Primera Guerra Mundial, así como del período comprendido entre 1972 y 1990. Este fenómeno está determinado, principalmente, por el peso estadístico de la extensión o severidad de las penas medias aplicadas y, especialmente, cuando el porcentaje de los detenidos definitivos es sensiblemente más relevante que el de los detenidos en espera de juicio. Esto indica que los procesos de re-encarcelamiento son atribuibles, principalmente, a un aumento medio en la severidad de las penas, con el efecto de determinar, porcentualmente, una inflación del número de detenidos presentes a fin de año superior al crecimiento de los ingresos de personas provenientes del estado de libertad. Así, para dar un ejemplo clarificador, si en 1886 el total de los ingresos era igual a 243.224, con una presencia al 31 de diciembre de tan sólo 51.141 detenidos, luego de más de cien años, en 1994, frente a una presencia a fin de año casi idéntica (exactamente 51.231), debemos registrar un flujo de ingresos provenientes del estado de libertad muy inferior a la mitad del siglo anterior, es decir de sólo 100.829.

Constatar empíricamente que los procesos de re-encarcelamiento son atribuibles, principalmente, a una mayor severidad en las condenas antes que a un proceso de “difusión” de la represión –es decir, menos personas traspasan el umbral de la cárcel, pero en ésta permanecen durante más tiempo– permite señalar algunos aspectos interesantes.

Por ejemplo, la marcha de los ingresos-egresos del/al estado de libertad, nos muestra cómo las “caídas” verticales en las tasas de encarcelamiento puedan circunscribirse a los años de las dos guerras mundiales, así como las “cimas” repentinas se agotan en ambos períodos post-bélicos. Ciertamente todo esto es constantemente confirmado incluso en otras realidades históricas y geográficas, ofreciéndose casi como consecuencia de una regla estructural, mientras que en las fases

históricas post-bélicas se determinan fenómenos opuestos a estos. En esta oportunidad no me interesa tomar partido ni argumentar, científicamente, por algunas o todas de las razones posibles. En cambio, me urge señalar que niveles de penalidad material incluso diversos no son directamente atribuibles a los cuadros normativos de referencia, es decir a los procesos de criminalización primaria, que en las hipótesis aquí examinadas permanecen iguales.

La irrelevancia del grado de severidad de las penas en abstracto, respecto al ejercicio concreto de la penalidad, se ve ulteriormente demostrada por la insignificancia estadística en las tasas de encarcelamiento/desencarcelamiento de la dependencia o coincidencia con las “grandes” reformas legislativas. Así, en el paso de la legislación liberal-garantista de fines del ochocientos con el código de Zanardelli, a la fascista, con la codificación Rocco de los años treinta del siglo pasado, no puede advertirse ningún cambio en los procesos materiales de penalidad. Incluso las reformas penitenciarias de 1975 y de 1986 —que por primera vez introdujeron recorridos de alternatividad a la pena detentiva— tampoco parecen haber dejado huellas sensibles en las tasas y flujos de encarcelamiento. Otro tanto parece darse por la entrada en vigencia, a fines de los años noventa, del nuevo código procesal penal, inspirado también en la finalidad de reducir la custodia cautelar.

Procesos de desencarcelamiento y de re-encarcelamiento en el mismo período

En el largo plazo, dentro de la tendencia general de deflación de la población detenida se pueden encontrar procesos acentuados de desencarcelamiento y de re-encarcelamiento en el mismo período.

El único arco de tiempo que se pudo examinar en profundidad es el comprendido entre 1959 y 2006, único en el cual la homogeneidad de los criterios de levantamiento de datos utilizados por el Instituto Nacional de Estadística, permite hacer correctas elaboraciones. Abramos, entonces, una “ventana” sobre la segunda mitad del siglo XX.

En este período podemos percibir tanto la fase terminal de la tendencia deflacionaria iniciada en los años cincuenta, como el comienzo de un complejo proceso de re-encarcelamiento, desde principios de los años setenta. De este modo, el año 1968 marca la inversión de la tendencia, habiéndose llegado, justamente en ese año, al punto más bajo de toda la historia carcelaria italiana, al menos en lo que concierne a las presencias en el fin de año (21.391 personas, igual a 39,7 detenidos por cada 100.000 habitantes).

Siguiendo el desarrollo de sólo dos variables, la presencia media diaria (que se toma del total anual de días de presencia carcelaria) y las presencias al 31 de diciembre, se pueden percibir como fenómenos interesantes.

Las dos curvas, aun teniendo el mismo desarrollo (el 31 de diciembre de cada año no es otra cosa que una de las trescientos sesenta y cinco fracciones del mismo y, entonces, tendencialmente debería marcar una presencia igual a la indicada por las presencias medias diarias), no coinciden nunca.

Regularmente, las presencias al 31 de diciembre marcan, aunque sea levemente, un índice ligeramente inferior al indicado por la media diaria, dado el fisiológico retraso de la actividad judicial y policial durante las festividades de fin de año, por lo que, aunque sea momentáneamente, se registra una disminución en los ingresos por razones cautelares. Y así resulta hasta fines de los años sesenta. Ya a partir de 1972, y con el desarrollo diferente desde 1982 en adelante y desde 1990 en términos todavía más marcados, se puede asistir a una inversión de la tendencia: ambas curvas se cruzan y se distancian, marcando en 1994 una presencia diaria promedio de más de 10.000 personas respecto a la censada el 31 de diciembre. Este sorprendente efecto depende de la sumatoria de dos causas: un retardo en el flujo de los ingresos y egresos del/al estado de libertad en base anual, acompañado por un aumento porcentual de las condenas y de las custodias cautelares medio-largas, en el sentido de que cada vez menos detenidos ingresan a la cárcel pero allí permanecen en promedio un mayor tiempo.

Una mayor confirmación de este fenómeno se obtiene del desarrollo, a lo largo del tiempo, de las condenas a penas inferiores y superiores a tres años. La elección del umbral de tres años, por arriba y por debajo del cual se diferencian las condenas detentivas medio-largas de aquellas breves, en tanto convencional, ha sido sugerida por la política criminal que como regla, a partir de la reforma penitenciaria de 1986, ha individualizado en las penas inferiores a tres años aquellas que pueden también cumplirse fuera de los muros de la cárcel, en razón de ser sintomáticas de una limitada peligrosidad criminal de los condenados. Así, de 1959 a 1985 las penas inferiores a tres años han disminuido, en promedio, en menor medida que las largas. Luego, de 1986 a la actualidad, las penas largas han tenido un incremento medio de diez veces en tan sólo veinte años, mientras que las breves, en el mismo período, se han reducido sensiblemente.

Si las detenciones medio-breves disminuyen frente a un aumento de aquellas medio-largas, esto puede prestarse a diversas consideraciones. Que las penas inferiores a tres años disminuyan, puede explicarse también como efecto desencarcelizador operado por la reforma penitenciaria de 1986, que en la ampliación de los recorridos de alternativa a la pena detentiva, es decir sin “prueba de cárcel”, incide justamente en la franja de la penalidad medio-baja. Por otro lado, la explosión de las tasas de condenados a penas medio-largas de por sí puede ser un dato de difícil lectura: puede depender de un aumento en la gravedad de los delitos perseguidos, o bien de un aumento en la severidad al momento de la mensura judicial de las penas, debiéndose excluir, en cambio, que esto pueda deberse a la influencia de una variación significativa en el umbral de la penalidad en abstracto, al menos para el período considerado. Probablemente los dos factores indicados han operado sinérgicamente, incluso si la circunstancia estadísticamente relevante, de que el aumento de las penas medio-largas tienda a circunscribirse sólo a aquellas comprendidas entre los 3 y los 5 años, frente a una relativa constante de aquellas comprendidas entre los 5 y los 10 años; todo esto acompañado por una drástica reducción de las superiores a los 10 años, permiten razonablemente sospechar que la

emergencia subsiguiente a la lucha contra la criminalidad organizada de tipo mafioso, ha tenido un peso relativamente irrelevante en los niveles efectivos de penalidad. La criminalidad porcentualmente más penada, desde fines de los años ochenta hasta la actualidad, es, sustancialmente, la que se considera merecedora de una condena levemente superior al umbral de los tres años.

Esta última observación es de notable interés. En efecto, se puede argumentar que el aumento de las penas levemente superiores a los tres años pueda relacionarse, de alguna manera, con las tendencias desencarcelizadoras que operan en la franja de penalidad inferior a este umbral. Esta hipótesis ha encontrado algunas verificaciones en otros contextos nacionales, donde se ha podido demostrar que la introducción de oportunidades efectivas de “no sufrir la cárcel” para las penas por debajo de determinado umbral, ha inducido “espontáneamente” al poder judicial –en la consabida conciencia de que las condenas a pena detentiva medio-breve podrían no ser efectivamente sufridas– a elevar los niveles de penalidad en concreto (Lynch 1987; McMahon 1992; Pease 1994; Pease y Perry 1992).

Por lo tanto, la verdadera cuestión que se plantea es la de entender las razones que convencen a las agencias judiciales de punir más severamente para poder alcanzar el objetivo de punir efectivamente.

Efectos aparentes de desencarcelamiento

El término mismo de desencarcelamiento padece de ambigüedad (Scull 1977): a veces quiere indicar un proceso efectivo y empíricamente verificado de reducción en el tiempo del umbral de penalidad carcelaria, mientras otras veces este término indica sólo una voluntad.

Como regla, el sistema político utiliza este segundo significado cuando espera que una medida legislativa pueda producir el efecto de reducir o contener la población detenida. En Italia, la política penal y penitenciaria de los últimos decenios explícitamente siempre ha puesto el objetivo reduccionista de la cárcel como meta merecedora de ser

alcanzada. Es decir, el objetivo de la cárcel como *extrema ratio* del sistema penal y el debate doctrinario acerca de la mejor estrategia para producir y favorecer la “fuga” de la sanción detentiva, en alguna medida pertenecen a la historia del derecho penal moderno, incluso en el momento histórico en que la invención carcelaria apareció a los ojos de los contemporáneos como verdadera y única alternativa al sistema sancionatorio premoderno (Padovani 1981). Sólo en los últimos veinte años, *in primis* con la reforma del ordenamiento penitenciario y luego con la reforma procesal penal, el cuadro normativo progresivamente se ha ido armando en el sentido de favorecer “abstractamente” la consecución del objetivo del desencarcelamiento. Pero otra cosa totalmente distinta es verificar si este objetivo se ha alcanzado “concretamente” (Mosconi y Pavarini 1993).

Este, en extrema síntesis, es el desencarcelamiento *in the books*. Que luego se traduzca *in the facts* no es algo que pueda darse por sentado. Resulta igualmente problemático verificar empíricamente los efectos más o menos deflacionarios de una voluntad político-legislativa.

Constatar simplemente que, casi por ironía de la historia, la aparición de una reforma en condiciones de producir desencarcelamiento coincida históricamente con una reanudación de los procesos de re-encarcelamiento, no responde en modo alguno a nuestra curiosidad, ni en un sentido ni en otro. Si el ausplicable objetivo de deflacionar la cárcel no se ha dado históricamente en los últimos treinta años, a pesar de que el sistema penal-penitenciario se ha orientado en este sentido, es imposible saber en qué medida las tendencias de re-encarcelamiento habrían aumentado si esa voluntad político-legislativa no se hubiera expresado. En cambio, lo que podemos conocer y cuantificar es el peso que ha tenido la alternativa a la pena detentiva sobre los procesos objetivos de penalidad carcelaria. Ciertamente, si asumimos hipotéticamente que aquellos que no han sufrido la pena de cárcel porque fueron beneficiados por una medida radicalmente alternativa, la habrían efectivamente sufrido si esa oportunidad hubiera estado normativamente ausente, entonces podríamos de algún modo conocer cuánta cárcel de menos ha determinado el nuevo régimen de flexibi-

lidad de la pena en fase ejecutiva. Pero, lamentablemente, es un “como si”, que invalida toda verificación histórica.

En cambio, de forma más sencilla, podemos dar cuenta del peso de los recorridos alternativos sobre la pena carcelaria: para la serie histórica que va desde 1981 a 2006, en que se reportan informaciones homogéneas sobre la aplicación de las medidas alternativas, se pueden confrontar las tasas “efectivas” de los ingresos definitivos en cárcel, con esos mismos a los que se suman aquellos que anualmente han gozado de tres distintas modalidades de alternatividad disfrutadas en estado de libertad, es decir sin prueba de cárcel, como la libertad condicional (ordinaria y especial) y la detención domiciliaria; es evidente que estas últimas tasas son “ideales” en tanto permiten indicar sólo “por hipótesis” cuántos habrían pasado el umbral de los muros de la cárcel si nuestro sistema positivo no hubiera disciplinado los recorridos de alternatividad a la pena detentiva arriba indicados.

Sólo a partir de 1986 –como efecto de la entrada en vigencia de la reforma de Gozzini– se puede percibir un distanciamiento (ensanchamiento) progresivo entre el desarrollo real y el virtual; este distanciamiento se reduce sensiblemente en el bienio 1990-1992, como primer efecto de las limitaciones legales a los beneficios penitenciarios establecidas por la legislación de lucha contra la criminalidad organizada. Así, a partir de 1992, nuevamente ambas curvas se distancian fuertemente. Esta tendencia final indica una relación de 6 desencarcelados, es decir condenados a pena detentiva pero en ejecución “fuera de los muros” de la cárcel, por cada 10 encarcelados, es decir, detenidos en cárcel. Si a ésta sumáramos el porcentaje de aquellos que se encuentran en arresto domiciliario, la población penalmente controlada llegaría a los niveles señalados para el fin de los años cuarenta del siglo pasado, es decir exactamente en el momento en que comienza el proceso de desencarcelamiento en Italia.

Algunos escenarios

Con las debidas precauciones, me parece que es posible hacer los siguientes señalamientos:

En primer lugar, con el fin del siglo pasado el ciclo de desencarcelamiento, iniciado en los años cincuenta, se ha agotado definitivamente en el mediano plazo, con una población detenida actualmente en rápido crecimiento y con aquella otra controlada penalmente a través de modalidades en todo o en parte alternativas a la cárcel, en la que se verifica incluso un mayor aumento.

En segundo lugar, se constata que el proceso material de re-encarcelamiento comienza a inicios de la década de 1970 en singular sincronía con la producción de la primera legislación tendiente al objetivo de la desencarcelación. La observación más inmediata, y por lo tanto muy poco meditada, lleva a considerar que la política penal penitenciaria de estos últimos treinta y cinco años –en la búsqueda del fin de la cárcel como *extrema ratio*– al menos ha conseguido “frenar” el proceso de re-encarcelamiento. De la comparación entre el desarrollo de la curva de las tasas de ingreso a la cárcel con la de quienes, en el mismo período, han gozado de recorridos de alternatividad, parece desprenderse una hipótesis distinta: el circuito de las penas sufridas “fuera de los muros de la cárcel” se ha acercado al de aquellas sufridas dentro de esos muros. En suma, un circuito agregado y no sustitutivo de este último, con el efecto de no producir, sino aparentemente, desencarcelamiento. Antes bien, parece determinar una más extendida y diferenciada penalidad en los hechos. Esta hipótesis interpretativa ha encontrado numerosas y significativas comprobaciones, en particular en aquellos sistemas de justicia penal que más han confiado en poder gobernar los procesos de desencarcelamiento a través de la política de las medidas alternativas (Hudson 1984; Matthews 1987; Pease 1984).

En extrema síntesis, quiero llamar la atención sobre algunos “puntos fuertes” que el modelo descriptivo plantea a toda ulterior investigación sobre el ejercicio material de la penalidad, ofreciendo sólo algunos principios críticos útiles para la elaboración de un sistema explicativo.

Los procesos de encarcelamiento pueden ser entendidos sólo en el marco de una hipótesis que asuma profundamente la complejidad de la construcción social de la penalidad. Más o menos cárcel en el tiempo –pero también en el espacio– no resulta “inmediatamente” inteligible como efecto de una sola, ni siquiera principal, causa. Como surge del análisis arriba mencionado, leyes más o menos severas de por sí, o bien cambios relevantes en la criminalidad compleja, no se traducen, *sic et simpliciter*, en más o menos represión penal-penitenciaria en los hechos. Ni siquiera cambios político-institucionales de relieve, muestran apreciables variaciones cuantitativas en el ejercicio de la penalidad en concreto. Lo que no significa que la alternancia de políticas penales más o menos represivas, o bien cambios relevantes en la marcha de la criminalidad real –en particular de la más grave, como los homicidios dolosos (Melossi 1997)– no puedan jugar un rol decisivo en la producción de la penalidad, pero siempre lo juegan “indirectamente” y al interior de un proceso de compleja interacción con otros sistemas y agencias.

El ejercicio de la penalidad en concreto en estos últimos ciento diez años tuvo en Italia un desarrollo, sólo en algunos aspectos, asimilable al de otros países occidentales, particularmente europeos. Al igual que los otros, registra una significativa deflación en la población detenida en el largo plazo, pero con un notable retraso –en la práctica, sólo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial– y en particular registra un proceso de desencarcelamiento más radical que en cualquier otro lugar, permitiéndole alcanzar, cerca de la mitad de los años setenta, una tasa de encarcelamiento entre las más bajas de todo el mundo occidental.

Luego, los niveles de penalidad cambian rápidamente al final de los años ochenta del siglo pasado. A partir de aquel momento el *trend* de crecimiento de la población detenida ha aumentado hasta superar el umbral de las 50.000 presencias a fines de enero de 1993, para alcanzar luego las 62.000 presencias en el año 2006. Ahora bien, estas relevantes variaciones se han dado en un contexto de sustancial inmutabilidad del cuadro normativo de referencia y en presencia de un desa-

rollo discontinuo de las tasas de delictuosidad, las que por otra parte se encuentran en sensible disminución a partir del año 1994, y en contenido aumento sólo con referencia a algunas tipologías de delito, no ciertamente entre las más graves.

El sistema de justicia penal italiano resulta así caracterizado, en un primer momento, por una inusual severidad sancionatoria en las leyes, como reflejo tanto del sistema legal autoritario de los años 1930, todavía en vigencia, como por la sucesiva legislación democrática que ha respondido contingentemente a las numerosas emergencias, elevando ulteriormente el umbral de la penalidad. La elección de una política criminal particularmente severa a nivel de los procesos de criminalización primaria ha sido siempre contradictoria con las prácticas administrativas y judiciales, es decir, de criminalización secundaria, particularmente benévolas, si no abiertamente indulgentes. De todos modos, la existencia misma de una legislación severa, pero al mismo tiempo deslegitimada políticamente, en tanto fascista, ha favorecido el proceso de atenuación en la aplicación y ejecución de los castigos legales en la época democrática. En particular, si se toma en cuenta que el sistema penal en su complejidad ha sido siempre fuertemente atacado por no estar en sintonía con la nueva cultura liberal democrática, invocándose su reforma. Reforma que, por diversas razones, no se ha dado nunca (AA.VV. 1981) salvo parcialmente y sólo con referencia a la ley procesal penal y penitenciaria. La reforma penal ausente luego de más de setenta años de fracasos, ha legitimado prácticas difusas de “ablandamiento” en la fase de aplicación. Con poquísimas excepciones, la autoridad judicial ha aplicado constantemente sólo los mínimos de pena legislativamente previstos, así como casi automáticamente tanto la suspensión de la pena como la liberación condicional (Donini 1999). Por otra parte, el mismo legislador democrático, incapaz de reformar la ley penal y frecuentemente tentado a agravarla, ha recurrido, aproximadamente cada tres años, a generosas medidas de amnistía e indulto, atenuando en los hechos los niveles de represión penal. Esta confusa situación, en su aparente irracionalidad (Neppi Modona 1976) se ha revelado útil para conciliar la dimensión cada vez más ideoló-

gica y por lo tanto simbólica de la ley penal, con las necesidades de ductilidad en la respuesta represiva en razón de los crecientes niveles de complejidad social.

Entonces, el fenómeno interesante para comprender no reside en la antinomia entre una ley severa y una práctica represiva atenuada, sino en la determinación de las condiciones estructurales para una severidad excesiva sólo “en las palabras” y una indulgencia paternalista en las prácticas. Cada vez más severos en las palabras, o bien el recurso excesivo a la ley penal, deben entenderse en relación a las transformaciones cualitativas que se producen sobre el sistema legal por efecto (también) del Estado Social y, todavía más en particular, por el desarrollo que obtiene de una disciplina intervencionista del Estado sobre los intereses que forman el objeto (y también el fin) de la intervención penal (Lascoumes 1986; Savelsberg 1987; Sgubbi 1990). Este tópico está presente desde hace tiempo en la reflexión crítica sobre las transformaciones de la forma jurídica en el pasaje del Estado de Derecho al Estado Social. Los niveles efectivos de represión han demostrado depender muy poco de la localización desigual de una penalidad artificial en lo social, sino más bien de la demanda social de represión, es decir, de la demanda social de mayor o menor penalidad. Y en esto quizás resida la peculiaridad de la situación italiana: la demanda de penalidad, durante mucho tiempo, ha sido débil en el plano social.

Los conflictos y las crisis sociales –ciertamente fuertes en la historia italiana reciente– no se han traducido en enérgicas demandas sociales de penalidad. Las campañas de “ley y orden”, reiteradamente promovidas por fuerzas políticas conservadoras y, a menudo, por otros demasiado asustados, han dado siempre modestos resultados en términos de difusión del pánico social. Complejas, y en un cierto sentido nunca profundamente indagadas, permanecen las razones que por largo tiempo han impedido que se produzcan a nivel social cambios en el “vocabulario punitivo” a favor de una elevación particularmente significativa del umbral de punibilidad. En otras palabras, ¿por qué la población no ha sido presa fácil –al menos hasta hace poco tiempo–

de representaciones difusas de inseguridad respecto del delito, pese a no estar materialmente más segura que quien ha sufrido, en otros países y en otros momentos, este temor? ¿Qué es aquello que ha impedido durante mucho tiempo que la cuestión criminal entre en la “cabeza” de la gente como uno de los problemas más graves y urgentes de resolver mediante la represión?

En otra ocasión he tratado de dar una primera y aún insatisfactoria respuesta a este interrogante (Pavarini 1997b). Puedo, en este caso, indicar sólo por puntos algunas de las “razones fuertes” que me parece podrían brindar una explicación a los interrogantes expuestos: 1) la fuerte y difundida percepción social de la criminalidad como cuestión política; 2) una también fuerte y difundida percepción social –y en modo particular entre las clases subalternas– del sistema de justicia penal como instrumento violento de conservación de una sociedad desigual; 3) la circunstancia de que, durante mucho tiempo, la cuestión criminal en Italia ha terminado por identificarse con la “cuestión meridional”, tema político por excelencia; 4) y, finalmente, el rol decisivo que el terrorismo político tuvo en los años setenta y principios de los ochenta y la larga lucha por su represión; ambos procesos que han reforzado en la sociedad civil italiana la percepción justamente política tanto de la criminalidad como del sistema de justicia penal.

Sea como consecuencia de las razones mencionadas o por causas diversamente condicionantes, contra el sistema de represión penal se han producido, durante mucho tiempo, fuertes anticuerpos de resistencia. Una cultura de la sospecha, de la desconfianza y, por lo tanto, de la resistencia respecto a las agencias represivas antes que respecto a los peligros de la criminalidad. Todo esto ha servido para mantener la legitimación del sistema penal en niveles muy bajos o casi siempre en crisis y, en consecuencia, a frenar la productividad misma del sistema represivo. Entre los múltiples efectos, entonces, se cuenta también un encarcelamiento restringido. Estas razones, ciertamente complejas, unitariamente comprendidas reenvían a un dato político y cultural muy particular de la historia italiana: durante mucho tiempo y distintamente de lo que es posible registrar en otras realidades nacionales,

los sentimientos colectivos de inseguridad se han expresado como demanda política de cambio y de mayor participación democrática. Es decir, que la comunicación social a través del vocabulario de la política ha favorecido una construcción social del malestar y del conflicto por fuera de las categorías (morales y jurídicas) de la culpa y de la pena. La plausibilidad de esta hipótesis interpretativa es en parte verificada por la presente situación: frente a la crisis del modelo político-cultural, asistimos a la difusión de un comportamiento de indignación moral tendiente a delegar sólo en la “espada de la justicia” la solución de todo problema. Como si todo problema pudiera ser resuelto en la individuación de un enemigo y en su punición legal, se invocan socialmente y se legitiman institucionalmente niveles cada vez más elevados de penalidad. Más penalidad como más moralidad, es el trágico equívoco de toda cruzada contra la criminalidad. La cuestión moral, por lo tanto, se ha escapado de la esfera política para sublimarse en el ejercicio simbólico de atribuir responsabilidad, elevando la penalidad.

La instructiva provocación ofrecida por la penología actuarial

Quisiera ahora ejercitarme en proponer una inversión funcional ciertamente “escandalosa”, pero tal vez útil: en lugar de interrogarme aún más sobre qué cosa, quién y cómo punir, me pregunto qué cosa, quién y cómo se pune actualmente en Italia. En efecto, se sabe que en razón de una censurable falacia realista, las tendencias más radicales de la penología actuarial o administrativa (Feeley y Simon 1992, 1994) tienden hoy a diseñar los perfiles de una reforma “compatible” del sistema de justicia penal, partiendo precisamente de las necesidades materiales de penalidad.

Existe hoy, en Italia, una penalidad material que se agota en el mero encarcelamiento de sujetos débiles, a través de un sistema de imputación de responsabilidad en verdad muy poco garantista. Quien tenga una cierta familiaridad con la prisión real entiende bien quiénes son hoy en Italia los marginales encarcelados: más de un 35% de jóvenes

inmigrantes junto a un 30% de jóvenes tóxico-dependientes. En buena medida, el “derecho penal de la prisión” —es decir, aquel que efectivamente se funda en la sola pena privativa de la libertad— termina por suplir —y con esto también por confundirse y contaminarse— con un sistema de control social de policía. En este caso, la demanda de penalidad no se legitima ciertamente por finalidades de merecimiento del castigo (es más, en razón precisamente de la debilidad de los sujetos penalizados, el paradigma del déficit nos induciría a considerar que estos merecen muy poco ser penados por “haber hecho mal pese a poder haber hecho bien”) y frente a la crisis del mito de la resocialización¹ no podemos hoy, a diferencia de ayer, ni siquiera creer que deban punirse por razones especial-preventivas; en fin, en razón de la dimensión masiva de esta ilegalidad, sería difícil pensar incluso en que la pena pueda realizar el objetivo de disuasión. Estos “desechos” sociales son punidos y encarcelados por necesidades de incapacitación, en tanto actores desviados a los que no se logra disciplinar de otra manera, o bien que resulta demasiado costoso controlar a través de políticas preventivas.

Existe luego un diverso y restringido universo social de desviados necesitados de penalidad: está compuesto por sujetos percibidos como particularmente peligrosos, para los cuales, aún más que para los precedentes, valen necesidades de sola neutralización. Actualmente, aquellos que son detenidos en cárceles de máxima seguridad no son más que 600 sospechosos afiliados a la criminalidad organizada de tipo mafioso y quizás algo más que un centenar de terroristas. En conjunto alcanzan, por defecto, el 2% del total de la población detenida. Incluso en este caso, la respuesta neutralizante no necesariamente encuentra plena satisfacción en la privación de la libertad por un *quantum* de tiempo. Para éstos vale aún más la pena indeterminada en estructuras de máxima seguridad. En suma, también aquí la respuesta adecuada no es la pena, sino algo que tiene que ver con —en el sentido de que en esencia es

1 Con posiciones diversas pero también críticas, ver: Eusebi (1991) y Pavarini (1983, 1994a).

cada vez más similar a— las medidas de seguridad para los inimputables. Y en efecto, en este caso, el sistema penal suple exigencias de combate y control de la criminalidad de tipo político-administrativo, dado que las medidas de seguridad —y en general toda respuesta que se funda sólo en valoraciones de peligrosidad— son en sustancia de carácter administrativo. En tanto estas respuestas de naturaleza administrativa resulten también jurisdiccionalizadas, es difícil pensar que las garantías ofrecidas por el sistema puedan elevarse allí donde valoraciones sobre el tipo de autor inevitablemente terminarán por tener más autoridad que las propias de un derecho penal del hecho y de la culpabilidad. Queda entonces entre la población efectivamente punida con la cárcel un 30% compuesto en parte por sujetos marcados por fuertes índices de reincidencia (ladrones, estafadores, arrebataadores “de profesión”, pero no afiliados a la verdadera criminalidad organizada) y por un bajo porcentaje de delincuentes primarios, en general, completamente extraños a la cultura criminal y a la prisión (también en Italia, cada tanto, aunque cada vez menos, ¡algún marido celoso mata al amante!)

Por fuera de esta población penalmente restringida de su libertad (a fin de cuentas: uno de cada mil residentes en Italia, comprendiendo incluso a los detenidos no definitivos) existe también un porcentaje, a grandes rasgos equivalente, de condenados a penas y medidas en todo o en parte alternativas a la pena carcelaria y de sujetos sometidos al régimen procesal de arrestos domiciliarios. Por fuera de este universo social que abarca aproximadamente a 100.000 personas, se extienden los territorios de una justicia penal de ontológica ineffectividad sancionatoria. En otras palabras, un sistema de derecho penal sólo como “riesgo social” (Sgubbi 1990). La necesidad de penalidad respecto de autores de ilícitos artificiales no responde a preocupaciones de defensa social ni de neutralización a través de la pena de privación de libertad o de otras modalidades limitativas de libertad. En este caso, la necesidad de penalidad se construye sobre el criterio del merecimiento del castigo, con la única finalidad de la censura (Sumner 1990) de algunas conductas y no, ciertamente, por preocupaciones de defensa social respecto de algunos autores. Para que se entienda: esta es la esfera del sis-

tema de criminalización primaria que determina el proceso inflacionario de la demanda de penalidad simbólica, que no puede satisfacerse con el sistema de la criminalización secundaria. En una lógica utilitarista de redefinición de los límites de la penalidad por necesidad de compatibilidad sistémica, estas realidades penalizadas deberían poder salir de la hegemonía del sistema penal. Pero aquí se plantea la cuestión de cómo garantizar de otro modo, por fuera del sistema penal, las urgencias de producción de censura y reprobación social. Incluso allí donde se conviniera que sólo el sistema penal está en condiciones de realizar estas finalidades, provocadoramente me pregunto: la exigencia de producir censura y sólo censura (y no penalidad material), ¿necesita ser todavía tutelada por un derecho penal de las garantías?

Siguiendo esta lógica “escandalosa”, se termina por trazar los límites de la criminalización primaria sobre los de la efectiva criminalización secundaria. Se asiste así a una inversión funcional: desde el análisis de los *autores* que efectivamente son penalizados y encarcelados se re-define, en una lógica deflacionaria, cuáles son los únicos *hechos* que merecen ser efectivamente perseguidos penalmente.

Ciertamente esta lógica es perversa pero de todos modos útil para develar las ambigüedades del sistema de justicia penal.

Tomar “seriamente” en cuenta la idea de un derecho penal mínimo en el momento actual

Utilísimo, como ejemplo, cuando críticamente nos interrogamos sobre los límites mínimos pero políticamente posibles –es decir tolerables– de un sistema reformado de criminalización.

Por ejemplo: compartiendo la propuesta de Ferrajoli (1985, 1994) en favor de un derecho penal mínimo y “bloqueado” por una rígida reserva de código (Ferrajoli 1997), me pregunto: ¿en qué medida y hasta qué punto es “realmente” mínimo?

Las notas precedentes nos enseñan que frente a un derecho penal máximo “en los libros”, es decir en las leyes, ya existe un derecho penal

mínimo “en los hechos”, es decir un “derecho penal de la prisión y de la penalidad efectivamente sufrida”. Más del 80% de los delitos ciertamente castigados, concierne a los delitos predatorios; la extra-grande mayoría de los condenados lo son por atentados contra la propiedad (Barbagli 1995). En suma, el derecho penal de los tribunales se agota, preferentemente, en la represión de no más de un centenar de delitos, el derecho penal de los condenados se refiere tal vez a no más que algunas decenas de delitos, el de la cárcel luego...Y sin embargo, el “derecho penal en los libros” hoy en Italia supera las 6.000 normas incriminatorias (Bertaccini y Pavarini 2004).

Pese a toda loable acción de reforma a favor de un derecho penal mínimo, no se puede evitar responder preliminarmente la dramática pregunta: ¿cuánto se piensa poder reducir y contener el derecho ya mínimo en los hechos, es decir el “derecho penal de la prisión”? Toda radical reducción del “derecho penal en los libros” que no incluya aunque sea el derecho penal mínimo en los hechos, dejaría inalterado el nivel de las penalidades efectivizadas. Pregunto, en términos ciertamente provocativos: ¿se piensa poder despenalizar también el hurto y el robo? Lo quisiera creer, pero lo dudo. ¿Cómo salir entonces de esta paradoja?

Contener la penalidad en los hechos

He tenido ya ocasión de esclarecer mi punto de vista (Pavarini 1994c): no pienso que la cuestión del reduccionismo penal (como por otra parte la del abolicionismo más o menos radical) pueda encontrar solución confiando sólo en la voluntad del Príncipe iluminado que unilateralmente acuerda contener dentro de términos más restringidos (o bien, abolir) el recurso a la penalidad. El “derecho penal mínimo” en los hechos no se produce en realidad por la sola voluntad del Príncipe (esta es una promesa no mantenida de la modernidad) y ni siquiera por convención democrática. (Pavarini 2000b)

Para entender esto es necesario echar un paso hacia atrás. Se lo debe confrontar críticamente con la crisis de las grandes narrativas al

interior de las cuales ha crecido nuestra cultura de la penalidad, determinando distintos pensamientos fuertes sobre la cuestión criminal: uno que se ha construido sobre la idea de Estado, simplificando la cuestión criminal en la relación entre derecho de punir y derechos de los ciudadanos; y otro que se ha construido sobre el paradigma del control social y que, en consecuencia, ha retomado el tema de la desviación criminal en el marco de las políticas de ingeniería social. Ambas tradiciones han derivado políticamente tanto en un sentido autoritario como en otro progresista: históricamente, la primera se ha realizado en la ideología estadual y autoritaria, como en la cultura garantista; la segunda, coherentemente, se ha producido en las políticas del Estado Social avanzado, de una forma no distinta a las pesadillas orwellianas. Singularmente, cada determinación histórica de control social ha producido su “visión” especular.

La crisis de estas lecturas criminológicas se produce en la crisis de las grandes narrativas de la modernidad antes que en los resultados políticos infaustos ocasionalmente favorecidos por éstas. Actualmente, la emergencia de aproximaciones posmodernistas, también en las políticas criminales (Brodeur 1993; Cohen 1990; Hunt 1990; Smart 1990) es una, quizás desesperanzadora, demostración. Todo esto me sirve para aclarar que la cultura moderna de la penalidad que hemos obtenido como herencia, confiando en la utilidad del *farmacum* del su-frimiento legal (Resta 1992), no nos ayuda a pensar cómo librarnos —en todo o en parte— de la necesidad de castigar.

A estas tendencias de fondo —en buena medida cómplices del proceso inflacionario de la penalidad— parecen contraponerse tanto la aproximación reduccionista como la abolicionista.

Luigi Ferrajoli, ciertamente el más lúcido y culto exponente hoy en Italia de una cultura garantista favorable a la hipótesis reduccionista de un derecho penal mínimo, se plantea una cuestión crucial: ¿qué formas alternativas de legalidad pueden pensarse para el Estado Social del futuro?

En tanto la actual ilegalidad en Italia resulta en parte como efecto de las formas de su pasada y presente legalidad, tan marcadas —especial-

mente en materia penal— por esa incertidumbre del derecho que es terreno fértil para la difusión de la ilegalidad, Ferrajoli propone, en consecuencia, la elección reduccionista —justamente a favor de un derecho penal mínimo— como flexibilización necesaria aunque no suficiente para refundar la legalidad. La tesis es simple: antes todavía de entrar en la consideración de los contenidos sustanciales de las nuevas formas de legalidad —qué intereses proteger penalmente— es cierto que la posibilidad de afirmar un nivel aceptable de legalidad está subordinado a la contracción de las definiciones legales de ilicitud.

Por regla, el tema de la despenalización se traduce en la reflexión político-legislativa como individualización del principio capaz de distinguir lo que merece ser penalmente protegido de lo que en cambio puede no ser penalmente tutelado. Y la referencia obligada ha sido siempre, en la cultura democrática y progresista, la carta constitucional y los valores protegidos y jerarquizados por ésta (Bricola 1973).

Pese a ser radicalmente distantes, tanto la política inflacionaria como la deflacionaria del derecho penal terminan por reproducir, en el contexto de la cultura jurídico-penal de Italia, la ilusión del primado de la ley penal, confiando ambas en que más o menos justicia penal depende simplemente de la elección legislativa de penalizar o despenalizar.

Una confirmación ulterior de la crisis de las grandes narrativas criminológicas en lo que respecta a sugerir políticas criminales adecuadas viene dada, precisamente, por las posiciones abolicionistas (Bernat de Celis y Hulsman 1982; Bianchi 1981; Christie 1982; Mathews 1987; Scheerer 1983) desarrolladas en aquellos países que más coherentemente habían, en el pasado, articulado políticas de democratización con estrategias de control social.

La aproximación abolicionista es por excelencia un pensamiento débil (Pavarini 1985), ya desencantado de las posibilidades de comprender la cuestión criminal y, por lo tanto, radicalmente orientado a reconstruir la unicidad de la noción misma de criminalidad y a mostrar sus múltiples apariencias. Es, en efecto, sólo sobre el fundamento posmodernista de que la criminalidad no es otra cosa que una cons-

trucción ficticia exactamente como la del Estado, que el abolicionismo responde que puede darse un conocimiento de la criminalidad y en consecuencia una política criminal capaz de combatirla útilmente. Así, el sistema de justicia penal es sólo el instrumento para reforzar un orden artificial en el proceso de monopolización por parte del Estado Social. La formación monopolista se realiza con la creación artificial de aquello que es penalmente protegido, donde lo penalmente protegido pertenece al derecho porque fue creado artificialmente por éste mismo. Liberarse, entonces, del sistema de justicia penal significa liberarse de aquello que impide a la sociedad civil buscar y encontrar soluciones a los problemas propios.

Ahora bien, me parece que más allá de su radical contraposición, la ilusión represiva, la fe reduccionista y la utopía abolicionista terminan por olvidar un elemento decisivo: que la determinación del criterio capaz de diferenciar lo que merece ser penalmente punido de lo que puede ser resuelto de otro modo, o bien la elección de no recurrir a la protección penal, debe ser socialmente fundada.

En la perspectiva de las políticas de despenalización esto significa que la cuestión para la afirmación histórica de una contracción del recurso penal no pueda ser únicamente perseguida a través de un derecho penal mínimo en los códigos, o bien en la abrogación del mismo, sino sobre todo en la determinación de las condiciones para una justicia penal mínima o inexistente en los hechos.

En consecuencia, las nuevas condiciones de la legalidad del Estado Social futuro se buscan en aquellas estrategias políticas, sociales, culturales y económicas –antes que jurídicas– que permiten responder a las necesidades de seguridad de la sociedad sin tener que invertir en el recurso penal (Downes 1988). Es decir que el espacio material de la despenalización y del abolicionismo, se ve definido por las condiciones sociales que permiten responder de maneras distintas a los problemas actualmente hegemonizados por el recurso penal, antes que en la reescritura de las leyes.

La cuestión resulta entonces muy compleja. Más compleja de cuanto la inteligencia jacobina de los reduccionistas y abolicionistas

pueda sospechar. Los límites de la penalidad material pueden trazarse de maneras distintas bajo una lógica reduccionista (e incluso tal vez abolicionista) sólo y en cuanto lleguen a tutelar diversamente las necesidades de defensa social que hoy se expresan a través de la demanda de penalidad. En otras palabras, sólo si las necesidades de censura y de defensa social pueden satisfacerse diversamente. Donde “diversamente” no indica un espacio del “deber ser” normativo sino justamente el de la acción social.

Y entonces me pregunto: ¿no será que ha llegado el momento, para una cultura y gobierno de izquierda, de pensar y proyectar una política criminal y penal pensando radicalmente “en otra cosa”, es decir en cómo dar satisfacción a las demandas de seguridad, más allá de la penalidad amenazada y/o efectivizada?

V. Estrategias de lucha: los derechos de las personas detenidas y el abolicionismo

Algunas notas personales

Resulta extraño, y por ello pido autorización, anticipar consideraciones “personales”. Sin embargo, en razón de lo que argumentaré pienso que no se puede prescindir de algunos datos bio-bibliográficos.

En treinta y cinco años de reflexión sobre la cárcel no me he interesado nunca por los derechos del detenido. Confieso que en tanto penólogo en sentido estricto, pero siempre de formación penalista, esta circunstancia es, al menos, sorprendente. Sin embargo, esta laguna no es ciertamente imputable a la desatención o a algún capricho “estético”, que acompaña siempre todo recorrido de investigación en el cual hay temas que gustan y temas que no. He evitado este tópico carcelario, tan exquisitamente jurídico, con mucha prudencia y de manera consciente. Y la razón de fondo es que me ha parecido siempre, mucho más que cualquier otro tema, signado por un fuerte déficit teórico. Un déficit tan radical capaz de bloquear cualquier comunicación científicamente congruente entre el discurso de los derechos del detenido y la dimensión “real” de la penalidad carcelaria, como precisamente lo son –en un delirio cacofónico de tipo futurista– las palabras en libertad.

Tengo una extensa militancia –extensa como mi vida profesional– en el movimiento abolicionista, no del sistema de justicia penal, sino de la cárcel como institución. He sido un convencido abolicionista de la cárcel cuando parecía relativamente fácil librarse de la necesidad de esta institución total, por otra parte completamente en crisis.

Frente a la nueva época de oro de la cárcel –inaugurada por los procesos de re-encarcelamiento– he dedicado mucho tiempo a tratar de entender científicamente lo que estaba sucediendo y sus razones. Políticamente, me he ocupado de reducir los daños de un proceso que parece querer hacer retroceder en el tiempo las manecillas del reloj de la historia. No me he interrogado seriamente en este contexto si las razones del abolicionismo seguían siendo válidas.

Creo que ha llegado el momento de entender por qué he sido reticente a ocuparme del tópico de los derechos de las personas detenidas y por qué me he equivocado, políticamente, al no insistir en una estrategia de superación de la cárcel.

La pena degradante y la “cosificación” del detenido

Como ha sido señalado ya, en su fundación filosófica en los orígenes de lo penitenciario, la pena de privación de la libertad de ejecución carcelaria se coloca en la esfera del “no-derecho”. Por otra parte, como nos enseña la sociología de la pena, la cárcel en su dimensión material es producción agregada y artificial de *handicap*, es decir que se trata de la producción de sufrimiento como privación y limitación de derechos y expectativas (Marí 1993). Y sólo la metafísica romántica, como nos ilumina Brombert (1975), ha podido imaginar una pena que se auto-censurase como la pena del alma sufriente por la privación de libertad. La pena de cárcel es y sigue siendo, en esto no distintamente de cualquier otra penalidad, un sufrimiento causado intencionalmente con fines de degradación. Y el efecto degradante de la pena se traduce en la “cosificación” del condenado-detenido, en su reducción a la esclavitud, en la sujeción del Otro al poder. La cárcel es, entonces, el aparato administrativo inventado por la modernidad –aun cuando haya sido heredado de la tradición jurídica premoderna de los vínculos y de los *status* de dominio/sujeción impuestos por la relación de *corvée*– para la producción material, precisamente, de la servidumbre penal. En este sentido la cárcel, al igual que otros dispositivos discipli-

narios, se coloca en el cono de sombra del no-derecho, como opuesto simbólico y funcional al principio “luminoso” del *habeas corpus*. O por lo menos así ha sido en los orígenes de la modernidad y en la reflexión jurídica que siguió hasta el ochocientos.

Un territorio libre del derecho

Después siguió, en el inicio del siglo pasado y en particular en la reflexión alemana (Mayer 1924; Schmitthenner 1845/1967), la doctrina administrativista de la “supremacía especial” (Offidani 1953), surgida para dar cuenta de la existencia de los muchos “espacios vacíos por y desde el derecho” todavía presentes y no resueltos por el proceso de estatización de la sociedad. En mi opinión es discutible considerar “ideológica” en sentido negativo esta fundación teórica, es decir como fundada sobre un prejuicio, como han argumentado Ruotolo (2002) y Pennisi (2002) en dos óptimas y exhaustivas monografías sobre los derechos del detenido. Por el contrario, estaría tentado a calificar esta teoría como sociológica, es decir, descriptiva del “ser”, capaz de decir la verdad, lo real, de la penalidad, como de otros “hechos sociales”, para decirlo al estilo de Durkheim. Por el contrario, si esta lectura descriptiva asumiera alguna dimensión “prescriptiva”, del “deber ser”, entonces sólo se transformaría en una ideología tecnocrática. Pero a nivel de teoría “sociológica” ésta se encuentra científicamente fundada: no obstante el creciente dominio de lo jurídico existen aún espacios irreducibles de relaciones sociales de sujeción unilateralmente dominadas por poderes que se sustraen, total o parcialmente, a cualquier predeterminación legal. Son los espacios que Foucault (1975) definirá, muy lejos de esta teorización nacida en la Alemania bismarkiana, como lugares de disciplina. La cárcel, como el manicomio, el colegio, el ejército, pero también –si no más, por su relevancia social– la familia, la escuela y la fábrica, resisten como espacios no totalmente hegemonizados por el derecho, donde se despliega un dominio tendencialmente “libre” y por tanto “discrecional” de algunos seres sobre otros, al punto que algunos

de éstos sufren, si bien en distintos grados, de libertades “vaciadas” y/o “devaluadas” y/o “limitadas”. Esta teorización no se expresa, realmente, acerca de los límites que el derecho puede o podría poner a las relaciones de dominación. Sólo deja entender que dicho dominio no podrá ser nunca absorbido, hegemónizado por el “derecho”. Permanecerá siempre un núcleo mínimo pero fuertemente resistente y refractario de libertad “del” derecho.

El “nuevo” derecho del condenado a la reeducación

En lo que se refiere al tópico carcelario y a la fundamentación teórica de los derechos del detenido, una nueva etapa se abre en la segunda mitad del siglo pasado con la asunción del modelo correccional de justicia penal (Garland 1985, 1990). Como se ha visto, este modelo orienta teleológicamente —y por lo tanto limita— el poder disciplinario hacia la finalidad de inclusión social. Entonces la pretensión punitiva del Estado resulta vinculada a la obtención de una finalidad precisa: la resocialización del condenado. Considero que es justamente la emergencia de la cultura correccionalista, por un lado, y la afirmación de objetivos de prevención especial positiva de la pena, por el otro, las que favorecieron, si no determinaron, aquella grave situación de confusión y equivocación que está en la base del déficit teórico arriba denunciado.

Como se quiera entender la época de oro del correccionalismo penal, debemos reconocer cómo esta cultura jurídica especial-preventiva ha terminado por operar una radical suspensión o “puesta entre paréntesis” de los términos en que venía desarrollándose hasta entonces el tema de los derechos del detenido. El conflicto entre libertad “de” y libertad “del” derecho se ve ocultado y progresivamente oscurecido por el surgimiento del nuevo derecho/deber a la reeducación. Pero de este modo se abren algunas insanables antinomias.

Si el objetivo de la educación es un fin y un límite a la/de la pretensión punitiva, la reeducación (es decir la promesa del Estado de ocuparse de la inclusión social del condenado) se eleva al rango de

pretensión jurídica, es decir de derecho fundamental del mismo detenido, derecho que absorbe y anula cualquier otro. Todo otro derecho del detenido subyace no más y no tanto en la pretensión punitiva del Estado, sino en el derecho a la resocialización del mismo condenado. Es decir que no es posible resistir al bien de la reeducación, ya que el objetivo del Estado de punir coincide con el del condenado a ser educado. El tema del conflicto sobre el cual se construye fisiológicamente el espacio de los derechos se ve por lo tanto anulado, eliminando uno de los sujetos de la relación.

De otro modo se podría argumentar —pero con esto determinando otra aporía— que el tratamiento penitenciario reeducativo se sustancia en la educación en la legalidad a través de la legalidad, es decir a través del ejercicio pleno (o mejor, más pleno) de los derechos del condenado. Pero con este proceder el Estado debería simple y radicalmente renunciar a punir, es decir a infligir intencionalmente un sufrimiento. Pero la cárcel, al igual cualquier otra penalidad alternativa a la cárcel —como enseña la experiencia de los procesos de excarcelamiento— comporta siempre significativas limitaciones de las libertades y derechos del condenado, en obsequio de la ley áurea de la *less eligibility* según la cual las necesidades de degradación social imponen la producción “agregada” de diferenciación social. Por lo tanto, el Estado debería renunciar a punir, dedicándose a “premiar” al condenado, garantizándole o esforzándose por garantizarle alguna forma de promoción social. Es esta una situación aparentemente paradójica que a veces puede darse. Pero la paradoja es sólo aparente. Parto de mi experiencia como frecuentador de los infiernos penitenciarios del tercer mundo. He visitado penitenciarías del tercer mundo en las que la población detenida, aún privada de su libertad en condiciones inimaginables para el primer mundo, al menos una vez al día recibe una comida y si se encuentra gravemente enferma recibe una suerte de ayuda médica. Este universo penitenciario está compuesto principalmente por poblaciones marginales que viven en los guetos metropolitanos en los que contar con algo para quitarse el hambre o curarse no se encuentra garantizado. Pero repito, la paradoja es sólo aparente:

la cárcel en estas realidades se ha alejado ya de toda dimensión punitiva (si alguna vez la tuvo), para transformarse en el único presidio de un *welfare* minimalista para los “miserables de la tierra”. Las penas en estas situaciones extremas son precisamente las informales y/o ilegales: la pena de muerte, la tortura sin proceso por parte de la policía o el linchamiento de la muchedumbre, es decir, formas de penalidad premodernas.

De todos modos, lo importante es afirmar este punto: si la cárcel u otra modalidad de castigo se alienan de la función material y simbólica de producción y reproducción de la diferenciación social, traicionan la *misión* de la penalidad. No son más castigos legales.

La vía de la resocialización y del tratamiento correccional, prescindiendo de toda valoración crítica sobre el grado de efectividad contingente e históricamente alcanzado, no conduce entonces a una distinta y más convincente afirmación de los derechos de quien sufre la pena. Por el contrario, lleva en una dirección en que el tema no puede encontrar fundamento alguno en función de la coincidencia de intereses entre Estado y condenado, o bien no existe más porque el Estado ha renunciado a toda pretensión punitiva respecto del condenado.

Por otra parte se puede sostener —como lo hizo Margara (1997)—, que en la era de la resocialización la calidad de vida de “nuestras” cárceles se ha elevado. Y en este proceso los detenidos han gozado de mayores libertades que en el pasado. Es verdad. Pero todo esto, entiéndase bien, tiene poco que ver con el derecho/deber a la resocialización y está más vinculado al proceso de civilización de las costumbres —para decirlo siguiendo a Elias— y a la tendencia a la humanización de los castigos¹. Quiero decir que este “progreso” se hubiera dado también en ausencia de una cultura especial-preventiva.

En suma, más allá de un paradigma jurídico de tipo conflictual, no es posible dar fundamento al tópico de los derechos del detenido/condenado. La pregunta en este punto es la siguiente: ¿es posible hoy, en plena crisis del modelo correccional, fundar una teoría jurídica distin-

ta de los derechos del detenido/condenado, adhiriendo a un paradigma conflictual de la penalidad?

Los criminales como “enemigos” y los derechos de los prisioneros

La idea y las prácticas de una penalidad orientada hacia el solo fin de la neutralización, plantean —y fundadamente— más temores políticos que perplejidades científicas. Quiero callar sobre los temores, que comparto. En lo concerniente a las perplejidades científicas, concuerdo con lo que decía Baratta (1984, 1985a): “la finalidad de la prevención especial negativa no es ideológica, en el sentido de que no prescribe una finalidad *ideal* que no pueda realizarse como función *material*”. Bajo esta óptica es inatacable desde la razón crítica. Ciertamente, puede no gustar. A mí personalmente no me agrada, pero por razones ético-políticas, no por razones científicas.

Sin embargo una cosa es cierta: una política de represión penal que se adhiera al paradigma de la guerra, libera o alivia fuertemente la misma de todo compromiso tanto con la urgencia vindicativa de tipo retributivo, como con la vocación solidaria de tipo reeducativo. En la guerra se hacen enemigos y prisioneros pero no para educarlos con fines de integración social. Se hacen enemigos y prisioneros por la sola necesidad de defensa.

Tanto abstracta como idealmente, esta “nueva” cultura del “derecho penal del enemigo” parecería más abierta a una seria consideración de la tutela de los derechos de los enemigos “capturados”: una vez desarmados y puestos en condición material de no agredir, todo otro sufrimiento infligido —es decir cada nueva reducción y compresión de los derechos— resultaría inútil y sobretodo injustificada e injustificable. Si reflexionamos bien, esta lógica estuvo ya presente en la experiencia del exilio y de la deportación como sanciones criminales. Y lo es hoy también, en la difundida práctica de la detención administrativa con fines de expulsión de extranjeros que inmigran irregularmente al primer Mundo.

Lamentablemente, en un *mundo único y global* no hay una nueva Australia adonde se pueda deportar a los enemigos “internos”. Sólo la fantasía futurista de la película *Escape from New York*, sugiere otras posibles deportaciones.

Pero precisamente este “sueño” de un dispositivo administrativo, con el fin único de la exclusión social y no de producción de sufrimiento, se convierte en los hechos en una negación de todo derecho para quien está obligado a padecerlo. En efecto: la tematización de la exclusión conduce obligatoriamente, antes o después, a la determinación material de un “espacio absoluto de no-derecho”. La lógica de la neutralización, de hecho, conoce un solo resultado coherente: el debilitamiento del enemigo. Efectivamente, la historia nos enseña que la tentación recurrente del campo de concentración, es la de transformarse en campo de exterminio.

Por lo tanto, tampoco la retórica y la práctica de los condenados como “belligerantes”, como “rehenes”, llega a dar un espacio “teórico” creíble a los derechos de quien es castigado.

Déficit teórico y consecuencias políticas

Después de este recorrido en búsqueda de un fundamento para la afirmación de “libertades *de* derecho” —luego, ¿cuáles? y garantizadas ¿de qué forma?— incluso en los espacios de “libertad *del* derecho”, finalmente me convenzo de la presencia de un déficit teórico de fondo, a fin de cuentas casi paralizante.

Es verdad, cómo no darse cuenta, que hace al menos cincuenta años que, primero a nivel supranacional y luego nacional, se ha inaugurado la etapa, no sólo doctrinaria sino también legislativa y jurisprudencial, de la afirmación de algunos —luego crecientes— espacios de libertad para quien está penalmente privado o limitado de ella.

Pero, cómo no advertir que esta etapa no ha desplazado ni un solo milímetro la cuestión teórica de fondo: cualquier derecho del condenado y todavía más del detenido, se afirma por medio de la fórmula

negadora del derecho reconocido “condicionalmente”. Las recurrentes subordinadas del tipo “con tal de que no contraste con las exigencias de la detención”, “siempre que no sea un impedimento a las necesidades de disciplina”, etc., nos confirman la existencia de espacios de “libertad” sólo eventuales y siempre concedidos por quien, discrecionalmente, puede también negarlos. Para entenderlo bien, estas formulaciones son todavía hijas legítimas de la teoría administrativa de la “supremacía especial”.

Aun cuando el reconocimiento formal de un derecho es completo, de hecho está subordinado: no tanto por el poder discrecional de la autoridad, como por la naturaleza de la penalidad misma. Piénsese en el derecho a la vida y a la integridad física del condenado frente a la incontrastable e insuprimible nocividad de la cárcel. Incluso en la mejor cárcel del mundo una detención media significa una reducción significativa, empíricamente cuantificable y cuantificada, de la expectativa de vida del detenido (Gonin 1991). Entonces el derecho a la vida y a la salud del detenido es —incluso en la realidad carcelaria más virtuosa y por eso mismo, sólo virtual— aquello que resulta “posible” tutelar de la vida y de la salud, en una realidad que amenaza, comprime y reduce *naturalmente* estos bienes. Pero esto puede decirse también de la pena de flagelación; en efecto donde se la aplica, como por ejemplo en los países islámicos, sabemos que lo es bajo la estrecha vigilancia médica y después de la ejecución el supliciado es asistido adecuadamente en estructuras hospitalarias. Entonces en la pena de flagelación como en la pena de cárcel, el derecho a la salud se reduce a aquello que resulta posible, es decir “residual” a la ejecución de la pretensión punitiva del Estado y sólo “compatible” funcionalmente con ésta. Yo no veo un solo derecho, —de los numerosos “abstractamente” reconocidos también al condenado privado o limitado legalmente de la libertad personal, que en buena sustancia deberían ser, y en parte lo son, *in the books*— que no sea aquel que contingentemente “puede sobrevivir”, siempre residualmente, a las necesidades materiales y funcionales que sustentan la ejecución de la pena misma. Y entonces, honestamente, no creo que se pueda hablar de “derechos” en sentido propio. Mi posición es distinta.

Por un lado, es crítica respecto a una teorización que considero ideológica en términos negativos, que quisiera hacernos creer en la posibilidad “real” de una penalidad privativa y/o limitativa de la libertad personal respetuosa de todo otro derecho. Como he tratado de demostrar, esta posición no sólo no describe el “ser” de la penalidad, sino que prescriptivamente indica una meta “imposible”, ya que la naturaleza misma del castigo legal es la producción artificial de una diferenciación social por degradación del estatus jurídico.

Entonces, esta posición puede ser sostenida, pero sólo a condición de que se sea consciente de su naturaleza embustera y por lo tanto se haga uso de ella sólo de manera políticamente instrumental. Quiero decir que ésta es aceptable políticamente, en cuanto se plantea lo imposible.

Los procesos de multiplicación y especificación de los derechos están efectivamente en la base de la lucha por los derechos. La lucha política por los derechos, siendo éstos últimos nada más que una “construcción social”, se asume una vez desaparecida toda ilusión de fundación iusnaturalista de los mismos. Y los espacios de libertad “del” derecho determinan necesariamente un conflicto tendiente a limitar su perímetro, en la conquista de nuevos territorios “para el” derecho. Así ha sido, es y siempre será, aun con diversas vicisitudes. Una frontera “móvil” —donde los retrocesos y los avances son fisiológicos— entre derecho y no-derecho signa contingentemente el enfrentamiento entre las fuerzas del campo. Y esto vale para toda lucha por la conquista de los derechos, una vez que se asume que los derechos son tomados en cuenta “seriamente”. Pero, a diferencia de lo que es posible abstractamente en otros espacios comprendidos entre el derecho y el no-derecho, en el sistema de ejecución de las penas, son el contenido y el sentido del castigo legal los que se construyen como negación del derecho. Superar esta posición significa renunciar a punir. Por lo tanto, hasta que no nos liberemos de la necesidad de punir, debemos ser conscientes de que no podrá nunca imponerse la libertad “de” derecho sobre la libertad “del” derecho. Podrá ciertamente avanzar, pero nunca más allá del umbral que nos permitiría afirmar que, finalmente, también los condenados tienen derechos.

Para poder imaginar una sociedad sin prisiones

Hubo un tiempo en que se pensó seriamente que se podría prescindir de la cárcel. Digo seriamente, porque “librarse de la necesidad de la cárcel” no fue una meta vivida como utópica sino como políticamente realista, aun siendo ambiciosa, pues le pareció a algunos y no precisamente a pocos, que estaba al alcance de la mano.

Ese tiempo, en realidad, es apenas ayer: las décadas de los años setenta y ochenta del siglo pasado. Yo ya me ocupaba profesionalmente de la cárcel, en el sentido de que reflexionaba científicamente sobre esta modalidad de punir. Y era un abolicionista convencido. No sólo y ni siquiera principalmente por generosidad de corazón (o bien, por las buenas intenciones que ennoblecen el espíritu de los jóvenes), sino porque científicamente me persuadían las tesis que se manifestaban a favor de una superación histórica de la pena privativa de la libertad y pensaba que las condiciones históricas para la superación de la cárcel estaban ya presentes o eran, cuanto menos, inminentes.

Con los años noventa, la historia ha tomado aquel pliegue que todos conocemos y que parece comportar también, entre otras muchas consecuencias, la de una nueva centralidad de la cárcel en las políticas de control social. Es fácil concluir entonces que la estrategia abolicionista, fallando manifiestamente, ha develado aquella penología revisionista que insistía en la obsolescencia histórica de la pena detentiva como científicamente errónea. Personalmente considero que las cosas son más complejas. Tal vez ha llegado el momento de revisar críticamente la cuestión abolicionista, sobre todo hoy, bajo el dominio de un nuevo “gran internamiento”.

El abolicionismo carcelario —al menos en la literatura penológica revisionista de los años setenta y ochenta del siglo XX— apuesta a la superación histórica de la pena privativa de libertad por razones, si no opuestas, ciertamente muy distintas de aquellas que habían denunciado el fracaso de la invención penitenciaria durante al menos dos siglos.

La prevención —del delito y/o de la reincidencia— a través de la pena carcelaria, ha sido bastardeada como imposible hace por lo

menos dos siglos². Que la cárcel ha sido desde siempre un holocausto es una verdad conocida hace tiempo. Pero no basta con tomar en cuenta ese fracaso para avanzar una hipótesis abolicionista científicamente fundada.

Toda la segunda mitad del siglo diecinueve está llena, como nunca, de posiciones de intransigente repudio del escándalo carcelario y de genuina voluntad de encontrar alguna cosa mejor que la pena privativa de libertad. Pero se trata de una fe abolicionista demasiado ingenua. Ésta, en efecto, se origina en un estado de indignación moral frente a la constatación de que las finalidades manifiestas de la cárcel no se realizan. Lo penitenciario no es sólo sufrimiento del espíritu, sino también y sobre todo de la carne, como en las aborrecidas penas corporales de la premodernidad. La cárcel no enmienda al delincuente sino que lo pervierte, ulteriormente, y no disuade de delinquir, como la estadística de la criminalidad de fines del ochocientos demostraba fácilmente. Entonces, ¿por qué se insiste en una justicia penal de la prisión?

Hasta que no se logre dar una respuesta razonable a esta pregunta, no se podrá siquiera imaginar una sociedad sin prisiones. La penología revisionista ofrece una respuesta que a mí me parece, aún hoy, muy convincente. Recorramos velozmente senderos ya recorridos.

Abolicionismo y penología revisionista

Como ya se vio, la literatura criminológica radical de los años setenta comparte, aunque con diversos énfasis, métodos y calidades, un elemento común: el hecho de ser una lectura crítica del control social y penal en las democracias del Estado Social maduro. Más específicamente, en lo que concierne al tópico penológico, el movimiento revisionista lee la cárcel como una necesidad de la modernidad.

Aún crítica respecto de la institución penitenciaria y de la ideología y prácticas correccionistas, aquella literatura penológica piensa las

formas históricas de la penalidad contemporánea como dirigidas a finalidades de control social de tipo inclusivo. Este es el punto nodal: la cuestión abolicionista nace en el interior de la cultura progresista del Estado Social, la única que permitía entender cómo las razones originarias de la cárcel fueron decayendo progresivamente.

En esto, como tuve oportunidad de aclarar, la hipótesis abolicionista no tiene nada de subversivo: desde la mitad del siglo pasado la reforma penal se orienta en el mundo occidental hacia el horizonte del desencarcelamiento, como un destino obligado.

La idea de la *decarceration*³ es en sí misma simple, como parece simple aquella que inspiró la invención de la cárcel. El objetivo de la integración social del condenado no necesita más de prácticas correccionales en la cárcel, sino de tomar a cargo al desviado en la *community*, en lo social; un social ordenado y abundante de redes ofrecidas y organizadas por el Estado del *welfare* (Cohen 1977). El desencarcelamiento como objetivo político a alcanzar en el corto y mediano plazo conoció entonces su época de oro.

El pensamiento abolicionista no hace otra cosa que recoger las consecuencias del cambio disciplinario y aprovechar la contingencia histórica de observar la cárcel y su historia, en el momento en que se evaporan las razones de su originaria fundación. Convencido de que esas necesidades de disciplina social habían desaparecido definitivamente, prefigura, a menudo temiéndolas, las nuevas necesidades de control social no custodiales, es decir ya no fundadas en el secuestro institucional de los portadores del malestar y del conflicto social (Bakal 1973; Janowitz 1976). En la reflexión científica, paradigmático en esa etapa, al menos en el contexto italiano, fue el denso ensayo de Melossi publicado en Italia en 1980, pero meditado y escrito en los Estados Unidos y pensando especialmente para los Estados Unidos: sobre las cenizas de las instituciones panópticas las nuevas necesidades de disciplina social privilegian y se identifican cada vez más con la dimensión urbana y con su organización de los espacios. La cárcel aparece, enton-

ces, como una vieja reliquia del primer capitalismo que malamente trata de sobrevivir a un destino ya signado.

Malos entendidos e ingenuidad

Los límites entre reduccionismo y abolicionismo de la cárcel no se han trazado nunca claramente. En efecto, para distinguir las dos posiciones frecuentemente militan sólo valoraciones de oportunidad estratégica y no de principios, como en cambio se ha dado entre abolicionismo y reduccionismo penales (Ferrajoli 1985; Hulsman 1983; Pavarini 1985). Invocar el criterio de la pena privativa de libertad como *extrema ratio*, logra poner de acuerdo si no a todos, ciertamente a la mayoría. Y desde la mitad del siglo pasado el objetivo del progresivo desencarcelamiento es asumido tanto a nivel supranacional como nacional. Yo, por ejemplo, no conozco de aquel período ningún sostenedor de la cárcel. Increíble pero cierto: respecto de la cárcel la mayoría decía sólo todo lo malo posible, salvo unos pocos que desconsoladamente admitían que todavía no se habían determinado plenamente las condiciones políticas para reducir su uso. Claramente, era sólo una cuestión de tiempo. Sobre la futura muerte de la cárcel todos estaban dispuestos a “poner las manos en el fuego”.

En suma: el abolicionismo carcelario rápidamente se recostó sobre una perspectiva política moderada, minimalista e ingenua que terminó por asociar abolicionismo con desencarcelamiento y desencarcelamiento con más recorridos alternativos a la pena detentiva. *Ergo*: quien se pronunciaba a favor de estos últimos terminaba por aparecer a favor de la abolición de la pena privativa de la libertad. ¡Una bella confusión, no hace falta decirlo! Pero que a fin de cuentas no es imperdonable. Se puede alegar algún atenuante para el malentendido.

“Más alternativas a la cárcel, igual, menos penas carcelarias”, le parecía a la mayoría algo de palmaria evidencia. No creo haber podido, en ese momento, convencer ni a una sola persona de que esa relación era posible pero no necesaria. Un esfuerzo derrochado.

Por otra parte, la etapa de las “alternatividades” (a través de la derivación procesal, las penas sustitutivas y las medidas alternativas) todavía no era entendida como un efecto obligado de la flexibilización de la pena –y por tanto de la producción de un derecho penal cada vez más desigual en la fase del *sentencing* (Pavarini 1996)– sino solamente como una oportunidad para reducir el recurso a la pena privativa de libertad. Y por esto se prestaba atención a aquellos contextos nacionales que se habían inclinado, en mayor medida, a favor de los recorridos de alternatividad. Para entenderlo bien, en estos contextos, la dimensión de “otra cárcel”, es decir de quien sufría una pena en todo o en parte no custodial, era –incluso algunas veces– más amplia que aquella de la pena de privación de la libertad. Bastaba ese simple dato para hacer creer que invocando esa estrategia se estaba abordando el problema en una perspectiva abolicionista y en un razonable lapso de tiempo. Sin embargo, la penología crítica de aquellos países ya advertía que la ampliación de los circuitos de alternatividad no se compensaba con una correlativa restricción de la penalidad carcelaria (Cohen 1985b; Christie 1993). Por el contrario, en los Estados Unidos de aquellos años parecía asistirse a una situación paradójica: más condenados a penas restrictivas de libertad se acompañaba de más condenados a penas privativas de libertad. Y todo esto, en algunos, comenzaba a hacer vacilar el optimismo penológico que había permitido incluso a la doctrina más cautelosa sostener una relativa estabilidad de las penas detentivas en el mediano plazo y una tendencial reducción de las mismas en el largo plazo (AA.VV. 2001; Beck y Blumstein 1999; Blumstein 1984; Blumstein y Cohen 1973).

Habíamos entrado en la tercera fase de evolución de la cárcel y ninguno había sido capaz de comprender con la debida anticipación esta evolución. Se necesitaba tiempo para entenderla (Beyens, Snacken y Tubex 1995). ¿Cómo fue posible que aún por largo tiempo se insistiera en estar atento respecto a la difusión de las nuevas estrategias de *soft control*, cuando ya era evidente que la característica cada vez más clara desde los años ochenta era la de un fuerte retorno a las políticas de *hard control*, *in primis*, el nuevo rol hegemónico de las prácticas de

secuestro institucional? No pretendo absolver a nadie, mucho menos al suscrito que no fue la excepción en esa difusa desatención (Pavarini 1986). Pero ciertamente el *novum* que avanzaba era difícil de entender para quien se movía aún con las categorías científicas elaboradas en la cultura del Estado Social.

Abolicionismo sin nostalgia

Ha llegado el momento de recoger los remos de la barca.

He aclarado cómo la cultura y las prácticas abolicionistas de la cárcel surgen y se imponen al interior de las políticas inclusivas propias de los avanzados Estados Sociales de Derecho, fundiéndose sobre modelos explicativos capaces de dar cuenta de las razones históricas (en el sentido de económicas, sociales y políticas) de la inadecuación irresoluble del modelo custodial con los objetivos de las nuevas políticas de control social. Incluso signado por un vergonzoso retraso en la comprensión de la involución de las políticas de control penal hacia explícitas finalidades de exclusión social, el paradigma abolicionista resulta aún hoy convincente cuando niega toda sobrevivencia a las prácticas de secuestro institucional al interior de una política de inclusión social; y con esto, denuncia radicalmente como ilusoria toda esperanza de poderse oponer a las políticas penales de neutralización selectiva, confiando en un retorno a una penalidad carcelaria tratamental e inclusiva. Si la cárcel se parece cada vez más a un campo de concentración, esto no justifica un comportamiento nostálgico respecto de prácticas segregativas de explícita vocación pedagógica, simplemente porque éstas no pueden ya proponerse.

La cárcel, refuncionalizada en el estado de guerra como instrumento de neutralización de los enemigos, puede combatirse sólo atacando la cultura y las prácticas de un sistema de justicia penal especiales. Lo que significa —a nivel de la ejecución penal— adelantarse a las lógicas que subyacen a la diferenciación tratamental por razones de peligrosidad. Batalla difícil, cuyos resultados finales son muy inciertos en tanto

reenvían a la determinación de las condiciones económicas, políticas y sociales —mucho antes que jurídico-penales— favorables a un retorno de las políticas criminales de tipo inclusivo.

Pero si éstas últimas deberían retornar en algún momento como dominantes, un sistema de justicia penal del/a ciudadano/a y sólo del/a ciudadana/o no sabría más qué hacer con la pena carcelaria. La cárcel que no sea un campo de concentración —y se podría decir perfectamente que donde lo es, no es cárcel más que nominalmente, pues en los hechos es sólo un campo de concentración— simplemente no tiene futuro.

VI. El regreso a una pena fundamentalista*

De orillas opuestas

Ya han pasado más de veinte años desde que en Holanda el abolicionista Louk Hulsman exponía sistemáticamente su escepticismo radical frente al sistema de justicia penal, denunciando el fracaso y la imposibilidad ontológica de las penas legales, con respecto a las finalidades utilitaristas tanto de prevención especial como general a las que las mismas han sido orientadas, de acuerdo a la promesa de la modernidad nunca realizada y ni siquiera realizable en el futuro: *Peines perdues*, justamente (Bernat de Celis y Hulsman 1982).

Algunos años después, el penalista de formación dogmática Raúl Zaffaroni, desde las costas del Río de la Plata, con melancolía porteña se dirigía “...en busca de las penas perdidas” (Zaffaroni 1989), encontrando muchas y diversas formas de sufrimiento legal e ilegal, pero –nuevamente– ninguna capaz de responder positivamente a aquellas metas utilitaristas. En definitiva, él mismo termina por sugerir como únicamente viable una teoría escéptica de la pena que, por tanto, no esté dirigida a la legitimación de sus finalidades manifiestas sino a la limitación del daño producido por el sistema de justicia penal (Zaffaroni 2000)¹.

Con todo, la *recherche* debe proseguir.

Una vez dicho esto, creo que el interés debe desplazarse de entender las razones del triunfo de la pena útil sobre las resistencias planteadas por la pena justa (razones últimas que están inscriptas en el patri-

* Una versión de este escrito ha sido publicado originalmente bajo el título “La pena fundamentalista”, en *Iride*, Vol. XIV, N° 32, p. 87-102. 2001.

1 Desde posiciones no disímiles, ver en la cultura filosófica italiana reciente a Vattimo (2001).

monio genético de la modernidad), a los modos o, si se quiere, a los progresivos acomodamientos a través de los cuales este proceso de hegemonía se ha dado históricamente. Y el foco debe plantearse en la fase ejecutiva, el primer terreno de ocupación –triumfal y total– de la hegemonía utilitarista de la pena. Y para hacerlo, debemos referirnos a contextos jurídicos y culturales específicos.

En un primer momento, por lo tanto, haré referencia a la situación italiana. Esto me permitirá proceder velozmente. Por puntos, describiré una suerte de conquista en etapas de la idea de utilidad de la pena, a partir de la fase ejecutiva. Sostengo que la clave de lectura más ágil para describir este proceso es aquella capaz de captar la progresiva erosión del principio de inderogabilidad de lo juzgado en fase ejecutiva, exigencia decisiva, ésta última, de la afirmación valorativa de la pena merecida por el hecho como pena justa.

Seguidamente, en un segundo momento, quiero ocuparme, en cambio, de un perfil distinto que actualmente se conecta siempre más frecuentemente a la pena útil. Puede ser definido brevemente del siguiente modo: entre los efectos de la afirmación de un fundamento utilitarista de la pena, se encuentra la irrupción de la negociabilidad en la fase de determinación judicial y ejecutiva de los castigos legales (además de en la punibilidad, en sentido estricto) y como consecuencia de ello de amplias zonas de ineffectividad penal. Es indudable que los valores de la certeza y de la igualdad de las penas están hoy amenazados por todos lados y en contextos cada vez más diversos se asiste actualmente a una suerte de voluntad de restauración de los mismos. Es mi intención demostrar que este movimiento a favor de un retorno a la certeza de las penas –más o menos conscientemente– oculta una instancia de mayor penalidad².

2 En la literatura italiana, Eusebi (1983) y Manna (1997) comparten esta hipótesis explicativa, aun cuando desde una óptica parcialmente distinta de la que asumo en este capítulo.

La pena incierta

Tomemos en cuenta que el principio de la inflexibilidad de la pena en fase ejecutiva como efecto forzoso del principio de inderogabilidad de lo juzgado no ha existido nunca en nuestro sistema positivo, sino sólo en “la cabeza de los juristas”. La pena merecida por el hecho siempre ha sido virtual respecto de la efectivamente aplicada.

La penalidad en los hechos siempre ha estado gobernada por el Príncipe, incluso a través de la política criminal que definimos como indulgente (Pavarini 1997a). El sistema de la política no se ha limitado nunca a perseguir fines de utilidad por medio de la penalidad en abstracto (vale decir, por medio de la penalidad legal), sino que constantemente ha gobernado incluso la penalidad en concreto para satisfacer necesidades utilitaristas de variada naturaleza: de gobierno de la cárcel, de economía financiera, de consenso político, etc. (Pavarini 2006c). En suma, la pena en fase ejecutiva siempre ha sido objeto de “intercambio” por razones de utilidad.

El primer *vulnus* explícito a la inflexibilidad de la pena por razones especial-preventivas es previo a la misma codificación Rocco (1930): los regímenes de suspensión y liberación condicional de la pena son, en efecto, de vieja data, siempre aplicados masivamente y con riguroso automatismo. Mal disimuladas bajo la hoja de higuera de la prevención especial, la suspensión y la liberación condicional de la pena han perseguido la finalidad de limitar la penalidad en los hechos, concediendo a los momentos de determinación legal y de determinación judicial de la pena la posibilidad de satisfacer exigencias general-preventivas, sea positivas o negativas, sin tener que soportar los costos que tales elecciones generan a nivel ejecutivo.

En fin, sólo con la ley de reforma penitenciaria N° 354 de 1975, en el sistema de justicia penal italiano se eleva a regla el principio –ya no excepción, aun cuando cuantitativamente muy presente– de la pena “flexible” únicamente por motivos especial-preventivos.

La elección técnica operada ha sido aquella –y no se ve cuál otra podía ser bajo la hegemonía cultural de la resocialización– de la nego-

ciación de la pena en su fase ejecutiva. Así, a un primer “intercambio negativo” (equivalencia entre delito y pena) que se opera en la fase de determinación judicial del castigo legal al delito, se ha venido contraponiendo, en fase ejecutiva, la practicabilidad de un “intercambio positivo” o intercambio penitenciario entre parte o intensidad del sufrimiento legal —a través de la concesión de las medidas alternativas, en sentido estricto, y de los beneficios penitenciarios— y pronósticos favorables de no reincidencia (Pavarini 1996). Al menos esto ha sido así en los objetivos planteados por la ley.

La pena en los hechos adquirió así la virtud de poder ser más breve o más moderada, como más larga (por ejemplo, por la eficacia retroactiva de la revocación de algunos beneficios penitenciarios, como la liberación condicional o la puesta a prueba bajo supervisión del servicio social) o más severa (por el sometimiento del detenido al régimen de “vigilancia particular” y a la detención en cárceles especiales) que aquella merecida originalmente, por motivos que no se refieren más al pasado —a lo que se ha hecho— sino al presente o el futuro: cómo se es y cómo es factible presumir que se será.

Los parámetros legales que vinculaban el poder discrecional en su fase ejecutiva con el proceso sobre el autor, y que constituían por lo tanto los términos para determinar la judiciabilidad del intercambio penitenciario, estaban tan genéricamente indicados por la ley de 1975 como aquellos sobre los cuales fundar el pronóstico de no reincidencia. Por lo tanto, el arsenal justificativo de la flexibilidad de la pena en su fase ejecutiva fue inicialmente aquel propio de un modelo correccional, estando la discrecionalidad en la flexibilidad de la pena fuertemente vinculada a precisos contenidos especial-preventivos (Margara 1997).

Con la ley de reforma N° 663 de 1986 —conocida como “Ley Gozzini”— las cosas cambian y mucho.

Se acentúa la flexibilidad de la pena en su fase ejecutiva, por razones que se alejan cada vez más de las propiamente especial-preventivas, para adherir a una premialidad tendiente a suscitar en el condenado comportamientos considerados útiles en otro sentido (Presutti 1986). Por otra parte —y consecuentemente— el merecimiento de la

recompensa no está más ligado a una verificabilidad tratamental (en verdad sólo presunta), pudiéndose cada vez más gozar de beneficios a partir del estado de libertad, es decir sin observación de la personalidad en espacios carcelarios.

Soy de la opinión de que en el breve lapso de tiempo que va desde la reforma Gozzini hasta la legislación de lucha contra la criminalidad organizada de principios de los años noventa —sustancialmente sólo un lustro— a nivel de las prácticas interpretativas y a través de intervenciones jurisprudenciales, por un lado, se consuma definitivamente la ilusión correccionalista y, por el otro, se sientan los fundamentos de una nueva negociabilidad de la pena de naturaleza puramente tecnocrática, sensible a las razones exquisitamente políticas de gobierno “deflacionario” de la penalidad (Pavarini 1998b).

La nueva regulación de la diferenciación tratamental por razones de peligrosidad, aportada por la legislación de emergencia para la lucha contra la criminalidad organizada de principios de los años noventa, ciertamente extiende los términos de la negociabilidad —hasta el extremo de la renuncia a punir al condenado a cadena perpetua ante una colaboración calificada, o bien a punir en régimen especial al afiliado al crimen organizado que no colabora (Guazzaloca 1995)— pero debe quedar claro que ésta no hace más que avanzar por una vía que desde hace tiempo estaba ya trazada. Por otro lado, nunca como en este caso la utilidad de la negociación ha parecido tan evidente para todos. Quiero decir que difícilmente se pueda negar, a la luz de la experiencia, que la premialidad ampliada dirigida a negociar la colaboración del mafioso ha resultado útil en la lucha contra el crimen organizado, mientras es legítimo dudar que la misma haya sido útil alguna vez con respecto a los fines especial-preventivos. Parecería ser, que las razones de la utilidad son más susceptibles de ser satisfechas en la medida en que se construye la negociabilidad sobre prestaciones verificadas en el presente, en lugar de apoyarse sobre pronósticos comportamentales verificables sólo en el futuro.

La última etapa, finalmente, es aquella definida por la ley N° 165 de 1998, que en cierto modo extiende más aún los términos de la flexi-

bilidad, superando incluso los límites planteados por la negociabilidad. Por motivos que no pueden discutirse aquí, con esta reforma nos encontramos ya más allá de los umbrales de una flexibilidad negociada (porque falta la contractualidad, es decir no se da el intercambio penitenciario), para aventurarnos en aquellos de una parcial renuncia unilateral a punir en los hechos con la finalidad de mantener la penalidad en concreto –ya fuera de control– dentro de los límites de una compatibilidad sistémica (Presutti 1999).

Tratemos ahora de poner en evidencia algunos puntos firmes que surgen de la lectura de estas vicisitudes del reformismo penitenciario³.

El reformismo penitenciario de estos últimos veinticinco años participa como primer actor, pero en el marco de una trama más compleja que se despliega en un arco de tiempo más amplio, en la gran transformación del sistema de justicia penal, fuertemente signado por estas tendencias de fondo:

- El aumento del poder discrecional, no sólo como consecuencia de la ampliación de los términos del intercambio penitenciario, contradiciendo directamente el paradigma fundante del derecho penal moderno como derecho penal igualitario.
- La acentuada fragmentación del sistema penal en sub-sistemas de derecho penal especial, entrando en colisión con la posibilidad de una nueva codificación penal.
- La irresistible atracción del sistema de justicia penal por instrumentos suscitadores de comportamientos deseados y característicos de una lógica de premialidad; deslegitimando con ello los criterios intra-sistémicos clásicos de autolimitación (Baratta 1985b).

³ Para una reflexión más profunda del reformismo penitenciario en Italia, ver Pavarini (1997c).

El reformismo penitenciario es, entonces, corresponsable del proceso de transfiguración del rostro del derecho penal en un sistema de justicia desigual y especial. Todo esto puede leerse como proceso involutivo desde el punto de vista de los principios del derecho penal clásico (Ferrajoli 1989); el mismo fenómeno, en cambio, puede ser justificado como inevitable evolución desde el punto de vista de los principios de un derecho penal posmoderno.

El reformismo penitenciario contribuye así a lograr la definitiva maduración del proceso de desintegración del sistema sancionatorio clásico (Monaco y Paliero 1994; Padovani 1992). Una razón estructural y otra contingente privilegian la fase ejecutiva en la producción del nuevo sistema de las penas: la estructural, que en función del criterio de la implementación hacia abajo de la decisión sugiere que sea el segmento final (es decir aquel de la ejecución) el que deba buscar contingentemente un equilibrio entre instancias de política criminal distintas y contrastantes, que no es posible alcanzar “en lo alto”; la contingente, que encuentra, al menos en un primer momento, en la ideología especial-preventiva la coartada para justificar la mayor discrecionalidad en la producción de un derecho penal desigual y especial.

El negocio penal

La irrupción de la negociabilidad en el sistema penal –analizada aquí de manera parcial y limitándonos a la fase ejecutiva– es considerada responsable de la involución hacia un derecho penal desigual, fragmentario y, por sobre todo, inefectivo e incierto.

No me interesa tanto discutir los dos primeros supuestos vicios, que considero en cambio atributos necesarios –tal vez virtuosos– de un sistema de justicia penal de la posmodernidad. Me interesa en cambio discutir si dicha irrupción de la negociabilidad en el derecho penal (fundamentalmente pero no sólo en su fase ejecutiva) se encuentra en la base de la presunta incerteza e ineficacia de los castigos legales.

Creo que hoy reina mucha confusión en el tema de la ineficacia e incerteza de las penas. Como si se tratase de un fenómeno relativamente nuevo, una suerte de patología del presente.

Si analizamos el tema desde un punto de vista extra-sistémico, la ineficacia e incerteza de la reacción punitiva son las notas estructurales y, por lo tanto, permanentes del sistema de justicia penal. Son, en efecto, los atributos necesarios de la naturaleza selectiva del sistema penal. Dicho de otro modo, la justicia penal puede existir en tanto y en cuanto se asuman los costos de su incerteza e ineficacia.

El sistema de la justicia penal es altamente incierto e inefectivo en todos los momentos en que se desarrolla el proceso de criminalización secundaria.

El primer nivel de ineficacia e incerteza es el de elección de la criminalidad perseguible por el hecho de ser manifiesta. La encuesta de victimización italiana realizada por el Instituto Estadístico Italiano en 1998 (Barbagli y Sabbadini 1999), que concierne sólo a algunos delitos contra la propiedad y a otros contra la persona, estima la propensión a denunciar, a nivel nacional, en torno a un 40%. Lo que significa que en cuanto a los delitos denominados predatorios (que además son aquellos respecto de los cuales la propensión denunciatoria es más elevada), más del 60% de los delitos consumados no llega a conocimiento de la autoridad policial. Y tengamos en claro que este porcentaje es similar a la media de los demás países occidentales (Alvazzi del Frate, Van Dijk y Zvekic 1993).

Considerando únicamente la criminalidad manifiesta, sólo una mínima parte supera el segundo estadio, el de la individualización de los responsables: en Italia los delitos de autor desconocido representan más del 80% de los denunciados. Y también en este caso la realidad italiana es muy similar a la de otros lugares.

En suma: sobre cien delitos cometidos, menos de cuarenta llegan a conocimiento del sistema de justicia penal, y de éstos tal vez no más de tres alcanzan una decisión procesal, que en más de la mitad es de sobreseimiento y/o absolución. Y que quede claro que nos referimos únicamente a los delitos denominados “naturales” (homicidio, lesio-

nes, hurtos, robos) y callamos respecto de los delitos denominados “artificiales”, en los cuales la cifra negra es, en la mayoría de las hipótesis, de dimensiones próximas si no coincidentes con las de la criminalidad real. En suma: de cada cien delitos es bien probable que exista uno solo condenado. Y todo esto –nos enseña la penología– es absolutamente fisiológico. Si el sistema de justicia penal alguna vez debiese ser juzgado desde la óptica de su productividad –como tienden a hacer algunas retóricas tecnocráticas que hablan de la “empresa” de la justicia– la quiebra ya se debiera haber declarado inexorablemente hace mucho tiempo. En efecto, no conozco otra institución tan dramáticamente ineficiente que no esté en condiciones de “tratar” –¡en régimen de monopolio!– ni siquiera el uno por ciento del propio mercado.

Todos los estudios referidos al funcionamiento del sistema de criminalización secundaria, concuerdan en el reconocimiento de que esta exasperada selectividad no sólo no puede reducirse razonablemente (y esto por precisos e infranqueables límites de compatibilidad con el sistema democrático y económico), sino que, por el contrario, casi todos los sistemas de justicia penal se mueven en el sentido de ampliar los criterios de selectividad.

Más aún: los criterios de selectividad no son gobernados ni parecen fácilmente gobernables desde el interior del propio sistema penal, es decir, que no reenvían a criterios intra-sistémicos de selección –aquellos, para entendernos, sobre los cuales se puede acordar democráticamente–, sino a criterios en cierto modo sociológicos (la conciencia social, los recursos económicos disponibles, el nivel de conflictividad, el grado de confianza/desconfianza respecto del propio sistema penal, etc.) y por lo tanto operan más allá de todo criterio normativamente predeterminado (Pavarini 2000b).

Así, por ejemplo, la siempre denunciada naturaleza clasista del sistema penal –el derecho penal es en los hechos desigual en razón de la variable socioeconómica de los actores sociales– no se corresponde hoy (y tal vez nunca se ha correspondido en el Estado Social de Derecho) con una voluntad explícita del propio sistema penal que, por el

contrario, siempre se ha legitimado –en su interior– como el derecho igualitario por excelencia, si bien todo esto no le ha impedido –en su dimensión funcional– producir y reproducir desigualdad. La certeza y efectividad del derecho penal y, por consecuencia, la certeza y efectividad de las penas son, por lo tanto, criterios de legitimación internos del sistema penal que le permiten –para seguir el análisis de Luhmann (1981)– operar una diferenciación funcional entre éste y los otros sistemas, es decir para preservar la propia especialización. Y esta certeza y efectividad de las penas, de todos modos resulta garantizada “normativamente” prescindiendo de que en los hechos el sistema penal opere “sociológicamente” en una absoluta incerteza e ineficacia. Si el sistema penal es por excelencia “cognitivamente abierto” cuanto “normativamente cerrado”, es decir, puede recibir del exterior sólo lo que le es funcional, podemos decir que la incerteza e ineficacia de su actuar son garantías de la certeza y eficacia de su “ser”. En este sentido la irrupción de la negociabilidad en el sistema penal opera precisamente como formidable *gate-keeper* tendiente a preservar la autopoiesis del propio sistema penal (Teubner 1989).

Por otra parte, esto es verdad incluso desde un punto de vista intrasistémico, es decir, desde un punto de vista normativo. La misma categoría dogmática de la punibilidad no sirve tanto para explicar por qué el autor del delito es punido (a tal fin, en efecto, se orientan las teorías de la pena, no las de la punibilidad), sino por qué no resulta punido pese a haber cometido un delito, vale decir, un hecho típico, anti-jurídico y culpable. Es el mismo derecho penal el que contiene un exceso de amenazas punitivas respecto de las exigencias teleológicas de su aplicación a los diversos autores y, por tanto, a este exceso de criminalización en abstracto debe corresponderle de alguna manera una cierta desaplicación de las penas conminadas. La verdadera categoría sistemática externa al análisis del delito es, entonces, la no punibilidad, la cual a su vez reenvía al tema, extraño a esta discusión, de las reglas que deben presidir la no punibilidad y el control de legitimidad sobre dicha gestión.

Pero cuando hoy se habla de ineficacia e incerteza de los castigos legales, evidentemente se habla de otra cosa que nada tiene que ver con la incerteza e ineficacia estructurales del sistema de justicia penal.

A mi modo de ver, con la exigencia actual de mayor certeza y efectividad en las penas sólo se expresa, en términos edulcorados, una demanda social de mayor penalidad en los hechos. Y en la situación arriba descrita, de estructural ineficacia e incerteza del sistema de justicia penal, invocar mayor certeza y eficacia de las penas equivale sólo a demandar un aumento del/en el valor simbólico de la represión desde una óptica de prevención general positiva.

Los límites del “negocio penal” y la penología actuarial

Aun cuando la negociabilidad de la pena sea un recurso útil y quizás necesario, ¿existe un límite a su prepotente irrupción en los sistemas de justicia penal?

Soy de la idea de que el límite estructural al proceso de “negociación” de la pena está dado por la función insuprimible de “censura social” que ontológicamente le corresponde al sistema de justicia penal (Sumner 1990). Si el proceso de comercialización avanza más allá del límite superado, en el cual se determina socialmente la pérdida del sentido de punir –es decir, la provocación intencional de sufrimiento para producir ese *handicap* agregado que es capaz de generar un estigma (Robert 1984)– el sistema de justicia criminal traiciona su *mission* (Insolera y Pavarini 2000). Y dudo seriamente que esto sea posible.

¿Cómo huir entonces de esta paradoja? En otras palabras, ¿es posible no rendirse ante las paradojas de la justicia penal negociada, como único puerto donde encallar para escapar de la insoportable desproporción entre demandas y recursos del sistema de justicia penal?

Pienso que la cuestión no puede encontrar solución confiando en la sola voluntad del sistema político, que unilateralmente acordaría contener dentro de términos sistémicamente compatibles el recurso penal.

Ciertamente, como ya se vio, la cuestión es mucho más compleja. Los confines de la penalidad pueden ser trazados de formas distintas bajo una lógica reduccionista, en tanto y en cuanto se logren tutelar de maneras distintas las necesidades de defensa social que hoy se expresan a través de la demanda de penalidad.

Si esta construcción social de la seguridad y de la defensa social más allá de los confines de la penalidad se revelase políticamente impracticable, temo que no será posible huir de las tentaciones tecnocráticas de una penalidad contratada y negociada, pero mientras tanto dudo que por este atajo podamos aventurarnos más allá de cierto límite, superado el cual la demanda social de penalidad terminaría por encontrar una satisfacción demasiado peligrosa por fuera de los límites del sistema de justicia penal.

Desde el punto de vista “externo” ofrecido por la sociología del derecho penal, entonces, la negociabilidad de la pena —con sus consecuencias necesarias de incerteza e ineficacia del sistema penal— se ubica en el arsenal de los instrumentos que actúan para la conservación de las funciones materiales del sistema de justicia penal, el cual, precisamente, sólo puede operar selectivamente. La cuestión problemática sería, por lo tanto, de distinta naturaleza y se referiría únicamente a los límites de compatibilidad sistémica de la ineficacia y, por ende también de la negociabilidad, no pudiendo reducirse completamente la pena a un “negocio penal”. Dicho de otro modo: el sistema de las penas legales incorpora algo que no puede disolverse “contractualmente” en forma definitiva, algo que resiste al resultado extremo pero definitivo del proceso de secularización por meras razones de utilidad social.

En estos últimos años, sobre todo en la reflexión penológica estadounidense y en general de lengua inglesa, han surgido algunas tendencias tecnocráticas orientadas a legitimar la acción del sistema penal por lo que ésta “efectivamente” es (y no por lo que quisiéramos que fuese). Es decir que el sistema de penas legales no necesita otra justificación que no sea la ofrecida por su propio accionar real. En suma, las penas “funcionan” y podrían funcionar aún mejor sólo si fueran definitiva-

mente liberadas del riesgo de deslegitimación, en cuanto incapaces de perseguir otras finalidades. De este modo, la incerteza y la ineficacia de las penas no necesitan ser combatidas, limitadas o corregidas, porque ellas responden fielmente a una selectividad útil y socialmente compartida. Aún más: sólo racionalizando estos criterios de selectividad es posible proceder a una ulterior reducción del recurso al remedio represivo. La virtud del derecho penal está —en suma— en su frugalidad, como se indicaba en los orígenes del derecho penal moderno. Las próximas páginas intentan demostrar que a través del camino indicado por la *New Penology* el la consecuencia más probable es, en cambio, la de un peligroso retorno a la disipación premoderna de la penalidad.

¿Una pena compartida democráticamente?

Un dato al que se presta poca atención: la cárcel —en su bicentennial historia— ha sido principalmente hegemonizada por una retórica elitista, en el sentido de que la legitimación de esta modalidad de punir —por razones de prevención, sea general o especial— ha resultado esencialmente brindada por movimientos culturales y políticos minoritarios, a menudo compuestos únicamente por profesionales frecuentemente animados por intenciones progresistas, que han expresado sobre la pena y sobre la cárcel un punto de vista “partisano”. Aun cuando “partisano” y minoritario en sus orígenes, este punto de vista se ha impuesto históricamente en las políticas penales y penitenciarias: en algunos contextos —pienso en los Estados Unidos— esto se ha dado incluso a través de procesos de amplio consenso democrático; en otros —pienso en Italia— lo mismo se ha realizado frecuentemente por medio de la astucia jacobina.

En Italia no me consta que en el pasado la cárcel haya sido alguna vez objeto de consenso entre las culturas difundidas y populares. La cárcel sociológicamente no ha tenido nunca una legitimación democrática —y tal vez ni siquiera la pena ni el sistema penal en su conjunto—. Es difícil pensar que la idea de la cárcel como *extrema ratio*, es decir

de la cárcel que reeduca, haya podido encontrar alguna vez un consenso social distinto del alcanzado en la época de Beccaria y de su propuesta de abolir la pena de muerte. Pero esto vale para el pasado. En el presente, las cosas parecen estar cambiando (James y Raine 1998; Ryan 1999).

El tópico carcelario vive actualmente la singular aventura de ser entendido y explicado de otras formas. Por lo menos dos retóricas distintas leen su presencia (Johnstone 2000). La primera –hoy en crisis– es precisamente la elitista, de carácter predominantemente progresista; la segunda –hoy en fuerte crecimiento– se encuentra en cambio más cercana al modo de pensar de la mayoría, aparentemente más democrática, ciertamente más populista.

La primera lectura –como se ha dicho– está hoy fuertemente en crisis, porque no logra salir de un estado de profunda depresión (Bayer 1981). Ella se expresa fundamentalmente en las revistas científicas, en el lenguaje de la jurisprudencia, en la voz de quienes tienen responsabilidades institucionales. Esta narrativa penológica sobrevive hoy relatando su propia neurosis: el lamento frente a una pena que en los hechos no es como hubiera debido ser. De ahí, el manifiesto vergonzoso frente a algo que se presenta cada vez como más escandaloso. No sólo –y tal vez no tanto– porque la cárcel “no funciona” (Martinson 1974), sino sobre todo porque la pena carcelaria se ha impuesto históricamente con la ilusión de sus incontestables y evidentes virtudes. Precisamente sobre la fe en ellas se ha edificado la totalidad del sistema de justicia penal y su legitimación. Es difícil imaginar la posibilidad de prescindir de la cárcel sino a través de una idea distinta de justicia penal. La invención penitenciaria, en efecto, se celebra por su presunta capacidad para dar plena satisfacción a las necesidades de un sistema moderno de justicia penal, es decir una justicia igualitaria, moderada y útil. Constatar que frente a estos fines ideales de la pena, las funciones materiales de la cárcel son en cambio la producción y reproducción de la desigualdad social, por medio de la irrogación de una violencia signada por elementos irreductibles de crueldad y con efectos de elevada nocividad social, induce al pesimis-

mo penológico, exasperado por la constatación de no poseer ninguna estrategia válida para una efectiva contención o abolición de esta modalidad de aplicación de la pena, siempre que se coincida sobre la necesidad y/u oportunidad, presente y futura, de un sistema legal de penalidad.

El segundo discurso penológico –hoy en fuerte crecimiento– no demuestra ningún embarzo frente a la cárcel. Está seguro de la utilidad de la pena detentiva, aun cuando invoque nuevas modalidades de aplicación de la misma. Esta nueva idea de penalidad aparece frecuentemente burda en sus simplificaciones extremas y generalmente no le agrada engalanarse en disertaciones académicas (Zimring 1996). Se expresa más bien en los discursos de la gente (Hough 1996). Y le habla directamente a la gente en las palabras de los políticos (Windlesham 1998) y, fundamentalmente, a través de los medios masivos de comunicación (Sparks 1992); pero se difunde y termina por articularse en tópicos que encuentran –o tratan de encontrar– también una legitimación científica. Y obviamente no falta quien se aventure científicamente en esta empresa. Actualmente se está difundiendo una cultura populista de la pena que plantea, quizás por primera vez, la cuestión de una penalidad socialmente compartida “desde abajo”.

Creo que por un cúmulo de razones comprensibles, pero difícilmente justificables, en Italia la cultura científica presta poca atención a esta nueva cultura de la penalidad legitimada “desde abajo”, de la cual es imprudente decir que sea siempre de derecha –la política penal del gobierno democrático en Estados Unidos, del laborista en Inglaterra y algunos intentos incluidos en los paquetes sobre justicia de los dos últimos gobiernos de centro-izquierda en Italia, permiten sospechar que el “nuevo realismo de izquierda” tiene poco que envidiar a los gobiernos conservadores–.

En las pocas páginas que siguen quisiera considerar seriamente algunas afirmaciones de la cultura posmoderna de la pena y de la cárcel, con la finalidad de hacer críticamente evidente lo que sigue: aun cuando esta penología “desde abajo” declara querer huir de todo compromiso con horizontes justificativos de naturaleza ideológica para

privilegiar aproximaciones tecnocráticas, termina por anclarse definitivamente en concepciones premodernas de la penalidad.

La neutralización selectiva por grupos sociales

La cárcel puede funcionar contra la criminalidad. En ciertas condiciones la pena de cárcel puede ser útil en la producción de menor criminalidad y menor reincidencia. Ciertamente no por el hecho de que a través de la ejecución de la pena detentiva se puedan resocializar a los criminales; o porque la pena de cárcel alcance a intimidar a los potenciales desviados. La cárcel puede ser útil en el gobierno de la criminalidad y de la reincidencia en tanto y en cuanto sea capaz de operar con una finalidad de “neutralización selectiva” (Blumstein, Cohen y Nagin 1978; Hawkins y Zimring 1995; Auerhahn 1999).

Como se ha señalado, el fin de la neutralización selectiva se origina al interior de una cultura tecnocrática y administrativa de la penalidad; ella interpreta la justicia penal como sistema que persigue objetivos de eficiencia como, por ejemplo, diferenciar la respuesta en función de niveles de peligrosidad e implementar estrategias de control sobre los grupos sociales (Reichman 1986). La retórica que emerge es aquella del cálculo probabilístico y de distribución estadística, aplicado frente a las poblaciones que generan problemas sociales (Simon 1987).

Bajo formas no muy distintas de las técnicas de aseguramiento, el lenguaje de la utilidad social y del gobierno de los riesgos sociales toma progresivamente el lugar de aquel referido a la responsabilidad individual y la prevención especial en las políticas de control social. El lenguaje de la penología tecnocrática se caracteriza, por tanto, por un énfasis en la racionalidad sistémica y formal.

El gobierno administrativo del control penal tiende a construirse en torno a objetivos sistémicos que radicalmente divergen del uso político-simbólico de la penalidad. La gestión administrativa de la penalidad responde sólo a una lógica interna, desvinculada de finalidades extra-sistémicas.

Una administración de las penas que descarta los paradigmas mismos del uso ideológico del sufrimiento legal. Mientras el recurso simbólico del sistema de justicia penal emplea un vocabulario cuyos términos más utilizados son imputación, responsabilidad personal, merecimiento del castigo, ejemplaridad de la pena, etc., es decir, las múltiples expresiones que definen la reducción individual de la dimensión social de los problemas, la gestión administrativa de las penas habla otro lenguaje: no más el de punir a los individuos, sino el de administrar grupos sociales en razón de su riesgo criminal; no más aquel correcionalista sino el burocrático de optimizar los recursos escasos, en el que la eficacia de la acción punitiva no se mide en razón de los *telos* externos al sistema (educar e intimidar), sino en razón de las exigencias intra-sistémicas (neutralizar y reducir los riesgos).

El tratamiento, la terapia y la ayuda, pierden toda referencia en relación al fin especial-preventivo, convirtiéndose en herramientas para el gobierno de la cuestión criminal. Instrumentos útiles para diferenciar las poblaciones desviadas en razón del riesgo criminal, para incapacitar selectivamente a los más peligrosos, para articular el espectro custodial, para economizar recursos (Feeley y Simon 1992, 1994). El uso impropio de la cultura y de la praxis tratamental por parte de la nueva penología es incontenible e irresistible. Sólo algunos ejemplos entre los más llamativos.

Durante el largo período de hegemonía de la cultura y la praxis correccionales, la recaída en el delito implicaba la confirmación de la inutilidad de la inversión educativa en la prisión. La reincidencia sancionaba el fracaso. En la etapa de las medidas alternativas, la revocación de las mismas hacía ilusoria la esperanza de la reintegración social. Hoy, más allá de toda filosofía especial-preventiva, los parámetros que evidenciaban el fracaso son interpretados, en cambio, como indicadores útiles de la eficiencia del sistema penal en su conjunto. Los índices de reincidencia muestran, por un lado, que el sistema penal ha seleccionado correctamente desde el inicio a su propia clientela y, por el otro, que sobre la base del análisis de la exposición a la recaída en el delito, por grupos sociales, es posible predecir las categorías en riesgo y, en consecuencia, diversificar la respuesta punitiva.

Lo mismo puede decirse de las revocaciones de las medidas alternativas: la distribución diferenciada de las mismas entre diversos grupos sociales se convierte en un criterio decisivo de reforma de las políticas penitenciarias y judiciales, en el sentido de que sugiere a las administraciones y a las jurisdicciones los “nuevos” criterios estadísticos a los cuales aferrar el ejercicio de su discrecionalidad. Una discrecionalidad, entonces, que no se ilusiona más con fundarse en observaciones científicas sobre la personalidad, sino que ancla siempre más la propia decisión en un cálculo estadístico de riesgos por poblaciones criminales y grupos sociales desviados, antes que fiarse en el pronóstico sobre el individuo.

El mismo proceso de diferenciación tratamental en la cárcel, no responde más a la necesidad de individualización de la ejecución en función de fines especial-preventivos, sino que se pliega progresivamente a las necesidades de usar también la cárcel como variable dependiente en razón de una distribución diversa de los riesgos. De esta forma, el instrumento de la cárcel de máxima seguridad no se orienta más hacia una lógica de incapacitación individual, en tanto respuesta extrema para los culpables de delitos particularmente graves o para los detenidos “subjetivamente” peligrosos, sino que deviene el contenedor para todos aquellos que resultan, en una lógica de incapacitación selectiva, parte de grupos sociales con elevado riesgo criminal.

Son numerosas las cuestiones nodales que plantea la penología administrativa: ¿con qué grado de validez empíricamente verificable es posible incapacitar selectivamente?; ¿existen límites –económicos y funcionales– que estructuralmente definen la penalidad como recurso limitado?; ¿es posible medir los efectos positivos del gobierno de la criminalidad atribuibles a las estrategias de incapacitación selectiva? Simples interrogantes pero que implican respuestas complejas.

Nuevos criterios de predictibilidad

Los delitos predatorios, es decir, aquellos oportunistas contra la propiedad –hurtos, robos, etc.– son ya un fenómeno masivo. Pero no es siempre una multitud la que los comete. Se ha calculado que entre el 15 y el 22% de los que han sido condenados por alguno de estos delitos es responsable de más del 50% de todos los delitos predatorios consumados en el mismo territorio en el último año, incluyendo los cubiertos por la “cifra negra” (Figlio, Sellin y Wolfgang 1972; Chaiken y Chaiken 1984). En promedio –ateniéndose a las declaraciones ofrecidas por esta minoría de “criminales de carrera”– cuando estaban en libertad infringían la ley penal más de doscientas veces al año.

De aquí la obvia tentación: si se pudiese individualizar con precisión esta minoría de criminales al inicio de su *criminal career* antes que se transformasen en *career criminals* (Blusmtein, et al. 1986), bastaría con neutralizar a estos “pocos” –de forma que les sea imposible delinquir– para obtener grandes resultados de reducción de la criminalidad.

La cuestión –bien conocida por la ciencia penal y criminológica– es entonces la del juicio de peligrosidad social o criminal, es decir, en última instancia de los criterios de predicción de la acción desviada (Farrington y Tarling 1995; Gottfredson y Gottfredson 1994; Miller y Morris 1987). Una vez que éstos son individualizados y que se confía en la capacidad técnica de seleccionar entre ellos a los futuros *high-rate offenders*, la respuesta sancionatoria no se hará en razón de valoraciones de culpabilidad, sino de peligrosidad: debe impedirse que los “criminales de carrera” se conviertan en tales, por medio de la asignación de *fixed* o *life sentences*, vale decir, en nuestra cultura y tradición jurídica, a través de medidas de seguridad detentivas para inimputables. Y obviamente, sin que se deba poner en juego en este terreno el rito de las valoraciones criminológicas sobre la persona del delincuente, tan costosas como inútiles. Nos encontramos muy próximos a criterios de presunción legal de peligrosidad contruidos sobre valoraciones estadísticas de riesgo por pertenencia a grupos.

En las *guidelines* que se dictan para disciplinar el poder discrecional en el *sentencing*, acumular cuatro o más *handicaps* entre siete de los indicados, por ejemplo, por Abrahamse y Greenwood (1982)⁴ implica ser considerado de elevado riesgo, independientemente del delito por el cual se lo acusa y es, entonces, selectivamente incapacitado.

En la realidad americana, las investigaciones nos muestran que los condenados que serían, según estos criterios de predicción, selectivamente definidos de elevado riesgo de reincidencia, comprenden entre un cuarto y una tercera parte de la población condenada penalmente. De ahí la esperanza de reducir la población detenida y al mismo tiempo elevar los niveles de seguridad segregando en cárceles de máxima seguridad y de por vida a no más del 30% de la población actualmente detenida, reservando para el resto de los condenados penalidades *soft* y poco costosas como, por ejemplo, las ofrecidas por las nuevas tecnologías de control electrónico (Jones 2000).

Los modelos de predicción de reincidencia ofrecidos por la criminología actuarial en este último decenio son múltiples y frecuentemente también muy complejos. O, al menos, han resultado excesivamente complejos cuando se intentó ponerlos en práctica. Entonces, para simplificar, en la legislación y en las prácticas penales norteamericanas, progresivamente ha cobrado vigencia la vieja y conocida regla del béisbol: *three strikes and you're out*, es decir cárcel de por vida o penas detentivas no inferiores a treinta años para la reincidencia reiterada agravada, incluso para los delitos no particularmente graves, como el comercio de drogas ligeras y el robo (Austin et al. 1999).

El exceso –para nosotros escandaloso– de Estados Unidos es sólo aparente. Consideraciones fundadas en presunciones de peligrosidad no disímiles funcionan ya en Inglaterra (Hough y Roberts 1999) y en otras democracias occidentales en lo que hace a la concesión de medi-

das alternativas a la pena detentiva. Entonces pienso que es importante poner de manifiesto que –sin hablar de cualquier otra valoración ética y/o política– el sistema de la incapacitación selectiva lamentablemente no funciona: la población detenida aumenta y los delitos no disminuyen.

El jardín de infantes y los futuros criminales

El cálculo del riesgo criminal parece funcionar relativamente en abstracto para el pasado, pero nunca en concreto para el futuro. Se puede demostrar científicamente que si en el pasado se hubiera neutralizado a aquel 30% de condenados que eran vsitos peligrosos, según determinados criterios, hoy se podría gozar de una significativa reducción de la criminalidad, pero apenas se ponen en acción las mismas valoraciones de predicción para el futuro, las cuentas no cierran.

La ciencia criminológica ha demostrado mucho sobre este tema en los últimos años. Numerosas, por ejemplo, han sido las críticas al fracaso de las políticas de incapacitación selectiva.

Prestando atención a la estadística de la penalidad en el pasado, se debe tomar en cuenta que de haber sido aplicada la estrategia de neutralización de acuerdo a los distintos criterios de predicción sobre valoraciones de riesgo por categorías, hoy planteados por la *New Penology*, la tasa de fracaso habría sido de todos modos elevadísima, superior al 50%. En dos sentidos: la mitad de quienes hubieran sido definidos como peligrosos resulta que no ha reincidido una vez cumplida la pena y la mitad de quienes hubieran sido definidos como no peligrosos ha continuado delinuyendo (Gottfredson y Hirsch 1994; Cohen 1983; Copas 1983). Aun cuando no se sea experto en estadística, cualquiera advierte que un error de tales proporciones en la selección predictiva equivale a aceptar que estadísticamente se habría podido arribar al mismo resultado extrayendo aleatoriamente uno de cada tres condenados. Bien o mal –como señalan Hess y Scheerer (1999: 32)– debemos renunciar a la vieja obsesión con que un día el ilícito

4 A saber: 1) haber sufrido ya una detención por el mismo delito; 2) haber pasado más de un año en la cárcel en los últimos dos; 3) haber estado en la cárcel cuando se era menor de edad; 4) haber estado a cargo de los servicios sociales de la justicia de menores; 5) hacer uso de heroína ya durante la minoría de edad; 6) hacer uso de heroína en los últimos dos años; 7) no haber trabajado al menos un año en los últimos dos.

podrá ser prevenido simplemente dando un paseo por los *kindergarten* a la caza de futuros criminales. He aquí la tentación del exceso predictivo: si se quieren elevar las probabilidades de neutralizar los sujetos que efectivamente continuarán delinquir, es necesario pagar el precio que implica incapacitar también a los que no resultarán posteriormente peligrosos (los denominados falsos positivos) (Petersilia 1980).

Pero aun cuando se acuerde extender hasta el límite hipotético de incapacitar a todos los que de cualquier modo están en contacto con el sistema de justicia penal, ni siquiera en este caso el resultado de contener o reducir la criminalidad estaría garantizado a priori. En efecto, la criminalidad oportunista y predatoria encuentra una convincente explicación etiológica en el modelo situacional o “de las oportunidades” (Birkbeck y LaFree 1993; Lea 1992).

Es decir, la cantidad de ilegalidades es determinada fundamentalmente por la oferta de oportunidades para delinquir que presenta una determinada organización social. Y esta oferta siempre será satisfecha por una adecuada demanda. A medida que se procede a neutralizar preventivamente algunos accesos a quien considera conveniente aprovechar las oportunidades presentes para ingresar al mercado ilegal, “por sustitución” otros encontrarán conveniente entrar en el mismo.

Más aún, frente a un modelo explicativo de la criminalidad de masa tendencialmente orientado a dar un peso decisivo a las oportunidades, los criterios de predicción de la peligrosidad criminal se construyen sobre la ilusión de una predisposición a delinquir por razones de déficit social, racial, cultural y económico. Paradójicamente éstos alcanzan niveles satisfactorios de predicción en abstracto, aproximando la definición de la peligrosidad a aquella de la problematización social. Es decir que todos aquellos que pertenecen a grupos sociales en desventaja son —precisamente en forma potencial— peligrosos. Ergo: para obtener efectos apreciables se debería neutralizar toda la marginalidad social.

Empresa —se objetará— imposible. Pero por este camino se ha avanzado mucho. Así, Estados Unidos brinda un ejemplo elocuente, con

más de dos millones de detenidos presentes diariamente en las instituciones carcelarias y al menos otros cuatro millones de personas penalmente controladas, de las cuales casi el 70% está compuesto por jóvenes varones negros o hispano-americanos. La cuenta se hace rápidamente: entre los varones pertenecientes a la así llamada *underdog class*, uno de cada dos ha sufrido al menos una experiencia de detención en su vida; o bien actualmente hay más negros en las cárceles americanas que inscritos en las escuelas medias superiores. En consecuencia era esperable que estas elevadas tasas de encarcelamiento —la población detenida ha aumentado cinco veces en los últimos veinte años— fueran premiadas con una contención o una reducción de la criminalidad. En cambio, las cosas se dieron de otra forma.

En efecto, las elevadísimas tasas de encarcelamiento parecen haber causado ciertos efectos sobre el comportamiento de la criminalidad, pero no en el sentido previsto. La criminalidad de masa en los Estados Unidos, por ejemplo, no ha aumentado significativamente en el tiempo, mostrando incluso en los últimos años una leve disminución. Por otro lado, ello no debe sorprender, ya que los Estados Unidos no han conocido, ni siquiera en el pasado, índices de criminalidad predatoria más elevados que aquellos que se podían registrar en algunos países de Europa Occidental y sobre todo porque incluso en Europa en los últimos años se ha registrado una leve disminución de los delitos contra la propiedad. En cambio, en lo que parecía y parece absolutamente incomparable Estados Unidos con el resto del mundo occidental, es en la siempre elevadísimas tasas de homicidios con arma de fuego en consecuencia o en ocasión de acciones delictivas contra la propiedad. Y estos graves delitos lamentablemente han venido creciendo constantemente en el tiempo (Hawkings y Zimring 1997). Ciertamente esta peculiaridad americana debe ser relacionada con factores culturales muy enraizados como, precisamente, una elevada violencia en las relaciones inter-subjetivas unida a la difusión de las armas de fuego. Además, es posible sospechar que las políticas de incapacitación selectiva han sido una posible causa o bien un elemento de amplificación del fenómeno de aumento de las víctimas de homicidio. En efecto, a

través de las políticas de neutralización se ha terminado por anular, si no a veces invertir, la diferenciación sancionatoria originalmente proporcionada a la gravedad del delito cometido (Shichor 1997). Si para muchos *omnibus fellons* (aquellos que están dispuestos a cometer cualquier delito que el ambiente en el que viven les ofrezca como oportunidad) incluso un robo puede implicar el riesgo de una *life sentence*, ¿por qué deberían abstenerse de matar a la víctima que resiste el robo?

Frugalidad y disipación punitivas

Como ya se dijo, la filosofía de la penalidad moderna se ha fundado sobre una “economía de la frugalidad”. Un ejercicio del castigo, vinculado a criterios tanto de autolimitación sistémica (los garantistas de la “pena mínima”) como de limitación extra-sistémica (los finalistas de la “pena útil”). Es decir que aun el sufrimiento legal moderno debe someterse a la lógica del ahorro y la inversión. Y con ello, tal vez, se capta el elemento más radical de su contraposición con la pena premoderna, aquella —como nos enseña Foucault— signada precisamente por las virtudes anti-económicas de la magnificencia, la ostentación y el desenfreno.

Podemos preguntarnos si la penalidad en la posmodernidad —no obstante el énfasis puesto en los valores de la racionalidad burocrática, la eficiencia y el cálculo— no termina por tener que entregarse a una “economía del exceso” de los castigos (Hallsworth 2000), en suma, a una penalidad exquisitamente expresiva. La hipótesis es sugestiva y es necesario reflexionar sobre ella.

En efecto —y con ello retorno a lo que esboqué al inicio del presente capítulo— lo que hoy parece poder pensarse como elemento nuevo es la pérdida progresiva de peso de las élites intelectuales con respecto a las políticas que rigen la cultura de la penalidad (Lewis 1997; Pillsbury 1995). En los sistemas democráticos, tal vez por primera vez, la penalidad se transforma en un elemento significativo (en algunos casos incluso el principal) del intercambio político entre electores y elegidos, entre opinión pública y sistema político. Y en ello tal vez sea

posible observar un proceso de democratización de la política criminal, aunque sea en el nuevo sentido de la “democracia de opinión”.

Garapon y Salas (1996), por ejemplo, sugieren un enfoque convincente del fenómeno de la inflación de la penalidad —tanto en abstracto como en concreto— como signo de la crisis de la democracia representativa y de la irrupción prepotente de una democracia de opinión. En la democracia de opinión lo que se exalta es la percepción emocional del sujeto reducido a sus emociones más elementales: temor y rencor. Y el nuevo discurso político tiende cada vez más a articularse sobre estas emociones que el sistema de justicia penal es capaz de expresar coherentemente, en su función de producción simbólica de sentido a través del proceso de imputación de responsabilidad.

No es tanto la crisis de la política *tout court* lo que determina el efecto de expansión del recurso penal como respuesta a la demanda social de penalidad. Por el contrario, se trata de una recalificación de la política, de la voluntad de instaurar contra-poderes allí donde antes no existían, de reencontrar la soberanía allí donde había sido concedida o bien expropiada a los/de los sistemas burocráticos de representación. Es decir, que la construcción social que produce la expansión de la demanda de respuesta penal es solamente el síntoma más visible de una transformación y crecimiento de la democracia, más allá de la función de representación proporcionada por el Estado de Derecho.

Pero aquello sobre lo que no se ha reflexionado suficientemente son las precondiciones materiales que han tornado posible este proceso de emergencia de una demanda de penalidad “tal como la quiere la opinión pública” frente a la cual, de algún modo, el sistema político está constreñido actualmente a dar alguna respuesta.

Concuerdo plenamente con Garland (2000) sobre un aspecto decisivo. Los ciudadanos de las democracias occidentales deben enfrentarse a una experiencia nueva —sobre todo si tomamos en cuenta los niveles de seguridad frente a la criminalidad en la segunda mitad del siglo XX— que puede considerarse estructural a los nuevos procesos de globalización: el riesgo de criminalidad se está difundiendo (en el sentido de desparramando) y expone ya a la mayoría de los ciudadanos —y

en forma reiterada— a la experiencia victimológica. Nuestras sociedades son y serán siempre y cada vez más *high crime societies*, en las que el riesgo criminal por atentados a la propiedad ya no estará restringido a unos pocos —en buena medida, como en el pasado, a los miembros de la *upperclass*— sino extendido a la mayoría de los ciudadanos.

Las políticas de “ley y orden” y *zero tolerance* (Dennis 1997; De Giorgi 2000) se inscriben, por lo tanto, en el interior de un horizonte miope de re-proposición de viejas recetas a nuevos problemas. En ausencia de una cultura adecuada para una sociedad con elevado riesgo criminal, se termina por responder a los difundidos riesgos criminales con el instrumento de la penalidad difundida. Pero el atajo represivo rápidamente se muestra ilusorio; aun cuando se puedan elevar las tasas de encarcelamiento y penalidad ellas se muestran siempre inadecuadas —por defecto— frente a las tasas de criminalidad de masa, como surge del análisis crítico de las estrategias de incapacitación selectiva. De ahí, el riesgo de que la penalidad huya progresivamente de toda finalidad utilitarista y de todo criterio racional, para celebrarse únicamente en una dimensión expresiva. Y tornarse, por lo tanto, en desmesurada. Un exceso de penalidad, en un primer momento, frente a un exceso de criminalidad; una penalidad simbólica (como la pena de muerte, o penas detentivas draconianas en cárceles de máxima seguridad), en una segunda fase, frente a la amarga constatación de que más penalidad no produce mayor seguridad frente a la criminalidad.

Un nuevo fundamentalismo penal

Es interesante notar cómo la derivación obligada hacia una penalidad exagerada termina por liberar la justificación misma de la pena de todo sólido anclaje en rigurosas valoraciones tecnocráticas. De este modo ella termina por ser atraída nuevamente hacia un océano de justificaciones ideológicas.

Piénsese, por ejemplo, en el retorno de las teorías neo-retribucionistas. Éstas, en términos en realidad un tanto simplistas, recurren al

viejo arsenal justificativo del merecimiento de la pena (Singer 1979; Dershowitz 1976) que, con un reenvío expreso al común sentir de la gente, afirma la existencia de un referente seguro —y por lo tanto cultural e históricamente determinado— sobre cuyo fundamento es posible determinar la pena en concreto, como aquella socialmente merecida. Pero la referencia a un concepto de merecimiento ya no opera en la perspectiva de poner límites al poder discrecional en la determinación de la pena, sino para vincularla al *public panic*.

Tentativas aparentemente más seductoras, pero sustancialmente idénticas en las consecuencias, son hoy particularmente apreciadas por la doctrina penal de formación alemana que teoriza —en base a las teorías luhmannianas— una función de “pedagogía social” de la pena (Amelung 1972; Jakobs 1983; Otto 1982). Con respecto a la justificación de la pena, estos enfoques utilizan, específicamente, la concepción del derecho como instrumento de estabilización del sistema social, de orientación de la acción y de institucionalización de las expectativas. En el centro de la atención se encuentra en particular el concepto de confianza institucional, entendida como forma de integración social que, en los sistemas complejos, sustituye las formas espontáneas de confianza recíproca de los individuos, propias de las comunidades elementales. La reacción punitiva a la violación de las normas tendrá, en esta teoría, la sola función de restablecer la confianza y prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce en la integración social. De esta forma consigue punir no para retribuir un mal con otro equivalente, ni siquiera para disuadir de delinquir a los potenciales infractores de la ley penal; se castiga porque a través de la pena se ejerce la función primaria de consolidar la lealtad de la mayoría, tanto frente al derecho como respecto a la organización social.

La justificación del derecho de punir retorna, de esta forma, a su origen primitivo, a aquella fase que precedió a la ruptura impuesta por la modernidad, es decir, a una penalidad liberada en sus contenidos y en sus formas de todo vínculo racional. Una suerte de regreso, entonces, a una “penología fundamentalista”.

VII. La guerra a las “no-personas”*

¿Para qué continuar discutiendo sobre el “derecho penal del enemigo”?

En esos términos se ha manifestado Luigi Ferrajoli frente al enésimo pedido de una contribución sobre el trabajo de Jakobs o, no recuerdo bien, frente a la propuesta de un nuevo congreso sobre el derecho penal del enemigo. ¿Para qué continuar hablando sobre este tema cuando toda la doctrina garantista, en Italia¹ y en otros lugares del mundo², ha objetado aquellos extremismos normativos tan desafortunados como poco originales? ¿No se corre el riesgo de dar una involuntaria publicidad a quien no lo merece?

Me gustaría responder a Ferrajoli que eso depende. No me interesa aquí tanto el juicio de la academia (no hablo de juicio científico porque no logro comprender cómo puede criticarse científicamente afirmaciones axiológicas) como el político sobre la teorización de un derecho penal hostil. Tal vez en la vieja Europa se puede cerrar este tema perentoriamente, liquidándolo como “inaceptable” para el estado actual (en el futuro y también en aquel no tan remoto, no estaría seguro); pero no se puede hacer lo mismo en otros contextos nacionales, pienso en algunos países de América hispano-parlante, por ejemplo Colombia (Aponte 2002, 2006) y en los Estados Unidos, ciertamente

* Algunas ideas contenidas en este capítulo fueron publicadas originalmente en: “La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle *Unpersonen*”, *Studi sulla questione criminale*, Vol. 1, N° 2, p. 7-29. 2006.

1 Entre los más recientes, ver: Donini y Papa (2007); Gamberini y Orlandi (2007); AA.VV. (2006); Resta (2006).

2 Ver: Cancio Meliá y Gómez-Jara (2006); Gracia Martín (2005a); Schünemann (2007).

ajenos a las abstracciones dogmáticas de la ciencia jurídica alemana, pero en profunda sintonía con la sustancia política de la propuesta. En suma: el juicio político es muy sensible a la dimensión situacional.

Del “enemigo en el derecho penal” al “derecho penal del enemigo”

Para poner un poco de claridad acerca de cómo entender políticamente el tema, ayuda el bello libro de Raúl Zaffaroni (2006b).

El derecho penal de la modernidad —esto es el liberal— en estos últimos dos siglos se ha presentado, para un análisis crítico, como atraído por dos instancias opuestas: por un lado, cómo garantizar los derechos de los ciudadanos frente al poder punitivo y, por otro, cómo producir la seguridad de los mismos frente a la criminalidad. Seguridad y libertad son, entonces, los polos de una tensión estructural pero no dialéctica, ya que es incapaz de ofrecerse para una síntesis.

Para seguir a Zaffaroni, concordamos que en el derecho penal del ciudadano siempre es posible individualizar la presencia, más o menos molesta, del enemigo. No se trata de una novedad y tampoco es escandaloso reconocer esta obviedad. Los síntomas inequívocos de que nos encontramos en presencia de una disciplina (especial) contra el enemigo en el derecho penal, es decir de que nos encontramos frente a la presencia de un derecho penal de la peligrosidad, son siempre los mismos, reiteradamente denunciados por la ciencia del derecho penal liberal: la anticipación de la punibilidad, la adopción de una perspectiva orientada hacia el objetivo, un notable aumento de las penas, el debilitamiento o supresión de determinadas garantías, etc. Las escorias no definitivamente eliminadas del poder o de los poderes punitivos, resultan siempre —ténganse presente la “emergencia” definida precisamente como “perenne” (Moccia 2000), que es lo que trata de justificar la excepción— fácilmente identificables en el sistema de justicia penal liberal. Cuestiones denunciadas desde hace tiempo, se dirá. Y entonces: ¿qué es lo que agrega o qué dice de distinto el dogmático

alemán más brillante, discípulo predilecto del liberal Roxin, sobre monopolizar el debate en torno al derecho penal del enemigo?

Zaffaroni no tiene dudas: Jakobs no habla del “enemigo en el derecho penal”, sino del “derecho penal del enemigo” y entonces no se limita a denunciar las contradicciones ínsitas en la historia y en el presente del derecho penal liberal; al contrario, prescriptivamente teoriza que el sistema de justicia criminal debe ir a una mayor velocidad para que, junto a un sistema penal de garantías para los ciudadanos, resulten legítimos otros sistemas penales distintos contra aquellos que no pueden ser considerados como “personas” y que, por lo tanto, deben ser definidos como “enemigos”, en tanto socialmente peligrosos. Y contra los enemigos —ya se sabe— lo que vale es la lógica de la guerra: un derecho penal de la neutralización y de la incapacitación selectiva y del control social tecnocrático (Feeley y Simon 1992, 1994; Hawkins y Zimring 1995), incluso un derecho penal del exterminio. Como decir que el Holocausto es una eventualidad también residual a la que no podemos sustraernos, que permanece contigua si no interna a la justicia penal fraterna, bondadosa y garantista. Lo que diferencia a ambas posiciones parecería ser más formal que sustancial: la cultura penal garantista no reconoce el derecho penal del enemigo como derecho penal, sino como no-derecho (o poder de policía o poder punitivo *tout court*); Jakobs, por el contrario, pretende que se reconozca también a este derecho penal —del Enemigo, precisamente— para limitarlo y así preservar el derecho penal de las garantías (Jakobs 2007a).

Todos, entonces, muy bien intencionados —parecería— pretenden salvar y preservar el derecho penal del ciudadano: el que niega que pueda existir otro derecho penal en el Estado de Derecho, el que advierte que es necesario dar un espacio legítimo también a otras necesidades, como las de defensa social de los enemigos, si se quiere conservar el patrimonio de las garantías liberales. Si así fuera, no valdría la pena seguir discutiendo sobre el derecho penal del enemigo. Sin embargo, si hablamos de esto, y tan animadamente en muchos lugares y ocasiones, deben existir otras y más decisivas razones.

Garantismo y modernización del derecho penal

Dentro de la problemática del derecho penal del enemigo parecería esconderse la vieja cuestión relativa a la tensión entre libertad y seguridad en el derecho penal, pero en un sentido que se resuelve unilateralmente a favor de ésta última y que de esta forma elimina la tensión a favor de una sola fuerza en campo/en juego. Desde la perspectiva de la filosofía política, dentro de la contraposición entre seguridad y libertad en el derecho penal siempre se han escondido tradiciones filosófico-políticas diferentes: las corrientes filosóficas antiliberales siempre han postulado la necesidad de disminuir las garantías para aumentar la seguridad, dando así por descontada una relación inversa entre garantías y seguridad; las corrientes filosóficas liberales o han negado esta relación inversa o han teorizado una relación directa o han afirmado que para garantizar las libertades en el Estado de Derecho el precio a pagar es una cierta “cantidad” de inseguridad frente a los peligros determinados por la criminalidad. El binomio seguridad y libertad se traduce, en la historia del derecho penal, en el de prevención y garantía. Dentro de éste se pueden reconocer varias formas de racionalidad que a su vez corresponden a diversas tradiciones filosóficas: la utilitarista y la kantiana. Pero, en esencia, se trata de viejas cuestiones que se pueden relegar a los manuales de filosofía del derecho y que los penalistas recorren cada vez con mayor cansancio en el debate entre teorías absolutas y relativas de la pena.

Actualmente –nos sugiere Crespo (2007)– el debate sobre la legitimidad del derecho penal se ve cada vez más caracterizado por otro binomio: “reduccionismo” *versus* “expansionismo” o bien por el debate sobre el contexto y las exigencias de la “modernización del derecho penal”. Esta estrategia se contrapone a la doctrina de la resistencia (o doctrina del garantismo penal), descalificada como ultraliberal y por tanto reaccionaria, en favor de un derecho penal eficaz en combatir los fenómenos criminales y por esto obligado a aligerar los vínculos históricos de la hipoteca garantista. Aquí se coloca, véase bien, la teorización de un derecho penal del enemigo.

Por lo tanto, la cuestión no es principalmente o solamente académica, sino concreta, esto es, política. Para Jakobs, ningún contexto normativo, incluyendo “la persona en el derecho”, es tal por sí mismo, es decir por “deber ser”, sino que deviene real sólo en el momento en que este contexto normativo se socializa e historiza. Esta tesis lleva a sostener que quien no ofrece un grado suficiente de seguridad cognitiva respecto a sus comportamientos futuros no puede pretender ser tratado como persona (Jakobs 2007b).

Entonces, sería completamente equivocado demonizar el derecho penal del enemigo ya que, de este modo, no se resuelve el problema de aquellos individuos que no pueden ser socialmente incluidos.

El derecho penal del enemigo existe entonces en los hechos. Existe porque es necesario. Si efectivamente es necesario, es también legítimo. Así, la argumentación de Jakobs pasa del orden de la constatación descriptiva al de la hipótesis explicativa y de ésta a una afirmación prescriptiva. Pasos que deben ser examinados separadamente.

Los territorios del derecho penal hostil

Descriptivamente, lo que afirma Jakobs convence sobre todo a quien se interesa por el sistema de la justicia penal *in the facts*.

El sistema de la justicia penal, en su efectivo operar selectivo, recluta, trata y condena como enemigos sólo o fundamentalmente a aquellos que, así seleccionados, tratados y condenados, son construidos socialmente como enemigos. La sociología de la pena y los estudios penológicos desde hace algún tiempo nos lo dicen: la función latente del sistema de justicia penal es fundamentalmente la de transformar a los transgresores de la norma penal en criminales, es decir, en sujetos peligrosos y por ende enemigos. El derecho penal efectivo, esto es el de la prisión, es siempre en los hechos un sistema de producción y exclusión de enemigos. De todas formas, quien sufre la pena legal la percibe siempre como una hostilidad.

Por lo tanto, es verdad lo que dice Jakobs, a menudo agitado frente a las críticas precisas: el derecho penal del enemigo es sociológicamente verdadero en un 97%. Pero, justamente este índice traiciona a Jakobs, en el sentido de que éste reconoce cómo el sistema de justicia penal en la casi totalidad de los casos funciona, en su efectividad sociológicamente relevante, contra los enemigos. Un enemigo tan temible como excepcional y por ende limitado –el terrorista internacional, el *leader* de la cúpula mafiosa, el *serial killer*, etc.– al cual reservar el rigor del derecho penal del enemigo se revela como una *captatio benevolentiae*: los enemigos son, desde siempre, la vieja canalla producida por la exclusión social. Son éstos –“feos, sucios y malos”– los que en definitiva –reincidentes, habituales y profesionales del delito por necesidad y cultura– no son y nunca podrán ser socialmente confiables.

La inequívoca elección de prácticas de neutralización frente a tipologías de autor advertidas como peligrosas, sólo en cuanto –violando reiteradamente la ley penal– “ofrecen una insuficiente seguridad cognitiva de comportamientos (futuros) conforme a las expectativas normativas vigentes” (Jakobs 2007b: 39), se presenta como ejemplo coherente de aquello que debe entenderse por estado de la prevención en el “derecho penal del enemigo”.

Un derecho penal distinto del “derecho penal del ciudadano/a”, es decir, del derecho penal de la modernidad. Dado que en la misma teorización de Jakobs ambos términos deben entenderse como “tipos ideales” que difícilmente pueden darse en la realidad en estado puro, conviene recordar las definiciones.

El “derecho penal del ciudadano” define y sanciona conductas ilegales realizadas de forma accidental o como consecuencia de un mal uso de las relaciones sociales en las cuales el que delinque participa plenamente del estatus de ciudadano, es decir actúa en la condición de sujeto vinculado al y por el derecho. El delito de un ciudadano/a:

...no representa ciertamente el principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo una irritación de la misma, una distracción reparable y sólo por esto el Estado moderno ve a quien delinque como el

autor de un hecho normal: no un enemigo a destruir sino sólo una persona que por su conducta ha dañado la validez de la ley y que por esto es llamado –de forma coactiva, pero siempre en tanto ciudadano– a reafirmarla (Jakobs 2007b: 35-36).

Y esto puede darse porque, no obstante la comisión de un hecho ilícito, el autor puede ofrecer serias garantías de que en el futuro podrá comportarse como ciudadano/a, es decir, como persona que se comporta con bastante fidelidad respecto al ordenamiento jurídico.

Cuestiones bien distintas son las violaciones a la ley penal cometidas por quienes se han alejado del derecho probablemente de manera duradera y no ciertamente de forma accidental y que, por lo tanto, no pueden “ofrecer garantía de una mínima seguridad cognitiva respecto de su comportamiento”. Estos son los “enemigos”.

El paso del “mal ciudadano” al “enemigo” se determinará progresivamente mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad en el delinquir y, por último, a través también de las asociaciones y organizaciones criminales o terroristas verdaderas; en este tránsito, más allá del significado de cada hecho ilegal, se manifiesta “una dimensión fáctica de peligrosidad” (Silva Sánchez 1999: 164). En suma, se debe reconocer la presencia de “individuos” cuya conducta ya no se puede valorar de acuerdo a las expectativas sociales vigentes y por lo tanto:

...si ya no existe la expectativa seria que tiene efectos permanentes de orientación comportamental determinada por deberes y derechos, la “persona” degenera hasta convertirse en un mero postulado y en su lugar aparece el “individuo” interpretado cognitivamente, vale decir el individuo peligroso: el enemigo (Jakobs 2007b: 14).

Y, como ya vimos, frente al enemigo es necesario oponerse con una legislación (de guerra) cuyo único fin es la neutralización o “inocuidación” del mismo.

El objetivo principal del derecho penal del enemigo es entonces la seguridad cognitiva. No se trata –como en el derecho penal “normal” o del ciudadano– de operar para la conservación y el mantenimiento

del orden, sino se trata de producir las condiciones necesarias a través de las cuales se pueda eliminar a todos aquellos que no ofrecen la mínima garantía necesaria para ser tratados como “personas”. *Ergo*: la incapacitación de los enemigos se justifica en cuanto se dirige a “no-personas”.

En el “derecho penal del enemigo” no valen, entonces, las garantías sustanciales y procesales del derecho penal de la normalidad, porque éstas protegen sólo a las personas, es decir a los ciudadanos.

La negación de la condición de persona a determinados individuos constituye el centro de gravedad del derecho penal del enemigo como derecho punitivo diferente, autónomo y excepcional respecto al derecho penal ordinario o de la normalidad o del ciudadano.

Los enemigos son *Unpersonen*. Esta negación de la condición de persona es teóricamente sostenible sólo y en cuanto se reconozca que ésta, es decir la personalidad, no es un dato de la naturaleza, sino una atribución normativa, de carácter moral, social y/o jurídico.

Siguiendo la misma teoría luhmanniana, es necesario distinguir a los individuos (o seres humanos) de las personas. En efecto el individuo pertenece al orden natural, mientras la persona es una construcción social que puede, como no puede, ser atribuida a los individuos, a los seres humanos. Persona es el destino de expectativas normativas correspondientes a los diversos roles, porque ser persona significa deber representar un rol. El hombre o la mujer deviene persona cuando puede ser definido/a como “la unidad ideal de derechos y deberes que son administrados a través de un cuerpo y una consciencia” (Jakobs 2003: 264), dicho de otra forma, es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de imputación. Así como los menores, los locos y otras figuras de “responsabilidad limitada” no responden al derecho penal ordinario —en tanto no pueden ser considerados sujetos imputables— sino a un derecho penal especial, el de las medidas administrativas de seguridad (que es precisamente un derecho penal de la peligrosidad); quien actúe desvinculado de los deberes y obligaciones puestos por el ordenamiento jurídico no puede ser considerado persona por dicho ordenamiento. Ciertamente puede ser “socialmente

controlado, por ejemplo a través de las amenazas de castigos (que no son penas sino sólo el ejercicio factual de la fuerza), pero no puede ser obligado por una norma” (Jakobs 2007b: 36). En síntesis, las reglas que disciplinan el control de las “no-personas” son de derecho penal, incluso si no pertenecen al derecho penal del Estado de Derecho (Díaz 1996: 63).

Honestamente no recojo elementos de especial originalidad en esta teorización del derecho penal del enemigo, sino la tentativa de dar cierta dignidad teórica a cuestiones siempre replanteadas (contestadas, pero nunca definitivamente resueltas), desde los albores del derecho penal moderno hasta hoy.

Parto de una primera observación elemental. Como le gusta decir al mismo Jakobs frente a las duras contestaciones de sus teorías (Jakobs 2007a), el 99% del derecho penal del enemigo es un modelo descriptivo de lo existente, por lo que no se entiende por qué pueda escandalizar a las conciencias garantistas. Y en esto Jakobs tiene en parte razón, en el sentido de que el derecho penal del enemigo es también un modelo descriptivo.

Extremando, pero no demasiado, podría afirmar que el derecho penal “efectivo”, y en particular el derecho penal efectivo de la prisión, está dirigido principalmente a “sujetos” y no a “personas”. A las personas, en el sentido aquí hecho propio por Luhmann y Jakobs, se dirige el derecho penal simbólico o de la ineffectividad o, como suele decirse, del solo “riesgo social” (Sgubbi 1990). Por otra parte, incluso subjetivamente, quien tiene la desventura de traspasar el muro de la prisión no me consta que se perciba a sí mismo como ciudadano, sino más bien como “enemigo hecho prisionero”. Y como tal resulta tratado frecuentemente. En general, el mundo de la economía ilegal y de la criminalidad difusa está compuesto, fundamentalmente, por actores que “sociológicamente” pueden definirse como “no-personas” (Dal Lago 1999). Incluso queriendo callar sobre todo esto, la afirmación del derecho penal del ciudadano o derecho penal de las garantías ha sido siempre acompañada por la producción de un derecho penal especial o de la peligrosidad. *Ergo*: bajo estos marcados perfiles, Jakobs dice la

verdad, es decir describe algunos “hechos”. Pero ciertamente Jakobs dice también algo más.

Teóricamente elabora un modelo explicativo que desarrolla –filosóficamente– el motivo de la persistencia y progresiva radicalización de un derecho penal del enemigo *contra* el derecho penal del ciudadano. En efecto, las fuentes del pensamiento filosófico que desde el Iluminismo en adelante han teorizado un espacio de “no-derecho” –y, entonces, de retorno a la lógica de la guerra– respecto de individuos considerados no-personas, son múltiples: desde Rousseau a Fichte, desde Kant a Hobbes (Gracia Martín 2005a: 11-21). Bajo este perfil, Jakobs no dice más ni elabora mejor lo ya dicho por una larga tradición filosófico-jurídica. En verdad, el modelo explicativo propuesto es, si se quiere, más “rústico” y a mí personalmente me atrae más el que fue avanzado, sin pudores y fingimientos, por la Escuela Positiva Italiana: donde esté ausente una hipótesis realista de inclusión social del delincuente y cuando no pueda confiarse en las capacidades de autocontrol del mismo (ya sea porque es loco o moralmente degenerado, etc.), la defensa social se satisface en su “eliminación”. En suma, “viejas” cuestiones que no creo que estén hoy en condición de suscitar mucho interés o despertar vivas polémicas.

En realidad se acusa a Jakobs de otra cosa: de haber valorado una lectura sociológico–descriptiva hasta el punto de proponerla como hipótesis prescriptiva. Una cosa es –y son por muchos criticada (González Cussac 2007)– observar cómo algunos (muchos o pocos no cuenta aquí) violadores de la ley penal resultan de hecho “tratados” como enemigos (esto es fuera de las garantías del Estado de Derecho) y tratar de explicar por qué sucede esto; pero otra es sostener que algunos “individuos” (muchos o pocos, tampoco cuenta) no deben ser tratados como personas porque “no son confiables” y/o son “infieles” al ordenamiento jurídico y por ello no deben gozar de las garantías sustanciales y procesales que corresponden a los ciudadanos. Luego, cuando (quizás) el más brillante penalista alemán contemporáneo se encuentra dedicado a sostener esta tesis con coherencia y persistencia, pueden entenderse tal vez las razones del escándalo.

Entender las razones del derecho penal hostil

Hemos dado entonces con la hipótesis explicativa: ¿por qué se da “necesariamente” este proceso de construcción social del enemigo y por qué se produce respecto de los desfavorecidos en la estratificación social?

Jakobs no lo dice y en este punto se revela un mal sociólogo del derecho: la criminología –no sólo la crítica y radical– desde hace tiempo presume conocer la razón de la selectividad penal.

La cárcel y el sistema penal tienden a la producción material del orden social (junto a las funciones simbólicas de prevención–integración) a través de la selección y neutralización de aquellos que el sistema social no es capaz –o hace creer que no es capaz– de incluir. Y hoy más que ayer esta finalidad parece explícitamente idónea para legitimar el sistema de justicia criminal.

Y como ya se mencionó, sin duda la metáfora de la guerra es la que mejor explica el presente de los sistemas de justicia penal. Tiene mucha razón Mirelle Delmas–Marty (2007: 21) cuando afirma que: “la guerra contra el crimen, a diferencia del crimen de guerra, es antes que nada una propaganda ideológica del populismo penal, metamorfosis de una inquietud...”.

Hemos tenido ocasión de ver cómo el pasaje de una cultura bulímica a una anoréxica respecto de los excluidos resulta a fin de cuentas obligado cuando cierto punto de vista deviene hegemónico. Y este punto de vista dominante nos ha convencido de que en la nueva economía globalizada, la inclusión social no es posible para todos, por lo que defenderse, incluso militarmente de los excluidos es (o parece ser) una necesidad. Y de este modo llegamos al “deber ser”, a aquel 3% de prescriptivo en la teoría del derecho penal del enemigo, del que habla Jakobs.

El deber ser de la guerra contra el delito

Debemos desenmascarar a quien miente hablándonos de un reducido espacio para la excepción en el derecho penal del enemigo. En realidad Jakobs nos dice que el único destino posible para el sistema penal en la sociedad de la exclusión es el de legitimarse como instrumento de guerra y, por tanto, el derecho penal liberal de las garantías no tiene ya razón de ser, salvo en la dimensión de su ineffectividad estructural: ciertamente un derecho penal garantista y bondadoso puede excepcionalmente ser la respuesta penal ante tipologías de autor que no son socialmente percibidas como peligrosas. En síntesis, sólo un derecho penal que no funciona —sino simbólicamente— porque los actores sociales involucrados poseen suficiente inmunidad o capacidad de resistencia del/al sistema, puede permitirse el lujo de ser un derecho del ciudadano.

Pero la fuerza del derecho penal del enemigo puede desplazar los límites del derecho penal hacia aquellos del derecho de la guerra, creando así un nuevo paradigma. La consecuencia es una militarización del derecho penal nacional. Se trata de un nuevo paradigma: la importación de las lógicas de la guerra, en efecto, tiende a transformar el instrumento jurídico en un arma de guerra. El riesgo está en deformar progresivamente todo el sistema penal, reconstruirlo, partiendo de la dilatación de la figura del enemigo. Este efecto de reconstrucción es agravado también por la exclusión de las garantías propias del derecho penal y del derecho internacional humanitario, con el riesgo de crear, de esta forma, una suerte de “agujero negro” en el Estado de Derecho. Esto es posible porque la lógica de la guerra se acompaña con un cambio en el derecho interno, caracterizado por un pasaje de la culpabilidad del criminal a la peligrosidad del desviado. Como nos recuerda Delmas-Marty: “Esto determina el pasaje de un modelo liberal o autoritario que diferencia ambos conceptos, a un modelo totalitario que los confunde”. En definitiva:

...el paradigma de la guerra conduce al abandono de la visión dogmática jurídico-moral (crimen, culpabilidad, punición), favoreciendo

una visión pragmática que asocia la seguridad del Estado con la defensa social. Fundado sobre un concepto impreciso de individuo peligroso, que se presume tal por su simple pertenencia a un grupo individualizado como enemigo, el objeto es la neutralización, es decir, la eliminación del criminal/desviado (Delmas-Marty 2007: 24-25).

Resulta fácil e incluso ingenuo evocar la segunda ley de Hume: ninguna afirmación prescriptiva puede deducirse de la realidad fáctica; el ser de la justicia penal del enemigo no puede invalidar el deber ser de un derecho penal de las garantías. Quien desconsoladamente reflexiona sobre los espacios de progresivo aumento de la exclusión social en nuestras sociedades actuales comprueba —no puede ya aparentar que no ve— el avance irresistible del poder punitivo. Y quien desde siempre se confronta con realidades en las que más del 70% de la población vive bajo el nivel de pobreza —como sucede en muchos países de América Latina, aunque no sólo allí— se convence de aceptar como inevitable que, de permanecer estas condiciones de inequidad social, la única justicia penal posible sea la teorizada por Jakobs.

Entiendo bien por qué Jakobs puede confrontarse sobre estos tópicos con algunos académicos en Alemania y encontrar aulas magnas colmadas como estadios, dispuestas a escucharlo (algunas veces alabándolo, otras contestándolo) en las universidades de los países definidos, hace un tiempo, como en vías de desarrollo.

La gramática jurídica de la inclusión y las políticas criminales de la exclusión

Es relativamente fácil —en un nivel prescriptivo— oponerse a la teorización de Jakobs. En efecto, se puede afirmar que el derecho penal del Estado Social de Derecho, esto es, el derecho penal del ciudadano, se dirige a todos los seres humanos y no sólo a las personas (Gracia Martín 2005a). En nuestro ordenamiento, bastaría la sola referencia al principio de igualdad. *Ergo*: el único derecho penal posible, en el sentido de legítimo, es el del ciudadano/a.

Jakobs alivia más de una perplejidad respecto de quien afirma la juridicidad como orden absoluto que no puede conocer condiciones y límites.

Los problemas planteados por Jakobs permanecen y continúan inquietando. Podemos incluso negar toda legitimidad a cualquier teorización de un desarrollo del “derecho penal a dos o más velocidades” (Hassemer 1993; Silva Sánchez 1999), en cuyo interior termina por encontrar plena ciudadanía incluso un “derecho penal de lucha” (Donini 2007a), pero las razones “fuertes” que invoca la defensa frente a los enemigos a través de la “inocuidación” de los sujetos no confiables serán, de cualquier modo, satisfechas. En suma, podemos asumir convencionalmente que el derecho penal moderno no debe ser un “derecho de lucha y de guerra”, sino un derecho penal de garantías (González Cussac 2007) —y por ende que no puede ser nunca un derecho penal del fin, no debe ser un derecho penal de la prevención al combatir la criminalidad, la reincidencia y contribuir a la defensa social frente al delito— pero no podemos negar que la guerra a los enemigos está “en curso”.

En caso contrario, nos hacemos cargo, si bien con la debida prudencia, del hecho de que el derecho penal es también —aunque a veces sólo limitadamente con respecto a situaciones “excepcionales” (Hassemer 1993; Silva Sánchez 1999; Donini 2007a)— derecho penal que combate a los enemigos, antes que ocuparse de garantizar los derechos de los ciudadanos que delinquen, con todo lo que esto implica.

Es difícil negar que las políticas criminales y penales estén siempre orientadas hacia un objetivo. Como nos recuerda Donini:

Éstas usan el derecho y especialmente el derecho penal como un instrumento para un fin. El derecho penal, en efecto, es utilizado como instrumento de lucha en función de la defensa y de la paz social... Por este motivo no existe sólo el derecho penal de la culpabilidad (en parte heredero de aquel que una vez fue el derecho penal de la retribución), sino también aquel de la “lucha”, de la peligrosidad y de la neutralización (2007a: 170).

Entonces, ¿es posible acercarse a los paradigmas dominantes del derecho penal como tutela de los bienes jurídicos y como estatuto de garantías y, en particular, como garantía de los asociados frente al poder del Estado (el derecho penal como *Magna Charta* del reo), otro derecho penal que tutela a los ciudadanos en lugar de los bienes respecto de los enemigos y que, antes que ordenarse en formas y contenidos de justicia, tiene la urgencia de ganar una lucha y legitimarse en términos de utilidad social?

Ciertamente, es posible. Mucho más que posible: este “derecho penal de lucha” ya existe en la historia.

Hoy la lucha contra la criminalidad no se presenta más como mero fenómeno sociológico, momento práctico propio de la acción de policía o de las finalidades subjetivas de un programa gubernamental o como una característica sólo de la política criminal. No es ni siquiera un aspecto excepcional de alguna ley de emergencia. Antes bien, es un concepto normativo que involucra las funciones ordinarias del derecho penal y la misma dimensión jurisdiccional del derecho, además de las del proceso penal.

El fenómeno en curso del derecho penal de lucha es, en el análisis puntual propuesto, distinto de las formas conocidas de búsqueda de objetivos de seguridad mediante el derecho penal. Va más allá de la cultura de un derecho penal orientado a la idea de un fin; es distinto de aquello que alguna vez fue etiquetado como derecho orientado a las consecuencias. Todas esas culturas precedentes, en efecto, serían conciliables aún con la idea del derecho penal como forma de justicia, ya no absoluta pero útil. El derecho penal de lucha, en cambio, respecto a estas diversas manifestaciones, constituye una radicalización de las concepciones instrumentales del derecho. Ahora es el derecho mismo, en su “proyectualidad” antes que en su “función”, el que resulta concebido como medio para un fin distinto de la simple tutela de bienes o de la justa regulación de las relaciones. Insiste Donini:

El medio jurídico no se limita a reenviar a una mera teleología interna a él o a una orientación de su aplicación a las razones que rigen el

contenido de las normas o el alcance de resultados que la misma norma impone alcanzar a través de su cumplimiento. Antes bien, es la norma misma la que funciona como instrumento para fines externos a ella. La norma amenaza a un mal y este mal es un arma para alcanzar un fin. Sin embargo, este fin, más allá de aquel específico de la sola incriminación, es al mismo tiempo la victoria contra un fenómeno dañoso o peligroso (2007b: 60).

Claro que así entendido, el derecho penal de lucha no tiene nada que ver con lo que la tradición liberal-garantista ha entendido y aún entiende por derecho penal del ciudadano. Pero, ¿dónde está el límite entre este derecho penal que quiere vencer a la criminalidad y el derecho penal del enemigo que quiere neutralizar a los adversarios? Donini escapa a esta tarea y lo dice expresamente:

Respecto a la distinción entre derecho del enemigo y derecho de lucha, quien esto escribe evita voluntariamente dar una definición precisa. No la daré, más allá de una genérica que se concentra en los momentos del derecho de autor en lugar del acto y la culpabilidad, la dureza sancionatoria punitiva pero típicamente excluyente –neutralización mediante retribución–, y la traición o elusión del momento jurisdiccional del derecho. No la daré, porque es ilusoria la idea de un límite definido, aun cuando en la periferia de los fenómenos nos encontramos, en un caso, en el ámbito de un derecho seguramente ilegítimo (el del enemigo) y en el otro, en el ámbito de un derecho, al menos en parte, legítimable (el de lucha) (2007b: 75).

En su denso ensayo Donini ofrece, sin embargo, muchas ejemplificaciones de aquello que entiende por derecho penal del enemigo. Bajo el perfil sancionatorio, por ejemplo, las muchas “sanciones” o “medidas” atípicas en función cautelar, preventiva, probatoria. Por antonomasia incluye también la pena de muerte, en cuanto expresa una función típica de aniquilamiento; las penas desmedidas que expresan neutralización mediante retribución, como las condenas a penas indeterminadas o desproporcionadas por reincidencia reiterada; así como las

figuras clásicas de las medidas de seguridad personales aplicadas en el máximo nivel de exclusión del contexto social. En lo que concierne a las fases que preceden la condena penal propiamente dicha, todo rechazo, elusión o desnaturalización de la función jurisdiccional, para la cual la internación, tiempo atrás en los campos de exterminio nazistas, como hoy la detención en Guantánamo, son perfiles inequívocos de un derecho penal del enemigo. Otro tanto se puede decir de la tortura “necesaria” y por tanto lícita, o bien de la aplicabilidad a los órganos del Estado de la eximente común del estado de necesidad allí donde se utiliza efectivamente la tortura. Pero esto no es todo: a propósito del “derecho penal del extranjero”, se pueden mencionar todas las hipótesis de peligrosidad presunta por violación de procedimientos de inmigración, en particular, las formas de detención provisoria ligadas al ingreso ilegal y al incumplimiento de la orden de expulsión. Incluso, como nos recuerda Donini, el mismo derecho penal internacional constituye un ejemplo paradigmático de derecho penal del enemigo ya que, en los países donde éste interviene, los derechos humanos todavía deberían ser afirmados contra situaciones inhumanas en curso y también porque en el derecho penal internacional todavía rige el paradigma de un derecho penal arbitrario y desigual aplicado contra los adversarios ya derrotados.

Tampoco se puede excluir, como sostienen algunos, de las posibles formas del derecho penal del enemigo, al empleo de delitos de asociación y la incriminación de actos preparatorios, delitos de atentado, acuerdo o instigación.

Me parece que esta ejemplificación corre el riesgo de comprender la mayor parte del derecho penal con efectividad sancionatoria: casi toda la criminalidad organizada, la terrorista, la vinculada a procesos de inmigración, aquella marcada por la reincidencia y la profesionalidad, etc. En resumidas cuentas, gran parte del derecho penal de la prisión.

¿Hay espacio para un derecho penal de lucha?

¿Podemos romper el esquema binario entre el derecho penal legítimo que corresponde al ciudadano y el derecho penal ilegítimo que corresponde al enemigo, reconociendo el espacio emergente de un “derecho penal de lucha” como distinto de ambos y sobre cuya legitimidad es necesario discutir aún las diversas hipótesis?

Un límite extremadamente incierto es el que hay entre derecho penal de lucha y derecho penal del enemigo en el cual, honestamente, no llego a distinguir algo que quede como fundamental en ese campo intermedio (entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo) que éste último no pueda e incluso deba, incluir.

Donini, refiriéndose a nuestro derecho positivo, indica tres límites. Superado sólo uno de éstos en rigor, se debe hablar de derecho penal del enemigo: el derecho penal de acto, no sustituible por el de autor (Artículo N° 25 de la Constitución), la finalidad reeducativa–resocializadora de la pena (Artículo N° 27, inciso 3 de la Constitución), una finalidad, de todos modos, nunca radicalmente excluyente, y la terceridad e imparcialidad del juez (Artículos N° 101 y N° 111 de la Constitución).

Pero si estos son los tres principios que hacen de barrera a los caracteres principales del derecho penal del enemigo, me veo obligado a corregir la afirmación anterior: la totalidad del derecho penal de la efectividad sancionatoria y, sobretodo, de su ejecución es ya –desde hace tiempo– parte integrante del derecho penal del enemigo. En el derecho penal de la prisión, ¿cuándo se puede hablar del dominio del acto sobre el autor, si la flexibilización del castigo legal está dominada por valoraciones de peligrosidad? (Pavarini 1996) Y ¿qué sentido tiene hablar todavía de función especial–preventiva, frente a una pena plegada a las razones utilitaristas de la premialidad y del gobierno disciplinario de la cárcel? (Pavarini 2006d). Luego, en cuanto a la terceridad del juez, ¿cómo puede ser respetuosa de ese principio una jurisdicción llamada a operar con valoraciones de confiabilidad? (Mosconi y Pavarini 1993).

Reitero: desde una óptica referida al “ser” de la justicia penal, el sistema penal de la efectividad sancionatoria está desde siempre contra los enemigos, pero en razón de la naturaleza drásticamente selectiva del sistema de justicia criminal *in the facts*, sólo éstos resultan efectivamente punidos. De este modo, para todo aquello –mejor, para todos aquellos– que el sistema penal no pune, es posible extender las garantías del derecho penal del ciudadano. Sólo en este sentido los límites del derecho penal del ciudadano son, desde siempre, mucho más vastos que los del enemigo, justamente porque son mucho más numerosos los que violan la ley penal respecto a los que son efectivamente punidos.

Ahora bien, esta suerte de purgatorio entre el infierno del derecho penal del enemigo y el paraíso del derecho penal del ciudadano, este concepto normativo de derecho penal de lucha que cada vez más debería devenir constante epistemológica del derecho penal futuro: ¿qué es?

Luego, hay otra cuestión radicalmente distinta que me inquieta: el discurso jurídico–penal –en buena medida la doctrina penal– ¿debe o no asumir una función de legitimación de las imprescindibles necesidades represivas? ¿Debe aceptar de manera realista que el sistema penal no puede (también) defender a la sociedad de los enemigos o de algunos enemigos? Y una vez asumida esta perspectiva realista, ¿debe ofrecerse como autoridad tecnocrática en la elaboración de soluciones técnicas adecuadas a las necesidades de política criminal o esta no es tarea suya? La dogmática penalista ha elaborado una gramática jurídica que es dogmática precisamente porque deductivamente hace descender, por rigor lógico, el “deber ser” del derecho penal de algunos principios–postulados, que son aquellos originariamente afirmados por una voluntad de resistencia del ciudadano frente a las pretensiones punitivas del Príncipe. En referencia al caso concreto desde el cual parte esta reflexión, la nueva disciplina de la reincidencia, se puede ciertamente afirmar que a través de ésta se ha rescrito una gramática penal diferente, incompatible con la que podía deducirse de los principios del Estado de Derecho. Desde este punto de vista, entonces, esta

nueva gramática penal es criticable por ser ilegítima. Más no puede decir la ciencia penal, aun cuando al mismo tiempo no puede entender las razones “políticas” que han impuesto esta gramática distinta.

Ciertamente el peso político de esta ciencia jurídico-penal, que reafirma su ontológica extrañeza e irresponsabilidad respecto a las políticas criminales y penales, resulta redimensionado: a la ciencia penal no le queda más que educar y argumentar en una lógica defensiva y sugerir los “pretextos válidos” para castigar menos (Zaffaroni 2002). A algunos puede parecerles poca cosa. A mí me parece suficiente. En suma, no es poco cultivar una retórica tendiente a la minimización de la violencia institucional.

Hay quienes –y no creo ciertamente que se trate de una minoría– por su índole, convicción, razonamiento o conveniencia están persuadidos de que el derecho penal es un recurso fundamental, incluso a veces la sola deposición, para luchar y derrotar el mal. O en términos más laicos, para garantizar el gobierno de la cosa pública. Que forme parte de este partido la mayor parte de la opinión pública, no es algo que me sorprenda. Que puedan adherir también los penalistas, frecuentemente aquellos de excelente calidad, sinceramente me maravilla. Pero si creemos en esto, entonces parece claro que, como sinceros fieles del derecho penal, seamos llamados a operar una revisión puntual en clave reduccionista de aquella vieja pieza de museo del Iluminismo que es el garantismo penal, el cual por su naturaleza y desde siempre fue llevado como punta de lanza de la represión (aun con escasos resultados), cuando se teme –como se teme– en mayor medida el poder punitivo del Príncipe (aun del democrático) que la criminalidad misma. El derecho penal de lucha deviene el espacio virtual de un derecho penal tecnocrático, capaz de resolver los problemas a través de la represión o incluso a través de la represión sin tener que ceder, al mismo tiempo y completamente, a la lógica del poder punitivo. O como diría Foucault, a la mera disciplina. Un derecho penal eficaz y todavía bastante respetuoso de las libertades del ciudadano. Mejor aún, respetuoso dentro de los parámetros de compatibilidad sistémica con las necesidades de eficacia. Pero esta virtuosa compatibili-

dad entre eficacia y garantía es exactamente aquello que no existe. Lo dice el mismo Jakobs, absolutamente confiable en este sentido cuando afirma la imposibilidad de distinguir entre un derecho penal de lucha y un derecho penal del enemigo, por la simple razón de que el derecho penal de lucha tiene la misma naturaleza que el del enemigo (Jakobs 2007a: 115).

Me pregunto, en tono de provocación y sin ningún tipo de concesión a la retórica, si este espacio virtual no es justamente aquel que debería pertenecer a otro saber y poder, la política *in primis*. Luego, frente a la evidente crisis de legitimidad de ésta última, hay quien se ilusiona creyendo que el derecho penal, a esta altura ya entendido como saber-poder de los penalistas, esté en condiciones de poner orden en el presente desorden. En mi mirada desencantada de la cuestión criminal, cuando me encuentro con estas posiciones confiadas, me parece literalmente estar soñando.

La guerra como delito y la guerra al delito

La guerra al delito se difunde hoy en contextos de guerra. El derecho penal del enemigo crece y se legitima en la cultura del derecho de guerra. ¿Qué relación existe entre estos dos fenómenos? (Ruggiero 2007).

La guerra, como se sabe, está en condiciones de radicalizar las iniquidades y asimetrías que comúnmente favorecen la criminalidad y en esto puede ser equiparada al crimen corporativo, en cuanto polariza las posiciones ocupadas respectivamente por los grupos poderosos y por quienes no son poderosos:

...las vicisitudes recientes en el campo internacional han transformado a la guerra en una serie de episodios de criminalidad de los poderosos. La situación criminógena producida no refuerza exclusivamente las ilegalidades convencionales sino también, y en mayor medida, las de Estado, las de empresa y en general la criminalidad que definimos

como económica. El involucramiento directo de compañías privadas, agencias de seguridad y empresas que proveen servicios militares y asesoramiento paramilitar, sugiere la creación de un aparato de vagos contornos en el cual militarismo misionero, empresa predatoria y corrupción de los mercados, conviven en una mixtura realmente inédita (Ruggiero 2007: 96).

Pero la guerra como criminalidad aspira a adquirir valor fundacional, tendiendo a modificar la percepción social y la jurisdicción relativa a su modo de ser. Sus violaciones apuntan a producir nuevas lógicas de legitimidad y nuevos aparatos legislativos. Pero operando de esta forma, la guerra exaspera y favorece la emergencia de quien debe ser neutralizado como peligroso, es decir, determina las condiciones de legitimación de la guerra al enemigo. Ejemplo de lo que se determinó después del 11 de septiembre. La guerra preventiva a los “Estados canallas”, lleva a la construcción del terrorista islámico como enemigo; sobre la guerra al terrorista islámico se justifica el derecho penal del enemigo y éste último, en fin, legitima la guerra misma reconociéndola como legítima aun siendo criminal y criminógena.

El cerco parecería cerrarse a la perfección: la guerra como delito facilita el avance triunfal de la guerra al delito.

VIII. ¿Una nueva penalidad?*

Las buenas maneras de infringir sufrimiento sobre los otros

Parto de una observación simple, quizás incluso banal.

Es imposible conocer la naturaleza de las penas en la modernidad y la posmodernidad –tanto de aquellas de hecho como de las legales– sin tener en cuenta debidamente el “proceso de civilización” al interior del cual también se dan y transforman las relaciones punitivas. La traducción más superficial de este paradigma es la idea de la humanización del castigo, en el pasaje durante la época moderna de las penas que gravitan sobre una “economía política de los cuerpos” a aquellas que invierten en una “economía política del espíritu”, según el léxico de Foucault (1975). Y es desde esta óptica que, por ejemplo, Garland (1990) lee a Elias (1939) para explicar la emergencia de las penas privativas y limitadoras de la libertad frente a las penas corporales. Pero es sólo una lectura posible.

La cuestión podría ser planteada también en términos más radicales: la necesidad de producción de orden social a través de la censura (Sumner 1990) –o dicho de otra manera, las “viejas” necesidades durkheimianas de producción de la identidad social a través de prácticas de diferenciación (Melossi 2001)– ¿puede en el “proceso de civilización” renunciar progresivamente a la producción artificial de sufrimiento? Es decir, ¿se puede censurar –y por tanto estigmatizar socialmente– sin castigar?

Pienso *in primis* en Braithwaite (1989). Si la función más importante de la reacción social e institucional frente al delito es la producción de “reintegración social” –en un sentido no muy diferente del que se

* Una versión de este escrito ha sido publicado originalmente como: “Vecchia” e “nuova” legalità”, en *Critica del diritto*, Vol. 1, p. 95-100. 2003.

plantea hoy, por ejemplo, la ciencia penal de Jakobs (1976, 1983), aun cuando en el enfoque sistémico el bien de la prevención integradora se alcanza siempre “artificialmente” a través de la pena— la reacción frente al transgresor funcionalmente se genera cuando produce “vergüenza” en torno a él. Antes y más allá de la producción de vergüenza, toda reacción es violencia gratuita y nociva, en el sentido de que resulta disfuncional al proceso mismo de reintegración social. Lamentablemente la producción social de vergüenza a través de la censura es sólo un efecto deseable pero no necesario de la pena misma. En efecto, la función social (auspiciable) de la pena termina por extinguirse antes que la pena sea efectivamente aplicada, ya sea porque ya ha producido vergüenza o bien porque no la ha producido y nunca lo hará.

Quizás es por esta razón que la pena se encarga de imponer artificialmente censura a través de la “degradación social” del transgresor que no se avergüenza de su propia culpa. Como si se dijera: si no te avergüenzas de tu conducta inadecuada, deberás avergonzarte, porque de hecho serás objeto pasivo de un sufrimiento “humillante”. Pero si así fuese, la pena legal no podría jamás “humanizarse” completamente porque, de todas formas, existiría un límite infranqueable para el “proceso de civilización” del sistema de justicia penal. Este límite estaría dado por las necesidades propias de la pena legal de producción de *handicap* (físicos, psíquicos, culturales, económicos) en el condenado, con una finalidad de “degradación social”: para aquellos que aparecen como estigmas sobre la carne del condenado, basta la referencia a Gonnin (1991); en cambio para aquellos que operan ocultamente reduciendo las expectativas de la calidad de vida futura del detenido, la referencia obligada es aún la regla estructural de la *less eligibility*.

El control social hoy: ¿fuera de la cultura de la pena?

Me parece que actualmente el gobierno material de la penalidad legal tiene muy poco que ver con lo que descriptivamente es posible atribuirle a la naturaleza de la pena. Como si se hubiese operado un

malentendido terminológico: indolentemente usamos el término pena para definir otra cosa. La modernidad nos ha transmitido una noción de penalidad legal que desde un punto de vista descriptivo se construye sobre algunos atributos esenciales: la naturaleza aflictiva, expresiva y estratégica de la reacción punitiva (Nino 1980).

Me pregunto: ¿la penalidad material hoy responde todavía a esta definición del castigo legal heredada de la modernidad?

Tengamos en cuenta algunos procesos históricos. En primer lugar la progresiva transformación del sistema penal de un modelo ideal, signado por una fuerte racionalidad intra-sistémica, hacia un modelo auto-poietico en el que las nuevas necesidades de disciplina obligan al sistema mismo a continuos reenvíos a contextos extrapenales de referencia y lo hacen, entretanto, cada vez más condicionado por un policentrismo de fuentes y poderes no jerarquizados, ni jerarquizables, en términos rigurosamente predeterminados (Donini 2000). En segundo lugar, la progresiva residualidad del sistema penal axiológicamente fundado sobre valores socialmente compartidos y por eso mismo preexistentes, frente a un sistema penal prevalentemente artificial. Estas tendencias no son accidentales y contingentes, sino que son inherentes a la existencia misma de un sistema de derecho penal moderno (Sgubbi 1990).

La penalidad moderna se sostenía en última instancia sobre un “prejuicio”, sobre la fe en la existencia de un atributo del sistema penal—su inherente capacidad de censura— que se consideraba evidente, pero que no resulta evidente si no está comprobado científicamente. Y no nos parece que hoy exista una demostración empírica en este sentido. La función de censura del sistema penal moderno no ha sido de hecho demostrada, sino sólo presupuesta: que éste tenga la virtud de marcar “social” cuanto “normativamente” (y por ende, formalmente) aquello que nomina en función de su fuerza simbólica, es hoy una simple ilusión.

La mayor parte del derecho penal está predominantemente compuesta por incriminaciones contravencionales (y como consecuencia de la naturaleza artificial de las mismas, no hay una percepción social de desvalorización con respecto a las conductas así tipificadas). Más

aún, el derecho penal protege fundamentalmente funciones propias del Estado. Pero no obstante ello, sigue siendo penal; y por esto, ¿es sólo capaz de perseguir una finalidad de censura social? En términos más teóricos: la naturaleza simbólica y la consecuente eficacia estigmatizante de la censura, son quizás atributos exclusivos del derecho penal clásico, o mejor aún, “primitivo”; esto es, el derecho penal que criminaliza no tanto conductas socialmente percibidas como merecedoras de pena cuanto a autores socialmente visualizados como “diferentes”. En suma, la función simbólica del derecho penal surge del rol del sistema de justicia penal clásico en la reproducción de las diferencias sociales, esto es, en la conservación de la realidad social desigual (Peters 1973; Robert 1984; Steinert 1973). La censura, por tanto, está en relación con la amenaza de una pena que persigue el fin latente de transformar socialmente al transgresor en criminal (Matza 1964, 1969). Y el estigma criminal, la marca que logra identificar al desviado como perteneciente a la clase criminal, es lo que le atribuye al sistema penal la virtud de orientar eventualmente a la conformidad al universo social de los potenciales infractores de la ley y de confirmar la confianza institucional del universo social de los observadores. La amenaza de una reacción institucional que no esté en condiciones siempre —abstracta y eventualmente— de reducir o amenazar el estatus social del desviado, es decir, que no sea “degradante”, no es reconocida ni reconocible siquiera como pena. Socialmente la misma pena pecuniaria no es pena a menos que sea efectivamente idónea para reducir “visiblemente” el *status* económico y por tanto social del castigado.

Cuando existen (y existen copiosamente) investigaciones empíricas, éstas unánimemente confirman que la idea socialmente construida y difundida identifica como penal sólo al derecho criminal arcaico, y como pena sólo a aquellos sufrimientos legales socialmente percibidos como degradantes y, por ende, estigmatizantes. Es decir que la función simbólica del derecho penal se produce socialmente como valor agregado a su originaria función material de instrumento de producción y reproducción de la diferenciación social. Por lo tanto, es comprensible, como un faro que ilumina socialmente con efectos de cen-

sura todo lo que se acerca a este núcleo originario, cuanto más se aleja de éste, tanto más se debilita la posibilidad de transmitir la censura socialmente. Vale aquí una regla de la economía clásica; aquella que enseña que la mala moneda desplaza a la buena. Cuanto más se difunde el área de la criminalización más allá de la esfera de cuanto es socialmente percibido como merecedor de censura, no sólo no se produce censura sino que se corre el riesgo de disipar incluso aquella censura originalmente percibida como merecida. La criminología nos enseña que un efecto colateral del proceso de hiperpenalización es, justamente, amenazar la función social del proceso de criminalización, esto es, el reconocimiento social de la desvalorización de algunas conductas.

En ausencia de una penalidad material capaz de producir diferenciación social, incluso la dimensión simbólica de la censura termina por perderse o volverse —al menos sociológicamente— evanescente. Me parece, por tanto, un error definir como derecho penal simbólico al derecho penal que se aliena de su función de producción de diferenciación social, porque no es ya capaz de censurar.

El *restorative paradigm* en la producción de un “nuevo” orden social

Si la pena efectivamente sufrida corre el riesgo de no poder ser justificada —al interior de un Estado de Derecho— menos por el impacto de las teorías abolicionistas que por una historia de intentos infructuosos, en los confines de la penalidad trazados por la modernidad se vislumbran actualmente nuevos posibles territorios de expansión (Baratta y Pavarini 1998; Eusebi 1998) que en cambio presentan ciertas resonancias con aquellas teorías.

Ciertamente una rica provincia con respecto a la cual el sistema penal manifiesta hoy fuertes intereses de colonización, es aquella aproximadamente ubicada dentro de los límites del modelo de la justicia res-
taurativa.

De las diversas lecturas que se ofrecen del “por qué” del surgimiento, desde la década del setenta, del *restorative paradigm* en los sistemas de control social (también penal) como alternativa a los paradigmas retributivo y rehabilitador, la propuesta por Faget (1993) me seduce más que cualquier otra: el modelo reparativo-mediador se desarrolla “rizomáticamente” (Faget 1992) –por efecto de una connatural tendencia entrópica de los sistemas de producción de orden como, precisamente, el control social penal– mas allá de los límites del orden mismo (Forse 1989). Éste germina, por ende, confusa e imprevisiblemente en territorios sociales progresivamente abandonados por los sistemas formales de producción de orden. Periferias enteras están de hecho desguarnecidas de toda protección efectiva por parte de la legalidad: el límite más allá del cual *Hic sunt leones* recorta, como en manchas de leopardo, espacios sociales desiguales y diversos donde el orden legal ya no se produce. Y en estos espacios “espontáneamente” germina o puede germinar un orden distinto.

Otra de las grandes promesas de la modernidad no realizada: la función disciplinar “extraída” –los abolicionistas dirían “expropiada” (Hulsman 1983)– de lo social y asumida monopólicamente dentro de los límites de la legalidad por el sistema de justicia penal, se muestra siempre más incapaz de gobernar, es decir, de producir orden.

Dos procesos distintos favorecen con efectos sinérgicos la disolución del sistema de justicia penal mismo. Por un lado –como hemos podido ver– el crecimiento gigantesco del dominio penal, en razón del incremento de las funciones disciplinarias propias del Estado Social; por el otro lado, la crisis de los sistemas de socialización primaria y, como consecuencia, la producción creciente de una demanda de disciplina formal (Mosconi 2000).

El dominio del sistema de control social penal es, en suma, demasiado vasto como para poder ser sostenido y, por lo tanto, metafóricamente parece, por eso mismo, responder a la segunda ley de la termodinámica (Boudon 1977). Lo que se produce más allá de éste y a veces incluso contra éste –en los espacios del creciente desorden selvático– reenvía a verdaderos procesos de refeudalización de las relaciones sociales. Con-

flictos y violencias intrafamiliares y en las relaciones de vecindad, degradación social, vandalismos, micro-criminalidad en las periferias metropolitanas, intolerancias raciales, producen experiencias de victimización difundidas, que se traducen en demandas otro tanto difundidas de reafirmación normativa, ellas mismas luego insatisfechas (Brown 1990; Lagrange 1992; Roché 1993; Pavarini 1997b; Vianello 2000).

En este contexto político de disolución, por lo tanto, es posible asistir al surgimiento de dinámicas sociales que se ponen como objetivo responsabilizar a la sociedad civil, restaurar (siempre los amigos abolicionistas preferirían la expresión “re-apropiarse de”) las capacidades y virtudes de autoregulación de los conflictos que gozan de un amplio capital de simpatía social (De Munck 1995).

La puesta en escena pública de la mediación se ubica así en este escenario de amplia adhesión consensual a hacerse cargo “informalmente” de las situaciones problemáticas abandonadas de hecho por los sistemas formales de control (Matthews 1988). Su más genuina expresión se realiza, por lo tanto, en el modelo de mediación “autónomo-comunitario-desprofesionalizado”. Su crecimiento espontáneo y desordenado abarca segmentos diversos y desiguales de la asistencia de las problemáticas sociales, atravesando los límites formales del orden legal tradicional: civil, administrativo, penal (Messmer y Otto 1992). Parecería desplegarse felizmente sobre todo, pero se trata de un falaz efecto óptico.

La retórica justificativa de su difusión cautiva socialmente: informal, blanda, inteligible, simple, moderada, de proximidad... son términos de un léxico construido sobre el género “femenino” contra el género “masculino” de una justicia formal, *dura lex*, incomprensible, compleja, distante (Ceretti 1998). Que el área de la desviación juvenil sea una de las primeras en ser invadidas por este paradigma es, por lo tanto, absolutamente comprensible. Pero también cuando la onda de hacerse cargo de otro modo de los conflictos –es decir más allá del sistema de justicia formal– invade otras áreas, una cierta contigüidad de todas maneras permanece, es posible de rastrear. Como inteligentemente se expresa el australiano Braithwaite –con un ojo antropológi-

co atento a los sistemas aborígenes de gestión de los conflictos y con el otro observando la paradoja japonesa—, los recursos más exitosos de la experiencia de la mediación son el sentimiento de vergüenza (reintegrativa y no socialmente estigmatizante) por parte del desviado y el perdón por parte de la víctima (Braithwaite y Pettit 1990). Es, en definitiva, la disciplina materna contra la justicia del padre. Está claro que resulta posible extenderla a la justicia penal “menor”, como precisamente ha sucedido recientemente en Italia, con las competencias penales del juez de paz.

Todo lo bueno y todo lo malo que se puede decir —y que en realidad ya ha sido dicho, basta leer el exhaustivo compendio de las diversas razones en pro y en contra en Bonafé–Smitt (1992), Matthews (1988) y Davis (1992)— de la *restorative justice* (Varona 1996), se juega en torno a ésta: su originaria y primitiva fundación en un modelo consensual en contra de uno conflictual de las relaciones sociales (Abel 1982; Harrington 1981). Las simpatías y las desconfianzas, los amores y los odios que nos dividen frente a esta experiencia radican, sustancialmente, en este punto decisivo. Pero el nudo puede ser también planteado de manera distinta.

Se puede convenir así que la “otra” justicia tiene éxito en la gestión de las situaciones problemáticas que se construyen socialmente y, por lo tanto, son percibidas por los actores sociales involucrados como “malestar” y “sufrimiento” y no como “conflictos”. En suma, áreas de desorden “no conflictual” o, en cierto modo, de conflictividad contenida (Bottomley y Roche 1988). Situaciones problemáticas ciertamente, a menudo productoras incluso de gran sufrimiento y malestar en los actores sociales involucrados, pero que socialmente no son advertidas como amenazantes y contestatarias de la hegemonía del orden normativo estatal, sobre el cual se cimienta el pacto de ciudadanía.

El espacio de posibilidad de una gestión del conflicto “entre las partes privadas” se extiende entonces, en la medida que la estructura social es socialmente considerada como estable o, en otras palabras, en la medida que una determinada situación problemática es sufrida sólo “privadamente” (Cain 1988; Nelken 1988). Es de todos modos signifi-

cativo que los contextos nacionales donde por primera vez y más ampliamente se ha desarrollado la experiencia de la mediación social, son aquellos en los que la estructura y el orden social son fuertemente compartidos, como Canadá (Peachey 1989) y los países escandinavos; o bien aquellos, como los Estados Unidos, en los cuales por razones muy distintas, si no opuestas, culturalmente el Estado es demasiado débil si es que no está ausente y antropológicamente el conflicto difícilmente es “publicitado” (Coates y Umbreit 1993). En el léxico penal, recordando el ensayo iluminador de Sbriccoli (1974) sobre el nacimiento del derecho penal moderno, me parece que puede expresarse así: el espacio teórico y político de posibilidad de una solución sólo entre las partes del conflicto se ubica en razón directa con la distancia de éste respecto a la construcción social del hecho como *crimen laesae maiestatis*.

La mediación penal y la nostalgia del “viejo” orden penal

La mediación penal en el sistema de justicia de menores y la actualmente administrada por el juez de paz es, sin embargo, otra cosa, porque desde la antes descrita situación de producción social de un orden en la crisis del sistema legal, ha pasado mucha agua bajo el puente. A aquel primer proceso le ha seguido otro de signo opuesto: la tentativa del sistema legal de re-apropiarse, de incluir dentro de los límites de la legalidad formal, todo lo que se había venido formando fuera de éstos. Los modelos de mediación penal puestos en práctica y actualmente dominantes, a los cuales incluso nuestro sistema de justicia penal parece, con tardío interés, mirar con simpatía, son los de tipo legal-profesional (Faget 1993). A la dispersión le sigue ahora la inclusión.

Por otro lado, los caminos técnicos para alcanzar el objetivo de la re-apropiación son, al menos en apariencia, fácilmente practicables: en los casos en que es posible, en particular en los sistemas de justicia penal que se sostienen sobre el carácter facultativo de la acción penal, la vía maestra es la de la derivación en el proceso penal (Leblois-

Happe 1994); de lo contrario se puede recurrir a aquella, ciertamente más intransitable, de las penas sustitutivas, o bien, incluso, pasar por el ojal de la aguja de un uso atípico de la *probation*.

También en este caso conviene interrogarse previamente sobre el “por qué” —es decir sobre la razón fuerte, digamos estructural— de este proceso de recuperación del sistema de justicia formal y, por ende, también de la justicia penal, de la realidad informal crecida en su exterior, precisamente más allá de los límites de la legalidad.

Diviso sólo una: la experiencia externa es incluida en tanto recurso útil para un proceso de racionalización sistémica, en el sentido de que esa experiencia, mientras es institucionalizada, parece capaz de favorecer contemporáneamente sea el enriquecimiento de la “caja de herramientas” con la cual opera el sistema de justicia formal y de control social penal, sea la implementación de modalidades de gestión de conflictos consideradas deflacionarias respecto a aquellas más típicas y tradicionales, afectadas crónicamente por disfuncionalidades determinadas por los procesos de crecimiento hipertrófico.

Los dos objetivos apreciables bajo el perfil de la funcionalidad sistémica son los mismos contra los cuales se puede concentrar también la lectura crítica respecto del proceso de institucionalización de las prácticas de mediación, y en efecto, estas críticas han sido repetidamente planteadas (Garapon 1992).

El enriquecimiento de la “caja de herramientas” ha sido, por ejemplo, censurado como “ampliación de la red” del control penal, como inclusión en el área de la criminalización secundaria de todo aquello que, “de hecho”, se le escapaba (Cohen 1985a). El objetivo deflacionario —frecuentemente más presunto que real— ha sido criticado como orientado principalmente a la definición de una justicia menor, como justicia envilecida y de segundo nivel (Marshall 1988). Y, por último, la inclusión de prácticas mediadoras en el sistema de justicia penal ha sido considerada como capaz de favorecer la “juridización” de las relaciones sociales, operando así en favor de una relegitimación del propio sistema judicial y, en general, favoreciendo un incremento del dominio de la reglamentación de tipo jurídico (Abel 1982).

Me parece que las críticas son sensatas mientras sean entendidas como la “individualización” de riesgos posibles; alimentaría ciertas perplejidades si fueran entendidas como la individualización de riesgos inevitables.

Un probable escenario futuro y una esperanza

¿Cuáles son las posibilidades de que este matrimonio, que no se debía hacer pero que finalmente se hará, entre mediación y sistema de justicia penal, permita al paradigma compensatorio no plegarse, en un rol auxiliar, a las razones del paradigma correccional o bien, a una ulterior negociabilidad de la pena?

La cultura y las razones de la prevención especial son fuertes, demasiado fuertes. Su fortaleza es producto en parte de la convicción difundida —a mi parecer errada— de su idoneidad para la contención de la represión. Es en verdad difícil no pensar que la atención benévola, aunque sea tardía, que el sistema de justicia de menores muestra hoy respecto del recurso ofrecido por la mediación sea, precisamente, una respuesta útil para la persecución del fin, ciertamente muy noble y compatible, de la descarceración (Pavarini 1997c).

Mi convicción personal es que todo esto es el efecto de una verdadera y propia ilusión. Como se ha planteado, las tasas de encarcelamiento no son producto ni del crecimiento de la criminalidad (por aparente o real que sea), ni del cuadro normativo de referencia (más o menos ocasiones legales de derivación en el proceso penal, de penas sustitutivas y de modalidades alternativas a la pena de detención). Ellas, en cambio, parecen directa e indirectamente responder a cómo se construye socialmente la demanda de penalidad (Pavarini 1997a).

Por otro lado, creo que se debe argumentar de manera distinta en lo que concierne a la experiencia mediadora en torno a los delitos perseguibles a instancia de parte en el procedimiento ante el juez de paz. En este caso, la conciliación persigue el fin de favorecer acuerdos entre las partes y economizar el recurso escaso y, por ende, costoso de

la justicia penal. Y todo esto en una dimensión devaluada o, en cierto modo, reducida con respecto al fin de reprivatización del conflicto.

Es cierto que si la experiencia originaria de la mediación social pudiera mostrarse ocasionalmente en condiciones de favorecer una construcción social distinta del pánico social por medio de la utilización de un vocabulario no punitivo en la solución de los conflictos, este recurso sería celosamente preservado y cultivado. Desgraciadamente, en el momento en que ésta es atraída por el sistema de justicia penal, se arriesga a perder en parte su virtud, ya que su lenguaje alternativo resulta irremediablemente incluido y homologado al del sistema de justicia criminal.

Pero quizás, sumando todo, ni siquiera esto es un mal. Sin caer en fáciles entusiasmos, se debe sin embargo reconocer que aun la mediación incluida en el sistema de justicia penal porta consigo algunas cosas nuevas y distintas, tal vez no en condiciones de alterar el sistema en su totalidad, pero sí favoreciendo la superación de viejos equilibrios. Recientemente Shearing (2001) agudamente observa que la insatisfacción respecto de los dos grandes paradigmas de la pena —el retributivo y el preventivo— reside en sus miradas parciales: el retributivo, totalmente orientado hacia el pasado, aniquilado en la consideración del solo hecho histórico del delito, y el preventivo, únicamente dirigido hacia el futuro, exaltado en la fe de poder impedir nuevos delitos. En efecto el *restorative paradigm* se ofrece en cambio con la mirada abierta hacia todos los campos. Sugiere a las partes en conflicto reconsiderar el pasado, discutir sobre el sentido de un hecho histórico que ha quebrado un equilibrio; pero sugiere también superar juntos esa fractura, para encaminarse más serenamente hacia el futuro.

Claramente: todo esto no induce optimistamente a considerar que el *restorative paradigm* represente el puerto en el cual atracar al final de la búsqueda de una nueva penalidad funcional y culturalmente compatible con un Estado Social de Derecho, y una vez que se hayan dejado atrás definitivamente los paradigmas retributivo y reeducativo. Nada definitivo, por tanto, pero sin embargo puede ser un puerto en el cual hacer momentáneamente un descanso, antes de continuar la *recherche*.

IX. Seguridad frente al delito y gobierno de la ciudad*

La crisis irresoluble del reformismo penal

A pesar de que algunos países europeos (Francia, España, Portugal, Alemania) han conocido en los años noventa la promulgación de nuevos códigos penales, se ha tratado más bien de un reformismo “cosmético” —ingeniería legislativa sólo con fines de modernizar las partes más obsoletas del viejo cuerpo del código— que de un real proceso reformador.

No han sido posibles modificaciones radicales. Y muchas y buenas razones han sido esgrimidas para justificar esta desconsoladora timidez. Tal como lo avanzábamos en el capítulo precedente, en primer lugar, la progresiva conversión del sistema penal a un mecanismo autopoiético, en el que el sistema mismo realiza continuos reenvíos a contextos extrapenales de referencia, haciéndolo —simultáneamente— siempre más condicionado por un policentrismo de fuentes y poderes no jerarquizados ni jerarquizables. En segundo lugar, la progresiva residualidad del sistema penal fundado en valores socialmente compartidos y, por ende, preexistentes al mismo, frente a un sistema penal cada vez más artificial.

Estas tendencias no son accidentales ni contingentes, sino que son inherentes a la existencia misma de un sistema de derecho penal moderno. Por lo tanto, no es posible oponerse a ellas negándolas, porque no son consecuencia de elecciones convencionales y, por tanto, no pueden dejar de existir sólo porque se lo desee, aun cuando sea —en un sistema democrático— a través de un consenso mayoritario.

* Una versión de este escrito ha sido publicado originalmente como: “Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città”, en Dolcini, Emilio y Carlo Paliero (eds.) (2006) *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Vol. I. Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*. Milán: Giuffrè. p. 1019-1050.

Es decir, se podría también promulgar un código mínimo, blindarlo con el sigilo de una reserva absoluta del código y despenalizar todas las contravenciones (Ferrajoli 1994), pero todo esto no evitará nunca la reproducción —de todas formas y por otros medios— de los mismos fenómenos que se ha deseado negar. La vocación proyectiva de la ciencia penal no puede sino realizarse —si es capaz— en el respeto de esta —y no de otra— racionalidad sistémica.

Como premisa, este razonamiento está suficientemente fundado y pone en juego motivos de sobra para convencernos de que este enfoque indica efectivamente el camino realistamente transitible, conscientes de que el presente histórico no permite esperar otra cosa. De hecho, no se vislumbran horizontes para reformas penales revolucionarias.

Sin embargo, el rigor de esta invitación a enfrentarnos con las razones fuertes que gobiernan la penalidad moderna se erige en última instancia sobre un prejuicio, esto es, sobre la existencia de un atributo del sistema penal —su congénita capacidad de censura— que se presenta como evidente, pero que no lo es en tanto no se encuentre probado científicamente. Y no nos parece que exista tal demostración empírica.

La ciencia penal frecuentemente hace referencia, aun cuando no siempre explícitamente, a la función de censura del sistema penal como la virtud de marcar “socialmente” lo que “normativamente” (y por ende, formalmente) él mismo define, cuando reconoce que solamente el derecho penal es capaz de ejercitar una función realmente preventiva porque únicamente él posee esta fuerza simbólica; y ella, atribuida a la sanción penal, no está amenazada por la elevadísima inefectividad de la misma. Al contrario.

Desde mi modesto punto de vista, esta argumentación es teóricamente infundada. Pienso, como ha sido esbozado en el capítulo anterior, que la naturaleza simbólica y la consecuente eficacia estigmatizante de la censura y, por ende, en última instancia, la función de prevención general, son atributos exclusivamente del derecho penal “clásico”, esto es, del derecho penal que criminaliza las conductas socialmente advertidas como merecedoras de pena y que castiga a sus autores/as,

reconociéndolos y, por tanto, estigmatizándolos como miembros de las clases peligrosas. En suma: la función simbólica del derecho penal desciende del rol del sistema de justicia penal clásico en la reproducción de las diferencias sociales, esto es, en la conservación de una realidad social desigual (Robert 1984; Steinert 1973) (ver capítulo anterior).

Así, el límite intrínseco de la dilatación de la esfera penal está dado por no poder incluir en el momento de la criminalización primaria conductas (y aún más, actores sociales) que socialmente no se consideren merecedoras de castigo, a través de aquellas penas que son las únicas que producen censura por medio del proceso de degradación social en la fase de la criminalización secundaria. Y si por razones políticas e históricas esto sucede —como de hecho sucede— la contradicción es salvada no dándole efectividad —de derecho o de hecho— a la penalidad material. Y esto, no sólo en Italia. Actualmente, en nuestro país, se asiste al surgimiento de una preocupación un tanto ingenua de quien repentinamente cae en la cuenta de que el sistema de selectividad en el proceso de criminalización secundaria restringe el espacio de la penalidad material a pocas conductas y a poquísimos autores.

Como ya se dijo, ante la ausencia de una penalidad material capaz de producir diferenciación social, también la dimensión simbólica de la censura termina por perderse o hacerse, al menos sociológicamente, evanescente. Pero esto en nada afecta las razones fuertes —en el sentido de histórica y políticamente fuertes y tal vez también irresistibles, cuando no, además, vitales para las necesidades de legitimación democrática del sistema de justicia penal— de la inflación penal. De todas formas, éstas no son suficientemente sólidas como para subvertir la función particularísima de un sistema de disciplina social —el penal— ontológicamente caracterizado por la naturaleza del sufrimiento legal que es —y seguirá siendo si quiere seguir siendo “penal”— la producción adicional de desventajas sociales (Robert 1984).

Sin tener que adherir completamente a las sugestivas hipótesis foucaultianas (Foucault 1975), resulta cierto que es un dato constantemente confirmado por la investigación y la teoría criminológica el rol decisivo jugado por el proceso de criminalización secundario y, en

particular, por el momento ejecutivo de la pena privativa de la libertad, en la transformación social de la ilegalidad en criminalidad.

Esta compleja operación de transformación social es la que confiere al sistema de justicia penal la función de instancia decisiva en la conservación de la realidad social. Un derecho penal que no se traduce en penalidad material, es decir, que no opera ni siquiera eventualmente esta transformación social, renuncia a su misión, deteniéndose únicamente en los umbrales de la mera definición de la ilegalidad. Pero se trata de ilegalidades socialmente percibidas tal como otras, como tantas otras, en un universo de “ilegalidades difusas”.

Llegado este punto —en la óptica de la función de censura social y por ende, de prevención— es irrelevante si estas ilegalidades están o no incluidas en el derecho penal. Y sin embargo, ningún proceso de reforma penal en estos últimos años ha logrado poner un límite a su inconcebible dilatación.

La cuestión —tal como se ha venido planteando— está dada por la co-presencia al interior del mismo sistema de justicia penal moderno de funciones no sólo diversas —lo que sería completamente tolerable— sino conflictivas entre sí: un derecho penal “terrible”, “religioso” y “antiguo”, llamado a garantizar y reforzar los procesos de identificación social en la definición —esta sí con fuertes valencias simbólicas— del chivo expiatorio, junto a un derecho penal “laico”, “moderno” y sustancialmente más benigno comparado con el primero, dirigido a la producción de una disciplina tecnocrática y materialmente utilitarista, ciertamente bien poco simbólico en tanto privado de toda capacidad de producción de censura social. El primero, por su naturaleza, escapa a la posibilidad de ser juzgado en términos de eficacia, ya que no se puede obviamente determinar empíricamente si sus fines se realizan efectivamente en funciones, por la simple razón de que sus finalidades manifiestas (la defensa social, en un sentido amplio) son un velo piadoso para ocultar la verdad insoportable de un rito de sacrificio del cual ni siquiera la modernidad parece poder librarse. El segundo, en cambio, debería ser sometido a la verificación de su eficacia y dado que está amenazado por la competencia de otros instrumentos de dis-

ciplina social, debería revelarse más idóneo que estos últimos para llevar a cabo finalidades de prevención y disciplina social.

De hecho, no es así; la frecuentemente evocada subsidiariedad es un atributo del derecho penal moderno sólo en el sentido de reconocer la obviedad, esto es, que no existe una reserva *a priori* y de contenido del dominio penal; y no, ciertamente, en el sentido más decisivo de excluir de la hegemonía de lo penal lo que puede ser disciplinado más provechosamente de otras formas.

Me pregunto si no ha llegado el momento de que la ciencia jurídico-penal deje de escapar a la propia misión, en lugar de continuar irresponsablemente invirtiendo la carga de la prueba en lo que hace a la cuestión de la subsidiariedad. Le compete sólo a ella, al menos científicamente, dar cuenta exhaustivamente de cómo no es posible perseguir determinados objetivos sin acudir al recurso penal. Y la empresa parece ser bastante ardua. Pero aun cuando sea posible, de todas formas ella no podría por sí misma responder dos cuestiones que frecuentemente son señaladas como las más importantes finalidades políticas del mismo movimiento de reforma: gobernar la penalidad material (por ejemplo, en términos deflacionarios o mejor dicho, de reducción de la selectividad clasista del proceso de criminalización) y reequilibrar el sistema para lograr una mayor efectividad (en el sentido de rescatar el efecto disuasivo no tanto a través del aumento de la penalidad cuanto mediante la recuperación del valor de la certeza de la misma).

Pocas prohibiciones, penas moderadas pero ciertas, *contra* el presente mal de un derecho penal inflado, caracterizado por niveles sancionatorios tan elevados *in the books* como escasamente efectivos *in the facts*. Objetivos ciertamente loables, pero que sólo la ilusión iluminista sobre la omnipotencia de la ley puede pensar alcanzar a través de la reforma del sistema de justicia penal. Ilusión que frecuentemente se encuentra en la base de una aproximación jacobina —en el sentido de bastante poco democrática— frente al proceso de reforma.

En la presente circunstancia puedo aquí sintéticamente recordar que la penalidad material —es decir, cuántos procesados, condenados, efectivamente penados y así sucesivamente hasta llegar a cuántos san-

cionados con penas pecuniarias o substitutivas y, finalmente, a cuántos encarcelados— depende sólo en parte del derecho penal, así como sólo en parte depende de la criminalidad real tanto cuantitativa como cualitativamente considerada (Beyens, Snacken y Tubex 1995). Y cuando se reconoce una dependencia sólo parcial de la penalidad material con respecto al sistema de la justicia penal y de la criminalidad efectiva, no se quiere negar apriorísticamente la existencia de relaciones entre estas variables, pero sólo una dependencia eventual e indirecta y, en todo caso, que no responde a la idea de que el variar cuantitativo y cualitativo de la criminalidad, o bien de la severidad de las penas, o bien de la cantidad de incriminaciones, trae aparejada una correspondiente variación de las tasas de penalidad material.

Por ende, la sola reforma del sistema penal no es una fuerza suficiente —aunque sí, junto a otras, necesaria— para gobernar la represión, tanto a favor de una mayor o menor severidad, como en favor de un énfasis particular en algunas conductas ilícitas o algunos actores delictivos. La penalidad material escapa, por tanto, en buena parte a la voluntad del Príncipe, para plegarse a aquella del Pueblo; esto es, a cómo se construye la demanda social de penalidad y cuánto ésta es capaz de determinar los criterios de selectividad en el proceso de criminalización secundaria.

Necesidades de seguridad e impunidad penal

Igualmente interesante resulta reflexionar sobre la cuestión —hoy particularmente sentida— de cómo dar mayor efectividad al sistema sancionatorio. Se trata del tema clásico de la efectividad de la pena, actualmente reexaminado frente a la perspectiva alarmante de la creciente impunidad.

Desde un punto de vista descriptivo no es posible contestar la evidencia: el sistema penal es en todas partes capaz de punir sólo un porcentaje limitado de los autores de delito.

Muchos confían que una reforma dirigida a contener la esfera de la ilicitud penal podría traducirse en una recuperación de la eficiencia

del sistema mismo. En la base de esta confianza se encuentra la idea —también ilustrada— de que es preponderantemente la ampliación de la esfera de la ilicitud, la que socava la productividad del sistema penal.

No niego, ciertamente, que exista también este problema, pero pienso que la cuestión socialmente advertida de la cada vez más escasa efectividad de la respuesta penal, es hoy imputable predominantemente a otro factor, a la desproporción insostenible entre la criminalidad difusa y de masa y la penalidad efectivamente infligida.

Nos encontramos, por lo tanto, frente a una cuestión distinta: la efectividad del sistema penal no está tan (o no sólo) amenazada por el exceso de criminalización primaria, sino por la superabundancia de una esfera relativamente limitada de ilícitos, frente a los cuales el sistema de criminalización secundaria está “constreñido” a operar con criterios de elevadísima selectividad.

Algunos ejemplos: en las estadísticas policiales italianas, solamente los hurtos sin contacto —denominación criminológica para referirse a aquellos que no implican violencia contra las personas— superan ya los dos millones al año. En razón de una tasa de denuncia para este tipo de ilícitos calculada en promedio en menos del 30% (Barbagli 1995), podemos conjeturar —como nos confirma la primera investigación victimológica a nivel nacional (Barbagli 2003)— un total real de hurtos simples en el orden de los seis millones por año. Pero este volumen es aún pequeño. Piénsese en los delitos sin víctima como, por ejemplo, la venta de estupefacientes. Quien ha intentado inductivamente, pero con realismo, cuantificar las transacciones referidas a las drogas entre vendedores y consumidores, en razón del número de tóxico-dependientes conocidos o en razón de las cantidades de drogas secuestradas, ha hipotetizado a nivel nacional algunos millones por día (Ruggiero 1992). Y esto vale todavía más para las conductas criminalizadas como incivildades. Se abre, por tanto, un escenario diverso e inquietante.

La demanda social de mayor productividad del sistema represivo se dirige contra conductas que en razón de su dimensión cuantitativa, de todas maneras, ya no pueden ser efectivamente reprimidas y que, simultáneamente, no parece posible acordar “democráticamente” dejar

de reprimir. Y el efecto tabú de la sola prohibición en abstracto —sin ya ninguna correlación en la efectividad de la sanción— no parece siquiera satisfacer la necesidad de prevención general integradora.

Nos encontramos, por lo tanto, frente a un problema que parece históricamente insoluble, pero que no resulta por ello menos preocupante para la gestión del sistema de justicia penal. ¿Cuáles son, de hecho, los espacios posibles —en el sentido de políticamente realistas— para que un proceso de salida de lo penal de esta trampa de la criminalidad masiva, no siempre y no sólo esté constituida por delitos de bagatela?

Siguiendo a Elias (1939), parecería imposible evitar los efectos ulteriores de la ineffectividad del sistema represivo. El proceso de civilización ha generado un fenómeno irreversible de exteriorización de las normas contra el control ético operado por la sociedad civil. En el proceso de separación de la ley de la moral —en beneficio de la ley— el Estado moderno ha debilitado definitivamente la función de los sistemas endógenos de control social. Al mismo tiempo, ha terminado por transformar a los miembros de la sociedad en usufructuarios de prestaciones y servicios, obligados, por ende, a delegar exclusivamente a las agencias profesionalizadas la producción y reproducción de los vínculos y redes sociales. Si la sociedad civil es actualmente sólo un conjunto de individuos liberados de los vínculos premodernos de una ética social, sobrevive únicamente a través del rol de reproducción de las relaciones sociales por parte de las agencias estatales. Cuando el Estado ya no es capaz de producir, proporcionalmente al crecimiento de la demanda social, relaciones sociales de solidaridad, se produce y difunde la inseguridad social, que es inseguridad tanto objetiva como subjetiva.

En efecto, las normas se violan más, en un nivel masivo, en la medida que las agencias de la democracia representativa —como el sistema penal— elevan progresivamente el nivel de civilidad de las costumbres en abstracto hasta llegar a censurar a través de la criminalización aquello que es percibido por la mayoría sólo como “incivil” e “inmoral”.

Por otro lado, se difunde la inseguridad subjetiva porque socialmente se advierte que esta moralidad virtual, normada sobre vínculos de solidaridad transversal, no puede ser garantizada (Roché 1993). En

este proceso de autorreferencialidad cerrado, el único resultado posible parecería ser el recurso infructuoso por parte del Estado a la estrategia del reaseguramiento autoritario, a través del instrumento penal —reaseguramiento nunca efectivo (en el sentido de que no tutela) y también, progresivamente, menos simbólico porque es cada vez más percibido socialmente como incapaz de tutelar—. Y esta situación paradójica evidenciaría también las razones profundas de los fracasos de todo proceso de despenalización invocado y auspiciado. Parecería ser que todo posible proceso de reforma del sistema penal debería, en última instancia, limitarse a poner sólo un poco de orden sobre cosas que cuentan poco o no cuentan para nada.

Una solución posible —por otro lado, repetida e infructuosamente intentada— se dirige en el sentido democrático de invertir en la producción de vínculos sociales horizontales, ya no mediados verticalmente por el Estado; es decir, devolver a lo social algunas funciones de control y disciplina (Scully y Spitzer 1977). Se trata de los proyectos de deslegalización y desprofesionalización del control social, de la justicia informal, que en cierta medida, en todos lados han sido puestos en funcionamiento a través de la mediación social y penal, la justicia de proximidad, etc. En síntesis, la retórica de la *community* (Garland 1985), discutida ya.

Los resultados negativos de este tipo de experiencias se originan en la imposibilidad de refeudalizar las relaciones y los vínculos sociales. Lo social cuando se lo inviste de este mandato disciplinar, termina por heredar una demanda de disciplina ya “construida” por el sistema formal mismo y, por tanto, está constreñido a operar —y sin siquiera las garantías ofrecidas por las agencias profesionalizadas— con los mismos instrumentos (Faget 1992, 1993).

En síntesis, estas me parecen las razones estructurales que en el momento histórico actual constriñen en espacios estrechos la esperanza de una reforma de la justicia penal que ambicione perseguir objetivos reduccionistas y, por ende, de mayor eficacia.

Si no se pueden nutrir excesivas ilusiones en torno al proyecto de un derecho penal mínimo, otro tanto parece poder decirse, desde un

punto de vista crítico, con respecto a la reducción de la respuesta carcelaria al interior del sistema de justicia penal, apostando a que una gama de sanciones alternativas pueda contener el recurso ofrecido por la pena privativa de la libertad.

Ya he recordado cómo en presencia de un sistema sancionatorio que se basa todavía predominantemente —directa o indirectamente— en la pena privativa de la libertad, los criterios de selectividad sociológica en las presentes condiciones de hecho no consienten otra (en el sentido de más elevada) productividad del sistema penal. De aquí nace la recurrente tentación de enriquecer la caja de herramientas del sistema sancionatorio. Pero también sobre este decisivo aspecto es ilusorio nutrir excesivas esperanzas. O mejor dicho, conviene preliminarmente acordar cuál es el fin que se desea realizar con ello.

La apertura del abanico de la penalidad, más allá del reducido campo delimitado por el binomio penas privativas de la libertad y penas pecuniarias —tal como lo prueban los hechos (Cohen 1977)— se ha demostrado capaz de castigar efectivamente más, en el sentido de extender la penalidad material a conductas y/o actores que de otro modo serían “de hecho” inmunes a la pena. Pero no es ciertamente capaz de punir menos con la pena privativa de la libertad, es decir de realizar el objetivo de efectiva descarceración (Matthews 1987).

Con esto no pretendo negar que pueda ser oportuno perseguir el objetivo de punir de otra forma que a través de la cárcel para castigar más, pero con la conciencia crítica de que esto no producirá necesariamente una reducción del universo penitenciario. Por el contrario, frecuentemente, se dará lo contrario: toda penalidad diferente de aquella privativa de la libertad, pero de todas maneras siempre limitativa y de contenido tratamental, corre el riesgo de tener que apoyarse —en caso de revocación y/o conversión— en la misma pena privativa de la libertad.

En extrema síntesis, nos parece que existen condiciones estructurales que no son fácilmente superables —aunque tal vez no sean insuperables— para el proceso de reforma y que poseen una entidad tal que restringen fuertemente toda posibilidad de obtener “por ley” un siste-

ma de justicia penal realmente nuevo. Y la modestia de las reformas penales llevadas a cabo en otros contextos nacionales europeos en estos últimos años, nos parece que confirma esta cuota de realismo.

Acordar, por lo tanto, que es ilusoria toda esperanza de que un derecho penal, aun cuando reformado, pueda ofrecerse como instrumento válido de defensa social, no significa negar la urgencia política de poner en movimiento, de alguna manera, la capacidad de gobernar la cuestión criminal.

Demandas de seguridad y vocabulario punitivo

La creciente demanda social de seguridad frente al delito, como reflejo de inseguridades subjetivas —prescindiendo de que ellas sean o no consecuencia de situaciones de menor seguridad objetiva (Balkin 1979: 343-347)— se construye actualmente como crítica a la respuesta institucional y pública de defensa social (Conklin 1975).

La tutela de la seguridad frente al delito aparece socialmente como —otra cosa es que lo sea efectivamente— inadecuada frente a la demanda social de seguridad. El fenómeno, comúnmente percibido como difusión del pánico social es un indicador, por lo tanto, de una desproporción sufrida socialmente (Roché 1993).

Los términos en que hoy se reconoce el fracaso del gobierno institucional de la seguridad son múltiples: el aumento de la criminalidad y sus transformaciones cualitativas cada vez más amenazantes, la ineficacia de las respuestas reactivas frente a la desviación, la crisis del Estado Social en lo que respecta a garantizar las condiciones del orden social, la obsolescencia de los mecanismos informales de disciplina social (Brown 1990).

La necesidad insatisfecha de seguridad social produce una demanda social de seguridad a la que hoy se corre el riesgo de responder de dos maneras diferentes. Por un lado, valorando todavía más el sistema represivo en un circuito de peligrosa autorreferencialidad que legitima al sistema penal en una dimensión ya predominantemente simbólica

(Dershowitz 1976; Baratta 1984, 1985a). Por el otro, reivindicando cada vez más el espacio privado —o mejor dicho, no público— para la defensa de la seguridad social. La cultura de derecha puede hoy sentirse cómoda sugiriendo respuestas a las demandas sociales de seguridad, exasperando las tendencias simbólicas, por una parte, y tecnocrático-liberales, por otra, ofrecidas por el sistema de justicia penal (Feeley y Simon 1992).

Para la reflexión crítica parece evidente que la inseguridad social frente al delito es el producto de una compleja construcción social en cuyo interior el riesgo efectivo de la criminalidad juega un rol relativamente marginal (Duprez 1991; Robert 1990). Pero justamente porque somos conscientes de ello, es necesario tomar seriamente en consideración los temores de la gente. El pánico social con respecto a la criminalidad se transforma cada vez más en un concepto omnicomprendivo, capaz de homologar inseguridades subjetivas y colectivas diversas, que son etiológicamente heterogéneas (Lagrange 1992).

Bajo este perfil, la realidad italiana de los últimos quince años es un ejemplo de la relación entre demanda social de seguridad, política criminal y construcción social de la criminalidad.

Partimos de un dato fáctico que hemos ya profundizado precedentemente: Italia ha conocido uno de los niveles de represión penal más contenidos de Europa, desde la Segunda Guerra Mundial hasta la mitad de los noventa del siglo pasado. Luego las cosas han cambiado repentinamente. Ignoro si definitivamente, pero lo cierto es que a partir de 1990 el *trend* de crecimiento de la población detenida ha aumentado progresivamente, hasta alcanzar la media de los países de la Unión Europea. Y las previsiones que —aún prudentemente— pueden hacerse para el futuro próximo, apuntan en el sentido de un aumento en las tasas de encarcelamiento.

La atipicidad de la realidad carcelaria italiana de la segunda mitad del novecientos, presenta caracteres un tanto singulares, si se toma en cuenta que las tasas relativamente bajas de encarcelamiento no pueden ponerse en relación con los efectos positivos de procesos de desencarcelamiento típicos, como una política de despenalización, de

derivación del proceso penal o de medidas alternativas a la pena detentiva (Padovani 1981). Por el contrario, desde esta perspectiva, el sistema de justicia penal italiano ha sido sumamente pobre si se lo compara con otros países europeos (Dolcini y Paliero 1980): ha ignorado en el sector de la desviación adulta procesos significativos de derivación del proceso penal. A lo largo de su historia republicana, Italia siempre ha estado signada por una generación constante de nuevas normas penales y un agravamiento de las penas; las medidas alternativas siempre han tenido una escasa aplicación, al menos hasta fines de los noventa e incluso después —no obstante la expansión significativa de un circuito de penalidad extra-carcelaria— Italia es todavía, en comparación con otros países occidentales, un país en el que la pena carcelaria mantiene una centralidad indiscutida. La elección de una política criminal particularmente severa a nivel de los procesos de criminalización primaria ha estado siempre contrarrestada —y esto debe valer, aunque sea sólo en parte, también para el período fascista (Neppi Modona y Violante 1978)— por prácticas administrativas y judiciales, esto es de criminalización secundaria, particularmente benévolas si no abiertamente indulgentes (Dolcini 1991). Con poquísimas excepciones, la autoridad judicial ha aplicado constantemente sólo los mínimos de pena legalmente previstos así como la suspensión de la pena y la liberación condicional, ambas de modo casi automático. Por otra parte, el mismo legislador democrático, incapaz de reformar la ley penal y en algunos casos incluso tentado a endurecerla, ha hecho amplio uso de las medidas de amnistía e indulto, reduciendo en los hechos los niveles de represión penal (Mazzacuva 1983).

Siempre más severos en las palabras, el recurso inflacionado a la ley penal debe ser entendido en su relación con las transformaciones cualitativas que se producen en el sistema legal por efecto (también) del Estado Social y, más en particular, por el desarrollo que se sigue de una disciplina dirigista del Estado sobre los intereses que forman el objeto (y el fin) de la intervención penal (Delmas-Marty 1985). El derecho penal deviene así elemento interno a los conflictos sociales: se trans-

forma en norma de sostén y de confirmación del poder contractual-institucional de los sujetos sociales colectivos, de los grupos de interés organizados (Savelsberg 1987). Esta “distribución artificial” de inmunidades y responsabilidades penales es también un aspecto de la “distribución política” de la riqueza social ampliamente entendida, resultado contingente del conflicto social, que justamente en razón del resultado distribuye diversamente la penalidad en lo social.

Este proceso así como da cuenta de las razones de la ampliación de la esfera del ilícito penal, también explica la relativa falta de influencia de esta dilatación sobre niveles efectivos de represión. Mejor aún: los niveles efectivos de represión han mostrado depender muy poco de la localización desigual de una penalidad artificial en lo social, y más de la demanda social de represión, esto es de la demanda social de mayor o menor penalidad. Y en esto, quizás, reside la verdadera peculiaridad de la situación italiana: la demanda de penalidad ha sido, de hecho y por largo tiempo, débil a nivel social.

Complejas y en cierto sentido nunca profundamente indagadas son las razones que por mucho tiempo han impedido que el ciclo socio-económico produjese, a nivel social, cambios en el “vocabulario punitivo” favorables a una elevación particularmente significativa del umbral de punibilidad (Melossi 1988a, 1988b) (ver capítulo IV).

Como he señalado reiteradamente, en las décadas de los años noventa del siglo pasado, la situación cambia radicalmente. La población detenida se duplica y si se toma en cuenta la expansión de los circuitos de alternatividad, podemos concluir que en diez años registramos una cuadruplicación de los sujetos penalmente controlados.

La excepcionalidad del fenómeno no se detiene en el simple dato cuantitativo, de por sí alarmante. El cambio radical se ha dado también en la composición misma de la población detenida, como efecto de nuevos criterios de selectividad en los procesos de encarcelamiento.

En sólo pocos años, la presencia de detenidos tóxico-dependientes ha pasado de menos del 20% a más del 30% del total de la población detenida. Los detenidos de proveniencia extra-comunitaria han pasado, en el mismo período, de menos del 5% a más del 35%.

La selectividad represiva fundamentalmente orientada a estas dos figuras sociales de la marginalidad –tóxico-dependientes e inmigrantes de color– atestigua un cambio significativo en la construcción social de lo que es advertido como nueva peligrosidad. En la percepción colectiva, el paradigma de la “peligrosidad política” parece ceder su lugar al de la “peligrosidad social”.

Pienso que esta inversión paradigmática puede imputarse, en primer lugar, a la profunda crisis de la política sufrida desde hace tiempo en Italia.

El malestar y el temor producidos por la presente crisis no logran canalizarse en una demanda social por un futuro mejor y terminan así por pretender un presente “rápidamente” mejor. Pretensión políticamente insensata porque es imposible. Esta demanda social –no pudiendo ser satisfecha– se envilece y torna en intransigencia moral que fomenta cruzadas obsesivas en búsqueda de chivos expiatorios, responsables de todos los males del presente.

Las investigaciones sobre las representaciones sociales de los problemas que más afligen a la opinión pública desde comienzos de los años noventa hasta hoy, coinciden en poner a la criminalidad de calle y, en particular, las ilegalidades cometidas por jóvenes tóxico-dependientes e inmigrantes irregulares, en el primer lugar; seguidos por la desocupación juvenil, la crisis económica y la contaminación. En la gradación de las causas del aumento de la delincuencia, más del 25% del total de entrevistados hace explícita referencia a la difusión de la droga y a la presencia de inmigrantes.

Un ejemplo que puede tal vez explicar este significativo cambio de paradigma –de lo “político” a lo “social”– en la construcción del “enemigo interno”, nos lo brinda la campaña periodísticamente denominada *mani pulite*, de represión judicial de la corrupción política en la década de los años noventa.

Un fenómeno tan complejo y estructurado como la corrupción política fue, durante mucho tiempo, socialmente tolerado como costo inevitable de las relaciones que históricamente se dieron en Italia entre sistema de partidos y economía. Y para derrotar esta ilegalidad sólo podía

confiarse en el deseado cambio futuro de estas relaciones. Socialmente el fenómeno era percibido como “en contraste formal con la ley” pero no hasta el punto de suscitar un movimiento de indignación moral.

Los términos en que se presenta la crisis económica en conexión con los procesos de globalización, por un lado, y el proceso de deslegitimación del sistema de partidos en ausencia de una perspectiva de cambio, por el otro, han determinado, desde principios de los años noventa, una construcción social opuesta al mismo fenómeno de corrupción política: los únicos responsables de la crisis económica son, imprevistamente, los políticos deshonestos, asociados con la criminalidad mafiosa en la acción de dilapidación de la economía pública.

El paradigma político en la representación social de la corrupción ha cedido frente al paradigma moral. Los magistrados que han conducido las investigaciones sobre corrupción política han sido vistos, durante algunos años, como los nuevos ídolos populares, los grandes “moralizadores”, por ser grandes “justicieros”.

Un ejemplo distinto, capaz de dar cuenta del cambio en la construcción social del pánico social, podría ser el del nuevo consenso social suscitado a mitad de los noventa por la lucha contra el crimen organizado y la mafia en particular. En efecto, también en este caso los italianos se han encontrado frente a una no nueva realidad criminal y ni siquiera frente a un cambio cualitativamente más amenazador en el modo de operar de la misma. Las diversas organizaciones criminales (mafia, camorra, Ndrangheta, Sagrada Corona Unida, etc.) fueron advertidas socialmente como más temibles aun cuando, objetivamente no lo eran más que antes. Su temibilidad en aquellos pocos años había crecido enormemente en la representación social, porque también la cuestión de la criminalidad organizada era interpretada más allá de un paradigma político, capaz si no de justificarla al menos de entenderla como fenómeno social, cultural, antropológico. Por fuera de este paradigma, ésta se presentaba sólo como el Mal. Por primera vez en Italia la mafia era “sólo” una cuestión criminal.

El grado de legitimación alcanzado por el sistema de justicia penal y por los aparatos judiciales y de policía en la segunda mitad de los

años 1990, no conoce parangón en toda la historia republicana italiana. Una encuesta de opinión de aquel período señalaba que las fuerzas de policía (tradicionalmente tan temidas y poco respetadas en Italia) suscitaban la aprobación del 88% de la población por su accionar contra la criminalidad organizada, y la magistratura el 75% (EURISKO 1993).

Este amplio consenso con respecto a la acción punitiva ha legitimado una represión también amplia; el consenso adquirido en la lucha contra las grandes emergencias –corrupción política y criminalidad organizada– se invirtió luego en un alza indiscriminada de los niveles de penalidad.

La cuestión nodal es entender cuáles han sido las determinaciones político-culturales por las cuales el vocabulario del temor de la criminalidad ha dejado de traducir y expresar las inseguridades sociales. Y una vez entendido esto, operar sobre esa construcción social para que otros lenguajes más adecuados estén en condiciones de comunicar y orientar colectivamente las acciones capaces de producir condiciones materiales de mayor seguridad social.

Sobre la base de una construcción social así determinada, resulta tan veleidoso pensar en renunciar al recurso simbólico ofrecido por el sistema de justicia penal, despenalizando, como oponerse eficazmente a la privatización de la seguridad frente al delito, más allá de una respuesta alternativa pero satisfactoria a las demandas sociales de seguridad. Y esto vale tanto si se considera que las inseguridades sociales subjetivas son el reflejo natural de condiciones objetivas de inseguridad frente a la criminalidad, como si se puede demostrar que el pánico social por la criminalidad depende de otra cosa.

El recurso penal como instrumento de estabilización del sistema social, de orientación de la acción y de institucionalización de las expectativas, prescinde completamente de su eficacia instrumental en la solución de los problemas sociales. Por otra parte –pero en razón, también, de la insatisfacción creciente de las necesidades de seguridad– la ideología del mercado legitima cada vez más el recurso privado en la satisfacción de la necesidad de seguridad. Como se advierte, ambas

estrategias –más recurso penal y más seguridad privada– no solamente son congruentes entre sí, sino que tienden a reforzarse recíprocamente.

No hay quien no entienda los peligros vinculados a los dos procesos arriba descritos, del mismo modo que son evidentes las dificultades para oponérseles eficazmente. Pero justamente en el reconocimiento de estas dificultades, radica el sentido más profundo de “desafío” cultural y político que el tema del gobierno de la seguridad termina por suscitar, especialmente en aquellos que, como el suscrito, provenían de un recorrido político-cultural de crítica al sistema de justicia penal, como se había venido manifestando progresivamente, desde los primeros años setenta del siglo XX, al interior de las posiciones conocidas como “nueva criminología” o “criminología crítica”.

Democracia de opinión y “derecho” a la seguridad

En las democracias de los países del denominado primer mundo, la presencia dominante, tanto social como políticamente, de los sectores medios, permite afirmar que la seguridad es un derecho de la mayoría contra la acción criminal de minorías desviadas. Incluso, si acordásemos que los potenciales amenazadores de la seguridad ciudadana son el conjunto de excluidos, en las democracias de los países desarrollados éstos son –y por mucho– menos que los incluidos. Por este motivo, frecuentemente se ha hablado de las “sociedades de los dos tercios”, precisamente para indicar que aquellos que no gozan de plena ciudadanía –por ser pobres, pertenecer a grupos raciales, culturales o lingüísticos diversos, inmigrantes ilegales, privados de niveles adecuados de cultura, enfermos crónicos, etc.– son “todavía” una minoría. Una minoría en fuerte crecimiento, pero aún una minoría.

Esta realidad, ciertamente marca una fuerte diferencia con respecto a muchos países denominados “periféricos”, donde aquellos que el

primer mundo definiría como excluidos son la mayoría de la población. Por el contrario, en las democracias occidentales de los países económicamente más desarrollados, se puede afirmar (lo que no implica que se diga la verdad) que el derecho a la seguridad es un derecho de la mayoría de los ciudadanos, amenazada por la acción desviada de minorías más o menos reducidas.

La democracia entendida como “derecho de la mayoría” termina por dar una fuerte legitimación política a la lucha por la seguridad ciudadana. La lucha contra la criminalidad se convierte, en efecto, en una lucha por el ejercicio de un derecho democrático: la seguridad de la mayoría de los ciudadanos.

Por lo tanto, es importante entender cómo se construye este nuevo proceso de legitimación que está en los cimientos de las políticas reactivas más intransigentes de lucha contra la criminalidad.

Pero aquello sobre lo que no se ha reflexionado suficientemente son las precondiciones materiales que han posibilitado este proceso de emergencia de una demanda de penalidad “así como la quiere la opinión pública”, a la cual el sistema de la política está obligado a dar alguna respuesta.

Cómo dar orden al desorden... o bien, el primado de la política

Me parece que se puede sostener la siguiente hipótesis: las políticas neoliberales desarrolladas en estas últimas décadas no son ontológicamente compatibles con una política de gobierno del bien público de la seguridad, en tanto son completamente políticas represivas, lo que, bien visto, resulta justo lo contrario a cómo dar orden al presente desorden.

Las políticas neoliberales hoy imperantes, en efecto, confían en el orden del mercado; es decir, en la calificación de la seguridad como bien esencialmente privado y, por lo tanto, no tienen una idea de orden a contraponer al presente desorden.

Más allá de las apariencias, el gobierno de la seguridad como producción de condiciones de mejor tutela de los derechos es y sigue siendo todavía un tema (o una ilusión) de las políticas del Estado Social de Derecho. En efecto, la idea misma de cómo gobernar el desorden de la ciudad es un tópico que reenvía a la fe en el primado de la política sobre el mercado. Es un tema que hace no mucho tiempo se habría reconocido como propio de una cultura del gobierno democrático de izquierda.

La situación paradójica que hoy estamos padeciendo radica justamente en que la cultura política democrática y de izquierda, legítima heredera de una tradición que ha reivindicado con orgullo, al menos durante toda la segunda mitad del siglo pasado, la superioridad de la política sobre el mercado y que ha sido capaz de imponer hegemónicamente modelos avanzados de Estado Social de Derecho, hoy no parece ya capaz de ofrecer una idea convincente de gobierno de los nuevos conflictos y, por lo tanto, de un nuevo orden para contraponer al presente desorden social.

Por consiguiente, es muy imprudente decir que para la cultura y la política de derecha es más fácil dar respuestas al problema de la seguridad. Tal vez se piensa en una derecha imaginaria; pero para la “nueva derecha” imperante no es que sea más fácil, es que simplemente no existe el problema, en cuanto no existen soluciones posibles. Falta la idea de un orden que no coincida con el presente desorden. La seguridad es un problema político sólo para una cultura política capaz de pensar y construir un orden social diferente del actual. He aquí mi sufrida apreciación: las fuerzas políticas progresistas, no sólo en Italia, sino en toda Europa, frente a la crisis del viejo Estado Social y a los efectos generados por ésta, se han mostrado incapaces de elaborar una nueva idea de orden social posible. *Ergo*: han asumido exactamente las actitudes de las fuerzas de la derecha neoliberal. Cuando se dice que el gobierno de la seguridad no es de derecha ni de izquierda, se dice la verdad, si con ello se quiere entender que, de hecho, no se han distinguido jamás como diferentes —piénsese en las políticas de seguridad del *New Labour* de Blair que son exactamente idénticas a las “thatche-

rianas”; o mejor dicho, ¡son aún más de derecha que aquellas!—. En suma, se dice la verdad si se asume que el gobierno de la seguridad hoy no comporta la producción de un orden social diferente, sino la conservación y, en las mejores de las hipótesis, la gestión del presente desorden. En cambio se dice una colosal mentira, en el sentido de que hoy, como nunca antes, el gobierno de la seguridad, como producción y gobierno de las transformaciones sociales a favor de un orden alternativo, sólo puede estructurarse sobre la base de políticas reformistas y, por consiguiente, radicalmente opuestas a las conservadoras.

Por ende, regresamos a temas clásicos de la política: ¿Qué orden ofrecer al presente desorden?; ¿Cómo gobernar políticamente los procesos de transformación hacia un nuevo orden?; ¿Cómo hacer hegemónica la idea de —y por tanto, cómo orientar socialmente a la colectividad hacia— un nuevo orden? Temas de la política, mejor dicho, del primado de la política, como se decía anteriormente. Y, lamentablemente, cuestiones respecto de las cuales la política reformista se ha mostrado inepta. Para entendernos, el carácter dramático de la actual contingencia política se encuentra cifrada completamente en este retraso de la política en relación a las transformaciones en curso. Si no hubiese sido así no habría surgido la cuestión de la seguridad.

Hoy, el tema del gobierno de la seguridad frente al delito corre el riesgo de escapar de la *ars politica* —aun cuando en algunas realidades no ha ingresado nunca en ella—. Ni el pánico social ni la demanda social de seguridad salen de la agenda de la política —en el sentido de que estos fenómenos son cada vez más una sentida preocupación para el sistema político, por la temerosa razón de que con respecto a estos problemas se pone en juego la cuestión nodal del consenso político— pero no se ha arribado a la conclusión de que para responder a estos problemas se deba producir una capacidad de gobierno de los mismos. La historia está llena de ejemplos que confirman esta sospecha. En el renacimiento del norte europeo, por dos siglos se respondió al desorden criminal que le siguió a la ruptura de los feudos con una legislación y una praxis sanguinaria; sólo en la segunda mitad del siglo XVI —con la *Old Poor Law*, esto es con la primera legislación de *welfare*

(Cloward y Fox Piven 1971)– se desarrolló una idea, un proyecto, de gobierno del desorden metropolitano que ponía en el centro la estrategia disciplinar de domesticar el trabajo asalariado. Pero para hacerlo, era necesario que madurase una idea de un nuevo orden posible. La naciente y revolucionaria burguesía de la época soñó con un orden nuevo y fue capaz de imponerlo hegemónicamente.

La irrupción de la seguridad frente al delito en muchos contextos nacionales posee variadas particularidades específicas. Pienso por ejemplo, en Italia. Si por un lado, Italia sufre actualmente algunas emergencias que son propias del mundo occidental –crisis del sistema de justicia penal, difusión de sentimientos de privación relativa, nuevas formas de pobreza, microcriminalidad predatoria cada vez más difundida, etc.–, por otra parte, se enfrenta con estos problemas de un modo *naïf*, privado de cualquier memoria de políticas de control social, simplemente porque éstas no se produjeron jamás en dicho contexto. Una verdadera y propia cultura del control social jamás ha formado parte, históricamente, del Estado Social italiano. El control social en Italia ha estado siempre confiado solamente al sistema penal. Esta circunstancia histórica no debe justificar hoy la incapacidad del sistema de la política, pero en todo caso hace comprensible por qué y cómo en Italia no se logra entender lo *novum* y, por lo tanto, se asumen actitudes que simple y dramáticamente podrían ser descritas como de “estupor”, con todo lo que ello implica desde el punto de vista de la capacidad reactiva y propositiva. No es una circunstancia casual que frente a la difusión del pánico social respecto del delito, la clase política italiana no haya sido capaz de hacer algo mejor que mandar a algunos de sus representantes a Nueva York para estudiar –en verdad, muy acriticamente– lo que estaba llevando adelante el alcalde Giuliani. En mi opinión, se plantea aquí otra cuestión nodal desde un punto de vista político. El gobierno de la seguridad –también y sobre todo en su dimensión local– se aborda, en muchas realidades, por fuera de culturas y prácticas de control social que en cambio se han desarrollado en otros contextos desde la década de 1930. Repito: culturas prácticas de *control social* por parte del Estado Social de Derecho.

X. Reflexiones sobre el deterioro urbano*

Hay deterioro y deterioro

El término “deterioro” referido a la ciudad, no está de moda sólo actualmente.

En la cultura y en la proyección de la ciudad industrial hace ya dos siglos que los urbanistas definen como deteriorado al espacio urbano, signado por la penuria de los elementos funcionales a las necesidades de la producción (Mariani 1975). Por lo tanto, está deteriorada aquella parte de la ciudad que, en tanto insalubre, no permite garantizar los estándares considerados aceptables para la reproducción de la fuerza de trabajo; está deteriorado aquel barrio en el cual se experimenta una deficiencia de los servicios escolares o sanitarios que no admite el alcance de niveles deseables de formación y de reintegración en el proceso productivo, etc. Está deteriorada aquella parte de la ciudad que, en cuanto tiene de menos, resulta incumplidora respecto a la misión del espacio urbano de organizarse en favor del proceso productivo industrial.

Así definida, el área deteriorada puede –o debe– ser saneada. Teniendo recursos económicos disponibles es fácil proyectar la intervención: respecto a lo que tiene de menos, aquel espacio urbano puede o debe ser enriquecido con lo que le falta. El deterioro urbano, entonces, está y puede perdurar en el tiempo, pero no porque se ignore cómo afrontar el problema. En este sentido, el deterioro urbano es un problema que conoce una solución.

Actualmente hablamos de deterioro urbano para entender otra cosa, profundamente subjetiva.

* Una versión de este escrito ha sido publicado originalmente como: “Bologna: riflessioni sul degrado”, en *Il Mulino*, N° 1, p. 117-127. 2007.

Está deteriorado aquel territorio metropolitano signado por fenómenos y comportamientos sociales que, al manifestarse, violan normas que parecen compartidas por algunos (muchos o pocos) y que conciernen al espacio público y a una cierta regulación convencional del tiempo social. Esto puede manifestarse por la presencia de fenómenos de desorden físico (grafitis, acumulación de basura, rotura de cabinas telefónicas y bancas, carcasas de bicicletas y ciclomotores, etc.) y/o de desorden social (tóxico-dependientes, traficantes, prostitutas de calle, vagabundos, etc.) o bien por otros testigos del descuido que dan la sensación de una administración pública incumplidora e ineficiente: veredas y calles desconectadas, contaminación atmosférica y acústica, tráfico caótico, etc.¹

En suma: está deteriorado aquel territorio urbano que genera un sentido de extrañeza, fastidio, ansia y temor porque pone de manifiesto un conflicto no resuelto sobre el uso del espacio público y sobre la regulación convencional del tiempo social (Marconi 2004: 57ss.). En este sentido, el deterioro urbano —en tanto objetivable en algunos índices— origina siempre una percepción subjetiva. Aún más, un espacio urbano que definimos hoy como deteriorado no está siempre signado por la penuria o la ausencia de algo, sino por el contrario a veces puede ser un exceso de recursos económicos o una particular riqueza de oportunidades sociales, culturales y políticas lo que hace que lo percibamos como deteriorado.

Frente a estas manifestaciones, actualmente no existe una idea (suficientemente) compartida acerca de qué orden dar al presente desorden y dudo seriamente que se la pueda encontrar pronto.

1 Brevemente expuesta, esta es la definición de deterioro urbano que propone la *Rilevazione dei fenomeni di degrado urbano* (RILFEDEUR), de la Regione Emilia-Romagna.

Orden e imprevisibilidad

Las necesidades de producción (sobre todo de tipo fordista) de la ciudad industrial del siglo XX, han impuesto una idea de desarrollo y, por lo tanto, de orden urbano. Anteriormente, lo mismo se decía respecto a la ciudad medieval, renacentista, manufacturera, colonial, etc., obviamente, en relación a distintas ideas de desarrollo y orden urbanos (Munford 1967).

Los estudios pioneros de la Escuela de Chicago muestran cómo la ecología urbana ha nacido como saber esencial tanto del proceso de desarrollo socioeconómico de la ciudad moderna como de la producción de políticas de control social, y esto ya desde los años veinte del siglo pasado. Un pensamiento que se ha revelado capaz de asociar desarrollo metropolitano, exigencias de la producción y orden social. La sociología urbana, en sus orígenes, ha sido también —si no sobre todo— sociología de la desviación y del control social de la metrópolis (más recientemente, Melossi 2002b: 121).

En esta ocasión me interesan sólo algunos elementos de aquella reflexión que más directamente se relacionan con la cuestión del orden ideal —en sentido normativo— de la ciudad: la definición del espacio y la regulación del tiempo.

La ciudad industrial se desarrolla fundamentalmente por funciones, agregando de manera creciente carácter urbano en una perspectiva tendencial de expansión ilimitada, el espacio no se define, por lo tanto, por los límites —dentro/afuera a la/de la *polis* como dimensión fundacional de la ciudad premoderna— sino por la especialización interna del espacio urbano (Della Pergola 2006). La lógica funcional del desarrollo de la ciudad impone, por un lado, una cada vez más rígida separación de las clases sociales —y sobre la nunca aplacada obsesión frente a los peligros del contagio físico y moral se diferencian y se distancian en el espacio urbano los barrios residenciales en razón de las diferencias de clase (Chevalier 1958: 241ss.)— y, por otro lado, una programación, también rígida, de las ocasiones de unificación funcional consideradas necesarias para el desarrollo —como zonas industriales, redes de

transportes, lugares de concentración masiva, espacios dedicados a la diversión colectiva, y todo esto impone, al menos en la vieja Europa, demoliciones de los centros históricos, demoliciones de viejos barrios, aperturas de nuevas arterias, etc. (Benevolo 1998: 90ss.)—.

La diferenciación del espacio urbano sigue entonces la lógica del desarrollo industrial y los espacios públicos resultan, por tanto, redefinidos en razón de las funciones productivas. Pero al mismo tiempo, necesidades de disciplina social sugieren aquellas soluciones que permiten controlar mejor la ciudad, en la aplicación de dictámenes de un panoptismo urbano (Briggs 1990: 67ss.).

La producción y la seguridad ejercieron su dominio también sobre la regulación del tiempo, imponiendo los criterios del desarrollo ordenado de la vida social (Marconi 2004: 44ss.): todavía la noche para el descanso y el día para el trabajo (al menos hasta que la ciudad moderna se convirtió en *ville lumière*), pero también los horarios de los locales públicos donde se consumían bebidas alcohólicas y donde se realizaban espectáculos públicos, etc.

La rígida reglamentación en el uso del espacio público, unida a una también severa reglamentación del tiempo de la vida social, han constituido por mucho tiempo las coordenadas fundamentales para situar y garantizar el orden —o cuanto menos una idea del orden— de la ciudad moderna.

La gran ciudad moderna nace entonces con una fuerte vocación por la planificación, el proyecto y el gobierno ordenado de su propio desarrollo. Lo que ciertamente no quiere decir que la ciudad moderna se haya plegado efectivamente al orden de una urbanística racional y funcional. Si la historia de las grandes ciudades modernas es también una historia signada por contradicciones, conflictos y desarmonías, queda sin embargo —y es esto lo que aquí interesa— que ésta fue capaz de pensar, al menos, en una idea de orden y disciplina y, por lo tanto, se ofrece como previsible.

Actualmente, esa idea de previsibilidad ha desaparecido definitivamente, así como también aquel modelo de desarrollo económico (Amendola 1997). Volvemos así al punto inicial: carecemos de una

idea, de una simple idea acerca de cuál debería ser el orden urbano. E, incapaces de pensar en un orden posible pero distinto, padecemos nuestras ciudades como desordenadas. Como ciudades signadas, cada vez más, por fenómenos de deterioro.

La verdad es que vivimos en ciudades crecientemente más imprevisibles.

La ciudad posindustrial no es ni siquiera una ciudad en sentido propio. Ya no se funda en la relación exclusiva con quien la habita (esto es, el/la ciudadano/a). Quien consume la ciudad posindustrial, vive un territorio sin fronteras y sin límites donde la pertenencia no es más de carácter cultural o político, sino sólo fiscal. Y ciertamente, esto no permite hablar más —o por lo menos hacerlo cada vez menos— de vínculos y pertenencias.

La ciudad posindustrial no es más una ciudad ensanchada o sólo un poco diversa, sino precisamente el opuesto de la *polis* (Della Pergola 2006: 37). Quien ha tratado, entre otros, de encontrar las características constantes de la experiencia urbana posmoderna, ha señalado la deslegitimación masiva de los códigos y de las convenciones, la difusión de identidades ligeras, la sustitución del principio de utilidad por el del placer y, sobre todo, la decadencia de la previsibilidad y el primado de la probabilidad o del azar (Hassan 1985: 119).

Procesos de desterritorialización y retóricas prescriptivas

¿Cómo nos oponemos a los procesos de desterritorialización y de deterioro?

Para esto ayudan algunos saberes, menores pero no efímeros, reveladores del modo de comprender y hacer las cuentas con el *novum*.

Existe, y fuertemente, la tentación de proyectar la ciudad y los edificios con una lógica de defensa: una nueva organización de los espacios capaz de excluir y alejar lo que es percibido como temible o simplemente molesto. La urbanística y la arquitectura del “espacio defendible” (Newman 1972) han progresado en estos últimos años, no sólo

e inequívocamente hacia los resultados extremos narrados en la “Ciudad de Cuarzo” (Davis 1990). Es importante captar la obsesión que alimenta esta tentación: si no puedo producir mi orden en el espacio público, puedo imponerlo —teniendo las necesarias capacidades económicas— sobre uno privado. El orden de mi jardín, deviene de este modo, el orden de mi vecindario y tal vez de mi barrio: finalmente puedo vivir en el verde, en absoluta quietud, entre campos de golf y piscinas, en absoluta seguridad protegido por los muros, la video-vigilancia y las guardias privadas, en un espacio urbano no público. Los conflictos sobre el uso del espacio público se resuelven radicalmente...privatizándolo (McKenzie 1994). Solución no sólo paradójica, sino también impracticable, salvo para sectores restringidos. De todos modos, es importante ver cómo esta tendencia expresa una idea simplemente abolicionista de la ciudad.

De signo aparentemente opuesto es, en cambio, la inclinación por restablecer los vínculos de identidad y pertenencia de la comunidad con su propio territorio.

Sabemos que la forma, tan espontánea como frecuentemente infructuosa, de resolver un problema es invocar como solución aquello que pensamos es la causa del problema mismo. Si en el origen de lo que padecemos como deterioro urbano se encuentra el progresivo debilitamiento de los vínculos de identidad comunitaria, entonces puede parecer razonable confiar en que la solución resida en el reforzamiento de éstos. Cuanto más acentuada y veloz ha sido la crisis que ha afectado los procesos de producción de identidad social, más fuerte ha sido la producción de retóricas que recomiendan reactivar las comunidades (Nelken 1985).

Frente a las manifestaciones de deterioro y de inseguridad metropolitanas, se ha respondido con proyectos que han invertido —a menudo con resultados inciertos y a veces fallidos— en el recurso comunitario: si te sientes inseguro en el barrio o vecindario que habitas, te invitamos a adherir a un proyecto del “vecindario que te vigila” (Greenberg 1985); si percibes como hostil el parque que se encuentra bajo tu casa, ponte de acuerdo con los otros residentes y constituye

una asociación que esté en condiciones de producir eventos capaces de revitalizar el parque; si sospechas presencias peligrosas en la salida de la escuela de tus hijos, únete a otros padres y juntos vigilen los alrededores de la escuela misma, etc. Las mismas fuerzas de policía han apuntado hacia la *community*, inventando la policía comunitaria².

El recurso comunitario funciona donde —banalmente— existe capital social, es decir, donde hay aún fuertes vínculos de pertenencia comunitaria. En suma, funciona donde no es necesario invocarla, es decir donde no es necesaria. Pero, ¿dónde se ha disipado o agotado este capital? La producción artificial de vínculos de identidad y pertenencia territorial termina por regir y alimentar sentimientos de hostilidad y de contraposición respecto del otro (Putman 2000). En Italia el fenómeno *leghista* —frecuentemente intolerante cuando no abiertamente racista—, bajo este perfil, resulta instructivo.

El desorden físico de algunas partes de la ciudad, que acompaña el proceso de debilitamiento de los vínculos de pertenencia entre el territorio y quien lo habita, ha sido también dramatizado en sus consecuencias por el modelo explicativo de las “ventanas rotas” (Kelling y Wilson 1982) que ha ofrecido un soporte justificativo a la estrategia de la “tolerancia cero” (en sentido crítico en la literatura italiana, ver De Giorgi 2000).

La ventana rota de un edificio, si no es reparada rápidamente, determinará la vandalización de otra ventana; una cabina telefónica dañada invitará a dañar otras, y así sucesivamente. El deterioro produce deterioro y la acción vandálica se difunde velozmente volviendo ese territorio inhóspito para la mayoría, en tanto resulta cada vez más vivido como extraño por la colectividad, esto es, progresivamente más vacío ese territorio será frecuentado por, es decir, llenado de, marginales (personas sin techo, tóxico—dependientes, traficantes, prostitutas, etc.). Lentamente en ese espacio urbano las actividades económicas lícitas retrocederán frente a la prepotencia de las ilícitas y los residentes que económicamente

2 En un sentido fuertemente crítico respecto de esta experiencia policial en Italia, ver Bertaccini (2006).

puedan cambiarán de casa, transfiriéndose a otras partes de la ciudad. Aquella ventana rota, aquella cabina dañada, aquellos primeros grafitis sobre los muros de los edificios, pueden determinar la transformación de aquel espacio urbano en una zona peligrosa e insegura.

De este modelo explicativo de la génesis y difusión de la inseguridad en la ciudad, parece fácil obtener una estrategia precisa de política de control social: no debemos tolerar ni siquiera la más leve violación de las normas, ni siquiera de aquellas penalmente irrelevantes (como los “actos de incivilidad”).

El modelo explicativo de las “ventanas rotas” se ha revelado como científicamente erróneo (Harcourt 2001): si es posible verificar que una cabina vandalizada pueda favorecer la vandalización de otras, que un muro lleno de grafitis invite a grafitear otros, no es posible encontrar una verificación convincente de que la presencia de cabinas telefónicas vandalizadas, muros llenos de grafitis incomprensibles, edificios abandonados con las ventanas rotas, etc., definen un territorio metropolitano inseguro o más inseguro que otros. La difusión del deterioro urbano no tiene efectos multiplicadores sobre los niveles de seguridad objetiva. El principio prescriptivo (*zero tolerance*) que se ha querido obtener de este modelo ha servido, únicamente, para legitimar la expulsión y neutralización selectiva de grupos sociales marginales (alcohólicos, vagabundos, mendigos, prostitutas de calle, tóxico-dependientes, etc.) de algunas zonas del centro de Nueva York, una operación cosmética pagada a un alto precio y no sólo económicamente, sino también por las inevitables violaciones de los derechos humanos y las más elementales garantías jurídicas.

Se entiende, sin embargo, que el modelo explicativo de las “ventanas rotas” haya resultado políticamente apetecible, en tanto fundado sobre una retórica que abre su brecha en la emotividad colectiva: enfatiza el temor del contacto con la miseria, del contagio y de la difusión descontrolada de las infecciones morales que afectan las relaciones con los excluidos. Con mayor razón y con mayor intensidad, cuando éstos últimos están también signados por una diversidad racial, religiosa, lingüística y cultural. Cuando éstos últimos devienen también impuros.

Otro modelo, también fuertemente presente, que ofrece una hipótesis explicativa de la difusión del riesgo de victimización en la ciudad posindustrial —y que, entonces, trata de convalidar científicamente el aumento de la inseguridad tanto objetiva como subjetiva— reenvía a la teoría sociológica de las oportunidades (Cohen y Felson 1979).

También en este caso la hipótesis teórica es débil. Parte de un dato empíricamente acertado: actualmente la vida metropolitana ha incrementado, progresivamente, el riesgo para todos, de manera indistinta (lo que significa: también para aquellos, la mayoría, que en otro tiempo no corrían este riesgo), de ser víctimas de delitos oportunistas, esto es de aquellos delitos en los que el que delinque conscientemente aprovecha algunas oportunidades favorables a la comisión de la acción delictiva, como el lugar, el momento y la vulnerabilidad de la víctima.

Es verdad que este modelo explicativo de la criminalidad oportunista puede explicar sólo algunos —en realidad pocos— delitos (características, riñas, hurtos, pequeños robos, etc.) más que el paradigma de la elección racional del autor del delito³; pero el viejo adagio que dice que la “ocasión hace al ladrón” muestra luego una incapacidad explicativa acerca de por qué sólo algunos, afortunadamente pocos, frente a la misma realidad situacional, deciden aprovecharla delinquiendo. Recientemente, Tamar Pitch (2006) ha señalado que el único efecto cierto de esta atención al riesgo de victimización, concierne al pánico securitario: ésta, al final, hace sentir culpa a las víctimas reales o potenciales, es decir a todos, por no estar en condiciones de prevenir los peligros. La seguridad de la vida urbana se vuelve, entonces, una cuestión que atañe cada vez menos al Estado y a las administraciones públicas y cada vez más nos responsabiliza a los particulares por nuestros estilos de vida. De este modo, la seguridad se vuelve crecientemente una cuestión privada.

Tolerancia cero, políticas de seguridad situacional, urbanística de los espacios defendibles, protagonismo de las víctimas, privatización del bien de la seguridad y control comunitario, son entonces algunas

3 En la literatura italiana, ver Barbagli (1995).

de las palabras actualmente más usadas en el léxico prescriptivo con que se quiere combatir el desorden y el deterioro de las ciudades. Estas estrategias no se apoyan sobre modelos explicativos científicamente convincentes, sino que, como narrativas, atestiguan fielmente los nuevos temores metropolitanos.

Las “viejas” virtudes cívicas y Bologna cada vez más...

Y arribamos a Bologna. Un buen ejemplo de lo que he argumentado hasta aquí.

Lo que puedo decir de mi ciudad, en el aspecto que aquí nos interesa, lo he tomado de la actividad de consultoría que he realizado para la administración comunal en materia de seguridad y deterioro urbano, desde octubre de 2004 a diciembre de 2005, y que se ha plasmado también en varios informes sobre singulares perfiles problemáticos, junto a uno final de síntesis sobre las repercusiones administrativas, a mi parecer oportunas, para el gobierno del bien público de la seguridad a nivel local (Pavarini 2005).

Bologna es una ciudad que padece significativos niveles de deterioro que no pueden circunscribirse a los barrios periféricos o al centro histórico, sino que están presentes en todo el tejido urbano, tanto en los espacios limitados, en particular aquellos determinados por latentes o explícitos conflictos por el uso de los espacios públicos entre poblaciones diversas y con estilos de vida confluentes: una población residente cada vez más vieja, por un lado, y una presencia masiva y creciente de *city users* (jóvenes estudiantes, inmigrantes, etc.) por el otro.

Bologna siempre ha tenido una vocación hedonista. Tanto, que puede brindarnos uno de los pocos ejemplos de ciudad posmoderna en nuestro país: rica pero históricamente no marcada por la hegemonía de la gran fábrica, desde hace tiempo se la conoce como ciudad acogedora, hospitalaria, noctámbula, capaz de ofrecer amplias oportunidades de fruición incluso, si no sobre todo, a quien la consume oca-

sionalmente. Si Bologna ya desde hace tiempo tiene y merecidamente conserva su fama de ciudad hospitalaria, actualmente —en virtud de procesos de tribalización social y de correspondiente caída de las virtudes cívicas que marcan todas las realidades metropolitanas— más que otras, experimenta altos niveles de conflicto y deterioro. Todo esto es, en mi opinión, para decirlo sociológicamente, un dato fáctico; un dato que se relaciona también con los sentimientos sociales de inseguridad de los boloñeses.

En Bologna, la alarma social frente al delito ha sido siempre particularmente elevada⁴ y muestra cada vez más un crecimiento sincrónico con la preocupación por la situación económico-social (MeDeC 2006).

Preocupación por la situación económico-social y preocupación securitaria tienden, entonces, a alimentarse recíprocamente, determinando un sentimiento pesimista respecto del futuro. Esta relación puede registrarse incluso a nivel nacional, pero es más notoria en una población como la boloñesa, desde hace tiempo conocedora (y merecidamente también orgullosa) tanto de los niveles alcanzados por las políticas de *welfare*, como de la elevada calidad de vida bajo las Dos Torres —el símbolo arquitectónico de la ciudad—.

Según el Instituto Italiano de Estadísticas, Bologna es todavía una de las ciudades donde mejor se vive en Italia y no sólo prevalece en casi todos los índices que se toman para definir la calidad de vida de una comunidad (significativamente con la sola excepción para algunas formas de deterioro y criminalidad), sino que sobre todo es particularmente rica en capital social, en niveles de participación social, en voluntariado y cooperación. Sin embargo, aun cuando Bologna esté en primer lugar, los boloñeses se ven, desde diversos ángulos, como si estuvieran empeorando. Y no se puede decir que entiendan mal. Algunas cosas, ciertamente están empeorando.

4 Para una rápida pero puntual síntesis de las investigaciones boloñesas sobre opinión pública en materia de seguridad y deterioro, desde el año 2000 al 2004, ver Nobili (2004).

...confusa, indiferente, indignada

El sentimiento de inseguridad de los boloñeses parece, entonces, no estar tan relacionado con el riesgo de victimización (que también es significativo pero no alarmante), como con la percepción de un desorden social que no parece ser (ni poder ser) eficazmente combatido. La crisis del sistema de *welfare* hace cada vez más evidente que la frazada se ha vuelto demasiado corta para cubrirlos a todos. Esta conciencia, en parte, alimenta una suerte de síndrome invasivo que puede también traducirse en un verdadero pánico identitario respecto de los nuevos pobres, en particular respecto de los inmigrantes (Melossi 1999-2000).

Pero, precisamente, no sólo los inmigrantes. La dimensión posmoderna de Bologna —es decir de una ciudad que no responde sólo a necesidades funcionales— atrae, más que otras ciudades, a quien quiera consumirla hedonísticamente. A Bologna se viene todo el año —sobre todo los jóvenes— también para divertirse. Es la ciudad de los grandes conciertos de música juvenil popular, de los *raves*, del *motor show*. Esta fuerza atractiva, inevitablemente convoca también a universos juveniles radicales en sus estilos de vida. Respecto de estas minorías juveniles —frecuentemente más molestosas que efectivamente peligrosas⁵— la colectividad de los residentes manifiesta sentimientos de indiferencia ya que, a veces, no considera justificable una respuesta asistencialista (estas minorías, en efecto, no se presentan como portadoras de necesidades que provoquen sentimientos compasivos) y otras veces, la ausencia, en estas subjetividades juveniles, movedizas y vagabundeantes, de las tradicionales virtudes cívicas, como la educación por ejemplo, se convierte en fuente de producción y radicación de sentimientos de indignación.

Indiferencia, indignación, pánico invasivo e identitario, terminan por conjugarse en una mezcla que exalta el sentimiento de extrañeza

progresiva de los residentes respecto al territorio. El fenómeno, muy radicado en Bologna, de los comités de ciudadanos, atestigua la resistencia de los residentes más activos a la progresiva deslegitimación de algunas “viejas y queridas” convenciones y a los procesos de nueva colonización cultural de los propios territorios.

La elevada demanda de seguridad de los boloñeses sólo en parte surge del peligro de victimización. Esto resulta confirmado porque la demanda de tipo más exquisitamente represivo (como por ejemplo mayor severidad en las penas detentivas, si no explícito beneplácito a la introducción de la pena de muerte) tiende, en el tiempo, a disminuir en la población boloñesa (MeDeC 2006). La demanda de seguridad de los boloñeses no reclama más represión sino más control del territorio. No se ofrece, entonces, como una demanda rígida, es decir socialmente construida como una “horca”, sino abierta a la acción de las agencias proactivas.

Una confirmación ulterior de todo esto viene dada por el consenso que han encontrado las posiciones del actual alcalde de Bologna, Sergio Cofferati, en relación con la legalidad (MeDeC 2006). Un consenso que alcanza casi al 90% de los ciudadanos indica algo que no se explica en los términos tradicionales de una cruzada moral contra el delito, propia del modelo Giuliani. A favor de las posiciones expresadas por el primer ciudadano de Bologna, se han alineado tanto aquellos que son portadores de una cultura represiva, como los que expresan claramente una cultura solidaria. En efecto, quien se ha declarado poco o para nada de acuerdo, es una exigua minoría. La mayoría de los partidarios incluye la tradicional referencia de toda campaña de “ley y orden”, pero no se agota en ésta. Va bastante más allá. Las posiciones del síndico han dado satisfacción a una difundida necesidad, transversal a los alineamientos políticos, que definiría como de confirmación pedagógica de la normatividad, como si la mayoría de los boloñeses quisiera asegurarse de la vigencia de reglas todavía compartidas, justamente en el momento en que duda de que las viejas convenciones continúen existiendo. Ciertamente, no se puede ser iluso creyendo que este consenso sostenga la acción de gobierno del municipio en las po-

5 Por ejemplo, los *punk-a-bestia*, jóvenes nómadas metropolitanos, ya están presentes en Bologna. Ver las primeras investigaciones de Cardinali (2001). Con referencia especialmente a Bologna, ver Insolera (2005).

líticas de seguridad. Insistir en el mensaje pedagógico sólo a través de la confirmación de la legalidad respecto de pequeñas o grandes ilegalidades de sujetos débiles, al final, termina por empobrecer el contenido simbólico del mensaje mismo. Y sobre las pequeñas o grandes ilegalidades de los sujetos fuertes, poco puede hacer una administración comunal. Luego, en las acciones particulares concretas tendientes a la afirmación de la legalidad, las diversas visiones del mundo de los boloñeses se harán sentir rápidamente y estarán, obviamente, divididas. El capital de confianza de la campaña de legalidad ha sido ganado, en efecto, más sobre el método que sobre el mérito.

Si los pequeños ejemplos pueden valer para las grandes cosas

Un ejemplo puede ayudar a comprender la complejidad del planteamiento sobre el deterioro en una ciudad como Bologna. Quiero referirme aquí a la situación de Piazza Verdi y la zona universitaria⁶, conocida por los universitarios pero también por los que no lo son, como la cuestión problemática por excelencia que se encuentra en el punto más alto de las preocupaciones de la administración comunal desde hace quince años.

Por dinámicas espontáneas (lógicas de mercado) y también por elecciones políticas realizadas en el pasado, esta área del centro histórico ha conocido un proceso de zonificación acentuado como lugar de diversión y de distracción nocturna. En particular, la oferta de oportunidades de entretenimiento se dirige al *target* de jóvenes y a los asistentes de diversos tipos de ferias comerciales. Y esto es comprensible: Bologna es la sede de una universidad masiva que tiene alrededor de 30.000 personas que la habitan todo el año, fundamentalmente en

el centro histórico; más de 200 días al año hay ferias, algunas de las cuales convocan a miles de operadores.

En efecto, la oferta de entretenimiento nocturno en la zona universitaria es tan cuantitativamente relevante como cualitativamente pobre. Salvo ciertas excepciones, los locales de la noche boloñesa no pueden compararse con los de otras ciudades europeas con vocación turística y con un desarrollado mercado de la diversión nocturna. Locales pequeños, de baja inversión en su instalación, que ofrecen el mismo producto con insignificantes inversiones para entretenimiento, no siempre gestionadas por profesionales. Desde este punto de vista, en los últimos tiempos las cosas están mejorando pero están lejos aún de los niveles conocidos en otras ciudades europeas.

En el imaginario colectivo nacional, Bologna es atractiva fundamentalmente para los jóvenes, como lugar de masiva diversión nocturna. Aquella Bologna de la cultura, de los museos, de la ópera, de la música culta (que también existe), queda oculta por una Bologna abierta a la pobre diversión masiva.

Los espacios en que se ha determinado la zonificación de la diversión nocturna son geográficamente muy restringidos. Y también la zona universitaria está —si bien en menor grado que otras zonas del centro histórico— bastante poblada, en particular por una población anciana.

Las políticas de las administraciones anteriores siempre han entendido la revitalización comercial de esta como de otras zonas del centro histórico, como una estrategia tendiente a elevar la calidad y el decoro de la ciudad. Pero, hasta donde entiendo, no siempre (o tal vez nunca) han conseguido proyectar la tipología y la calidad de los establecimientos comerciales. De hecho, la decisión de convertir a Bologna en una ciudad hospitalaria, incluso de noche, ha determinado, en ausencia de un *management* político fuerte, que en algunas áreas del centro se establecieran sólo ciertos locales y no otros.

El pueblo de la noche, este peculiar pueblo de la noche, consume por lo tanto los mismos espacios del pueblo del día, de los residentes. El conflicto, entonces, es inevitable. Los diversos estilos de vida terminan por enfrentarse.

6 Realidad que he examinado con particular atención en la ya citada actividad de asesoría para la *Comune di Bologna*. El estudio sobre la situación de deterioro e inseguridad en la zona del centro histórico de Bologna ha sido luego sintetizada en un paper (Pavarini 2004b).

Ciertamente se trata de muchos locales y por lo tanto mucha, muchísima gente en un reducido espacio. Pero en función de esta multitud, fundamentalmente joven y dispuesta a la diversión, estas áreas se han transformado en el lugar para los mercados ilegales, como el tráfico de estupefacientes. El tráfico es realmente un problema distinto de aquel determinado por el conflicto sobre el uso del espacio público y sobre las reglas del tiempo social, que reenvía al mercado de la droga y a la sostenidísima demanda de ésta en Bologna (2.500 heroinómanos, otros tantos cocainómanos, miles de consumidores habituales de drogas sintéticas, decenas de miles de drogas ligeras) (Pavarini 2004). Parte del mercado de la droga en Bologna se ha localizado naturalmente en estas zonas. La ausencia –contrariamente a lo que muchos piensan– de un régimen oligopólico en manos de grandes organizaciones criminales, hace que la oferta para el consumo de droga se encuentre hoy administrada por medianos o pequeños productores en continua lucha entre ellos (léase, riñas y derramamiento de sangre) para conquistar espacios más amplios de mercado. En consecuencia, estas zonas se han vuelto también relativamente inseguras, además de ruidosas. Conflicto por el espacio público e inseguridad terminan así por sumarse, aun teniendo orígenes causales distintos.

Aún más, no obstante la fuerte vocación de mercado de la diversión nocturna masiva, la oferta sostenida de oportunidades de entretenimiento no responde adecuadamente a la demanda. La llegada a Bologna, durante la noche, de contingentes de jóvenes (interesante el movimiento nocturno en Bologna, adonde llegan jóvenes incluso de ciudades medio grandes del Norte de Italia), hace crecer cada vez más un universo juvenil que quisiera divertirse, pero no está en condiciones económicas de hacerlo. Embriagarse con cerveza de 5 euros el vaso en un *pub*, es un lujo para muchos jóvenes. Por esto, se ve cómo no siempre y no todos los locales abiertos de noche están llenos de clientes. Muchos, muchísimos jóvenes van por la calle y beben cerveza comprada a un euro en el “negocito” paquistaní tipo almacén, abierto toda la noche. Y este universo de jóvenes más pobres representa, a fin de cuentas, el verdadero problema. Usan las plazas y las calles

como espacio privado, hacen sonar tambores en las esquinas. Tienen riñas. Aquella educación cívica que garantizaba el decoro urbano, resulta cada vez más débil para una población de *city users* ya sin ningún vínculo de pertenencia con el territorio. Y este es un fenómeno conocido por muchas ciudades europeas.

Todo esto reenvía a otra deficiencia particularmente sentida en Bologna: la ciudad no ofrece espacios de entretenimiento juvenil para todos, en particular para aquellos más débiles económicamente o para aquellos que tienen estilos de vida alternativos. Para éstos no hay espacios suficientes, salvo aquellos públicos como calles y plazas. Bologna atrae a muchos jóvenes, pero también rechaza a muchos jóvenes. Enamorados y rechazados, muchos incuban sentimientos de verdadera hostilidad. Numerosas conductas juveniles de vandalismo del espacio público parecen responder a este sentimiento de rencor.

Conflictos sobre el espacio público, pero también conflictos sobre la reglamentación convencional del tiempo social. El tiempo de la diversión nocturna juvenil se ha desplazado progresivamente más allá de la medianoche. Es una cuestión que se ha dado así en el mundo occidental: los jóvenes (con la sola excepción de los ingleses pero por razones específicas a ese país) consumen la noche desde las 24h00 a las 3h00 (e incluso más tarde) de la madrugada siguiente.

La progresiva especialización de la zona universitaria en consumo juvenil de día y de noche ha secado la pluralidad de la oferta comercial. Sobreviven algunas librerías universitarias y alguna otra cosa en Piazza Verdi. Los ejercicios comerciales para el pueblo de los residentes han desaparecido y los pocos sobrevivientes están cerrando. Establecimientos artesanales y comerciales tradicionales (también alternativos) no duran mucho. Este territorio es económicamente productivo sólo para los contingentes de jóvenes, este espacio urbano está sincronizado sólo sobre los tiempos de los jóvenes. Todo esto no puede más que distanciar la zona universitaria de la población residente, volviendo a la primera cada vez más extraña y hostil respecto de la segunda.

XI. Por una política democrática de “nueva prevención”

Para “reducir los daños” de la política

Sobre “qué hacer”, obviamente son pobres las ideas. Debe quedar claro, también la cultura progresista sufre los mismos retrasos de la política. Por consiguiente, no presumo en lo más mínimo. Como técnico de la cuestión –no sabría definirme de otra manera, aunque esta identidad profesional me parece en ocasiones excesiva– he madurado progresivamente el convencimiento sobre unas pocas –más bien poquísimas– cosas “en negativo”, esto es, sobre algunas cuestiones que una fuerza política democrática y progresista no debería hacer nunca en el tema de la seguridad.

En síntesis y con palabras simples:

- Resignémonos. El tema de la seguridad nos acompañará todavía por mucho tiempo. Si no es otra cosa que el modo en el cual actualmente son construidos, en la realidad y en el imaginario colectivo, los problemas conexos a los procesos de transformación en curso, sería un imperdonable error esperar que pase de moda. Aunque constreñidos, conviene hacerse cargo.
- Pero no nos ilusionemos tampoco considerando que la recuperación de la política progresista sobre este tema –si acaso llegaría a darse– pueda ser repentina, en el sentido de que ésta sea capaz de deconstruir el tema de la seguridad y, por lo tanto, traducirse en una acción del gobierno hacia un nuevo orden. Precisamente este

sería el objetivo, pero un resultado semejante no puede darse por sentado. Quiero decir que, por un cierto lapso, tal vez deberíamos contentarnos con cometer el menor número de errores posibles —una suerte de reducción del daño de la política—, más que presumir que podemos dar en el blanco.

- Uno de los errores que no deberían jamás cometerse es el de asumir el tema de la seguridad como un problema que se puede resolver. Sé bien que desde este punto de vista los oídos de la política no adoran escucharnos, pero se deberán habituar a no ser más oídos sordos. No todos los problemas pueden ser resueltos. Por la buena razón de que no son problemas o de que no están adecuadamente formulados. Y el de la seguridad es tanto un no-problema, como un problema mal formulado. No hay *farmacum* porque no hay enfermedad de la cual debemos defendernos. Afrontar al electorado prometiendo proporcionar seguridad, quiere decir actualmente garantizar el seguro fracaso en el turno electoral sucesivo. La seguridad es un —o “el”— tema del gobierno, en general, de la ciudad. Se puede y se debe gobernar la seguridad sin tener que prometer que se abatirá la inseguridad. Hacerse cargo (*to care*) no significa resolver.
- Pero hacerse cargo quiere decir, en todo caso, seleccionar un punto de vista. También las políticas malthusianas se hacían cargo de la miseria desde un cierto punto de vista. La seguridad, si es un “bien privado”, es un bien escaso y en concurrencia con otros, como he dicho precedentemente. Y entonces ¿qué orden político debe priorizarse? El oportunismo político se dirige obviamente hacia el centro, hacia las clases medias, precisamente donde se deciden las cosas, porque allí se construyen las mayorías políticas. Temo que desde la óptica de la seguridad las clases medias se revelen demasiado ramificadas o amplias para hacerse cargo comprensivamente de esta tarea. Por consiguiente, pienso que la cuestión es muy diferente: se requiere que progresivamente las fuerzas políticas progresistas in-

terpreten la seguridad como “bien público”, sin caer obviamente en el fácil error de reducir el tema de la seguridad ciudadana a cuestiones de orden público. Lo sé, no es algo fácil de hacer, pero, una vez más, es absolutamente necesario. Y la seguridad puede ser entendida y gobernada como bien público sólo en la producción de mayor seguridad de los derechos de todos, *in primis*, de quienes sufren de menor tutela de sus propios derechos, los sujetos más débiles. No resulta tan difícil entenderlo: es necesario actuar políticamente en el sentido exactamente opuesto al del gobierno de la seguridad como bien privado. Se puede resumir en un solo *slogan*: la seguridad como bien público se produce y gobierna ampliando los espacios donde tienen cabida los derechos; esto es, de hecho paradójicamente, ampliando la cultura y las oportunidades de asunción de los riesgos. Si la política de la seguridad como bien privado convence de reducir nuestros derechos para correr menos riesgos, la política de la seguridad como seguridad de los derechos de todos convence de correr más riesgos para garantizar el ejercicio de nuestros derechos.

- Siendo justamente el tema político por excelencia —la seguridad— debería ser gobernado en términos no ideológicos, o al menos, menos ideológicos. No digo banalmente pragmáticos, pero sí en términos laicos. Quiero decir que muchas cuestiones de desorden social son producidas o amplificadas por el proceso definitorio que coloca a las mismas en el área de la ilegalidad. Los grandes mercados ilegales de la droga, de la prostitución, del juego de azar, se han convertido en emergencias de seguridad, sólo porque se ha querido que así sea. Y por igual voluntad, pero en sentido opuesto, tales emergencias no existirían.
- Se dice, y en parte concuerdo, que Italia ha podido privarse de políticas públicas de control social —y en todo caso, también de políticas sociales avanzadas—, porque la disciplina social estaba en parte garantizada por la presencia de un fuerte y difuso “capital social”

(Putman 2000). *In primis* la familia, pero no sólo ella: las asociaciones, el voluntariado y otras redes sociales. Pero la cuestión persiste: ¿es posible confiar todavía –y en qué modo– en que el capital social se apropie de funciones disciplinares y de control?; ¿es posible todavía solicitar y, por consiguiente, gobernar este patrimonio en una perspectiva de progresiva reducción de la hegemonía estatal en las políticas de disciplina social? Honestamente, ignoro si todo esto es posible pero ciertamente me parece que se hace poco políticamente por poner de nuevo en juego estos recursos.

- Por último, tenemos el cuadro de las grandes reformas, en ausencia de las cuales temo que no se pueda practicar una verdadera política de seguridad. *In primis*, las fuerzas de policía. Por cuanto concierne a Italia, el país de las mil y una policías, es una opinión difusa que la cultura policial de control del territorio es la de un país premoderno, a lo cual se debe agregar la ausencia de una policía legitimada democráticamente por las mayorías, que dependa de los gobiernos locales. Pero no se trata sólo del tema de la reforma de la policía. También la reforma de la justicia penal, del sistema penitenciario y de los servicios sociales, son de una importancia decisiva.

La producción de la seguridad en las políticas de “nueva” prevención

Desde hace algunos años una nueva palabra circula en el debate criminológico y en las políticas criminales: la prevención (Graham 1990; Johnson 1987).

El término prevención es uno de los más equívocos, porque es utilizado para indicar conceptos distintos. Aun cuando sea adjetivado de “delictiva”, se presta a una pluralidad de significados. Comencemos por liberar el campo de todo aquello que hoy ya no se quiere entender más como prevención de la criminalidad.

Los sistemas de justicia penal modernos se legitiman universalmente en función de perseguir finalidades de prevención del delito, ya sea porque se confía en que el castigo del delincuente pueda detener a los potenciales violadores de la norma penal en sus intenciones de cometer delitos (prevención general negativa); porque se considera que la sanción penal hace imposible que quien ha sido judicialmente reconocido como culpable de un delito vuelva a delinquir (prevención especial negativa); porque se piensa que la pena puede consistir en un tratamiento dirigido a la reeducación del criminal (prevención especial positiva) y, en fin, porque se confía en la función expresiva de la pena en la producción de integración social (prevención general positiva).

Resulta dudoso que el sistema de justicia penal haya logrado alcanzar, aun cuando parcialmente, estos objetivos de prevención. Personalmente, sobre el fundamento de las numerosas investigaciones empíricas dirigidas a verificar si los fines del sistema penal se han traducido –y en qué medida– en funciones materiales de prevención, me inclino por una respuesta negativa (Pavarini 1994b).

Pero aquí la cuestión no reside en creer o no en el logro de finalidades de defensa social respecto del delito a través del sistema de justicia penal. Me interesa sólo aclarar que las finalidades de defensa social frente al delito son perseguidas por el sistema penal a través de una acción de disuasión y no de prevención, aun cuando las sanciones penales o las modalidades de ejecución de las mismas consistan en acciones de mediación de los conflictos y de recomposición de los intereses violados por la acción delictuosa.

De una especie distinta y de remoto origen, se definen también orientadas a fines de prevención del delito las medidas de prevención *ante delictum* que consisten en limitaciones de la libertad personal o patrimonial –y, por consiguiente, son sufridas como penas de hecho– impuestas sobre quien es “sospechoso” de ser socialmente peligroso, sin que se le haya probado judicialmente alguna acción delictiva. En suma, “penas” conminadas sin delito ni proceso. La naturaleza fuertemente antiliberal de estas medidas dirigidas a garantizar el orden público a través de una acción de disciplina social desvinculada de las

garantías formales del sistema penal, justifica la crítica intransigente que la cultura garantista ha realizado desde siempre a este enmascaramiento de funciones represivas a través del lenguaje de la prevención de la criminalidad.

Pero también en el pasado se ha debatido sobre las funciones de prevención del delito de las reformas sociales. Ya en la segunda mitad del siglo XIX, el tema de la prevención del delito ha sido el centro de las propuestas de los movimientos políticos progresistas y revolucionarios: polémica a menudo áspera, entre quien adjudicaba a la llegada de una nueva sociedad sin clases la solución definitiva de la cuestión criminal y quien invocaba las políticas de reforma social como único “sustitutivo” a la represión del delito.

Este debate nos pertenece (Garland 1985, 1990) en el sentido de que las políticas del Estado Social con respecto a la criminalidad, con diversos énfasis y modalidades, todavía se desenvuelven en la huella interpretativa de la criminalidad como “efecto” de las desigualdades y contradicciones sociales, por lo cual, sólo con la remoción o solución de éstas, es posible prevenir el delito. En síntesis: más justicia social y menos delito. O, de otro modo expresado en su más radical acepción: socialismo o barbarie.

Es fácil demostrar cómo el optimismo que inspira la fe en la prevención del delito a través de las reformas sociales, es frecuentemente ingenuo en la asunción mecanicista de una estrecha relación causal entre bienestar y justicia social y criminalidad. Lamentablemente, países ricos y con un desarrollado *welfare*, poseen a menudo tasas superiores de criminalidad –aun cuando de manera frecuente ésta sea diferente cualitativamente hablando– de las registradas en naciones en vías de desarrollo y, además, en la mayor parte de los países occidentales el aumento de la riqueza, del desarrollo y de la justicia social no han venido acompañados por una disminución de la criminalidad. Y sobre todo, los sentimientos colectivos de inseguridad frente al delito no parecen ser positivamente influenciados por el nivel de desarrollo del Estado Social.

Ciertamente existe una relación entre políticas sociales y económicas, malestar social y criminalidad, pero no en la forma lineal típica del pensamiento positivista del siglo XIX de salarios más altos, menor desocupación, más educación... igual: menos criminalidad y más seguridad social. Por lo tanto, aun esta perspectiva distinta que conjuga prevención de la criminalidad con desarrollo social, no define el espacio temático de la “nueva” prevención.

Liberado de este modo el campo de las otras prevenciones, hoy se define internacionalmente como acción de “nueva” prevención a aquellas que se demuestran capaces en los hechos de reducir la frecuencia de determinados comportamientos no deseados, no siempre ni necesariamente definidos como delictivos, recurriendo a soluciones diferentes de aquellas ofrecidas por el sistema de justicia penal (De Waard y Van Dijk 1991; Lab 1988).

Los elementos fundamentales de esta noción de prevención del delito son, por lo tanto, tres: a) reducción de la criminalidad; b) sin recurrir al sistema de justicia penal, y; c) verificación empírica del objetivo alcanzado. Una definición bastante amplia y genérica, bajo la cual pueden comprenderse cosas muy diversas. El elemento original de esta noción de prevención es el de la pretendida verificación empírica de la acción de prevención; mientras el elemento negativo de no recurrir al sistema de justicia penal en realidad dice bastante menos de lo que pudiera parecer.

De esta forma de entender la prevención se han presentado algunas interpretaciones extremistas o ingenuas. Una primera puede ser definida como “prevención situacional tecnológica” (Clarke 1992). Es posible hacer a un barrio o a una urbanización más segura frente al delito, elevando los dispositivos de vigilancia que hacen más difícil la comisión de los delitos y/o más fácil la defensa de las víctimas, sin intervenir en modo alguno sobre las causas de la criminalidad. Los medios, una vez que se decida utilizarlos, no faltan: mayor presencia de la policía pública y las policías privadas, dispositivos de vigilancia televisiva o electrónica, sistema de alarmas, etc. (Bone 1989; Newman 1972; Poyner 1983). Si se quiere, un barrio o una zona de la ciudad

pueden estar fortificados y —ciertamente— sería más fácil defenderse de la amenaza del delito. Pero esto —si estuviésemos dispuestos a pagar el precio de vivir en una dimensión social de máxima seguridad— puede realísticamente realizarse en espacios sociales reducidos y por tiempo limitado. No es posible hacer de una metrópoli moderna una ciudad fortificada contra el delito. La atención que demanda la vigilancia de un barrio y, más aún, de una zona más amplia de la ciudad, no puede mantenerse más allá de un tiempo razonable. De otro modo, se juega la supervivencia de la ciudad, de la zona o del barrio.

Por consiguiente es ilusoria, además de políticamente peligrosa, la prevención que sueña soluciones tecnológicas. Y también resulta ingenua porque una acción de prevención situacional de este tipo corre el riesgo de hacer momentáneamente más segura un área metropolitana en perjuicio de sus zonas limítrofes, donde terminarán por desplazarse cuotas adicionales de criminalidad. Y, por último, a menudo es también contraproducente respecto de los sentimientos colectivos de inseguridad; en absoluto paradójicamente más control y vigilancia pueden traducirse en una disminución de la ilegalidad oculta en favor de la manifiesta.

Otro discurso ameritan, en cambio, las acciones de prevención que activan la noción de “participación situacional”. Es posible también hacer a un barrio o una zona de la ciudad más segura frente al delito activando y potenciando el control social del territorio por parte de quien lo habita, a los efectos de realizar una vigilancia difusa y participativa (Bright y Osborn 1989; Greenberg 1985; Hope y Shaw 1988; Skogan 1990). La imagen ya no es la de la ciudad fortificada, sino la de la sociedad civil que se transforma en red, entre la cual las informaciones circulan velozmente y a la cual nada se escapa. La referencia fundamental en este discurso es a la noción, también fuertemente ambigua, de “comunidad” (Nelken 1985) como conjunto de personas que comparten una misma situación, además de los mismos intereses o valores. Las intervenciones desarrolladas que apelan más directamente a esta estrategia de prevención, se mueven dentro de un abanico de soluciones bastante amplio: de la creación de colectivos de ciudadanos

organizados en acciones de vigilancia —de un área residencial, de la escuela, del centro deportivo, del parque—, a la organización de verdaderos grupos privados de autodefensa, por ejemplo, los comerciantes asentados en una determinada calle para combatir los riesgos de atentados a su propiedad; los colectivos de mujeres organizadas contra las amenazas de violencia sexual o de venta de drogas a menores de edad en ciertos locales o en lugares públicos.

No creo que se deban nutrir preconceptos negativos respecto de estas experiencias, aun cuando es innegable que es necesario examinarlas atentamente, caso por caso. El riesgo, en efecto, de que estas manifestaciones espontáneas de prevención escondan tentativas inaceptables de suplantación de funciones represivas —y no preventivas— por parte de la sociedad civil, está siempre presente y no debe ser subvalorado. Pero más decisivamente aún: las experiencias llevadas adelante en estos últimos años de acciones de prevención situacional participativa, han mostrado escasa eficacia preventiva frente al delito. Han evidenciado cómo esta atención social difundida es capaz de prevenir las acciones transgresoras de poca importancia, a menudo ni siquiera calificadas de delictivas sino que representan tan sólo simples disturbios a la tranquilidad de los habitantes, como algunos actos vandálicos moderados. Sin embargo, estas intervenciones producen un efecto singular y de no poca importancia: siendo relativamente ineficaces en la prevención del delito, las acciones de prevención situacional participativa producen en cambio representaciones sociales de mayor seguridad. En suma: la comunidad se siente más segura frente al delito, aun cuando probablemente no lo sea.

Finalmente, las políticas de nueva prevención han sido interpretadas también, en el sentido más amplio, como acción social (Bright, Findlay y Kelvin 1990; Cooper 1989; Farrington 1990; King 1988; Scholte 1989). Las acciones de “prevención social” se realizan en el marco de programas generales de intervención social y asistencial, cuyos destinatarios frecuentemente no están precisamente individualizados y, a menudo, tampoco son individualizables. Cualquier intervención dirigida a mejorar las condiciones de vida —en un sentido econó-

mico, cultural, referido a la vivienda, etc.— ya sea referida a unos destinatarios que padecen cierta forma de malestar social o a un territorio definido —como un barrio— es también indudablemente una acción de prevención de la criminalidad. Garantizar vivienda y trabajo a los nuevos inmigrantes ciertamente ayuda a la integración social de los mismos a la ciudad; invertir en cursos de formación profesional resulta útil para la integración de los jóvenes en el mundo del trabajo; organizar actividades deportivas y recreativas puede servir para alejar a los jóvenes de la calle; interesarse en la recuperación social de los detenidos a través de acciones de asistencia post-penitenciaria es algo que puede contrarrestar los efectos criminógenos de la cárcel. Todo esto es verdad, pero cuánto de ello pueda traducirse en acciones de prevención —es decir, en menor criminalidad— nadie jamás podrá saberlo (Pavarini 1992a). Lamentablemente, la imposibilidad de verificar los efectos preventivos de este tipo de acciones sociales termina por deslegitimar las intervenciones mismas. En efecto, aun cuando probablemente sean capaces de producir seguridad, difícilmente lo sean para producir sentimientos colectivos de seguridad. La crisis frecuentemente sufrida por esta estrategia preventiva depende en buena parte —en el contexto de las dificultades económicas del Estado Social— de que ésta no encuentra consenso social, justamente, porque no aparece como inmediatamente útil para garantizar una mayor seguridad social.

Como actualmente se constata a nivel internacional, la mayor parte de las políticas de prevención navega entre un exceso de especialización y un carácter extremadamente genérico. En efecto, las acciones de prevención situacional, en tanto están dirigidas a los virtuales delinquentes y desviados en la tentativa de influenciar positivamente sus conductas, terminan por desarrollar una estrategia puramente defensiva, de la que es por lo menos dudosa tanto su eficacia preventiva como su repercusión favorable sobre los sentimientos colectivos de inseguridad —y la duración de la misma—. Al contrario, las acciones de prevención social corren el riesgo de ser ofensivas pero no estar bien dirigidas, en cuanto intentan impactar en un malestar social general, que puede ser ciertamente atenuado pero que resulta difícilmente solucio-

nable; y sobre todo, no pueden dar pruebas de su eficacia preventiva frente al delito.

Entonces: ¿qué hacer? Pienso que la ya vasta literatura crítica sobre la prevención, puede ofrecer algunas contribuciones importantes a la discusión, aun cuando ciertamente no resuelven completamente esta cuestión. Comencemos por atesorar dos afirmaciones fundamentales.

- Hoy se acuerda que la acción de prevención del delito debe privilegiar la dimensión “local”, con el mayor nivel de desconcentración posible. La referencia más recomendada es el barrio¹. Pero es necesario ponerse de acuerdo sobre el significado de esta elección. Si con ella se quiere negar eficacia a una estrategia preventiva impuesta desde arriba, como podría ser una política nacional de prevención del delito, no se puede sino aceptarla. Serías perplejidades, en cambio, suscitaría una estrategia preventiva que pretendiese agotarse exclusivamente a nivel local. En cambio, parecería más correcto captar el carácter esencial de la relación entre la dimensión local y la dimensión central, como podría ser entre un barrio y la administración de la ciudad, de la región o del estado del cual forma parte esa ciudad², en el sentido de que la acción de prevención se implementa siempre “localmente”, pero debe dialogar con un polo central que sea capaz de financiar, coordinar, corregir y, sobre todo, indicar las líneas estratégicas fundamentales, además de evaluar la eficacia de la acción misma.
- La acción de prevención es eficaz si es capaz de movilizar a las personas. Esto resulta así, ciertamente, si con ello se quiere decir que en torno a la acción de prevención es necesario suscitar un amplio consenso social. En cambio, el juicio debe ser más prudente si se quiere decir que la intervención preventiva debe ser puesta en

1 Ver Council of Europe (1987a, 1987b) y Lagrange y Zauberman (1991).

2 Para el caso de Italia, ver Aymone (1992); Aymone y Pavarini (1992); Creazzo (1994); Pavarini (1992b, 1993); Pepa (1994).

acción siempre directamente por la colectividad y/o con la colectividad interesada. Cuando menos es prudente no hacerse demasiadas ilusiones. No hay quien no vea cómo hoy, en particular en las grandes concentraciones metropolitanas, es problemático dar por sentado que se comparte difundidamente un patrimonio de valores, lo que permitiría hablar correctamente de “comunidad”. Y bajo otros aspectos, tal vez ni siquiera es ausplicable que este consenso exista. La movilización de la gente en el marco de proyectos de prevención frecuentemente se construye sólo sobre el elemento negativo del “miedo” a la criminalidad. Y sabemos que no siempre la representación alarmada del delito coincide con la realidad. Algunas veces la alarma está más difundida entre quienes de hecho están menos expuestos al riesgo de ser victimizados, y en otras ocasiones, se verifica también lo contrario: donde hay más riesgo puede haber menos miedo a la criminalidad. En suma: si el miedo colectivo frente al delito debe ser tomado seriamente en consideración, no es sobre el miedo que se debe construir consenso para las políticas de prevención del delito (Baratta 1993; Pitch 1994). Es necesario mantener la distinción entre las acciones de prevención que buscan reducir el riesgo delictivo y, por consiguiente, hacer las ciudades más seguras, y aquellas otras intervenciones que corren el riesgo de hacer sentir más segura a la colectividad, sin que, por otra parte, lo sea efectivamente.

Por el gobierno del bien público de la seguridad: fuerzas de policía y servicios sociales

Si la prevención no puede ser sólo un asunto de la policía, tampoco puede ser, ciertamente, una cuestión que la excluya.

El objetivo primario es, por lo tanto, producir entre las fuerzas del orden, las policías locales y los servicios privados de seguridad, cultura y profesionalidad adecuadas a una estrategia de prevención de la criminalidad. Mucho se ha hecho —aunque no siempre de manera posi-

tiva— en estos años en otros contextos nacionales para construir formas de acción integrada de prevención entre policías, operadores de los servicios sociales y ciudadanos. Estas experiencias deben ser examinadas con prudencia, teniendo en cuenta la especificidad propia de cada país, pero deben ser consideradas también sin prejuicios. Creo que hay mucho por aprender de las mismas.

El punto de partida de mi razonamiento pretende preliminarmente clarificar, cómo la *mission* de las fuerzas de policía actualmente en países como Italia, no se diferencia mucho respecto a la originaria legitimación que la policía nacional tuvo en el Estado de Derecho a partir del siglo XIX, que en Italia coincide con la emergencia e imposición del Estado nacional.

En efecto, la afirmación misma del Estado nacional de derecho se construyó sobre la doble noción de “seguridad”: seguridad respecto del enemigo externo, que el Estado se empeñaba en proveer a través de la creación del Ejército nacional, y seguridad respecto del enemigo interno, que debía ser garantizada por las fuerzas nacionales de policía. De aquí la necesidad de afirmar el monopolio del ejercicio de la fuerza por parte del Estado —como verdadera reserva absoluta de la ley, sea en la defensa del enemigo externo o del enemigo interno—. Reserva monopólica de la violencia que tenía como correlato su ejercicio en el marco de la legalidad. De aquí la *mission* de las fuerzas de policía nacionales: hacer respetar profesionalmente la ley, respetando la ley.

El valor de legitimación de la fe en el *professional law enforcement* se articulaba —y aún hoy se articula—, por lo tanto, sobre la base de las virtudes institucionales de la policía en el Estado de Derecho: capacidades técnico-profesionales sin ningún tipo de poder discrecional —esto es, obligatoriedad de la afirmación de la legalidad en todos los casos en que ésta fuese violada—, respetando la legalidad. Y ello tutelando en el plano garantista una autonomía relativa del sistema de policía respecto del poder político, como relativa es también la autonomía que define al poder judicial.

Prescindiendo de los alcances ideológicos de esta posición, es relativamente fácil entender cómo se fundaba en algunas precondiciones

históricas y materiales que aun cuando no fueron explicitadas estuvieron presentes implícitamente. Eran fundamentalmente tres. La primera era la reducida esfera del ilícito penal, en buena medida limitada sólo a los derechos subjetivos; en la cultura liberal de un derecho penal mínimo dirigido a proteger sólo los derechos naturales, la legalidad normada no podía sino tener confines restringidos. En segundo lugar, pero como consecuencia de lo que acabo de señalar, existía una amplia coincidencia entre la legalidad formal y el sentimiento socialmente difundido de legalidad. Y, finalmente, se tenía razonablemente en cuenta la presencia de una amplia y difusa red de prácticas informales de socialización y de control, capaces de gobernar autónomamente muchas conductas desviadas, sin tener que recurrir a las agencias represivas del Estado. Dadas estas precondiciones históricas y materiales, la acción de la policía orientada a la *mission* de la aplicación profesional de la legalidad, no parecía escandalosamente irrealista.

Ahora bien, estas precondiciones han ido desapareciendo progresivamente. La esfera del ilícito penal tiene confines tan vastos que no es posible ya medir su extensión. A ello se suma que la dilatación extraordinaria de ilícitos artificiales—sobre todo aquellos de naturaleza contravencional— ha definitivamente escindido la relación entre percepción social y determinación normativa de lo lícito y de lo ilícito. Finalmente, es preciso tener en cuenta también la crisis irreversible de las agencias informales de disciplina social como fenómeno típico de las sociedades modernas. Creo que este complejo proceso de transformación social e institucional se encuentra en la base del actual estado de crisis del sistema de policía, que todavía se legitima en el modelo del *professional law enforcement*, y llega al punto de deslegitimar al modelo mismo.

La ampliación de la esfera del ilícito penal de naturaleza artificial, además de la presencia masiva de “delitos sin víctima”, hacen siempre más problemática una acción de policía de naturaleza preponderantemente reactiva, hasta el punto de que progresivamente se revela como socialmente impresentable la misma ficción de una acción de policía no orientada discrecionalmente a la individualización selectiva de los

ilícitos a enfrentar proactivamente. Al mismo tiempo, se está dirigiendo progresivamente a las fuerzas de policía un complejo creciente de demandas sociales de intervención orientadas a la producción de seguridad, excesivas tanto en relación a las competencias de orden público, como en relación a los recursos materiales disponibles. Si la acción de policía es, en cierta forma, un recurso escaso respecto a las necesidades de seguridad, ésta no podrá desarrollarse sino selectivamente, en el marco de la lógica de la *problem solving strategy*, si quiere ser eficaz.

Si lo social no pide ya a las fuerzas de policía sólo reprimir la criminalidad, sino dar solución a los numerosos problemas de malestar y degradación social y de incivildad urbana; si ya no se puede razonablemente contar con la capacidad de gobierno y de control del territorio por parte de la sociedad civil; si la esfera de la ilegalidad ya no puede ser restringida sólo a aquello advertido socialmente como tal; entonces ya no habrá hoja de higo capaz de ocultar aquello que desde siempre ha sido sólo un deber ser, nunca confirmado empíricamente; esto es, que la acción de policía es siempre jurídicamente obligatoria y nunca es discrecional.

Frente a este nudo problemático—que, antes o después, obligará a superar la originaria posición de un poder de policía fundamentalmente técnico y no susceptible de orientación política— se plantea otro distinto, aun cuando vinculado al primero: la necesidad de redefinir las esferas de acción legítima de las fuerzas de policía, dentro de límites más estrechos respecto a aquellos propios del gobierno de la seguridad de los ciudadanos, hoy en progresiva e incontenible expansión. Una clase de *actio finum regundorum*, dentro de la cual, la acción de seguridad pública reservada a las fuerzas de policía constituirá sólo un aspecto, no obstante decisivo, de las políticas de seguridad ciudadana.

Si el orden público—también en redifinición a la luz de los procesos históricos e institucionales a los cuales me he referido precedentemente— es sólo un momento de las políticas de producción de la seguridad, es necesario someter a discusión y encontrar una solución satisfactoria a numerosas cuestiones de naturaleza político-institucional. A título ejemplificativo, puedo indicar algunas.

Si el gobierno de la seguridad por necesidad comporta una acción integrada de tipo situacional, ¿la nueva *mission* de las fuerzas de policía a nivel local deberá inspirarse en el modelo de *community policing*? Y una eventual legitimación “desde abajo” de las fuerzas de policía –siguiendo el ejemplo de la policía federal estadounidense, inglesa, española, etc.– que vaya más allá de la simple retórica de la “policía al servicio del ciudadano”, ¿a quién terminará por atribuir el poder de indicar las prioridades y los objetivos en la acción de *policing*?

Y, por último, la necesaria integración entre acción de policía y políticas de gobierno de la seguridad ¿a quién corresponderá?

En suma, el estado actual de crisis del sistema de policía fundado en el viejo modelo del *professional law enforcement*, en presencia de una creciente demanda social de seguridad, no me parece que se pueda superar razonablemente con intervenciones cosméticas y de corto plazo. No obstante que se pueda y se deban nutrir fundadas dudas sobre algunos elementos de la relegitimación de la acción de policía sobre la base de los modelos del *community policing* y/o de la *problem solving strategy*, de todas formas, es necesario confrontarse seriamente con ellos.

No tomar decisiones valientes eleva los riesgos de deslegitimación social y política. Basta, en este sentido, un dato empíricamente fundado: de las investigaciones que hemos desarrollado en el marco del proyecto *Città Sicure* en la Región Emilia-Romagna (*Città Sicure* 1995-2001) ha surgido que la media de los ciudadanos expresa un elevado grado de confianza en las fuerzas del orden. Y aún más, las fuerzas de policía son las instituciones que registran el grado más elevado de confianza social, al menos entre los ciudadanos de esta región. Pero el grado de confianza con respecto a la policía muestra ser inversamente proporcional al grado de experiencia directa que los ciudadanos tienen sobre el modo de actuar de las fuerzas del orden, en el sentido de que tanto más éstos han tenido que acudir al servicio ofrecido por aquellas –porque han sido victimizados o porque han requerido cualquier otro tipo de servicio policial– tanto menos confianza tienen. Y esto me parece un dato significativo sobre el cual es necesario reflexionar seriamente.

Otras cuestiones deben plantearse con respecto a los servicios sociales. Llamados a operar esencialmente sobre el malestar social, los servicios sociales territoriales ya desde hace tiempo se han confrontado con el mandato de tutela social y, por ende, de prevención de la desviación que está implícito en las acciones que asumen como responsabilidad, al tratar de hacerse cargo de los problemas sociales.

Confrontación es el término exacto, pues da cuenta tanto de la ineluctabilidad como de la dificultad de los servicios sociales al momento de responsabilizarse de un mandato de tutela social de la desviación y la criminalidad. En la cultura de los operadores sociales, desde siempre, la prevención es el objetivo principal que orienta a la intervención, en tanto que hacerse cargo del malestar previene los efectos negativos del mismo, entre los cuales se encuentra también la desviación y la criminalidad (Pepa 1992).

Al mismo tiempo, en la cultura difundida entre los operadores de los servicios sociales, la finalidad preventiva de su propia actuación se agota en dar una respuesta, a menudo solamente en buscar la respuesta posible, a las necesidades insatisfechas de quien se encuentra en una situación de malestar social. Pero frecuentemente, actuando de este modo, cuando el malestar no es resuelto –y esto me temo que sucede habitualmente– permanece también insatisfecha la demanda social de tutela frente a sus posibles efectos.

En otros términos: la tutela social del malestar social debe también conjugarse con una tutela social contra el malestar social (Pepa 1992), lo que significa hacerse cargo también de una demanda de control social. Es indudable que las políticas de nueva prevención exige a los operadores sociales responsabilizarse de esta tarea disciplinar.

La investigación en las políticas de seguridad

La dimensión local de la acción de prevención debe ser capaz de utilizar observatorios locales que puedan registrar detalladamente las necesidades y demandas sociales de seguridad y sus cambios, en razón

del impacto de la acción de prevención. La observación es, por lo tanto, esencial para las acciones de prevención.

En Italia, estos observatorios ciertamente son aún muy pocos y se desarrollan con una gran dificultad. Las dificultades con que se enfrentan no son sólo de tipo económico; qué clase de observación se debe llevar adelante, qué tipo de investigación y sobre qué cosa, son cuestiones que presentan todavía una elevada problemática.

En primer lugar, ¿es posible que un observatorio local sobre la criminalidad registre la criminalidad “real”? Lo dudo. Ciertamente un observatorio local podría superar el mero registro de la criminalidad “aparente”, esto es, aquella que nos proporciona la estadística judicial y policial que, como se sabe, nada nos dice sobre la criminalidad oculta y muy poco sobre el funcionamiento del sistema penal. Las investigaciones sobre las víctimas son obviamente capaces de proporcionarnos una representación diferente de la criminalidad, tal vez menos distante de la realidad pero, sin embargo, siempre una representación subjetiva de la realidad (Albrecht, Kaiser y Kury 1991; Alvazzi del Frate, Van Dijk y Zvekic 1993; Fossa et al. 1991: 363-385; Killias, Mayhew y Van Dijk 1990). De cualquier modo, nos proporcionan una representación de dimensiones mucho más amplias que aquella de la ilegalidad oficialmente conocida. De aquí el riesgo de que estas encuestas, una vez que los datos sean socialmente conocidos, produzcan una ampliación de la alarma social.

Por otra parte, las investigaciones sobre la opinión de la gente con respecto al tema de la seguridad reflejan un panorama plural y, frecuentemente, contradictorio de las necesidades de seguridad; así, la demanda de seguridad de los comerciantes contra el riesgo de ser asaltados difícilmente podría ser compatible con la expresada, por ejemplo, por una comunidad de nuevos inmigrantes contra el riesgo de ser objeto de violencias de tipo racista. Y más aún, ¿cuánto de la representación social que cada uno tiene de la seguridad es representación subjetiva de un riesgo real o simplemente efecto de una mayor o menor vulnerabilidad al mensaje de los *mass media*? Y, ¿si el miedo al delito es una cuestión muy subjetiva, las indagaciones sobre qué cosas la gente

teme mayormente no reflejarán, antes que una opinión pública sobre la seguridad, la suma de los miedos individuales (Smauss 1980).

Sin embargo, no hay duda de que todas estas observaciones deben ser realizadas, siendo conscientes de los nuevos problemas que presentan un nivel más elevado de conocimiento de la complejidad de la cuestión criminal. Y sobre todo, a nuevos niveles cognoscitivos debe corresponder una adecuada acción preventiva sobre la realidad. A partir del conocimiento de los procesos de construcción social de la inseguridad ciudadana es posible actuar positivamente sobre dichos procesos para producir, en cambio, mayor seguridad.

¿Por qué el gobierno “local” de la seguridad?

La temática de la seguridad ciudadana, tanto a nivel de las políticas de gobierno local de la seguridad hoy desarrolladas internacionalmente como de los discursos sobre la cultura de la “nueva” prevención producidos por los lenguajes científicos, plantea —más aún cuando es asumida superficialmente como normalidad de las políticas de control social en la época de la globalización— el interrogante tan simple como radical de “¿por qué?": ¿por qué hoy y no en el pasado o no siempre y no en todas partes, la seguridad de los miembros de la sociedad —o, mejor dicho, en los miembros de la sociedad— se interpreta como cuestión del gobierno local, *in primis* de la ciudad? Una respuesta satisfactoria, por desgracia, no es tan banal como la pregunta.

Contentarse respondiendo que es un dato de la realidad empíricamente observable, que cada vez más las colectividades imputan responsabilidad en el gobierno de la seguridad a quien democráticamente tiene responsabilidad con respecto al gobierno de los territorios locales, nos deja objetivamente insatisfechos: la descripción de un efecto muy poco nos ilustra acerca de su/s causa/s.

Para intentar una respuesta, comencemos por liberarnos de aquello que resulta inútil, esto es, de todo cuanto en la proposición del “gobierno local del bien público de la seguridad” parece resistirse ante

el análisis crítico como un dato no sujeto a cambios significativos en lapsos breves.

En absoluto paradójicamente, la noción más resistente a las variaciones diacrónicas y sincrónicas es justamente la de seguridad. Por lo menos en la acepción de ella que se ha asumido en la época moderna. Es sobre la promesa de seguridad en la sociedad civil que se funda el pacto social, esto es, la asunción por parte del Príncipe de la autoridad —en los nacientes Estados nacionales de derecho— sobre el monopolio del poder de gobernar los conflictos a través del ejercicio de la fuerza legal. La noción jurídica de “seguridad pública” traduce fielmente, por consiguiente, la de seguridad interna de la nación o al menos, así ha sido en la época moderna en tanto “deber ser” fundante del Estado nacional. Otra cosa es si efectivamente ha sido así; esto es, si los diversos Estados nacionales han garantizado la seguridad de los ciudadanos, cuánto lo han hecho, en qué efectiva relación de monopolio o de competencia con otros sistemas de gobierno no estatales. Ciertamente, cada Estado tiene su propia historia, aun cuando hoy se reconoce que aquella promesa de la modernidad sólo en parte ha sido efectivamente realizada en todos lados.

En suma, los Estados modernos y todavía más aquellos de un desarrollado Estado Social de Derecho, se han legitimado como Estados capaces de garantizar la seguridad interna, esto es, la seguridad nacional, a través del gobierno represivo y preventivo de los conflictos. Por lo tanto, el gobierno del bien público de la seguridad, pertenece completamente al patrimonio originario de la historia del Estado moderno.

Otro tanto debe decirse respecto del privilegio dado al gobierno preventivo sobre aquel represivo de las conductas, los actores y las situaciones advertidas como capaces de amenazar la seguridad social. También en este caso, el gobierno del bien público en el Estado Social de Derecho se caracteriza esencialmente como preventivo —definiendo al Estado Social de Derecho, por lo tanto, como “Estado de la prevención” (Baratta 1991) y a las políticas de control social desarrolladas por éste, como políticas preventivas de “defensa social” (Baratta

1975)—. Pero una vez más, todo ello representa el “deber ser”, otra promesa de la modernidad frecuentemente no realizada.

Por lo tanto, el elemento que otorga novedad a la temática del gobierno del bien público de la seguridad es actualmente la especificación de “local” contra “nacional”. Si el sentido de la oposición está claro, menos evidentes son las razones de por qué hoy el tema del gobierno del bien público de la seguridad: a) no es más asumido como una tarea monopólica del Estado; b) se declina frecuentemente —aun cuando no exclusivamente— a nivel local.

Una aproximación útil al centro de la cuestión tiende a dar cuenta de las razones de la progresiva crisis de la hegemonía estatal en el gobierno del bien público de la seguridad. Se pueden señalar —sin pretensión de jerarquizar— al menos tres:

- El gobierno estatal del bien público de la seguridad se ha realizado históricamente privilegiando el recurso reactivo y no el proactivo, como se había prometido. La acción represiva, *in primis* el sistema de justicia penal, entra inexorablemente en crisis, sin embargo, revelando su ineficacia frente a la dimensión difundida y de masa de los conflictos. En síntesis, el sistema de justicia penal, por una parte, se muestra cada vez más ineficaz respecto al gobierno material de los conflictos —y por lo tanto, él mismo es causa de la producción de sentimientos difusos de insatisfacción—; y, por la otra —y como consecuencia—, progresivamente se valoriza como un simple recurso simbólico en la tentativa de satisfacer los sentimientos sociales de inseguridad —o bien, la inseguridad subjetiva—, dada la imposibilidad de garantizar niveles satisfactorios de seguridad objetiva.
- La naturaleza misma de las nuevas manifestaciones del malestar social —que escapan al clásico reenvío al paradigma del conflicto entre capital y trabajo— las reconduce etiológicamente a razones estructurales que ya no son gobernables a nivel nacional: efectos de la globalización, desequilibrios entre el Norte y el Sur del mundo, etc.

- Las políticas nacionales de gobierno de los conflictos están cada vez más constreñidas por estrategias supranacionales o bien son materialmente desarrolladas por agencias independientes o relativamente independientes de los gobiernos nacionales.

Más inciertas son, en cambio, las razones plausibles del giro hacia la dimensión local, predominantemente metropolitana, que el tema del gobierno del bien público de la seguridad está dando de manera progresiva, frente a la crisis de hegemonía estatal sobre el tema. También en este caso puedo desordenadamente indicar algunas:

- Si las causas de los nuevos conflictos no son más gobernables a nivel estatal, los efectos de los mismos –es decir, la producción del sufrimiento, del malestar, del miedo, de los costos sociales– tienden cada vez más a dimensionarse y especificarse, de manera diversa, en razón de las variables locales operantes. La naturaleza de los efectos está cada vez más condicionada por la dimensión local, dentro de la cual el conflicto genera inseguridad. Es decir que los nuevos conflictos se producen en una dimensión desvinculada o cada vez más distante de aquella en la cual generan sus efectos en el plano de la inseguridad objetiva y subjetiva. Piénsese a este respecto en la cuestión de la inmigración.
- En la medida en que cada vez más se presta atención a las consecuencias sociales de los conflictos –en razón también del desencanto progresivo con respecto a la creencia de poder gobernar las causas de los mismos– la dimensión local necesariamente se hace relevante, en tanto es ésta y sólo ésta la dimensión en la cual el conflicto produce sus efectos.
- El énfasis creciente en las consecuencias sociales de los conflictos resulta en sintonía, tanto cultural como institucionalmente, con las estrategias del “hacerse cargo” (del *to care*) históricamente propias de las políticas socio-asistenciales de los gobiernos locales. Por lo tanto,

no es casual que la asunción de responsabilidad de la seguridad por parte del gobierno local se estructure a través de las políticas preventivas, en el sentido de que éstas implican “hacerse cargo” del malestar, de la situación problemática, más que de la remoción de las causas que presumiblemente generaron el conflicto.

Consideradas en su conjunto, las razones arriba señaladas parecerían explicar la emergencia del gobierno local de la seguridad como una tendencia que no es ocasional ni anómala. Por otra parte, la dimensión internacional del fenómeno refuerza esta convicción. Y aún más: si el proceso está dinamizado efectivamente por las razones fuertes previamente indicadas, es presumible que la tendencia a desplazar o a invertir en el nivel local en las políticas de gobierno de la seguridad con el tiempo se acentuará.

Y todo esto no es poca cosa. El tema del gobierno local del bien público de la seguridad no es sustancialmente –como frecuentemente aparece en el panorama italiano– una reivindicación extravagante de los gobiernos locales frente a los gobiernos nacionales, una especie de inoportuna conflictividad del partido de los alcaldes o intendentes contra el poder central, sino un proceso objetivo, que ciertamente puede ser diversamente interpretado en el lenguaje de las políticas nacionales, pero que de cualquier modo representa una tendencia estructural de fondo. En este sentido, se debe recordar que en ciertos contextos nacionales el proceso de descentralización de funciones con respecto al gobierno de la seguridad a nivel local ha sido promovido –si no forzado– justamente por el centro, deseado e impuesto por los gobiernos centrales.

Convenir que el gobierno local del bien público es una tendencia estructural dictada por la irresistible fuerza de las cosas en el presente y, también, en el futuro próximo, de la que no es posible escapar, no quiere decir ciertamente que no exista una pluralidad de opciones, muchas veces opuestas entre sí –o al menos divergentes–, respecto de cómo asumir este desafío. Al menos en abstracto. Por razones de claridad expositiva quiero aquí seguidamente esbozar los rasgos esenciales

de dos escenarios no sólo distantes, sino también opuestos, del gobierno local de la seguridad, capaces de captar los puntos y límite y extremos de un arco de posibles posiciones intermedias.

Un primer escenario posible es aquel de un gobierno “administrativo” del control social, siguiendo las indicaciones planteadas por la criminología actuarial o administrativa, a la que ya hemos hecho referencia precedentemente en temas de penología.

En extrema síntesis, este escenario puede ser sintetizado en los siguientes términos: el gobierno local del bien público de la seguridad se restringe a acciones administrativas –tanto proactivas como reactivas– dirigidas a elevar el umbral del control –con una finalidad incapacitante o de mera contención– con respecto a los sujetos y/o a las situaciones advertidas como más riesgosas con respecto a la producción de inseguridad.

Si la dimensión local exalta el conocimiento del territorio y por consiguiente, de reflejo, la mayor eficacia de la intervención, la misma dimensión exaspera también la presión condicionante de la opinión pública en la indicación de los grupos sociales y de las realidades que deben constituir los blancos de la acción de control. En síntesis, un incremento de la vigilancia –más o menos severa, pero sustancialmente sólo dirigida a la contención– sobre lugares y grupos sociales, confiando en que ello pueda reducir el riesgo de que las situaciones percibidas socialmente como problemáticas degeneren ulteriormente.

El peligro siempre presente en una perspectiva de gobierno administrativo de la seguridad a nivel local, es que se agote en meras acciones de control incapacitante –en el sentido preciso de reducir o contener las oportunidades de las conductas advertidas como socialmente peligrosas– con respecto a las situaciones y grupos riesgosos. No debe decirse lo mismo si el gobierno local del bien público de la seguridad se vale también –aunque no exclusivamente– de acciones dirigidas a la contención del umbral del riesgo, instrumentales a intervenciones de otra naturaleza. Un ejemplo: las estrategias de “reducción del daño” (Pepino y Sorgi 2000) ciertamente pertenecen a la criminología actuarial si son fieles a sí mismas, en el sentido de que, justamente, son o

pueden ser útiles para contener y reducir los riesgos –más para la colectividad que para los actores que sufren el malestar social– ínsitos en algunas conductas propias de grupos de sujetos muy precisamente definidos; ahora bien, cuando la misma política es instrumentalmente desarrollada para poder implementar más fácilmente una política eficaz para hacerse cargo de, ayudar y socorrer a los sujetos expuestos a la incomodidad, otra es la valoración de la misma.

De todas maneras, la acción de contraste o de intervención sobre las oportunidades de la criminología actuarial cuando se desarrolla a nivel local, haciéndose cargo de las situaciones problemáticas –sin posibilidad o voluntad de actuar sobre las causas de las mismas– precisa una elevada inversión en violencia represiva. No pudiendo utilizar directamente aquella ofrecida por el sistema de justicia penal –que obviamente depende estrictamente del Estado–, corre siempre el riesgo de tener que, por un lado, invocar la intervención represiva estatal –favoreciendo aún más la inflación de la misma, además de su vocación por convertirse en pura función simbólica– y, por el otro, traspasar las fronteras entre las esferas de lo penal y de lo administrativo, operando un verdadero “fraude de etiquetas”.

Por lo tanto, la situación que puede fácilmente generarse es capaz de producir un resultado nefasto: llevar las políticas locales de seguridad a tomar el atajo de transformarse en caja de resonancia de la alarma social; las administraciones locales pueden seriamente inclinarse por ganar consenso social, transformándose en agencias de presión política sobre el gobierno central y sobre las agencias reactivas (policía y poder judicial) en favor de respuestas de naturaleza preponderantemente represivas.

Un escenario opuesto al arriba indicado, asume de manera distinta el gobierno de la seguridad como contenido esencial de una nueva –o tal vez, originaria– concepción del *welfare*, en la que el concepto de bienestar se amplía, pasando de la primitiva y reducida esfera de satisfacción de las necesidades económicas a la del goce pleno de los derechos.

En efecto, la necesidad de seguridad de los ciudadanos no es solamente una necesidad de protección frente a la criminalidad, o bien,

para los sujetos desfavorecidos una necesidad de protección de los procesos de criminalización y/o victimización. Y las investigaciones sobre la opinión pública y sus sentimientos de pánico social confirman esta convicción. El bien público de la seguridad corresponde a la necesidad de estar y de sentirse seguros y garantizados en el ejercicio de todos los derechos propios: derecho a la vida, a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad y de las propias capacidades, derecho de expresión y de comunicación, derecho a la calidad de vida, así como también el derecho a controlar e influir realmente en las condiciones de las que depende, en concreto, la existencia de cada uno.

Es evidente que las posibles políticas de gobierno del bien público de la seguridad, terminarán por colocarse en el interior del arco definido por las posiciones planteadas a través de estos dos escenarios extremos. En resumen: es improbable que el gobierno de la seguridad se realice completa y felizmente en la máxima valoración del ejercicio de los derechos democráticos para todos; y es difícil –aunque posible– que las políticas locales del gobierno del bien público de la seguridad se devalúen en acciones de mero control administrativo, como las propuestas por la criminología actuarial. La cuestión que interesa desde un punto de vista político es, por lo tanto, hacia qué escenario nos estamos aproximando o podemos llegar a aproximarnos en el futuro cercano.

Las precondiciones de un gobierno democrático de la seguridad

Estoy convencido de que existen al menos tres condiciones básicas que si no se dan efectivamente nos alejarán peligrosamente del modelo de un gobierno local de la seguridad como pleno goce de los derechos de todos.

- La primera condición está dada por una fuerte necesidad de desconcentración administrativa para asignar de forma distinta las

competencias fundamentales para un gobierno del bien público a nivel local. En suma: es esencial que los gobiernos locales sean colocados en condiciones de poder gobernar el bien público de la seguridad.

- La segunda condición, igualmente decisiva para el desarrollo, en un sentido democrático, de las políticas locales de gobierno de la seguridad, está dada por el crecimiento de un movimiento reformador capaz de redefinir los confines de la legalidad para hacerlos compatibles con el gobierno mismo de la seguridad. Ciertamente es necesario otorgar más poderes a los gobiernos de las ciudades, pero con la conciencia de que la posibilidad de gobernar el bien público de la seguridad en las ciudades depende de las oportunidades para ofrecer, incluso normativamente, un orden diferente a los grandes desórdenes sociales. Con fuerza y evidencias diversas, en la cuestión del gobierno de la seguridad en nuestros días, cada vez se presenta más como ineficaz el arsenal tradicional y ya experimentado de las políticas de producción de orden social, tanto represivas como preventivas. No hace falta abundar sobre las políticas represivas cuya ineficacia es ya completamente evidente. Pero también las políticas preventivas tradicionales –fundadas principalmente en la ayuda y la solidaridad– se muestran como necesarias pero insuficientes para la producción de un gobierno eficaz de la seguridad. En efecto, éstas en buena medida se han venido construyendo sobre un modelo de intervención con respecto a los problemas sociales fundamentalmente basado en el paradigma del déficit y de la territorialidad, dirigido hacia la activación de las redes que vinculan a los actores sociales portadores de malestar y conflicto al territorio de pertenencia y a la satisfacción, aun cuando siempre parcial, de sus necesidades insatisfechas. Lamentablemente, las nuevas subjetividades de la peligrosidad, como los inmigrantes, cada vez más escapan a todo criterio tradicional de pertenencia al territorio, al menos hasta cuando no se haya consolidado una situación avanzada de integración y, al mismo tiempo, las dimensiones de su

presencia –que desafortunadamente coincide con la crisis del Estado Social– hace difícil su gobierno a través de las tradicionales políticas asistenciales. Pero lo que emerge con mayor fuerza es otra cosa muy distinta: en el proceso que se está desarrollando, los nuevos sujetos de la peligrosidad se colocan esencialmente o predominantemente –en un inicio– como asalariados dentro de mercados ilegales que sólo y en tanto son “artificialmente” definidos como tales –esto es, prescindiendo de su “nocividad social” y de la circunstancia de que de todos modos satisfacen necesidades sociales difundidas e insuprimibles– no pueden ser disciplinados, ya que el único orden posible en ellos es, justamente, el orden delictivo. La definición de estos mercados como ilegales –el de las drogas, el de la prostitución, etc.– los coloca en espacios de “libertad salvaje”, pre-contractual, hegemonizables y de hecho hegemonizados por lógicas que sí son socialmente peligrosas. Por consiguiente, la posibilidad de un gobierno de la seguridad precisa que se considere seriamente la posibilidad de conducir, aunque sea en parte, estos mercados fuera de la ilegalidad, dado que no pueden ser suprimidos en la medida que siga existiendo una demanda social que no sea satisfecha de otro modo.

- Finalmente, la última condición es la necesidad de una reforma radical de las fuerzas de policía, a la que ya me he referido anteriormente. En este punto decisivo, Italia se encuentra actualmente todavía bastante lejos del resto de Europa. Demasiado lejos para responder adecuadamente a las nuevas demandas de seguridad. La experiencia de las políticas de seguridad ciudadana desarrolladas en los contextos nacionales que pioneramente se han aventurado en esta dirección –como Holanda, Francia, Canadá y en parte los Estados Unidos–, nos indica un dato constante que por razones históricas, institucionales y culturales ha permanecido hasta ahora relativamente ausente en el debate italiano: la iniciativa y promoción de las políticas locales de seguridad ha tenido como primer actor a las mismas fuerzas de policía. En suma, el gobierno local de

la seguridad ciudadana no se ha desarrollado en absoluto en oposición a aquel tradicional del orden público, sino que, en parte, ha sido gestado por él. Si ello seguramente se ha visto favorecido por una particular legitimación tanto institucional como político-cultural de la policía –bastante diferente con respecto a Italia– como agencia democrática es decir llamada directamente a responder más a las necesidades de seguridad de las colectividades y, por consiguiente, a los gobiernos locales antes que sólo el gobierno central, por jerarquía, debemos reconocer que el sistema de la policía ha manifestado en otros lugares una capacidad crítica todavía relativamente ausente en nuestro país.

Ciertamente, el proceso de reforma de las policías en los países donde se ha dado ha sido favorecido por la necesidad de encontrar una solución a los nuevos problemas, pues en el caso de no hacerlo se ponía en un grave riesgo el rol mismo de las fuerzas de policía. Baste recordar la dificultad, tal vez, principal: mientras la acción tradicional de las fuerzas de policía se construía en función del objetivo de la lucha contra la criminalidad –en particular, contra aquella más peligrosa– se registraba que la demanda social, que cada vez más a menudo se dirigía a las fuerzas de policía, concernía, en cambio, a fenómenos de leve entidad, frecuentemente ni siquiera delictivos en sentido estricto. Ello comportaba una dilatación incontenible de lo que es definido como ilegal, objetivamente desproporcionada respecto a los recursos técnicos disponibles como para poder seguir afirmando, realísticamente, que la tarea de la policía sea la de hacer respetar la ley siempre y en todas partes. Frente a esta creciente dificultad –que amenaza minar la legitimación misma de la acción de policía– se han sugerido frecuentemente soluciones parciales en el marco del surgimiento de culturas tecnocráticas particularmente seductoras al interior de agencias burocráticas como las fuerzas de policía. Un modelo que ha encontrado una cierta acogida, y que ha logrado también en el contexto italiano reformar parcialmente algunos aparatos especializados dentro de las policías de Estado, se funda en el paradigma del *problem solving*: dado que los

recursos represivos son de todas formas escasos, si se quieren lograr resultados apreciables es necesario emplearlos selectivamente. Con ello, se introduce explícitamente el criterio de la discrecionalidad para evaluar la oportunidad en la individualización de los objetivos a perseguir a través de la acción de la policía. Si por una parte, de este modo se erosiona en sus raíces el valor de la afirmación universal de la legalidad, por la otra, se reconoce que demandas más o menos difundidas de legalidad—o bien, necesidades más o menos difundidas de seguridad—deberán ser satisfechas diversamente, en el sentido justamente de que la acción de policía es sólo un recurso—por otro lado limitado—para garantizar el bien público de la seguridad de los ciudadanos. Normalmente, en el sentido de aquello que sucede más frecuentemente, el nudo de la discrecionalidad en la individualización y selección de los objetivos a perseguir se demanda que sea resuelto por el sistema político en su conjunto. Es éste, por ejemplo, el que identifica a la criminalidad mafiosa o la corrupción político-administrativa, como objetivo primario, determinando con ello un “vacío” de tutela represiva y preventiva con respecto a otras ilegalidades. Es en este preciso punto que se plantea el problema de cómo dar tutela de otra forma y, sobre todo, qué papel debe o puede jugar aún la policía en este proceso de nueva distribución de las funciones de producción de seguridad. En múltiples contextos nacionales, como se señalaba anteriormente, ha sido la policía la que ha asumido esta delicada tarea, individualizando y coordinando a los actores sociales e institucionales en la producción de un sistema de *community policing*.

La acción de policía comunitaria—a través de la organización conjunta de las fuerzas de policía, servicios sociales y voluntariado—se construye sobre una legitimación democrática frente a lo que los ciudadanos sufren como amenazante y peligroso. Es, por lo tanto, la comunidad ciudadana la que debe indicar los órdenes, prioridades y modalidades de intervención. Por otra parte, la acción de policía será eficaz sólo si es compartida socialmente y si se desarrollan sentimientos sociales difundidos de colaboración. En el desarrollo de formas integradas de colaboración entre ciudadanos activos, servicios y agen-

cias asistenciales y policía en el control del territorio, se construye el pasaje de un modelo predominantemente fundado sobre el orden público, a uno tendiente al gobierno de la seguridad a nivel local.

Aun cuando se deben señalar críticamente algunos de los riesgos conexos a este importante proceso, la experiencia debe ser evaluada, de todos modos, sin preconceptos. Los peligros son temibles, pero no insuperables. Ellos son fundamentalmente tres. La opinión pública que se expresa a nivel local con respecto al tema de la seguridad no es homogénea y, por lo tanto, resulta bastante difícil individualizar prioridades compartidas para la intervención. Paralelamente, la opinión pública puede expresar opciones y prioridades que se encuentren en oposición a los valores de la imparcialidad. Y, finalmente, demandar procesos de integración comunitaria entre policía, agencias de prevención social y ciudadanía, a menudo lleva a elevar las demandas de control represivo. La única vía a recorrer para reducir, si no neutralizar, definitivamente estos peligros—que repetimos, están siempre presentes y son verdaderamente temibles—es invertir en el papel de la mediación política por parte de los gobiernos democráticos de las ciudades. Pero hay algo que me apresuro a enfatizar: no cultivo ninguna fe a priori en la capacidad de gobierno democrático de la seguridad por parte de las administraciones locales pero, al mismo tiempo, no veo tampoco con qué otro recurso se puede contar, asumiendo que el proceso de imputación de responsabilidad para el gobierno de la seguridad a nivel local no parece objetivamente eludible.

Obviamente la solución de todas estas cuestiones no es solamente técnica. Es innegable que la misma sólo puede ser alcanzada en el marco de una radical transformación de la cultura y de la profesionalidad de las fuerzas de policía, llamadas tal vez por primera vez en Italia a responder a las necesidades de seguridad de la gente más que a las preocupaciones de las clases políticas en el gobierno, que frecuentemente, aun en la historia reciente de nuestro país, se han orientado sólo al control del disenso político. Ciertamente, la situación actual en Italia se encuentra aún bastante lejos de poder establecer éstas tres condiciones mínimas pero esenciales. Al mismo tiempo, el proceso social

de imputar en manos de gobiernos locales la responsabilidad por el gobierno del bien público de la seguridad está creciendo progresiva e imparablemente. Por lo tanto, la situación es como nunca antes delicada y políticamente, también, peligrosa. Lo poco que se está haciendo, en el sentido de una asunción responsable y realista a nivel de la cultura política y administrativa local del gobierno de la seguridad, posee un reducido y descuidado espacio en el marco del debate nacional sobre el tema. Más aún, el tema de la seguridad es asumido a nivel de debate político nacional como cuestión principal, esto es, es asumido como una cuestión política *tout court*, pero termina por agotarse en esta sola dimensión, como moneda preciosa para “retribuir” posibles intercambios electorales y no para orientar políticas de gobierno. En suma, se corre el riesgo de que se hagan más congresos y mesas redondas, se publiquen más libros e investigaciones, se afirme más a nivel de los pronunciamientos políticos el tema del gobierno de la seguridad, mientras no se actúa efectivamente.

Bibliografía

- AA.VV. (1981) *Il codice Rocco cinquant'anni dopo* (número monográfico), *La questione criminale*, N° 1.
- AA.VV. (2001) *Mass Imprisonment in the United States* (special issue), *Punishment and Society*, Vol. 3, N° 1 (enero).
- AA.VV. (2006) *Verso un diritto penale del nemico?*, *Questione Giustizia*, N° 4.
- Abel, Richard (ed.) (1982) *The Politics of Informal Justice*. Vol. 2. Nueva York: Academic Press.
- Abrahamse, Allan y Peter Greenwood (1982) *Selective Incapacitation*. Santa Mónica: Rand.
- Aebi, Marcelo y Natalia Stadnic (2007) “Council of Europe Annual Penal Statistics (SPACE I): 2005 Survey on Prison Populations”. 30 de enero. Estrasburgo: Council of Europe.
- Albrecht, Hans-Jörg, Kaiser Günther y Helmut Kury (eds.) (1991) *Victims and Criminal Justice*. Freiburg: Max Planck Institute.
- Alvazzi Del Frate, Anna, Jan Van Dijk y Ugljesa Zvekic (eds.) (1993) *Understanding Crime. Experiences of Crime and Crime Control*. Roma: UNICRI.
- Amelung, Knut (1992) *Rechtsguterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt: Athenaum-Verlag.
- Amendola, Giandomenico (1997) *La città postmoderna. Magie e paure della metropoli contemporanea*. Roma-Bari: Laterza.
- Aponte, Alejandro (2002) “Derecho penal del enemigo vs. derecho penal del ciudadano. El derecho penal de emergencia en Colombia: entre la paz y la guerra.” En De Giorgi, Raffaele (ed.) *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*. Vol. I. Lecce: Pensa Multimedia. p. 235-260.

- Aponte, Alejandro (2006) “Jakobs, il diritto penale del nemico e il caso colombiano”, *Studi sulla questione criminale*, Vol. 1, N° 3, p. 31-52.
- Auerhahn, Kathleen (1999) “Selective Incapacitation and the Problem of Prediction”, *Criminology*, Vol. 37, N° 4, p. 703-734.
- Austin, James et al. (1999) “The Impact of ‘Three Strikes and You’re Out’”, *Punishment and Society*, Vol. 1, N° 2, p. 131-162.
- Aymone, Tullio (1992) “Un osservatorio sulla sicurezza a Modena”, *Sicurezza e territorio*, N° 2, p. 29-32.
- Aymone, Tullio y Massimo Pavarini (1992) “Azioni di prevenzione nel quartiere Reno”, *Sicurezza e territorio*, N° 4, p. 7-10.
- Bakal, Yitzhak (ed.) (1973) *Closing Correctional Institutions: New Strategies for Youth Services*. Lexington: Lexington Books.
- Balkin, Steven (1979) “Victimization Rates, Safety and Fear of Crime”, *Social Problems*, Vol. 26, N° 3, p. 343-358.
- Baratta, Alessandro (1975) “Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale”, *La questione criminale*, N° 1, p. 7-65.
- Baratta, Alessandro (1984) “La teoria della prevenzione-integrazione. Una “nuova” fondazione della pena all’interno della teoria sistemica”, *Dei delitti e delle pene*, N° 1, p. 5-30.
- Baratta, Alessandro (1985a) “Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale”, *Dei delitti e delle pene*, N° 2, p. 247-268.
- Baratta, Alessandro (1985b) “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale”, *Dei delitti e delle pene*, N° 3, p. 443-473.
- Baratta, Alessandro (1991) “Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal”, *Déviance et Société*, Vol. 15, N° 1, p. 1-25.
- Baratta, Alessandro (1993) “I nuovi orizzonti della prevenzione”, *Sicurezza e territorio*, suplemento N° 2, p. 9-14.
- Baratta, Alessandro (1997) “Politica criminal: entre la política de seguridad y la política social”. En Carranza, Elías (coord.) *Delito y seguridad de los habitantes*. México DF: Siglo XXI Editores. p. 80-95.
- Baratta, Alessandro (2001) “Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti”. En Anastasia, Stefano y Mauro Palma (eds.) *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza e riforme*. Milán: Franco Angeli. p. 22-36.
- Baratta, Alessandro y Massimo Pavarini (1998) “La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo”, *Dei delitti e delle pene*, N° 1, p. 7-28.
- Barbagli, Marzio (1995) *L’occasione e l’uomo ladro. Furti e rapine in Italia*. Bologna: Il Mulino.
- Barbagli, Marzio (1998) *Immigrazione e criminalità in Italia*. Bologna: Il Mulino.
- Barbagli, Marzio (2000) *Perché è diminuita la criminalità negli Stati Uniti?* Bologna: Il Mulino.
- Barbagli, Marzio (2003) *La criminalità in Italia*. Bologna: Il Mulino.
- Barbagli, Marzio y Sabbadini Linda (1999) *La sicurezza dei cittadini*. Bologna: Il Mulino.
- Bayer, Ronald (1981) “Crime, Punishment, and the Decline of Liberal Optimism”, *Crime and Delinquency*, Vol. 27, N° 2, p. 169-190.
- Beck, Allen y Alfred Blumstein (1999) “Population Growth in the U.S. Prisons, 1980-1996”. En Petersilia, Joan y Michael Tonry (eds.) *Prisons. Crime and Justice: A Review of Research*. Vol. 26. Chicago: Chicago University Press. p. 17-61.
- Beirne, Piers y Ronald Farrell (eds.) (1993) *Inventing Criminology: Essays on Rise of Homo Criminalis*. Nueva York: State University of New York Press.
- Benevolo, Leonardo (1998) *Storia dell’architettura moderna. La città industriale*. Roma: Laterza.
- Bergalli, Roberto e Iñaki Rivera Beiras (coords.) (2005) *Politica criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos.
- Bernat de Celis, Jacqueline y Louk Hulsman (1982) *Peines perdues. Le système pénal en question*. París: Le Centurion.
- Bertaccini, Davide (2006) “La nuova riforma della polizia italiana: i discorsi e le pratiche ufficiali della polizia di prossimità in Italia”. En Pavarini, Massimo (ed.) *L’amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*. Roma: Carocci. p. 65-129.
- Bertaccini, Davide y Massimo Pavarini (2004) *L’altro diritto penale. Percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*. Turín: Giappichelli.

- Bettiol, Giuseppe (1966a) "Aspetti etico-politici della pena retributiva (1941)". En *Scritti giuridici*, Tomo I. Pádua: CEDAM. p. 504-513.
- Bettiol, Giuseppe (1966b) "Punti fermi in tema di pena retributiva (1960)". En *Scritti giuridici*, Tomo II. Pádua: CEDAM. p. 937-948.
- Beyens, Kristel, Christian Eliaerts y Sonja Snacken (1993) *Barstende muren: Overbevolkte gevangenissen: omvang, oorzaken en mogelijke oplossingen*. Arnhem: Gouda Quint.
- Beyens, Kristel, Snacken Sonia y Hilde Tubex (1995) "Changing Prison Populations in Welfare Countries: Fate or Policy?", *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 3, Nº 1, p. 18-53.
- Bianchi, Herman (1981) *Assensusmodellen. En Studie over Innenlandsk Asylrett*. Oslo: Institutt for Kriminologi og Strafferett.
- Birkbeck, Christopher y Gary LaFree (1993) "The Situational Analysis of Crime and Deviance", *Annual Review of Sociology*, Nº 19, p. 113-137.
- Blumstein, Alfred (1984) "Planning for Future Prison Needs", *University of Illinois Law Review*, Nº 2, p. 207-230.
- Blumstein, Alfred (1987) "Sentencing and the Prison Crowding Problem". En Gottfredson, Stephen y Sean McConville (eds.) *American's Correctional Crisis: Prison Populations and Public Policy*. Connecticut: Greenwood Press. p. 161-178.
- Blumstein, Alfred et al. (eds.) (1986) *Criminal Careers and "Career Criminals"*. Washington, DC: National Academy Press.
- Blumstein, Alfred y Jacqueline Cohen (1973) "A Theory of the Stability of Punishment", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 64, Nº 2, p. 198-207.
- Blumstein, Alfred y Joel Wallman (eds.) (2000) *The Crime Drop in America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Blumstein, Alfred, Jacqueline Cohen y Daniel Nagin (eds.) (1978) *Deterrence and Incapacitation: Estimating the Effects of Criminal Sanctions on Crime Rates*. Washington, DC: National Academy of Sciences.
- Bonafé-Smitt, Jean Pierre (1992) *La médiation: une justice douce*. París: Syros.
- Bone, Sylvester (1989) *Safety and Security in Housing Design: A Guide for Action*. Londres: Royal Institute of British Architects.
- Bottomley, Anne y Jeremy Roche (1988) *Conflict and Consensus: A Critique of the Language of Informal Justice*. En Matthews, Roger (ed.) *Informal Justice?* Londres: Sage Publications. p. 87-108.
- Boudon, Raymond (1977) *Effets pervers et ordre social*. París: PUF.
- Braithwaite, John (1989) *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Braithwaite, John y Philip Pettit (1990) *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*. Oxford: Clarendon Press.
- Bricola, Franco (1973) "La teoria generale del reato", *Nuovissimo Digesto Italiano*, Turín, Nº XIX, p. 47-137.
- Briggs, Asa (1990) *Città vittoriane*. Roma: Editori Riuniti.
- Bright, Jon y Steve Osborn (1989) *Crime Prevention and Community Safety: A Practical Guide for Local Authorities*. Londres: Safe Neighborhoods.
- Bright, Jon, Jim Findlay y Gill Kelvin (1990) *Youth Crime Prevention: A Handbook of Good Practice*. Swindon: Crime Concern.
- Brodeur, Jean-Paul (1993) "La pensée postmoderne e la criminologie", *La criminologie*, Nº XXVI, p. 73-121.
- Brombert, Victor (1975) *La Prison Romantique. Essai sur l'imaginaire*. París: Editions José Conti.
- Brown, Jay (1990) *Insecure Societies*. Londres: Macmillan.
- Cain, Maureen (1988) "Beyond Informal Justice". En Matthews, Roger (ed.) *Informal Justice?* Londres: Sage Publications. p. 51-86.
- Cancio Meliá, Manuel y Carlos Gómez-Jara (2006) *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 2. Madrid: Edisofer.
- Cancio Meliá, Manuel y Günther Jakobs (eds.) (2003) *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Cuadernos Civitas.
- Cardinali, Marzia (2001) "I nomadi della nuova era: uno studio di sociologia della devianza", *Dei delitti e delle pene*, Nº 1-2-3, p. 265-301.
- Carnevali, Raúl (2008) "La ciencia penal italiana y su influencia en Chile", *Política Criminal*, Nº 6, A4-6, p. 1-19.

- Carrara, Francesco (1898) "Varietà dell'idea fondamentale del giure positivo. Prolusione al corso accademico-1862-63". En *Opuscoli di diritto criminale*. Vol. 1. Florencia: Casa Editrice Libreria Fratelli Cammelli. p. 153-188.
- Castel, Robert (2003) *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?* París: Edition de Seuil.
- Ceretti, Adolfo (1998) "Mediazione: una ricognizione filosofica". En Picotti, Lorenzo (ed.) *La mediazione nel sistema penale minorile*. Pádua: CEDAM. p. 19-60.
- Chaiken, Jan y Marcia Chaiken (1984) "Offender Types and Public Policy", *Crime and Delinquency*, Vol. 30, N° 2, p. 195-226.
- Chevalier, Louis (1958) *Classes labourieuses et classes dangereuses*. París: Plon.
- Christie, Nils (1982) *Limits to Pain*. Oxford: Martin Robertson.
- Christie, Nils (1993) *Crime Control as Industry. Towards Gulags, Western Style*. Londres: Routledge.
- Città Sicure (1995) *Primo rapporto annuale*. Quaderno di Città Sicure, N° 2, Bologna.
- Città Sicure (1996) *Secondo rapporto annuale*. Quaderno di Città Sicure, N° 5, Bologna.
- Città Sicure (1997) *Terzo rapporto annuale*. Quaderno di Città Sicure, N° 11a y 11b, Bologna.
- Città Sicure (1998) *Quarto rapporto annuale*. Quaderno di Città Sicure, N° 14a y 14b, Bologna.
- Città Sicure (1999) *Quinto rapporto annuale*. Quaderno di Città Sicure, N° 18, Bologna.
- Città Sicure (2000) *Sesto rapporto annuale*. Quaderno di Città Sicure, N° 20a y 20b, Bologna.
- Città Sicure (2001) *Settimo rapporto annuale*. Quaderno di Città Sicure, N° 22, Bologna.
- Clarke, Ronald (ed.) (1992) *Situational Crime Prevention. Successful Case Studies*. Nueva York: Harrow & Heston Publishers.
- Clarke, Ronald y Marcus Felson (1993) *Routine Activity and Rational Choice: Advances in Criminological Theory*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Cloward, Richard y Frances Fox Piven (1971) *Regulating the Poor: The Functions of Public Welfare*. Nueva York: Vintage Books.
- Coates, Robert y Mark Umbreit (1993) "Cross-Site Analysis of Victim-Offender Mediation in Four States", *Crime and Delinquency*, Vol. 39, N° 4, p. 565-585.
- Cohen, Jacqueline (1983) "Incapacitation as Strategy for Criminal Control: Possibilities and Pitfalls". En Morris, Norval y Michael Tonry (eds.) *Crime and Justice: An Annual Review of Research*. Vol. 5. Chicago: Chicago University Press. p. 1-48.
- Cohen, Lawrence y Marcus Felson (1979) "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach", *American Sociological Review*, Vol. 44, N° 4, p. 588-608.
- Cohen, Stanley (1977) "Prisons and the Future of Control Systems: From Concentration to Dispersal". En Fitzgerald, Mike (ed.) *Welfare in Action*. Londres: Routledge. p. 217-228.
- Cohen, Stanley (1985a) *Visions of Social Control: Crime, Punishment and Classification*. Cambridge: Polity Press.
- Cohen, Stanley (1985b) "Lo sviluppo del modello correzionale: chiacchiere e realtà del controllo sociale", *Dei delitti e delle pene*, N° 1, p. 5-48.
- Cohen, Stanley (1990) *Intellectual Skepticism and Political Commitment: The Case of Radical Criminology*. Amsterdam: Universiteit van Amsterdam.
- Conklin, John (1975) *The Impact of Crime*. Nueva York: Macmillan.
- Cooper, Barrymore (1989) *The Management and Prevention of Juvenile Crime Problems*. Londres: Home Office, Crime Prevention Unit.
- Copas, John (1983) *Some Statistical Questions in the Prediction of Dangerous Offending*. En Hinton, John (ed.) *Dangerousness: Problems of Assessment and Prediction*. Londres: Allen & Unwin. p. 133-145.
- Costa, Pietro (1974) *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Milán: Giuffrè.
- Council of Europe (1992) "Bulletin d'information pénitentiaire", N° 15. Estrasburgo: Council of Europe

- Council of Europe (1987a) "Urban Violence and Insecurity: The Role of Local Policies", 17-20 de noviembre. Estrasburgo: Council of Europe, Standing Conference of Local and Regional Authorities of Europe.
- Council of Europe (1987b) "Local Strategies for the Reduction of Urban Insecurity in Europe: Proceedings of the International Conference at Barcelona", 17-20 de noviembre. Estrasburgo: Council of Europe, Standing Conference of Local and regional Authorities of Europe.
- Creazzo, Giuditta (1994) "Nuova prevenzione. Vivere una città sicura", *Sicurezza e territorio*, Vol. 13, p. 27-30.
- Crespo, Eduardo Demetrio (2007) "Il "Diritto penale del nemico" darf nicht sein!", *Studi sulla questione criminale*, Vol. 2, N° 2, p. 39-54.
- Currie, Elliot (1998) *Crime and Punishment in America*. Nueva York: Holt.
- Dal Lago, Alessandro (1999) *Non-persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*. Milán: Feltrinelli.
- Davis, Gwynn (1992) *Making Amends: Mediation and Reparation in Criminal Justice*. Nueva York: Routledge.
- Davis, Mike (1990) *City of Quartz*. Londres: Verso.
- De Giorgi, Alessandro (2000) *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*. Roma: Derive e Approdi.
- De Giorgi, Alessandro (2002) *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*. Verona: Ombre corte.
- De Leonardis, Ota (1990) *Il terzo escluso. Le istituzioni come vincoli e come risorse*. Milán: Feltrinelli.
- De Munck, Jean (1995) "Le pluralisme des modèles de Justice". En Garapon, Antoine y Denis Salas (eds.) *La Justice des mineurs. Evolution d'un modèle*. París: Editions Bruyland. p. 91-138.
- Della Pergola, Giuliano (2006) "La città al tempo della non-città", *Testimonianze: Se esplodono le città* (número especial), N° 2, p. 30-39.
- Delmas-Marty, Mireille (1985) "L'enjeu d'un code pénal, réflexions à propos de l'inflation de lois pénales in France". En *Mélanges offerts à Robert Legros*. Bruselas: Université de Bruxelles. p. 165-187.
- Delmas-Marty, Mireille (2007) "Il paradigma della guerra contro il crimine: legittimare l'inumano?", *Studi sulla questione criminale*, Vol. 2, N° 2, p. 21-38.
- Dennis, Norman (1997) *Zero Tolerance. Policing a Free Society*. Londres: Institute for Economic Affairs.
- Dershowitz, Alan (1976) *Fair and Certain Punishment*. Nueva York: McGraw Hill.
- De Waard, Jaap y Jan Van Dijk (1991) "A Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography", *Criminal Justice Abstracts*, Vol. 23, N° 3, p. 483-503.
- Díaz, Elías (1996) "Estado de Derecho". En Díaz, Elías y Alfonso Ruíz Miguel. *Filosofía política II: Teoría del Estado*. Madrid: Editorial Trotta. p. 63-82.
- Dobb, Maurice (1946) *Studies in the Development of Capitalism*. Londres: Routledge.
- Dolcini, Emilio (1979) *La commisurazione della pena. La pena detentiva*. Pádua: CEDAM.
- Dolcini, Emilio (1991) "La commisurazione della pena tra teoria e prassi." En Stile, Alfonso (ed.) *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*. Nápoles: Jovine. p. 147-172.
- Dolcini, Emilio y Carlo Paliero (1980) *Il carcere ha alternative? Le sanzioni sostitutive della detenzione breve nell'esperienza europea*. Milán: Giuffré.
- Donini, Massimo (1999) "Dogmatica penale e politica criminale a contenuto costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.
- Donini, Massimo (2000) "Della legislazione penale complementare: il suo significato costituente per la riforma del codice". En Donini, Massimo (ed.) *La riforma della legislazione penale complementare. Studi di diritto comparato*. Pádua: CEDAM. p. 4-58.
- Donini, Massimo (2004) *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milán: Giuffré.

- Donini, Massimo (2007a) “Il diritto penale di fronte al nemico”. En Gamberini, Alessandro y Renzo Orlandi (eds.) *Delitto politico e diritto penale del nemico*. Bologna: Monduzzi. p. 131-178.
- Donini, Massimo (2007b) “Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi ad esorcizzare”, *Studi sulla questione criminale*, Vol. 2, N° 2, p. 55-88.
- Donini, Massimo y Michele Papa (2007) *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*. Milán: Giuffrè.
- Donini, Massimo, Gaetano Insolera y Massimo Pavarini (2000) *La riforma del diritto penale complementare. Studi di diritto comparato*. Pádua: CEDAM.
- Downes, David (1988) *Contrasts in Tolerance: Post-War Penal Policy in Netherlands and England and Wales*. Oxford: Clarendon Press.
- Düinkel, Frieder y Dirk Van Zyl Smit (eds.) (2001) *Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*. La Haya: Kluwer Law International.
- Duprez, Dominique (1991) “De l'anomie de la gestion social aux représentations de l'insécurité”, *Déviance et Société*, Vol. 15, N° 3, p. 275-292.
- Durkheim, Émile (1893/1999) *La divisione del lavoro sociale*. Milán: Comunità.
- Elias, Norbert (1939) *Über den Prozeß der Zivilisation*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Erikson, Kai (1966) *Wayward Puritans: A Study in the Sociology of Deviance*. Nueva York: Wiley.
- EURISKO (1993) “Ciò che fa più paura agli Italiani, Indagine condotta per conto dell'Osservatorio permanente sulla comunicazione”. Roma: Ministero dell'Interno. Mimeo.
- European Group for the Study of Deviance and Social Control (1986) *The Expansion of European Prison Systems*. Belfast: European Group for the Study of Deviance and Social Control.
- Eusebi, Luciano (1983) “La nuova retribuzione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, N° XXVI, p. 914-969.
- Eusebi, Luciano (1989) *La funzione della pena e il commiato da Kant e Hegel*. Milán: Giuffrè.
- Eusebi, Luciano (1991) *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*. Brescia: Morcelliana.
- Eusebi, Luciano (1998) “Dibattiti sulle teorie della pena e mediazione”. En Picotti, Lorenzo (ed.) *La mediazione nel sistema penale minore*. Pádua: CEDAM. p. 61-95.
- Faget, Jacques (1992) *Justice et travail social. Le rhizome pénal*. Toulouse: Erès.
- Faget, Jacques (1993) “La médiation pénale: une dialectique de l'ordre et de désordre”, *Déviance et Société*, Vol. XVII, N° 3, p. 221-223.
- Farrington, David (1990) “Implications of Criminal Career Research for the Prevention of Offending”, *Journal of Adolescence*, Vol. 13, N° 2, p. 93-113.
- Farrington, David y Roger Tarling (eds.) (1995) *Criminological Prediction: An Introduction*. Nueva York: Suny Press.
- Faugeron, Claude (1991) “Prisons in France: Stalemate or Evolution?”. En Düinkel, Frieder y Dirk Van Zyl Smith (eds.) *Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*. La Haya: Kluwer Law International. p. 249-273.
- Feeley, Malcolm y Jonathan Simon (1992) “The New Penology: Notes on the Emerging of Corrections and its Applications”, *Criminology*, Vol. 30, N° 4, p. 449-474.
- Feeley, Malcolm y Jonathan Simon (1994) “Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law”. En Nelken, David (ed.) *The Futures of Criminology*. Londres: Sage Publications. p. 173-201.
- Feest, Johannes (1991) “Reducing the Prison Population, Lessons from the West German Experience”. En Muncie, John y Richard Sparks (eds.) *Imprisonment European Perspectives*. Nueva York: St. Martin's Press. p. 131-145.
- Ferrajoli, Luigi (1985) “Il diritto penale minimo”, *Dei delitti e delle pene*, N° 3, p. 493-524.
- Ferrajoli, Luigi (1989) *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Nápoles/Roma: Laterza.

- Ferrajoli, Luigi (1994) “Il diritto penale minimo. Un programma”, *Il Manifesto*, 20 de febrero.
- Ferrajoli, Luigi (1997) “La pena in una società democratica”. En Palma, Mauro (ed.) *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*. Roma: Istituto dell’Enciclopedia Italiana. p. 17-29.
- Fiandaca, Giovanni (1991) “Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina”, *Questione Giustizia*, N° 1, p. 45-89.
- Figlio, Robert, Johan T. Sellin y Wolfgang Marvin (1972) *Delinquency in a Birth Cohort*. Chicago: University of Chicago Press.
- Fogel, David (1975) *We are the Living Proof: The Justice Model for Corrections*. Cincinnati: Anderson Publishing Company.
- Fogleson, Todd y Peter Salomon (2001) “Crime, Criminal Justice and Criminology in Post-Soviet Ukraine”, *Issues in International Criminology*, NCJ 186166 (julio). Washington, DC: U.S. Department of Justice, Office of Justice Program, National Institute of Justice.
- Forse, Michel (1989) *L'ordre improbable. Entropie et processus sociaux*. París: PUF.
- Forum Italiano della Sicurezza Urbana (2003) “Dieci anni di delittuosità e percezione della sicurezza nelle regioni italiane: 1991-2001”. Bologna: Forum Italiano della Sicurezza Urbana.
- Fossa, Giovanni et al. (1991) “Le inchieste di vittimizzazione: problemi metodologici e primi risultati di uno studio-pilota condotto nella città di Genova”, *Rassegna Italiana di Criminologia*, Vol. 2, N° 4, p. 363-412.
- Foucault, Michel (1975) *Surveiller et punir. Naissance de la Prison*. París: Gallimard.
- Gamberini, Alessandro y Renzo Orlandi (2007) *Delitto politico e diritto penale del nemico*. Bologna: Monduzzi.
- Garapon, Antoine (1992) “Droit, médiation et service public”, *Informations sociales*, N° 22, p. 40-47.
- Garapon, Antoine y Denis Salas (1996) *La république pénalisée*. París: Hachette Livre.
- Garland, David (1985) *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*. Aldershot: Gower.
- Garland, David (1990) *Punishment in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Garland, David (2000) “The Culture of High Crime Societies. Some Preconditions of Recent Law and Order Policies”, *British Journal of Criminology*, Vol. 40, N° 3, p. 347-375.
- Goodstein, Lynne y Doris Layton MacKenzie (1985) “Long-Term Incarceration Impacts and Characteristics of Long-Term Offenders”, *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 12, N° 4, p. 395-414.
- Goldstein, Paul et al. (1985) *Taking Care of Business: The Economics of Crime by Heroin Users*. Lexington: Lexington Books.
- Gonin, Daniel (1991) *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*. París: Edition L’Archipel.
- González Cussac, José Luis (2007) “La rinascita del pensiero autoritario nello stato di diritto: la dottrina del diritto penale del nemico”. En Gamberini, Alessandro y Renzo Orlandi (eds.) *Delitto politico e diritto penale del nemico*. Bologna: Monduzzi. p. 199-232.
- Gottfredson, Stephen y Don Gottfredson (1994) “Behavioral Prediction and the Problem of Incapacitation”, *Criminology*, Vol. 32, p. 441-474.
- Gottfredson, Don y Andrew von Hirsch (1994) “Selective Incapacitation: Some Queries on Research Design and Equity”, *12 NYU Review of Law and Social Change*, Vol. 11, p. 11-51.
- Gracia Martín, Luis (2005a) *El horizonte del finalismo y el “derecho penal del enemigo”*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gracia Martín, Luis (2005b) “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado derecho penal del enemigo”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-02-2005. Documento electrónico, <http://criminet.ugr.es/recpc>.
- Graham, John (1990) *Crime Prevention Strategies in Europe and North America*. Londres/Helsinki: Helsinki Institute for Crime Prevention and Control.

- Greenberg, David (ed.) (1977) *Corrections and Punishment*. Londres/Beverly Hills: Sage Publications.
- Greenberg, David (1985) *Informal Citizen Action and Crime Prevention at the Neighborhood Level*. Washington, DC: National Institute of Justice-Government Printing Office.
- Guazzaloca, Bruno (1995) “Criterio del doppio binario, utilizzo della premialità e degiurisdizionalizzazione del procedimento di sorveglianza legislazione penitenziaria dell’emergenza”. En Giostra, Glauco y Gaetano Insolera (eds.) *Lotta alla criminalità organizzata. Gli strumenti normative*. Milán: Giuffrè. p. 141-176.
- Hallsworth, Simon (2000) “Rethinking the Punitive Turn: Economies of Excess and the Criminology of the Other”, *Punishment and Society*, Vol. 2, N° 2, p. 145-160.
- Harcourt, Bernard (2001) *Illusion of Order: The False Promise of Broken Windows Policing*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Harrington, Christine (1981) *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*. Westport/Londres: Greenwood Press.
- Hart, Herbert (1963) *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press.
- Hart, Herbert (1968) *Punishment and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press.
- Hassan, Ihab (1985) “The Culture of Postmodernism”, *Theory, Culture and Society*, Vol. 2, N° 3, p. 119-131.
- Hassemer, Winfried (1993) “Crisis y características del moderno derecho penal”, *Actualidad Penal*, N° 43, p. 635-646.
- Hawkings, Gordon y Franklin Zimring (1995) *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime*. Nueva York: Oxford University Press.
- Hawkings, Gordon y Franklin Zimring (1997) *Crime Is Not the Problem: Lethal Violence in America*. Oxford: Oxford University Press.
- Hess, Henner y Sebastian Scheerer (1999) “Criminalità come provincia di senso. Proposte per una teoria generale”, *Dei delitti e delle pene*, N° 1-2, p. 5-67.
- Hope, Tim y Margaret Shaw (eds.) (1988) *Communities and Crime Reduction*. Londres: HMSO.
- Hough, Michael (1996) “People Talking About Punishment”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, Vol. 35, N° 3, p. 191-213.
- Hough, Michael y Julian Roberts (1999) “Sentencing Trends in Britain: Public Knowledge and Public Opinion”, *Punishment and Society*, Vol. 1, N° 1, p. 11-26.
- Hudson, Barbara (1984) “The Rising Use of Imprisonment: The Impact of Decarceration Policies”, *Critical Social Policy*, Vol. 4, N° 11, p. 46-59.
- Hughes, Robert (1985) *The Fatal Shore: The Epic of Australia’s Founding*. Victoria: Collins.
- Hulsman, Louk (1983) “Abolire il sistema penale? [intervista a...]”, *Dei delitti e delle pene*, N° 1, p. 71-89.
- Hunt, Alan (1990) “Postmodernism and Critical Criminology”, *Critical Criminologist*, Vol. 2, N° 1, p. 779-786.
- Ignatieff, Michael (1978) *A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution, 1750-1850*. Londres: Macmillan.
- Insolera, Gaetano (1998) “Deflazione penalistica e meccanismi di degradazione dell’illecito penale”. En Moccia, Sergio (ed.) *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane. p. 139-144.
- Insolera, Mattia (ed.) (2005) *Sfrido*. Bologna: Damiani.
- Insolera, Gaetano y Massimo Pavarini (2000) “Quale ordine ad disordine penale?”. En Donini, Massimo (ed.) *La riforma della legislazione penale complementare. Studio di diritto comparato*. Pádua: CEDAM. p. 61-83.
- Jakobs, Günther (1976) *Schuld und Prävention*. Tubinga: Mohr.
- Jakobs, Günther (1983) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlín: De Gruyter.
- Jakobs, Günther (2003) “La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal”. En Moreno Hernández, Moisés (coord.) *Problemas capitales del moderno derecho penal a principios del siglo XXI*. México DF: Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales-Editorial Jus Poenale. p. 261- 267.

- Jakobs, Günther (2007a) “Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità”. En Gamberini, Alessandro y Renzo Orlandi (eds.) *Delitto politico e diritto penale del nemico*. Bologna: Monduzzi. p. 109-129.
- Jakobs, Günther (2007b) “Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo”. En Jakobs, Günther y Manuel Cancio Meliá (eds.) *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas. p. 19-56.
- James, Ann y John Raine (1998) *The New Politics of Criminal Justice*. Londres: Lorignon.
- Janowitz, Morris (1976) *Social Control of the Welfare State*. Nueva York: Elsevier Scientific Publishing Company.
- Johnson, Elmer (ed.) (1987) *Handbook on Crime and Delinquency Prevention*. Nueva York: Greenwood Press.
- Johnstone, Gerry (2000) “Penal Policy Making: Elitist, Populist or Participatory?”, *Punishment and Society*, Vol. 2, Nº 2, p. 161-180.
- Jones, Richard (2000) “Digital Rule: Punishment, Control and Technology”, *Punishment and Society*, Vol. 2, Nº 1, p. 5-22.
- Kelling, George y James Wilson (1982) “Broken Windows: The Police and Neighbourhood Safety”, *The Atlantic Monthly*, Vol. 243, Nº 1, p. 29-38.
- Killias, Martin, Pat Mayhew y Jan Van Dijk (1990) *Experiences of Crime Across the World: Key Findings of the 1989 International Crime Survey*. Deventer: Kluwer.
- King, Michael (1988) *How to Make Social Crime Prevention Work*. Londres: NACRO.
- Kinsey, Richard, John Lea y Jock Young (1986) *Losing the Fight Against Crime*. Oxford/Nueva York: Basil Blackwell.
- Kirchheimer, Otto y Georg Rusche (1939) *Punishment and Social Structure*. Nueva York: Columbia University Press.
- Kitsuse, John y Malcolm Spector (1986) *Constructing Social Problems*. Chicago: Chicago University Press.
- Lab, Steven (1988) *Crime Prevention: Approaches, Practices and Evolutions*. Cincinnati: Anderson Publishing Company.
- LaFree, Gary (2000) “Le istituzioni sociali e il calo dei reati negli Stati Uniti degli anni 90”. En Barbagli, Marzio (ed.) *Perchè è diminuita la criminalità negli USA?* Bologna: Il Mulino. p. 51-88.
- Lagrange, Hugues (1992) “Appréhension et préoccupation sécuritaire”, *Déviance et Société*, Vol. 16, Nº 1, p. 1-29.
- Lagrange, Hugues y Renée Zauberman (1991) “Introduction: du débat sur le crime et l’insécurité aux politiques locales”, *Déviance et Société*, Vol. 15, Nº 3, p. 233-255.
- Lascoumes, Pierre (1986) *Des erreurs pas de fautes. La gestion discrète du droit des affaires*. París: Centre de Recherches Socio-Logiques sur le Droit et les Institutions Penalés.
- Lea, John (1992) “The Analysis of Crime”. En Matthews, Roger y Jock Young (eds.) *Rethinking Criminology: The Realist Debate*. Londres: Sage Publications. p. 69-94.
- Lea, John y Jock Young (1984) *What is to be Done about Law and Order*. Londres: Penguin Books.
- Leblois-Happe, Jocelyne (1994) “La médiation pénale comme mode de réponse á la petite délinquance: état des lieux et perspectives”, *Revue de science criminelle et droit pénal comparé*, Nº 3, p. 525-536.
- Lewis, Derek (1997) *Hidden Agendas: Politics, Law and Disorder*. Londres: Hamish Hamilton.
- Lynch, James (1987) *Imprisonment in Four Countries*. Washington, DC: Urban Institute Press.
- Luhmann, Niklas (1981) *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Macpherson, Crawford (1962) *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Oxford University Press.
- Manna, Adelmo (1997) “Certeza della pena e neoclassicismo penale”. En Palma, Mauro (ed.) *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*. Roma: Istituto dell’Enciclopedia Italiana. p. 179-185.
- Marconi, Pio (2004) *Spazio e sicurezza. Descrizione di paure urbane*. Turín: Giappichelli.
- Margara, Alessandro (1997) “Le parole, le cose e le pietose bugie”. En Palma, Mauro (ed.) *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*. Roma: Istituto dell’Enciclopedia Italiana. p. 155-178.

- Marí, Enrique Eduardo (1993) *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*. Buenos Aires: Achette.
- Mariani, Riccardo (1975) *Abitazione e città nella rivoluzione industriale*. Florencia: Sansoni.
- Marshall, Tony (1988) “Out of Court: More or Less Justice?”. En Matthews, Roger (ed.) *Informal Justice?* Londres: Sage Publications. p. 25-50.
- Martinson, Robert (1974) “What Works? Questions and Answers About Prison Reform”, *The Public Interest*, N° 35, p. 22-54.
- Matthews, Roger (1987) “Decarceration and Social Control: Fantasies and Realities”, *International Journal of The Sociology of Law*, Vol. 15, N° 1, p. 36-90.
- Matthews, Roger (ed.) (1988) *Informal Justice?* Londres: Sage Publications.
- Matthews, Roger (1999) *Doing Time: An Introduction to the Sociology of Imprisonment*. Londres: Macmillan.
- Mathieu, Vittorio (1978) *Perché punire? Il collasso della giustizia penale*. Milán: Rusconi.
- Matza, David (1964) *Delinquency and Drift*. Nueva York: John Wiley and Sons Inc.
- Matza, David (1969) *Becoming Deviant*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- Mayer, Otto (1924) *Deutsches Verwaltungsrecht*. München: Zentralverlag der NSDAP, F. Eher nachf.
- Mazzacuva, Nicola (1983) *Il principio di difesa sociale e i provvedimenti di clemenza. Profili di una politica criminale e analisi per una ricerca storica*. Bologna: Litografia Lorenzini.
- McMahon, Maeve (1992) *The Persistent Prison? Rethinking Decarceration and Penal Reform*. Toronto: University of Toronto University Press.
- McKenzie, Evan (1994) *Privatopia: Homeowner Associations and the Rise of Residential Private Government*. New Haven: Yale University Press.
- MeDeC (2006) *Il problema della sicurezza nella percezione dei cittadini della per l'anno 2005*. Mimeo.
- Melossi, Dario (1980) “Oltre il Panopticon. Per uno studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo secolo”, *La questione criminale*, Vol. 3, N° 2, p. 277-363.
- Melossi, Dario (1988a) “Incarcerazione, vocaboli punitivi e ciclo politico-economico in Italia [1896-1965]: rapporto su di una ricerca in corso”, *Inchiesta*, N° 79-80, p. 13-18.
- Melossi, Dario (1988b) *The State of Social Control*. Cambridge: Polity Press.
- Melossi, Dario (1990) *The State of Social Control in the Making of Democracy*. Cambridge: Polity Press.
- Melossi, Dario (1993) “Gazette of Morality and Social Whip: Punishment, Hegemony and the Case of USA, 1970-92”, *Social and Legal Studies*, Vol. 2, p. 259-279.
- Melossi, Dario (1997) “Andamento economico, incarcerazioni, omicidi e allarme sociale in Italia: 1863-1994”. En Violante, Luciano (ed.) *Storia d'Italia, Annali N° 12- La criminalità*. Turín: Einaudi. p. 37-62.
- Melossi, Dario (1999-2000) *Multiiculturalismo e sicurezza in Emilia-Romagna*. Quaderno di Città Sicure, N° 15 y N° 21, Bologna.
- Melossi, Dario (2001) “Stati forti della coscienza collettiva e l'idea di una responsabilità condivisa”, *Iride*, Vol. XIV, N° 32, p. 67-85.
- Melossi, Dario (2002a) Prefacio: “Discussione a mo' di prefazione: postfordismo e ciclo di produzione della 'canaglia'”. En De Giorgi, Alessandro. *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*. Verona: Ombre corte. p.5-14.
- Melossi, Dario (2002b) *Stato, controllo sociale e devianza*. Milán: Bruno Mondadori.
- Melossi, Dario y Massimo Pavarini (1977) *Carcere e Fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*. 1ª edición. Bologna: Il Mulino.
- Messmer, Heinz y Hans-Uwe Otto (eds.) (1992) *Restorative Justice on Trial: Pitfalls and Potentials of Victim-Offender Mediation. International Research Perspectives*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- Miller, Mark y Norval Morris (1987) “Predictions and Dangerousness in the Criminal Law”. *Research in Brief Series*. Washington, DC: National Institute of Justice.

- Moccia, Sergio (2000) *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Moliné, José Cid (1994) *¿Pena justa o pena útil? El debate contemporáneo en la doctrina española*. Madrid: Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones.
- Monaco, Lucio y Carlo Enrico Paliero (1994) “Variazioni in tema di crisi della sanzione. La diaspora del sistema commisurativo”, *Rivista italiana di diritto procedura penale*, Vol. I, p. 421-475.
- Morris, Norval (1974) *The Future of Punishment*. Chicago: Chicago University Press.
- Morris, Norval (1981) *Punishment, Desert and Rehabilitation in Sentencing*. Nueva York: Oxford University Press.
- Mosconi, Giuseppe (2000) *La mediazione. Questioni teoriche e diritto penale*. En Pisapia, Gianvittorio (ed.) *Prassi e teoria della mediazione*. Pádua: CEDAM. p. 3-26.
- Mosconi, Giuseppe y Massimo Pavarini (1993) *Flessibilità della pena e potere discrezionale. Sentencing penitenziario: 1986-1990*. Roma: Associazione CRS.
- Munford, Lewis (1967) *La città nella storia*. Milán: Bompiani.
- Murphy, Jeffrie (1979) *Retribution, Justice and Therapy*. Dordrecht: Reidel.
- Murphy, Jeffrie (1985) “Retributivism, Moral Education and the Liberal State”, *Criminal Justice Ethics*, Vol. 4, N° 1, p. 3-11.
- Nelken, David (1985) “Community Involvement in Crime Control”, *Current Legal Problems*, N° 38, p. 239-267.
- Nelken, David (1988) “Social Work Contracts and Social Control”. En Matthews, Roger (ed.) *Informal Justice?* Londres: Sage Publications. p. 108-122.
- Neppi Modona, Guido (1973) “Carcere e società civile”. En *Storia d’Italia*. Vol.V, Tomo II. Turín: Einaudi.
- Neppi Modona, Guido (1976) “Appunti per una storia parlamentare della riforma penitenziaria”, *La questione criminale*, Vol. 3, N° 2, p. 319-372.
- Neppi Modona, Guido y Luciano Violante (1978) *Poteri dello Stato e sistema penale*. Turín: Tirrenia stampatori.
- Newman, Oscar (1972) *Defensible Space: Crime Prevention Through Urban Design*. Nueva York: Macmillan.
- Nietzsche, Friedrich (1888/1995) *Crepuscolo degli idoli*. Milán: Adelphi.
- Nino, Carlos (1980) *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: Astrea.
- Nobili, Gian Guido (2004) “Bologna: trasformazione dei fenomeni e delle politiche”. En *Politiche e problemi della sicurezza in Emilia-Romagna: 1994-2004*. Quaderno di Città Sicure, N° 30. Bologna. p. 279-309.
- Offidani, Alessandro (1953) *Studi sull’ordinamento giuridico speciale. Il concetto di supremazia speciale nell’evoluzione della dottrina*. Turín: UTET.
- Otto, Harro (1982) *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*. Berlín: De Gruyter.
- Padovani, Tullio (1981) *L’utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*. Milán: Giuffré.
- Padovani, Tullio (1992) “La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma. Il problema della comminatoria editale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Vol. XXXV, N° 2 (abril-junio), p. 419-68.
- Palidda, Salvatore (1994) *Devianza e criminalità tra gli immigrati*. Milán: Fondazione Cariplo-Ismu.
- Pasukanis, Eughenij B (1975) *La teoria generale del diritto e il marxismo (1924)*. Bari: De Donato.
- Pavarini, Raimondo (2004) “Rapporto sulle dipendenze in area metropolitana. Quadro epidemiologico, caratteristiche tossicodipendenti e alcolisti”. Bologna: Osservatorio Epidemiologico Metropolitano Dipendenze Patologiche.
- Pavarini, Massimo (1983) “La pena utile, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, N° 1, p. 1-45.

- Pavarini, Massimo (1985) “Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo”, *Dei delitti e delle pene*, N° 3, p. 525-554.
- Pavarini, Massimo (1986) “Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell’ossessione correzionale”, *Dei delitti e delle pene*, N° 2, p. 251-287.
- Pavarini, Massimo (1992a) “Strategie disciplinari e culture dei servizi”. En Pepa, Luciana (ed.) *La nostra Bastiglia. La sfida della formazione tra repressione e presa in carico della devianza*. Turín: Gruppo Abele. p. 32-49.
- Pavarini, Massimo (1992b) “Vivere una città sicura. Idee per un progetto di prevenzione integrata in un quartiere cittadino”, *Sicurezza e territorio*, N° 1, p. 11-14.
- Pavarini, Massimo (1993) “Perchè correre il rischio della prevenzione”, *Sicurezza e territorio*, suplemento N° 2, p. 27-30.
- Pavarini, Massimo (1994a) *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*. Bologna: Edizioni Martina.
- Pavarini, Massimo (1994b) “Un’esperienza di nuova prevenzione in un quartiere di Bologna”, *Sicurezza e territorio*, N° 13, p. 31-34.
- Pavarini, Massimo (1994c) “The New Penology and the Politics of Crisis: The Italian Case”, *British Journal of Criminology*, N° 34 (special issue), p. 49-61.
- Pavarini, Massimo (1996) *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*. Bologna: Edizioni Martina.
- Pavarini, Massimo (1997a) “La criminalità punita: processi di carcerizzazione nell’Italia del XX secolo”. En Violante, Luciano (comp.) *Storia d’Italia, Annali N° 12- La criminalità*. Turín: Einaudi. p. 981-1031.
- Pavarini, Massimo (1997b) “Controlling Social Panic: Questions and Answers about Security in Italy at the End of Millennium”. En Bergalli, Roberto y Colin Sumner (eds.) *Social Control and Political Order: European Perspectives at the End of the Century*. Londres: Sage Publications. p. 75-95.
- Pavarini, Massimo (1997c) “L’esperienza italiana di riformismo penitenziario”. En Palma, Mauro (ed.) *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*. Roma: Istituto dell’Enciclopedia Italiana. p. 137-153.
- Pavarini, Massimo (1998a) “Per un diritto penale minimo: “in the books” o “in the facts”? Discutendo con Luigi Ferrajoli”, *Dei delitti e delle pene*, N° 3, p. 124-156.
- Pavarini, Massimo (1998b) “La penitenziarizzazione della giustizia penale”. En Moccia, Sergio (ed.) *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane. p. 175-183.
- Pavarini, Massimo (2000a) “Processi di ri-carcerizzazione e “nuove” teorie giustificative della pena”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, N° 1-3, p. 95-126.
- Pavarini, Massimo (2000b) “La penalistica civile e la criminologia. Ovvero discutendo di diritto penale minimo”. En *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia. Vol. III: La criminologia*. Milán: Giuffrè. p. 563-599.
- Pavarini, Massimo (2001) “Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una ‘recherche?’”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, N° 1-3, p. 113-141.
- Pavarini, Massimo (2002a) “Il “grottesco” della penologia contemporanea”. En Curi, Umberto, Massimo Cacciari y Giovanni Palombarini (eds.) *Diritto penale minimo*. Roma: Donzelli Editore. p. 255-304.
- Pavarini, Massimo (2002b) “Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla “Ronda dei carcerati” al “Giromondo penitenziario”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, N° 1-2, p. 105-126.
- Pavarini, Massimo (2004a) “Processi di ricarcerizzazione nel mondo, ovvero del dominio di un certo ‘punto di vista’”, *Questione Giustizia: La libertà delle persone*, 2004, N° 2-3, p. 415-435.
- Pavarini, Massimo (2004b) “Conflitti nello spazio pubblico: zona universitaria e Pratello. Qualche modesta proposta per governare la problematicità”. Mimeo.
- Pavarini, Massimo (2005) “Il governo del bene pubblico della sicurezza a Bologna. Analisi di fattibilità. Rapporto di sintesi”. Mimeo.
- Pavarini, Massimo (2006a) “Políticas de seguridad y conflictos metropolitanos: algunas reflexiones críticas sobre la experiencia italiana (vívida de cerca e intensamente)”. En Bergalli, Roberto e Iñaki

- Rivera Beiras (coords.) *Emergencias urbanas. Desafío(s)*, N° 3-4. Barcelona: Anthropos. p. 109-132.
- Pavarini, Massimo (2006b) "La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen", *Studi sulla questione criminale*, Vol. 1, N° 2, p. 7-30.
- Pavarini, Massimo (2006c) *Un arte abjecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Pavarini, Massimo (ed.) (2006d) *Siléte poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*. Bologna: Monduzzi.
- Pavarini, Massimo (2007) "Carcere senza Fabbrica". En Bevere, Antonio (ed.) *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane. p. 135-154.
- Pavarini, Massimo (2009) "Entrevista a Massimo Pavarini, por Máximo Sozzo", *URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 6 (enero), p. 135-141. Quito: FLACSO-Ecuador.
- Peachey, Dean (1989) "The Kitchener Experiment". En Galaway, Burt y Martin Wright (eds.) *Mediation and Criminal Justice. Victims, Offenders and Community*. Londres: Sage Publications. p. 14-26.
- Pease, Ken (1984) *Community Service and Prison: Are They Alternatives?* Edimburgo: Scottish Academic Press.
- Pease, Ken (1994) "Cross-National Imprisonment Rates: Limitations of Method and Possible Conclusions". En King, Roy y Mike Maguire (eds.) *Prisons in Context*. Oxford: Oxford University Press. p. 116-130.
- Pease, Ken y Christopher Perry (1992) "Controlling the Prison Population: Procedures for Anticipating the Effects of Alternative Strategies", *EuroCriminology*, N° 4, p. 69-82.
- Pennisi, Angelo (ed.) (2002) *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*. Turín: Giappichelli.
- Pepa, Luciana (1992) *La nostra Bastiglia. La sfida della formazione tra repressione e presa in carico della devianza*. Turín: Gruppo Abele.
- Pepa, Luciana (1994) "Una esperienza di nuova prevenzione in un quartiere di Bologna", *Sicurezza e territorio*, suplemento N° 13, p. 31-34.
- Pepino, Livio y Carlo Sorgi (2000) *Primo: non nuocere. Politiche e pratiche per la riduzione del danno*. Turín: Gruppo Abele.
- Pergataia, Anna y Alexander Uss (2001) "Russia". En Dünkel, Frieder y Dirk Van Zyl Smit (eds.) *Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*. La Haya: Kluwer Law International. p. 551-588.
- Peters, Dorothy (1973) *Richter im Dienst der Macht*. Stuttgart: Bücher.
- Petersilia, Joan (1980) "Criminal Career Research: A Review of Recent Evidence". En Morris, Norval y Michael Tonry (eds.) *Crime and Justice: An Annual Review of Research*. Vol. 2. Chicago: University of Chicago Press. p. 321-379.
- Pillsbury, Samuel (1995) "Why Are We Ignored? The Peculiar Place of Experts in the Current Debate About Crime and Justice", *Criminal Law Bulletin*, N° 4 (julio-agosto), p. 305-336.
- Pitch, Tamar (1994) "Sentirsi sicure, sentirsi sicuri", *Sicurezza e territorio*, suplemento N° 13, p. 23-26.
- Pitch, Tamar (2006) *Sentirsi sicure, sentirsi sicuri*. Roma: Carocci.
- Poyner, Barry (1983) *Design Against Crime: Beyond Defensible Space*. Londres: Butterworths.
- Presutti, Adonella (1986) *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*. Milán: Giuffré.
- Presutti, Adonella (ed.) (1999) *Esecuzione penale e alternative penitenziarie*. Pádua: CEDAM.
- Putman, Robert (2000) *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. Nueva York: Simons & Schuster.
- Reichman, Nancy (1986) "Managing Crime Risks: Toward an Insurance Based Model of Social Control", *Research in Law, Deviance and Social Control*, N° 8, p. 151-172.
- Resta, Eligio (1992) *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*. Bari: Laterza.
- Resta, Federica (2006) "Nemici e criminali. Le logiche del controllo", *Indice Penale*, Vol. IX, N° 1, p. 181-227.
- Riondato, Silvio (2005) *Un diritto penale detto ragionevole. Raccontando Giuseppe Bettiol*. Pádua: CEDAM.

- Robert, Philippe (1984) “Gli effetti della pena per la società”, *Dei delitti e delle pene*, N° 3, p. 489-512.
- Robert, Philippe (1990) “L’insécurité: représentations collectives et question pénale”, *L’Année sociologiques*, N° 40, p. 313-330.
- Roché, Sebastian (1993) *Le sentiment d’insécurité*. Paris: PUF.
- Romano, Mario y Federico Stella (eds.) (1980) *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*. Bologna: Il Mulino.
- Ronco, Mauro (1996) *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*. Turín: Giappichelli.
- Ross, Alf (1970) *Skyld, ansvar og straf*. Copenhagen: Berlingske Forlag.
- Ross, Alf (1972) *Colpa, responsabilità e pena*. Milán: Giuffrè.
- Rothman, David (1971) *The Discovery of Asylum: Social Order and Disorder in the New Republic*. Boston: Little Brown and Company.
- Rothman, David (1980) *Conscience and Convenience: The Asylum and its Alternatives in Progressive America*. Boston: Little Brown and Company.
- Ruggiero, Vincenzo (1992) “Quando la criminologia evade il reale. Una critica del realismo criminologico”, *Dei delitti e delle pene*, N° 1, p. 95-113.
- Ruggiero, Vincenzo (2007) “Guerra, criminalità e cosmopolitismo”, *Studi sulla questione criminale*, Vol. 2, N° 2, p. 89-102.
- Ruotolo, Marco (2002) *Diritti dei detenuti e costituzione*. Turín: Giappichelli.
- Ryan, Mick (1999) “Penal Policy Making Toward the Millennium: Elites and Populists; New Labour and the New Criminology”, *International Journal of the Sociology of Law*, Vol. 27, N° 1, p. 1-22.
- Savelsberg, Joachim (1987) “The Making of Criminal Law Norms in Welfare States. Economic Crime in West Germany”, *Law and Society Review*, Vol. 21, N° 4, p. 529-561.
- Sbriccoli, Mario (1974) *Crimen laesae maiestatis*. Milán: Giuffrè.
- Scheerer, Sebastian (1983) “L’abolizionismo nella criminologia contemporanea”, *Dei delitti e delle pene*, Vol 1, N° 3, p. 525-541.
- Schmitthenner, Friedrich (1845/1967) *Grundlinien des Allgemeinen oder idealen Straasrechts*. Hamburg: Metzner.
- Scholte, Evert (1989) *Social Control Theory, Educational Intervention and the Prevention of Delinquency in Netherlands*. Leiden: University of Leiden, Psychology Department.
- Schünemann, Bernd (2007) “¿Derecho penal del Enemigo?”. En Schünemann, Evert (ed.) *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Bogotá: Ibáñez. p. 57-79.
- Scull, Andrew (1977) *Decarceration: Community Treatment and the Deviant- A Radical View*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- Scull, Andrew y Steven Spitzer (1977) “Social Control in Historical Perspective: From Private to Public Responses to Crime”. En Greenberg, David (ed.) *Corrections and Punishment*. Londres: Sage Publications. p. 265-284.
- Sgubbi, Filippo (1990) *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell’illegalità penale*. Bologna: Il Mulino.
- Shearing, Clifford (2001) “Punishment and the Changing Face of the Governance”, *Punishment and Society*, Vol. 3, N° 2, p. 203-220.
- Shichor, David (1997) “Three Strikes as a Public Policy: The Convergence of the New Penology and the McDonaldization of Punishment”, *Crime and Delinquency*, Vol. 43, N° 4, p. 470-492.
- Silva Sánchez, Jesús María (1999) *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones.
- Simon, Farith (2006) “Administración de justicia y seguridad ciudadana: la ley del más débil” (Tema central), *Boletín Ciudad Segura*, N° 6, p. 4-8.
- Simon, Farith (2008) “Proceso penal e impunidad” (Tema central), *Boletín Ciudad Segura*, N° 27, p.4-9.
- Simon, Jonathan (1987) “The Emergence of Risk Society: Insurance Law and the State”, *Socialist Review*, Vol. 95, N° 1, p. 61-89.
- Simon, Jonathan (1993) *Poor Discipline. Parole and Social Control of the Underclass, 1890-1990*. Chicago: Chicago University Press.
- Singer, Richard (1979) *Just Deserts: Sentencing Based on Equality and Desert*. Cambridge, MA: Ballinger.

- Skogan, Wesley (1990) *Disorder and Decline: Crime and the Spiral Decay in American Neighborhoods*. Nueva York: Free Press.
- Smart, Carol (1990) "Feminist Approaches to Criminology or Postmodern Woman Meets Atavistic Man". En Gelsthorpe, Loraine y Allison Morris (eds.) *Feminist Perspectives in Criminology*. Buckingham: Open University Press. p. 70-84.
- Smauss, Geraldine (1980) "Vuoto teorico e servilismo politico delle ricerche KOL", *La questione criminale*, Vol. 3, p. 363-400.
- Snacken, Sonja y Hilde Tubex (1995) "L' évolution des longues peines. Aperçu international et analyse des causes", *Déviance et Société*, Vol. 19, N° 2, p. 103-126.
- Sparks, Richard (1992) *Television and the Drama of Crime*. Buckingham: Open University Press.
- Steinert, Heinz (1973) *Der Prozess der Kriminalisierung*. Múnich: Kaupen.
- Sumner, Colin (ed.) (1990) *Censure, Politics and Criminal Justice*. Buckingham: Open University Press.
- Teubner, Günther (1989) *Recht als autopoietisches System*. Frankfurt/Main: Bücher.
- Thomas, David (1992) "Criminal Justice Act 1991: Custodial Sentences", *Criminal Law Review*, Vol. 1, p. 232-241.
- Tonry, Michael (1998) "Why Are U.S. Incarceration Rates so High?", *Crime and Delinquency*, Vol. 45, N° 4, p. 419-437.
- Varona, Gema (1996) *Restorative Justice: New Social Rites within Penal System?* Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica.
- Vassalli, Giuliano (1961) "Funzioni ed insufficienze della pena", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Vol. 1, p. 297-346.
- Vattimo, Gianni (2001) "Dell'esteriorità dei delitti e delle pene", *Iris*, Vol. 32, p. 59-65.
- Vianello, Francesca (2000) "Mediazione penale e diritto tra informalità e formalizzazione". En Pisapia, Gianvittorio (ed.) *Prassi e teoria della mediazione*. Pádua: CEDAM. p. 129-149.
- Vito, Genaro y Deborah Wilson (1988) "Long-Term Inmates: Special Needs and Management Considerations", *Federal Probation*, Vol. 52, N° 3, p. 21-26.
- Walmsley, Roy (2001) "World Prison Populations. An Attempt at a Complete List". En Dünkel, Frieder y Dirk Van Zyl Smit (eds.) *Imprisonment Today and Tomorrow. International Perspectives on Prisoners' Rights and Prison Conditions*. La Haya: Kluwer Law International. p. 775-95.
- Windlesham, Lord (1998) *Politics, Punishment and Populism*. Oxford: Oxford University Press.
- Yanyou Yi (2008) "Arrest as Punishment: The Abuse of Arrest in the People's Republic of China", *Punishment and Society*, Vol. 10, N° 1, p. 9-24.
- Young, Jock (1999) *The Exclusive Society: Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*. Londres: Sage Publications.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (1989) *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000) *Derecho penal. Parte general*. 1ª edición. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2002) *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Buenos Aires: Ediar.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006a) "Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool". En Dolcini, Emilio y Carlo Enrico Paliero (eds.) *Studi in onore di Giorgio Marinucci. Vol 1: Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*. Milán: Giuffré. p. 757-780.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006b) *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Dykinson.
- Zanuso, Francesca (2000) "La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al *Limiting retributionism*". En Cavalla, Francesco y Franco Todescan (eds.) *Pena e riparazione*. Pádua: CEDAM. p. 121-202.
- Zimring, Franklin (1996) "Populism, Democratic Government and the Decline of Expert Authority: Some Reflections on "Three Strikes" in California", *Pacific Law Journal*, Vol 28, N° 1, p. 243-256.

Publicaciones del autor¹

Libros

2007 En coautoría con Bruno Guazzaloca. *Saggi sul governo della penalità. Letture integrative al Corso di Diritto Penitenziario*. Bologna: Edizioni Martina.

2006 (comp.) *Siléte poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*. Bologna: Monduzzi.

Coeditado con Gaetano Insolera, Nicola Mazzacura y Marco Zanotti. *Introduzione al sistema penale*. Vol. I. Turín: Giappichelli.

(comp.) *L'amministrazione locale della paura. Ricerche tematiche sulle politiche di sicurezza urbana in Italia*. Roma: Carocci.

Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad. Buenos Aires: Ad-Hoc.

(traducción) [*Carcere e Fabbrica*] *Cárcere e Fabrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Río de Janeiro: Editora Revan.

1 Sólo se incluyen aquí algunos de los trabajos más importantes del autor y aquellos que han sido publicados en español, no es por lo tanto una lista exhaustiva de toda su producción científica, significativamente más extensa.

- 2004 En coautoría con Bruno Guazzaloca. *Corso di diritto penitenziario*. Bologna: Edizioni Martina.
En coautoría con Davide Bertaccini. *L'altro diritto penale. Percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*. Turín: Giappichelli.
- 2002 (comp.) *Codice commentato dell'esecuzione penale*. Vols. I, II, III. Turín: UTET.
- 1998 (comp.) *Rimini e la prostituzione. Ricerca-azione per una progressiva civilizzazione dei rapporti tra città e prostituzione di strada*. Quaderno di Città Sicure, N° 13. Bologna.
- 1996 *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*. Bologna: Edizioni Martina.
- (comp.) *Cremona città sicura. Primo rapporto di sintesi della ricerca: "Sicurezza e opinione pubblica a Cremona"*. Cremona.
- (comp.) *Vivere una città sicura- La ricerca-azione nel quartiere Reno*. Quaderno di Città Sicure, N° 4. Bologna.
- 1995 Coeditado con Alberto di Lazzaro. *Immagini dal carcere. L'archivio fotografico delle prigioni italiane*. Roma: Istituto poligrafico e Zecca dello Stato.
- En coautoría con Bruno Guazzaloca. *L'esecuzione penitenziaria*. Turín: UTET.
- 1994 *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*. Bologna: Edizioni Martina.
- 1993 En coautoría con Giuseppe Mosconi. *Flessibilità della pena in fase esecutiva e potere discrezionale. Sentencing penitenziario: 1986-*

1990. *Sintesi del rapporto finale*. Roma: Centro per la riforma dello Stato.

- 1990 *L'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà nell'interpretazione giurisprudenziale*. Bologna: Saccardin-Edizioni Martina.

(comp.) *Studi di teoria della pena e del controllo sociale*. Bologna: Saccardin-Edizioni Martina.
(traducción) [*Carcere e Fabbrica*]. Tokyo: Sairyusha.

- 1987 *Corso di aggiornamento per operatori socio-penitenziari (1985-86)*. Bologna: Regione Emilia-Romagna. Quaderno N° 50 del Dipartimento di Sicurezza Sociale, Studi e Documentazione. Bologna.

En coautoría con Bruno Bertelli. *Devianza e controllo sociale* (appunti di un corso di aggiornamento per operatori sociali). Ferrara: Quaderni del servizio sociale a cura di Spanò.

- 1985 En coautoría con Irene Savelli y Piergiorgio Valeriana. *Governo locale ed esecuzione penitenziaria. Linee programmatiche di intervento della Regione Emilia-Romagna nell'esecuzione delle misure limitative e privative della libertà*. Quaderno N° 49 del Dipartimento di Sicurezza Sociale, Studi e Documentazione. Bologna.

Coeditado con Roberto Grandi y Mario Simondi. *I segni di Caino. L'immagine della devianza nelle comunicazioni di massa*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.

Coeditado con Luciana Bergonzini. *Potere giudiziario, enti locali e giustizia minorile*. Bologna: Il Mulino.

- 1983 (traducción) *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. México DF: Siglo XXI Editores. Con epílogo de Roberto Bergalli.
- 1981 (traducción) [*Carcere e Fabbrica*] *The Prison and the Factory. Origins of the Penitentiary System*. Londres: Mcmillan Press.
- 1980 *La criminología*. Firenze: Le Monnier.
- (traducción) [*Carcere e Fabbrica*] *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. 1ª edición. México DF: Siglo XXI Editores.
- 1977 En coautoría con Dario Melossi. *Carcere e Fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario (XVI-XIX secolo)*. 1ª edición. Bologna: Il Mulino. Introducción de Guido Neppi Modona.

Capítulos en libros

- 2008 “Inclusión y exclusión en la construcción social de la seguridad. Una visión entre el ‘centro’ y el ‘margen’”. En Sepúlveda Arroyave, Juan Guillermo (ed.) *Convivencia y seguridad en Iberoamérica. Nuevas visiones*. Barcelona: Instituto Catalán de Cooperación. p. 39-69.
- 2007 “‘Poner la pelota en el centro’. Diez tesis y modestas propuestas para un gobierno progresista de la seguridad”. En Sánchez Sandoval, Augusto (coord.) *Seguridad pública y teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*. México DF: Editorial Porrúa. p. 31-39.
- 2006 “Políticas de seguridad y conflictos metropolitanos. Algunas reflexiones críticas sobre la experiencia italiana (vidada de cerca

e intensamente)”. En Bergalli, Roberto e Iñaki Rivera Beiras. *Emergencias Urbanas. Desafío(s)*, N° 3-4. Barcelona: Anthropos. p. 109-132.

“La pena hoy, entre la parsimonia y el despilfarro represivo”. En *El fracaso de la política criminal. Seminario en homenaje al Profesor Alessandro Baratta*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez. p. 29-61.

“¿Vale la pena salvar a la criminología?”. En Sozzo, Máximo (coord.) *Reconstruyendo las criminologías críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc. p. 15-42.

“Seguridad frente a la criminalidad y gobierno democrático de la ciudad. Una visión entre centro y margen”. En Pavarini, Massimo, Agustín Pérez Carrillo y Fernando Tenorio Tagle. *Seguridad pública. Tres puntos de vista convergentes*. México DF: Ediciones Coyoacán. p. 11-109.

“Dell’insostenibile prevenzione. Alcuni spunti di Alessandro Baratta su scienza penale e teoria della pena”. En Marra, Realino (comp.) *Filosofía e sociologia del diritto penale*. Turín: Giappichelli. p. 44-64.

“Prologo dialogato 1”. En Rivera Beiras, Iñaki. *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto. p. XXI-XXXVIII.

- 2005 “Procesos de re-encarcelamiento en el mundo, o bien del dominio de un cierto ‘punto de vista’”. En Baigún, David (ed.) *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto. p. 595-609.

“De los delitos y de las penas” en la sociedad de la exclusión. Una reflexión filosófico-política sobre el discurso criminológico-

- co” (Presentación). En Virgolini, Julio. *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto. p. 1-10.
- 2003 “‘Economía del exceso’ y castigos excesivos”. En *Mélanges en l’honneur de/ Homenaje a / Tribute to Louk Hulsman: Droit penal entre abolitionnisme et tolerance zero / Criminal law between abolitionism and zero tolerance/ El derecho penal entre abolicionismo y tolerancia cero*. Milán: Cahiers de Défense Sociale/ Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste/ Bulletin of the International Society of Social Défense and Humane Criminal Policy. p. 230-245.
- 2002 “Processos de recarcerização e ‘novas’ teorias justificativas da pena”. En Zomer, Ana Paula y Adolfo Ceretti (orgs.) *Ensaio criminológicos*. 23ª monografía da “Coleção de Monografias IBC-CRIM”. São Paulo: IBCCrim. p. 127-168.
- “Da perda da pena ao seu reencontro? Reflexões sobre uma ‘procura’”. En Zomer, Ana Paula y Adolfo Ceretti (orgs.) *Ensaio criminológicos*. 23ª monografía da “Coleção de Monografias IBCCRIM”. São Paulo: IBCCrim. p. 91-126.
- “Il “grottesco” della penologia contemporanea”. En Curi, Umberto, Massimo Cacciari y Giovanni Palombarini (eds.) *Diritto penale minimo*. Roma: Donzelli Editore. p. 255-304.
- 2001 “La penalística civil e la criminología. Ovvero discutando di diritto penale minimo”. En Anastasia, Stefano y Mauro Palma (eds.) *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*. Milán: Franco Angeli. p. 80-113.
- “Le conseguenze giuridiche del reato”. En Insolera, Gaetano, Nicola Mazzacuva, Massimo Pavarini y Marco Zanotti (comps.) *Introduzione al sistema penale*. Turín: Giappichelli. p. 446-489.
- “The politics of punishment: the death of prison reform in Italy”. En Dünkel, Frieder y Dirk Van Zyl Smit (eds.) *Imprisonment Today and Tomorrow: International Perspectives on Prisoners’ Rights and Prison Conditions*. 2ª edición. La Haya: Kluwer Law International. p. 399-423.
- “Pena, Istituti di”. En *Enciclopedia delle scienze sociali*. Vol. IX. p. 219-229.
- 1999 “La miseria del reformismo penitenciario. Algunas notas críticas a la luz de la experiencia italiana” (Introducción). En Rivera Beiras, Iñaki y Marcos Gabriel Salt. *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*. Buenos Aires: Editores del Puerto. p. 1-20.
- 1998 “Decarcerizzazione e mediazione nel processo penale minorile”. En Picotti, Lorenzo (ed.) *La mediazione nel processo penale minorile*. Pádua: CEDAM. p.7-18.
- 1997 “L’esperienza italiana di riformismo penitenziario”. En Palma, Mauro (ed.) *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*. Roma: Istituto dell’Enciclopedia Italiana. p. 137-153.
- “La criminalità punita: processi di carcerizzazione nell’Italia del XX secolo”. En Violante, Luciano (comp.) *Storia d’Italia, Annali N° 12- La criminalità*. Turín: Einaudi. p. 981-1031.
- “Lo scopo della pena e introduzione al sistema sanzionatorio”. En Insolera, Gaetano, Nicola Mazzacuva, Massimo Pavarini y Marco Zanotti (comps.) *Introduzione al sistema penale*. Turín: Giappichelli. p. 291-338.

“Controlling Social Panic: Questions and Answers about Security in Italy at the End of Millennium”. En Bergalli, Roberto y Colin Sumner (eds.) *Social Control and Political Order: European Perspectives at the End of Century*. Londres: Sage Publications. p. 75-95.

“Pena”. En *L'Enciclopedia delle scienze sociali*. Vol. VI. Roma: Treccani. p. 537-345.

1995 En coautoría con Giuseppe Mosconi y Alberto di Lazzaro. *Decarceration and Alternatives to Imprisonment in Recent Italian Legislation*. En Melossi, Dario (coord.) *Social Control, Political Power and the Penal Question: For a Sociology of Criminal Law and Punishment*. Oñati: The Oñati International Institute for the Sociology of Law. p. 201-221.

1992 “Strategie disciplinari e culture dei servizi”. En Pepa, Luciana (ed.) *La nostra Bastiglia. La sfida della formazione tra repressione e presa in carico della devianza*. Turín: Gruppo Abele. p. 32-49.

1991 “Cárcel y droga en la política criminal italiana”. En *El sistema penitenciario entre el temor y la esperanza*. México DF: Orlando Cárdenas Editor. p. 167-201.

Artículos

2009 “Entrevista a Massimo Pavarini, por Máximo Sozzo”, *URVIO. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, N° 6 (enero), p. 135-141. Quito: FLACSO-Ecuador.

2008 “La pena come fatto sociale nel sistema penale internazionale, *Jus17@unibo.it*, N° 1, p. 191-198. Bologna: Bologna University Press.

2007 “Crítica y cuestión criminal. Recorridos intelectuales y políticos II: Entrevista a Massimo Pavarini, por Máximo Sozzo”, *Delito y sociedad*, N° 24, p. 141-158.

“Crítica y cuestión criminal. Recorridos intelectuales y políticos I: Entrevista a Massimo Pavarini, por Máximo Sozzo”, *Delito y sociedad*, N° 23, p. 117-134.

“Bologna: riflessioni sul degrado”, *Il Mulino*, N° 1, p. 117-127.

“Segurança, criminalidade e governo democrático da cidade: uma visão entre ‘Centro’ e ‘Periferia’”, *Revista Ultima Ratio*, Vol. 1, N° 1, p. 39-118.

“La giustizia penale ostile: un’introduzione”, *Studi sulla questione criminale*, Vol. 2, N° 2, p. 7-20.

2006 “La neutralizzazione degli uomini inaffidabili. La nuova disciplina della recidiva e altro ancora sulla guerra alle Unpersonen”, *Studi sulla questione criminale*, Vol. 1, N° 2 p. 7-30.

“‘Poner la pelota en el centro’. Diez tesis y modestas propuestas para un gobierno de la seguridad”, *Capítulo Criminológico*, Vol. 34, N° 2, p. 147-159.

2004 “Para una crítica de la ideología penal. Una primera aproximación a la obra de Alessandro Baratta”, *Anthropos*, N° 204, p. 67-80.

“Processi di ricarcerizzazione nel mondo, ovvero del dominio di un certo ‘punto di vista’”, *Questione Giustizia: La libertà delle persone*, 2004, Vol. 2, N° 3, p. 415-435.

2003 “Misure alternative alla detenzione dal 1986 ad oggi. Risultati ed incongruenze del sistema sanzionatorio nell’attuale contesto

- normativo”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, N° 1-2, p. 207-225.
- 2002 “Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla “Ronda dei carcerati” al “Giromondo penitenziario”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, N° 1-2, p. 105-126.
- “La cuestión criminal frente a la emergencia de la seguridad”, *Iter criminis. Revista de ciencias penales*, N° 3, p. 39-84.
- “La negociabilidad de la pena. Entre la parsimonia y el despilfarro represivo”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal. Criminología, Teoría y Praxis*, Vol. 1, N° 1, p. 23-54.
- 2001 “La pena fundamentalista”, *Iride*, Vol. XIV, N° 32, p. 87-102.
- “¿Vale la pena salvar a la criminología?”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Vol. VII, N° 13, p. 15-42.
- “Dalla pena perduta alla pena ritrovata? Riflessioni su una ‘recherche’?”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, N° 1-3, p. 113-141.
- 2000 “Lotta alla criminalità organizzata e “negoziación della pena”, *Critica del diritto*, N° 2, p. 119-131.
- 1999 “Nuevos modelos explicativos en criminología. La visión de la criminología crítica”, *Iter Criminis. Revista de derecho y ciencias penales*, N° 3, p. 159-181.
- En coautoría con Matilde Betti. “La tutela social de la/a la locura. Notas teóricas sobre la ciencia y la prácticas psiquiátricas frente a las nuevas estrategias de control social”, *Delito y sociedad*, N° 13, p. 93-109.
- 1998 “Per un diritto penale minimo: “in the books” o “in the facts”? Discutendo con Luigi Ferrajoli”, *Dei delitti e delle pene*, N° 3, p. 124-156.
- “Descarceración y mediación en el sistema penal de menores”, *Nueva Doctrina Penal*, p. 111-120.
- En coautoría con Giuseppe Mosconi. “Discrecionalidad del poder penitenciario: la flexibilidad de la vigilancia”, *Delito y Sociedad*, N° 11-12, p. 3-37.
- En coautoría con Alessandro Baratta. “La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo”, *Dei delitti e delle pene*, N° 1, p. 7-28.
- 1997 “Balance de la experiencia italiana en materia de reforma penitenciaria”, *Alter*, N° 1, p. 109-128.
- 1996 “O instrutivo caso italiano”, *Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade*, N° 2, p. 67-76.
- 1995 “El impacto de la criminología en el presente y futuro del sistema penal- Conferencias”, *Capítulo Criminológico*, Vol. XXII, p. 1-61.
- 1994 “The New Penology and the Politics of Crisis: The Italian Case”, *British Journal of Criminology*, N° 34 (special issue), p. 49-61.
- “Estrategias disciplinarias y cultura de los servicios sociales”, *Margen*, N° 6, p. 5-25.
- “Bisogni di sicurezza e questione criminale”, *Rassegna Italiana di Criminologia*, N° 4, p. 435-362.

1993 “La justificación imposible. La historia de la idea de pena entre justicia y utilidad”, *Capítulo Criminológico*, N° 21, p. 29-41.

En coautoría con Giuseppe Mosconi y Alberto di Lazzaro. “Decarceration and Alternatives to Imprisonment in Recent Italian Legislation”, *Croniques*, N° 8, p. 165-196.

1992 “¿Menos cárcel y más medidas alternativas?”, *Delito y Sociedad*, N° 2, p. 75-85.

Libertad y autoridad en la práctica criminológica y en la gestión de la desviación, *Capítulo Criminológico*, N° 20, p. 7-16.

1987 “La ciudad y su revés”, *Iustiforum. Papers d’Estudis i Formació: La qüestió penitenciaria* (número especial), p. 27-48.

“La cárcel en Italia entre voluntad de descarceración y necesidades disciplinarias. Algunas observaciones teóricas al margen de la ‘riforma carceraria’ (ley núm. 663 del 10 octubre de 1986)”, *Poder y Control*, N° 3, p. 119-127.

1986 “Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell’ossessione correzionale”, *Dei delitti e delle pene*, N° 2, p. 251-279.

1985 “Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo”, *Dei delitti e delle pene*, N° 3, p. 525-554.

“Il sistema di diritto penale tra abolizionismo e riduzionismo”, *Dei delitti e delle pene*, N° 3, p. 325-353.

“‘Dentro’ y ‘fuera’ de la Justicia Penal. Apuntes y reflexiones sobre la estrategias en la políticas criminales”, *Doctrina Penal*, N° 32, p. 641-661.

1984 “¿Por qué una criminología crítica como crítica de la ley penal? Las particularidades del caso italiano”, *Criminología Crítica*, Universidad de Medellín, p. 119-129.

“La ciudad y su revés”, *Nuovo Foro Penal*, p. 225-248.

1983 “La pena utile, la sua crisi e il disincanto: verso una pena senza scopo”, *Rassegna penitenziaria e criminologica*, N° 1, p. 1-45.

1979 “‘Concentración’ y ‘difusión’ de lo penitenciario. La tesis de Rusche y Kirchheimer y la *nuova* estrategia del control social in Italia”, *Cuadernos de Política Criminal*, N° 7, p. 107-125.

Este libro se terminó de
imprimir en septiembre de 2009
en la imprenta Crearimagen
Quito, Ecuador