

Estrategias de lucha: los derechos de los detenidos y el abolicionismo

*Massimo Pavarini*¹

Universidad de Bologna

Algunas notas personales

Es extraño, y por eso 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, como poco, sorprendente. Luego, 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, conscientemente. Y la razón de fondo es que me ha parecido siempre, mucho más que cualquier otro, 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 totalmente en crisis.

Frente a la nueva estación 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

acerca de 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 los detenidos 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

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”. Las páginas de Pietro Costa en *El proyecto jurídico* (1974) son convincentes sobre este punto.

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 (Mari, 1993). Y sólo la metafísica romántica, como nos ilumina Brombert (1975) ha podido imaginar una pena que se autocensurase como la pena del alma sufriente por la privación de libertad. La pena de cárcel es, en esto no diversamente 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 al poder de otro. 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 disciplinarios, 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 de esta primera siguió, en el inicio del siglo pasado y en particular en la reflexión alemana (Mayer, 1924; Shmitthenner, 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 reconducibles por el proceso de estatalización 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 recientemente 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, esto es, descriptiva del “ser”, capaz de decir la verdad, lo real, de la penalidad, como de otros “hechos sociales”, para decirlo al estilo de Durkheim. En tanto, 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 jurídi-

co, existen aún espacios irreductibles 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 hombres 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 dominio. Sólo deja entender que dicho dominio no podrá ser nunca absorbido, hegemonizado 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 estación se abre en la segunda mitad del siglo pasado con la asunción del modelo correccional de justicia penal (Garland, 1985; 1990). 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, lo que favoreció, si no determinó, aquella grave situación de confusión y equivocidad que está en la base del déficit teórico arriba denunciado.

Como se quiera entender la estación de oro del correccionalismo penal, debemos reconocer como esta cultura jurídica especial-preventiva ha terminado por operar una radical suspensión o “puesta entre paréntesis” de los términos en que venía declinado hasta entonces el tema de los derechos del detenido. El conflicto entre libertad “de” y libertad “del”

derecho resulta 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, 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, resulta por lo tanto anulado, eliminando uno de los sujetos de la relación.

De otro modo se podría argumentar –pero con esto se determina otra aporía– que el tratamiento penitenciario reeducativo se sustancia en la educación en la legalidad a través de la legalidad, esto es 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, a infligir intencionalmente un sufrimiento. Aunque la cárcel como cualquier otra penalidad alternativa a la misma –como enseña la experiencia de los procesos de descarceramiento– 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 ésta 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, aun 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 sanitaria. 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 es algo que esté 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, con prescindencia 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 algún fundamento 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 se ha hecho autorizadamente (entre los más recientes, ver 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 Elías– y a la tendencia a la humanización de los castigos –ver la interesante relectura de Elías realizada por Garland (1990: Cap. X)–. 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 distinta de los derechos del detenido/condenado adhiriendo a un paradigma conflictual de la penalidad?

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

El presente penal está cada vez más marcado por el pasaje de la retórica y de las prácticas del *welfare* a aquellas cruel pero realísticamente definidas del *prison-fare*. El crecimiento de la “multitud” de los excluidos políticamente vuelve cada vez más irreal el proyecto de un orden a través de la inclusión social. Es la estación de la declinación miserable de la ideología reeducativa y de la emergencia y subsiguiente triunfo de las prácticas de neutralización selectiva, completamente coherentes con el lenguaje de la guerra al enemigo interno.

La idea y las prácticas de una penalidad orientada hacia el solo fin de la neutralización plantean –y fundadamente– más temores políticos que sustentadas perplejidades científicas. Quiero callar sobre los temores, que comparto. En lo concerniente a las perplejidades científicas, concuerdo con lo que decía Baratta (1984; 1985): “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. 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 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” pareciera 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 sobre todo 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 está hoy también en la difundida práctica de la detención administrativa con fines de expulsión de extranjeros inmigrados irregularmente en el primer mundo.

Lamentablemente, en un mundo único y global, no hay una nueva Australia donde 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 solo fin de exclusión social y no de irrogación de sufrimiento se convierte en los hechos en una negación de todo derecho para quien está constreñido a sufrirlo. 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 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, también la retórica y la práctica de los condenados como “belligerantes”, como “rehenes”, no 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”, ulteriormente 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 estación, no sólo doctrinaria sino 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 estación 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 formulación negadora del derecho reconocido “condicionalmente”. Las recurrentes subordinadas del tipo “con tal 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 la incolumidad 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 (véase Gonin, 1991) de la espec-

tativa de vida del detenido. Entonces el derecho a la vida y a la salud del detenido es –aun 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, reduce *naturaliter* 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 y en parte lo son “*in the books*”, todos los derechos, menos uno– 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 de 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, hago se haga uso de ella solamente 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 estos 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 “al” derecho. Así ha sido, es y siempre será, aun con diversas vicisitudes. Una frontera “móvil” –donde los retrocesos son fisiológicos como los avances– entre de-

recho 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 podía prescindir de la cárcel. Digo seriamente porque “liberarse de la necesidad de la cárcel” no fue una meta vivida como utópica sino políticamente realista; aun siendo ambiciosa, le pareció a algunos y no precisamente a pocos, que estaba al alcance de la mano.

Ese tiempo, en realidad, fue apenas ayer: las décadas de los 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 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 tomó 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, que falló 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 rever 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 siglos (ver la rica bibliografía citada por Padovani, 1981). 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 todavía 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 todavía una justicia penal de la prisión?

Hasta que no se logre dar una respuesta razonable a esta pregunta no puede ni siquiera imaginarse 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

La literatura criminológica radical de los años setenta comparte, aun 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.

Aun crítica respecto de la institución penitenciaria y de la ideología y prácticas correccionalistas, aquella literatura penológica piensa las formas históricas de la penalidad contemporánea como dirigidas a finalidades de control social de tipo inclusivo. Éste 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 antes que ausplicable.

La idea de la *decarceration* (ver por todos, Scull, 1977) 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, 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 han 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

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 (Pavarini, 1985; Hulsman, 1983; Ferrajoli, 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 real: 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. Ciertamente, 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 rá-

(Bakal, 1973; Janowits, 1976). En la reflexión científica, paradigmático de esa estación, al menos en el contexto italiano, fue el denso ensayo de Melossi (1980) 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, entonces, como una vieja reliquia del primer capitalismo, que malamente trata de sobrevivir a un destino ya signado.

pidamente se recostó sobre una perspectiva política moderada, minimalista e ingenua que terminó por declinar 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 no es imperdonable, a fin de cuentas. Se puede alegar algún atenuante para el malentendido.

“Más alternativas a la cárcel = menos penas carcelarias” le parecía a la mayoría como 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 estación de las “alternativas” (a través de la diversión 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 quien sufría la pena de la 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. 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, 1985; 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 acompañaban con más condenados a penas privativas de libertad. Y todo esto, en algunos (AAVV, 2001; Blumstein-Beck, 1999) comenzaba a hacer vacilar el optimismo penológico que había permitido, incluso a la doctrina más cautelosa (Blumstein-Cohen, 1979; Blumstein, 1984), sostener una relativa estabilidad de las penas detentivas en el mediano plazo y una tendencial reducción de las mismas en el largo plazo.

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 (Snacker et al., 1995). ¿Cómo fue posible que todavía por largo tiempo se insistiera en estar atento respecto de 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 suscripto, 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.

Lenta y dolorosamente se descubrió –o se redescubrió, por qué en otras épocas el sistema penal había sido hegemonizado por lógicas de tipo malthusiano, también ingenuamente vividas como contingencias económicas destinadas a ser rápidamente superadas– que la cárcel puede funcionar contra la criminalidad. No ciertamente en el sentido de combatirla eficazmente sino simplemente al acentuar los procesos de exclusión social, poniéndose en condiciones de seleccionar y neutralizar a aquellos que el sistema social no está en condiciones de, o considera que no está en condiciones de, o simplemente no quiere, incluir.

Una de las consecuencias más significativas de este cambio se registró a nivel cultural. La criminalidad –en especial la masiva– dejó, cada vez más, de ser objeto de conocimiento desde la perspectiva causal y entonces, al final, dejó de ser objeto de conocimiento *tout court*, salvo en su dimensión estadística, única útil para medirla en términos de variación de riesgo. En este sentido, tal vez, se puede decir que la nueva criminología administrativa leyó con provecho los aportes de la criminología crítica, notoriamente anti etiológica. De la criminalidad no nos defendemos atacando las causas, por la simple razón de que la acción criminal no es el efecto de una en particular, sea individual o social. De la criminalidad –como realidad nociva– nos defendemos reduciendo los riesgos de victimización, por un lado, y neutralizando selectivamente a los “enemigos”, por el otro.

En última instancia: el pasaje de un modelo inclusivo a uno exclusivo en la política criminal está signado por negar progresivamente a la criminalidad la dimensión misma de

cuestión: no se trata de algo problemático que deba ser estudiado, entendido y eventualmente resuelto atacando sus causas. No existe, de esta forma, alteridad posible a la normalidad del presente desorden social. Aceptado

apriorísticamente esto último, la criminalidad deviene un inevitable costo social que, en los límites de la compatibilidad ofrecida por el sistema político-económico en su totalidad, se combate militarmente.

Abolicionismo sin nostalgia

Ha llegado el momento de recoger los remos en 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. 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 estas últimas deberían retornar en algún momento como dominantes, un sistema de justicia penal del ciudadano y sólo del ciudadano 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, pero en los hechos es solamente un campo de concentración– simplemente no tiene futuro.

Bibliografía

AA.VV. (2001): “Mass Imprisonment in the United States”, número especial de *Punishment and Society: The International Journal of Penology*, fascículo 3.

Bakal, Y. (1973): edited by, *Closing Correctional Institutions*, Lexington Mass, Lexington Books.

Baratta A. (1984): “La teoria della prevenzione-integrazione. Una ‘nuova’ fondazione della pena

- all'interno della teoria sistemica", in *Dei delitti e delle pene*, I, pp. 5-30.
- (1985): "Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale", in *Dei delitti e delle pene*, 2, pp. 247-268.
- Blumstein, A. (1984):** "Planning for Future Prison Needs", in *University of Illinois Law Review*, pp. 209-232.
- Blumstein, A.; Beck, A. J. (1999):** "Population Growth in the U.S. Prisons, 1980-1996", in *Prisons*, editado por M. Tonry, J. Petersilia, Chicago, Chicago University Press, pp. 17-62.
- Blumstein, A.; Cohen J. (1977):** "A Theory of the Stability of Punishment", in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 64, pp. 198-207.
- Brombert, V. (1975):** *La Prison Romantique. Essai sur l'imaginaire*, Paris, Editions José Corti.
- Cohen, S. (1977):** "Prison in the Future of Control Systems: from Concentration to Dispersal", in *Welfare in Action*, edited by Fitzgerald, London, Routledge.
- (1985): "Lo sviluppo del modello correzionale: chiacchiere e realtà del controllo sociale", in *Dei delitti e delle pene*, 1, pp. 5-48.
- Christie, N. (1993):** *Crime Control as Industry. Towards Gulags Western Style*, London, Rutledge.
- Ferrajoli, L. (1985):** "Il diritto penale minimo", in *Dei delitti e delle pene*", 3, pp. 493-524.
- Foucault, M. (1975):** *Surveiller et punir. Naissance de la Prison*, Paris, Gallimard.
- Garland, D. (1985):** *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gover.
- (1990): *Punishment in Modern Society*, Oxford, Oxford University Press.
- Gonin, D. (1991):** *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*, Paris, Edition L'Archipel.
- Hulsman, L. (1983):** "Abolire il sistema penale?" [intervista a...], in *Dei delitti e delle pene*, pp. 71-89.
- Janowitz, M. (1976):** *The Social Control of the Welfare State*, New York.
- Margara, A. (1997):** *Le parole, le cose e le pietose bugie*, in *Il vaso di Pandora*, a cura di Palma, Roma, Treccani, pp. 152 y ss.
- Mari, E. E. (1993):** *La problemática del castigo. El discurso de J. Bentham y M. Foucault*, Buenos Aires, Hachette.
- Mayer, O. (1924):** *Deutsches Verwaltungsrecht*, Berlín (reedición).
- Melossi, D. (1980):** "Oltre il Panopticom. Per uno Studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventessimo secolo", in *La questione criminale*, VI, 2-3, pp. 277-363.
- Offidani, A. M. (1953):** *Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concetto di supremazia speciale nell'evoluzione della dottrina*, Milán, Giuffrè.
- Padovani, T. (1981):** *L'utopia punitiva. Il problema delle alternative alla detenzione nella sua dimensione storica*, Milán, Giuffrè.
- Pavarini, M. (1985):** "Il sistema di diritto penale tra abolizionismo e riduzionismo", in *Dei delitti e delle pene*, 3, pp. 325-353.
- (1986): "Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale", in *Dei delitti e delle pene*, 2, pp. 251 y ss.
- (1996): *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*, Bologna, Martina editore.
- Pennisi, A. (2002):** *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli.
- Ruotolo, M. (2002):** *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, Giappichelli.
- Schmitthenner, F. (1967):** *Grundlinien des allgemeinen oder idealen Straasrechts*, Hamburg-Berlin-Frankfurt am Main (reedición).
- Scull, A. (1977):** *Decarceration: Community Treatment and the Deviant. A Radical View*, New Jersey, Prentice Hall.
- Snacker, S.; Beyens, K.; Tubex, H. (1995):** "Changing Prison Populations in Welfare Countries: Fate of Policy?", in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 3, pp. 1 y ss.