

Neoliberalismo y política penal. Aproximación al trabajo de Bernard E. Harcourt

José Ángel Brandariz García
Agustina Iglesias Skulj
Universidad de A Coruña, España

Introducción

Bernard E. Harcourt es, desde hace algunos años, Profesor de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Chicago. Apenas es necesario resaltar que si se otorga credibilidad a las habituales clasificaciones de centros de enseñanza superior, esto significa que Harcourt ocupa una alta posición académica en una de las mejores universidades del planeta. A mayor abundamiento, ha sido profesor visitante en diversas instituciones de educación superior francesas y estadounidenses, y, aunque en su carrera profesional no sólo se ha dedicado a la docencia y a la investigación universitarias, presenta un currículum académico muy notable¹.

A pesar de todo ello, y por razones sólo parcialmente comprensibles, Bernard Harcourt no es excesivamente conocido en el ámbito del pensamiento penal en lengua

española. Este déficit de conocimiento no puede entenderse sino como desafortunado. Y ello no tanto porque el profesor de Chicago ocupe, como se ha apuntado, una relevante posición académica. Lo que hace que su escaso conocimiento merezca ser superado es que Harcourt seguramente se encuentra hoy, sin temor a incurrir en una hipérbole, entre los pensadores del hecho penal y criminológico más interesantes, cuando menos en el ámbito anglosajón. Es seguro que su nombre no aparecerá en los catálogos bibliográficos de teoría del delito (entre otras cosas porque, como es sabido, en el ámbito estadounidense ésta es una materia bien poco cultivada), y que tampoco se hallará en los estudios de criminología administrativa o en las otras variantes de neopositivismo criminológico. Pero no lo es menos que sus aportaciones de la última

¹ Una aproximación al currículum y a los trabajos de Bernard Harcourt puede verse en <http://bernardharcourt.com/>.

década a la renovación de las aproximaciones críticas al sistema penal. Partiendo de una sólida formación politológica, con confesados rasgos postestructuralistas², Harcourt ha sabido ofrecer en esta etapa interesantes líneas de interpretación para aproximarse al sistema penal desde una perspectiva crítica.

El objetivo del presente texto es contribuir a paliar el mencionado desconocimiento. Para ello, no se pretende en este momento hacer referencia al conjunto de las materias abordadas por el autor estadounidense. Harcourt ha escrito importantes publicaciones en relación con temáticas como las políticas de control denominadas *Tolerancia Cero*, los problemas derivados de la libre circulación de armas en la sociedad estadounidense o la desviación juvenil (Harcourt, 2001; 2003; 2005). Sin embargo, en este momento no se va a prestar atención a esas destacadas líneas de investigación. El objetivo es menos ambicioso: se trata de reflexionar sobre la que seguramente ha constituido su principal preocupación de

trabajo en el último lustro, a saber, la relación entre las teorías y prácticas neoliberales y la consolidación de un sistema penal expansivo, cada vez más alejado de cualquier ideal garantista. En este ámbito destacan sobre todo dos libros del autor: *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age* (2007) y el recientemente publicado *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order* (2011). Al margen de la valía intrínseca de estos textos, no cabe perder de vista que el autor se encuentra en una posición difícilmente mejorable para analizar la relación entre neoliberalismo y política penal. Por una parte, porque escribe desde el sistema estadounidense, que no en vano ha realizado el mayor experimento conocido de expansionismo punitivo. Por otra, porque su posición en la Universidad de Chicago le permite conocer la primera mano las ideas de quienes han hecho de esa institución el epicentro mundial de difusión de las ideas neoliberales durante los dos últimos cuartos de siglo.

Predicción y justicia actuarial. Las insuficiencias de una política penal sustentada en modelos de riesgo

El primero de los libros anteriormente citados, *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*, constituye la principal aportación de Harcourt al análisis crítico de las prácticas de cálculo de riesgos aplicadas al sistema penal. El modelo en el

que se enmarca dicho género de prácticas, comúnmente denominado actuarial³, ha sido objeto de estudio con cierta frecuencia en los últimos lustros⁴. No es para menos, ya que los parámetros de dicho modelo suponen una transformación de gran alcance en los

² Quizás estos rasgos pueden verse con cierta claridad en buena parte de los textos de la revista *Carceral Notebooks* (<http://www.thecarceral.org>), de la cual es editor. En concreto, el volumen 4 (2008) de la revista, titulado “*Discipline, Security and Beyond*”, versó sobre el estudio de los cursos impartidos por Foucault en el *Collège de France* en 1978 (*Sécurité, Territoire, Population*) y 1979 (*Naissance de la Biopolitique*).

³ El autor (2007a: 1) describe el modelo actuarial en Derecho penal como “*el uso de métodos estadísticos, en vez de clínicos, consistentes en amplias bases de datos, para determinar los diferentes niveles de actuación*

criminal relacionados con uno o más rasgos grupales, a los efectos (1) de predecir la conducta criminal pasada, presente o futura y (2) de administrar una solución político-criminal [de tablas actuariales del sector de seguros, usadas para predecir las tasas de mortalidad de diferentes grupos de sujetos asegurados y para fijar las primas individuales]”. En el mismo sentido, cfr. Harcourt, 2007b: 93.

⁴ El pensamiento *actuarial*, inicialmente denominado “*Nueva Penología*”, se debe, en su teorización originaria, a los trabajos de M. Feeley y J. Simon (1992; 1994). Sobre ello, vid. asimismo, por todos, Anitua, 2005: 508

modos de funcionamiento del sistema penal. Por otra parte, en el contexto anglosajón la aplicación de criterios de riesgo en materia punitiva goza ya de una cierta tradición⁵, como se ha ocupado de poner de manifiesto el propio autor (Harcourt, 2007a: 7 ss., 17, 39 ss., 47 ss.), en materias como el *profiling* de transportistas de drogas, las decisiones sobre libertad condicional o las propias guías punitivas federales de EE.UU.⁶. Quizás la posibilidad de disponer de esa perspectiva histórica, en la que a una primera etapa de auge tendencialmente acrítico de los criterios actuariales ha sucedido un momento ulterior de cierta conciencia de sus límites, ha facilitado el trabajo del autor de Chicago, que de este modo puede confrontar con mayor solidez las aporías de la teorización del riesgo. No obstante, su aportación no puede resultar temporalmente más oportuna, sobre todo en

relación con los países en los que el actuarialismo se ha afirmado durante la última década, con un claro retraso en relación con el ámbito anglosajón. Este es el caso, por ejemplo, de Francia, en donde las evaluaciones en clave de eficiencia orientan de manera capital las actividades policial y judicial (Mucchielli, 2008: 100 ss.; Sainati/Schalchli, 2007: 25 ss.). Pero también es el caso de España, donde, más allá de unas ciertas experiencias en el ámbito penitenciario, los dispositivos de cálculo de riesgo van colonizando otras materias, como el tratamiento de la delincuencia sexual. En consecuencia, no parece ocioso reiterar que la aportación de Harcourt cobra una relevancia especialmente notable en contextos como el europeo, donde la penetración de las prácticas actuariales se produce en un contexto -por el momento- más bien acrítico.

s.; Beckett, 1997: 9 ss.; De Giorgi, 2000: 36 ss., 81 ss., 95 ss.; 2002: 113 ss.; O' Malley, 2010; RE, 2006: 90 ss.; Santoro, 2004: 121 ss.; Zedner, 2009: 78 ss.

El modelo de justicia actuarial se caracterizaba, en el entendimiento de esos trabajos iniciales, por un tipo de discurso y de tecnologías en relación con sujetos peligrosos que venían a sustituir la gramática previa, sustentada en la culpabilidad individual, en los diagnósticos clínicos y en las intervenciones de tratamiento. Por lo demás, ese nuevo lenguaje actuarial, basado en cálculos probabilísticos aplicados a grupos poblacionales, no pretendía responder a comportamientos individuales, sino regular niveles de desviación criminal (Harcourt, 2007a: 109; 2007b: 87).

Por lo demás, esos trabajos iniciales identificaron una matriz de sentido de un conjunto de prácticas a las que se aproximaron de forma crítica. En efecto, las tesis actuariales han sido conocidas, y estructuralmente analizadas, más por sus críticos que por sus defensores (cfr. Melossi, 2002: 231 s.).

⁵ En efecto, en el ámbito anglosajón se realizaron aportaciones relevantes en esa orientación ya a comienzos de los años '80, incluso antes de que Beck popularizase la retórica del riesgo. Vid., a modo de referencia, Floud/Young, 1981; Floud, 1982: 213 ss.; Green Wood, 1982.

Harcourt (2007a: 89 ss.) dedica algunas páginas de su libro al análisis del último texto citado. El autor destaca que la intención del trabajo era analizar la reformulación de la política penitenciaria, en el entendimiento de que encerrando durante mayor tiempo a los infractores de alta peligrosidad un Estado podría reducir, de forma simultánea, su índice de criminalidad y su población penitenciaria. El autor añade que el problema del estudio fue que la tasa de evaluaciones erróneas de la alta peligrosidad de los sujetos era elevada, con lo que podían incrementarse las resistencias a imponer condenas basadas en estimaciones con tal grado de error. Ello no evitó que las leyes que basan el incremento -en ocasiones muy relevante- de la condena en la peligrosidad del sujeto hayan proliferado en EE.UU. ya desde los años '90.

Sobre el abandono de las tesis de la incapacitación selectiva por parte de los autores que inicialmente las impulsaron, vid. Asimismo Melossi, 2002: 231.

⁶Harcourt, 2007b: 87 s., destaca que si bien en EE.UU. las leyes probabilísticas se aplican al análisis del delito desde antiguo, en la última etapa ha cambiado el modo en que son empleados análisis de riesgo y estadísticas. En efecto, con la superación del paradigma rehabilitador, estadísticas y datos se concentran únicamente en el análisis de los delitos y de los antecedentes criminales, desatendiendo las variables sociales, familiares y ambientales, que previamente tenían una notable relevancia.

Against Prediction está estructurado en tres partes diferenciadas. En la primera (pp. 39-107), Harcourt hace una detenida exposición de la penetración de las formas actuariales en el sistema penal, sin descuidar la atención a las consecuencias de esta transformación. Esa parte constituye, junto a otros trabajos del autor (Harcourt, 2007b:87 ss.), una magnífica introducción al modelo de la justicia penal actuarial. En ella puede comprobarse que un campo privilegiado de penetración de las consideraciones actuariales es el del *profiling*, o diseño de perfiles de sujetos peligrosos, a los efectos de orientar la labor policial por la intención de mejorar su productividad (p. 103)⁸.

La segunda parte (pp. 109-192) constituye seguramente el núcleo del libro. En ella el autor se ocupa de demostrar las aporías que subyacen a los criterios actuariales, además de poner de relieve sus efectos disfuncionales, que chocan tanto con evidentes criterios normativos de justicia cuanto con los propios parámetros de eficiencia que supuestamente sustentan el modelo. Para realizar esta detenida demostración, Harcourt no sólo recurre a los criterios normativos habituales en el debate político-criminal, sino que hace algo seguramente más valioso aún, y —desde luego— mucho más complejo. El autor se confronta con los modelos actuariales en el mismo terreno en el que éstos buscan afirmarse: el campo de las *hards sciences*, connotado por el empleo de complejos modelos matemáticos de probabilidades. Con un sorprendente dominio de dicha metodología, el académico estadounidense logra poner de relieve las falacias de los modelos de cálculo de riesgo, en particular los aplicados al ámbito policial del

profiling. Vale la pena reiterar que es especialmente interesante que Harcourt emplee para cuestionar la orientación actuarial el mismo tipo de métodos que usa ese pensamiento; no en vano, como señala el autor (p. 106 s.) la consolidación de la justicia actuarial también se debe a la convicción de la comunidad científica —y política— sobre la especial utilidad de los métodos de cálculo de riesgo para la predicción de hechos futuros.

La tercera parte (pp. 193-239) cierra el libro con algunas consideraciones complementarias, entre las cuales no es menor la defensa de la aleatoriedad en el funcionamiento del sistema penal, que será objeto de breve comentario *infra*.

Un logro no menor de *Against Prediction*, que merece ser enfatizado, es que el autor no sólo confronta las tesis actuariales con las mismas herramientas metodológicas que las sustentan, sino que las discute en su propio plano funcional. En efecto, Harcourt consigue socavar los fundamentos de las prácticas de riesgo mediante consideraciones de justicia que son ajenas a la lógica de dicho paradigma, pero también las cuestiona desde su propia escala de fines, basada sobre la idea de eficacia —y, cuando menos indirectamente—, de eficiencia. Tal como señala el autor (p. 21), el parámetro funcional que sostiene las técnicas actuariales es que con su empleo se incrementa el descubrimiento de delitos, con lo que la eficacia del sistema penal crece, y mediante las funciones disuasorias e incapacitadoras del castigo se logra la disminución de las tasas de criminalidad.

Centrando su análisis en ese plano de eficacia de la respuesta penal, Harcourt demuestra

⁸ Vid. Asimismo Harcourt, 2007b: 87. Para una aproximación a las graves consecuencias del empleo de esta táctica policial, vid., además de los trabajos del autor de Chicago, Harris, 2006: 213 ss.; Mucchielli, 2008: 102, 106, 108.

(p. 122 ss.) que el empleo de las técnicas de cálculo actuarial en materia de *profiling* policial no tiene por qué generar necesariamente una disminución de la criminalidad. En efecto, esto sólo se producirá si la elasticidad de la respuesta ante la vigilancia policial por parte del grupo objeto de *profiling* es mayor que la de los grupos desatendidos. En caso contrario, ese criterio de selección de los objetos de atención policial genera un efecto de incremento de la delincuencia (Harcourt, 2007b: 89, 94 ss.). Y precisamente este presupuesto de la elasticidad relativa del grupo objeto de control es desatendido en los cálculos de riesgo que se aplican a la actividad policial. Por lo demás, Harcourt destaca con razón que el *profiling* puede generar, indirectamente, un segundo efecto de incremento de la criminalidad. En efecto, en la medida en que el respeto de la ley se sustenta, en cierta medida, en la convicción de su justicia, el grupo objeto de control puede mantener, o incrementar, su nivel de delincuencia como consecuencia de la apreciación del carácter discriminatorio de la actividad policial (p. 128). A mayor abundamiento, el control policial focalizado genera unas específicas dificultades a los miembros del grupo objeto de vigilancia para acceder al trabajo o a opciones formativas, así como para mantener una vida familiar, lo que supone un costo del delito generalmente desatendido (Harcourt, 2007b: 96 ss.).

Como se ha apuntado, aún siendo muy importante el cuestionamiento de las prácticas actuariales en el plano de su eficacia para la disminución de las tasas delictivas, Harcourt no limita su crítica a esa perspectiva. También se detiene en el análisis de los efectos del

modelo actuarial en relación con los criterios de justicia del sistema penal.

Por una parte, el autor de Chicago enfatiza el hecho de que las prácticas actuariales contribuyen a consolidar la discriminación por razón de color de piel en el seno del sistema penal, consideración que resulta válida no sólo en EE.UU. No en vano, unas prácticas policiales de *profiling* étnico⁹ que concentran los recursos en la vigilancia de ciertas minorías, partiendo de la convicción de su mayor implicación delictiva, generan efectos discriminatorios que se transmiten a través de las diversas fases e instancias del sistema punitivo, incluido el ámbito penitenciario (pp. 118 ss., 148 s. Harcourt, 2007b: 89, 96 ss.). Por otra parte, esos datos de sobrerrepresentación de ciertas minorías en el sistema penal tienden a perpetuarse, reforzando no sólo la estigmatización del grupo objeto de control, sino también la convicción de la idoneidad del *profiling* étnico (p. 29, 154, 149, 162 s., 192)¹⁰.

Esta circunstancia conduce al autor a formular, con acierto, la crítica fundamental que puede plantearse al actuarialismo penal desde una perspectiva axiológica: la aplicación de las tesis del riesgo ha ido colonizando las teorías del castigo, hasta el punto de alejarlas progresivamente de las consideraciones normativas de justicia. De este modo, los cálculos actuariales pierden de vista un postulado básico de no discriminación, a saber, toda persona ha de tener las mismas oportunidades de ser objeto de persecución penal, con independencia de sus condiciones de raza, etnicidad, género, clase u origen nacional (pp. 188, 214, 237). Por lo que se

¹³ Un interesante trabajo del autor de Chicago sobre el *profiling* étnico puede verse en castellano en Harcourt, 2010: 161 ss.

¹⁵ Sobre ello, vid. Asimismo Harris, 2006: 219; Monclús Masó, 2008: 194, 494; Sainati/Schalchli, 2007: 13, 35; Santoro, 2004: 137.

refiere a los fines normativos de la pena, los cálculos de riesgo facilitan la aceptación colectiva de la incapacitación selectiva de los infractores (Harcourt, 2007b: 99 ss.). Como ha puesto de referencia el autor en otra de sus publicaciones (Harcourt, 2007b: 89.), todo ello constituye un efecto de la preeminencia en las tesis y prácticas actuariales de ciertas disciplinas de las ciencias humanas, o de los Estudios de policía, que carecen de criterios normativos útiles para guiar la aplicación de la legislación penal.

No parece procedente concluir la reflexión sobre *Against Prediction* sin una referencia a sus últimas páginas, en las que el profesor de Chicago defiende las virtudes de la aleatoriedad en el sistema penal, idea que ha desarrollado de forma más extensa en otros trabajos (Harcourt, 2009: 335 ss.). Las premisas de su punto de vista no pueden sino compartirse: el autor destaca que ni los modelos actuariales ni los diagnósticos clínicos han sabido dar respuestas a los retos de la política criminal (pp. 237 s.). Más aún, Harcourt entiende, en un análisis extremadamente sugerente que no duda en calificar –con acierto– de postmoderno, que el conjunto del pensamiento penal moderno se desarrolló alcanzando conclusiones que no pueden sustentarse en los parámetros metodológicos del racionalismo científico moderno (Harcourt, 2009: 337 ss.).

La alternativa que el autor propone para superar esta situación es altamente provocadora: orientar el funcionamiento del sistema penal de acuerdo con criterios de aleatoriedad. Harcourt entiende, seguramente no sin razón, que éste es el único modo de que todos los infractores tengan las mismas probabilidades de ser

objeto de persecución penal, y de lograr que la población carcelaria refleje la composición de la población de infractores (p. 238).

El desarrollo de este planteamiento no resulta, empero, tan llamativo como la apelación a la aleatoriedad. El autor propone efectivamente que la actividad policial se guíe por la aleatoriedad, lo cual, demostrado lo discutible de la eficacia de las técnicas de *profiling*, no tendría por qué suponer un perjuicio en términos funcionales y, en cambio, comportaría una clara ventaja desde una perspectiva de justicia. Frente a ello, en el ámbito judicial y de ejecución penal, Harcourt entiende que el recurso a la aleatoriedad debería suponer el abandono de consideraciones de peligrosidad, y la toma en consideración únicamente de cuestiones como la dañosidad del comportamiento delictivo (pp. 238 s.)²⁰.

También este último punto de vista merece ser compartido, seguramente incluso por lo que se refiere al ámbito penitenciario. No obstante, es evidente que el planteamiento del autor de Chicago, también en esta versión matizada, encierra algunos riesgos. No es seguro que el recurso a la aleatoriedad genere mejores efectos que la consideración de determinados criterios de justicia (como el autor parece admitir, al hacer referencia a la medida de la dañosidad del delito). Y aún lo es menos que todos los parámetros normativos conformados mediante la discusión penal y criminológica moderna hayan de ser abandonados. Por ello, seguramente la alternativa más adecuada consistiría, en primer lugar, y como hace con acierto el autor estadounidense, en negar el carácter supuestamente científico, en tanto que lógico-racional, del debate penal. Y, en segun-

¹¹ El autor desarrolla este punto de vista en Harcourt, 2009: 350 s., y en dicho texto otorga un mayor campo de aplicación la aleatoriedad. Si bien mantiene la misma perspectiva en relación con la actividad policial, el autor considera que en el momento judicial –siempre dentro

de marcos de penalidad ya determinados– e incluso en el de la producción legislativa se debería recurrir a métodos aleatorios de toma de decisiones ante las dudas de jueces o legisladores.

do lugar, admitir, recuperando teorizaciones de filosofía de la ciencia ya clásicas, que este debate es inherentemente axiológico y-en tal medida- político. De este modo, el papel de una ciencia penal y criminológica crítica debe seguir siendo debatir políticamente sobre los criterios normativos de orientación del sistema y sobre sus efectos, sin negar el carácter ineludiblemente valorativo –por lo tanto, alejado de cualquier pretensión de verdad propia de las ciencias puras- de la discusión.

Sea como fuere, las ideas de la última parte del texto no dejan de ser, como se ha apuntado, muy sugerentes. Constituyen el digno colofón de un libro fundamental para pensar hoy la deriva neoliberal de la política penal, y en particular las tesis actuariales de riesgo. Para dar un adecuado complemento a esta contribución, el autor sólo necesitaba aproximarse al pensamiento de la Escuela de Chicago y al Análisis Económico del Derecho (AED), algo a lo que dedicó su siguiente libro.

Mercados *libres* y sistema penal. Genealogía de la *Escuela de Chicago* y del AED

En efecto, en los primeros días de 2011 salió publicado el nuevo libro de Bernard Harcourt. El texto, titulado *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order*, ha gozado, en el breve plazo transcurrido desde su aparición, de una notable acogida¹².

Como se ha apuntado, en una primera aproximación al libro, no parece difícil hallar una cierta continuidad entre esta investigación y algunas de las principales preocupaciones de análisis del autor de Chicago, plasmadas en sus principales obras anteriores. En ellas, Harcourt analiza críticamente las bases teóricas de las principales orientaciones que han conducido a que en las cuatro últimas décadas EE.UU. haya experimentado una expansión del sistema penal sin parangón en ningún otro momento de su historia ni en ningún otro lugar del planeta¹³.

Tras la publicación de *Against Prediction*, no puede extrañar que el nuevo libro de Harcourt se ocupe de otra de las principales orientaciones político-criminales surgidas en la última etapa en el contexto estadounidense: la política criminal neoliberal y, más en concreto, el AED. Esta elección del objeto de estudio sorprende aún menos si se repara en que la posición del autor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, centro en el que se ha originado, con base en las elaboraciones previas de Von Hayek, Friedman o Coase, el AED, y en el cual han sido profesores algunos de sus más renombrados impulsores, como Gary Becker, Richard Epstein o Richard Posner, a los que el autor dedica el libro.

Desde la privilegiada posición que supone el acceso directo a dichos autores –la huella

¹² Prueba de ello son los comentarios publicados en una pluralidad de medios, entre otros *The Wall Street Journal* o *Les Echos*, o su presentación en varios países. En ese marco, Bernard Harcourt realizó en marzo de 2011 una gira, que los autores de este artículo tuvieron el gusto de contribuir a coordinar, de una decena de conferencias en universidades españolas y portuguesas de introducción al texto.

¹³ Por decirlo en palabras del propio autor: “*Lo que hemos presenciado a lo largo de nuestra vida es una de las expansiones más monumentales de la esfera penal*

que se haya producido a lo largo de la Historia” (Harcourt, 2011: 220). De acuerdo con los datos del *Bureau of Justice Statistics* del gobierno estadounidense, a 30/VI/2009 su sistema penitenciario encarcelaba a 2,297 millones de reclusos, lo que suponía una tasa de 751 por cada 100000 habitantes. Estas cifras implicaban que a comienzos de 2009 el sistema penitenciario de EE.UU. recluía aproximadamente al 23% de los presos del planeta, mientras que su población representaba sólo el 4,5% del conjunto mundial.

de las conversaciones con ellos es fácilmente localizable en el texto- el autor se plantea indagar en qué medida los análisis del AED han contribuido a la descomunal expansión del sistema penal estadounidense. Dicho de otro modo, Harcourt estudia en el texto la relación entre el pensamiento neoliberal –del cual la *Escuela de Chicago* ha sido una de las principales impulsoras- y la disfunción punitiva presente. Para ello el autor indaga las aporías que encierra dicho pensamiento teórico, que permitan explicar algo que *prima facie* no puede entenderse sino como una contradicción: la simultánea defensa de la máxima abstención estatal en el ámbito económico y de un notable intervencionismo punitivo en el gobierno de lo social.

Para esta empresa de estudio, Harcourt desarrolla varias líneas analíticas, en las cuales no es difícil hallar ecos de la epistemología foucaultiana. En efecto, uno de los rasgos más acusados del libro es que su metodología de trabajo podría denominarse, recuperando un término frecuentemente empleado por el filósofo francés, como genealógica, en el sentido de que hace una suerte de historia del presente, en este caso del presente del pensamiento de la Escuela de Chicago y el AED, y del expansionismo penal estadounidense.

Para ello, y con el objetivo –como se ha apuntado- de descubrir las aporías teóricas, y de desvelar las consecuencias prácticas, de ese segmento del neoliberalismo penal, el autor emprende dos tareas investigadoras fundamentales.

En primer lugar, Harcourt investiga la genealogía del pensamiento de la Escuela de Chicago, y en particular de la idea del mercado libre como *orden natural* o, dicho desde una perspectiva más contemporánea, como criterio de máxima eficiencia en la asig-

nación de recursos. Esta singladura analítica conduce al lector a través de los escritos de los fisiócratas franceses del siglo XVIII en particular, Quesnay; (pp. 27 ss., 77 ss., 93 ss.) y de Adam Smith (pp. 79 ss., 107 ss.). El recorrido atraviesa también el pensamiento, sobre las cuestiones penales -pero también económicas- de Cesare Beccaria (pp. 53 ss., 63 ss.) y Jeremy Bentham (pp. 103 ss., 110 ss.). Este conjunto de autores constituyen la referencia fundamental del utilitarismo penal que subyace a la aproximación del AED a las problemáticas del delito y de la pena, algo ya visible en los primeros textos de Becker. Ahora bien, el recorrido de estudio que emprende Harcourt permite constatar cómo se ha operado una apropiación selectiva de dichos autores por parte de la literatura del AED. De este modo, invocando una axiología utilitarista se llega a la defensa del mercado libre junto con un intervencionismo penal tendencialmente ilimitado, algo de difícil justificación desde la perspectiva del utilitarismo.

La segunda gran tarea investigadora que emprende Harcourt en el libro consiste en desentrañar cuánto hay realmente de “*libre*”, esto es, de exento del intervencionismo estatal, en el funcionamiento actual de los mercados. Para ello, el autor analiza de forma detenida la regulación y el funcionamiento de dos ejemplos icónicos de sendas etapas de la Historia económica, distantes en el tiempo, y -en principio- más bien antitéticas. Por una parte, la *police des grains* del París del siglo XVIII, no por azar identificada por el propio Foucault como expresión paradigmática de las técnicas disciplinarias de gobierno (Foucault, 2004a: 46, 351 s.) o, dicho de otro modo, de un momento álgido de la intervención estatal en la vida económica¹⁴. Por otra, el *Chicago Board of Trade*, uno de los mercados de deri-

¹⁴ En este punto, el autor desarrolla su labor investigadora de forma consonante con lo que era habitual también en Foucault: mediante el estudio de materiales

de literatura gris, en este caso las actas de mediados del siglo XVIII de la cámara de policía de Paris-Châtelet, custodiadas en los *Archives Nationales* franceses.

vados financieros de mayor relevancia global. La conclusión de estos análisis no puede ser más rotunda: ni la *police des grains* constituía verdaderamente una realidad socioeconómica tan colonizada por el intervencionismo institucional, ni cabe ver en absoluto al *Chicago Board of Trade* como escenario de expresión del funcionamiento de un mercado libre, toda vez que tanto dicha sede, como el conjunto de los mercados financieros, sustentan su operatividad en una miríada de normas reguladoras de su funcionamiento (pp. 25, 146, 152 ss., 241 s.). De este proceso de análisis, el autor deriva dos consecuencias de gran relevancia para el estudio de la relación entre neoliberalismo y expansionismo punitivo. En primer lugar, hablar de “mercado libre” como criterio de funcionamiento económico caracterizado fundamentalmente por el abstencionismo estatal es en gran medida una falacia. La invocación de dicho constructo retórico sirve, en cambio, para *naturalizar*, e intentar marginar del debate político, unos modos de regulación económica que conducen a una distribución de la riqueza con graves efectos en materia de desigualdad (pp. 32, 48, 191, 242). En segundo lugar, no es menos falaz fundamentar el neoliberalismo en una contracción del protagonismo del Estado en el gobierno de la vida colectiva: la etapa histórica neoliberal no ha generado tal proceso, sino una reubicación del papel de regulación estatal de la vida económica y un incremento formidable de su intervención en materia de control y de castigo (p. 207)¹⁵.

El detenido análisis de los fundamentos y de la evolución del AED permite al autor resaltar, de forma muy oportuna, un extremo que en

una aproximación a dicha escuela teórica no debería ser obviado; a saber, frente a la imagen hoy prevalente de la vertiente legal de la *Escuela de Chicago*, y a las consecuencias de sus planteamientos, no cabe perder de vista que al menos sus primeras elaboraciones, debidas a Becker (Becker, 1968: 169 ss.), presentaban un sesgo progresista (pp. 39 s., 133 s.)¹⁶. No en vano, como destaca Harcourt, algunos de los planteamientos del AED surgen, en su momento de enunciación a fines de los años '60, como alternativa a los excesos clínicos de la ideología rehabilitadora, y a las ideas penales neoconservadoras que posteriormente se fueron afirmando. Esa valoración política (criminal) debe ser aplicada, cuando menos, al empleo por parte del AED del criterio de la elección racional como determinante del comportamiento delictivo, lo que impide diferenciar entre sujetos criminales y no criminales, y a la consideración de que desde una perspectiva utilitarista lo que procede no es luchar contra el delito *in totum*, sino sólo concentrar la respuesta punitiva en relación con aquellos hechos cuya confrontación genere a la colectividad menores costes que soportar los efectos de tales ilícitos.

La primera de esas ideas no es completamente novedosa. Diversas orientaciones de pensamiento penal han negado —o han desatendido— la existencia de rasgos diferenciales entre los *sujetos criminales* y los *no criminales*; a modo de referencia puede pensarse en Beccaria o en las construcciones de la Escuela Clásica de Derecho penal. No obstante, el actual es un momento idóneo para retomar esta consideración, evitando de este modo los errores teóricos y los excesos prác-

¹⁵ Vid. también en este sentido Anitua, 2005: 484; Bauman, 2004: 156; Ericson, 2007: 154; Foucault, 2004b: 123 ss., 137 ss.; O'Malley, 2006: 75 s.; Wacquant, 2004: 26 s., 61 ss., 169, 175; Western, 2006: xi; Zedner, 2009: 52.

¹⁶ Como recuerda Harcourt, estas consideraciones determinaron la admiración del propio Foucault por el trabajo de Becker (vid. Foucault, 2004b: 255 s.).

ticos de buena parte de la Criminología etiológica y de ciertos métodos de intervención de la ideología resocializadora, incluidos los aspectos más pobres del modelo progresivo de nuestros sistemas penitenciarios.

La segunda de las ideas anteriormente mencionadas, relativa a los límites del sistema penal sustentados en el utilitarismo, no puede ser más pertinente. Si la selectividad es una constante inveterada del funcionamiento del sistema penal, sólo cabe entender que en una etapa histórica en la que un ámbito punitivo en expansión se confronta con la preocupación colectiva por los límites del gasto público, esa selectividad experimenta una fase de intensificación. Precisamente por ello, es recomendable que, en un ejercicio de realismo, se asuma de forma colectiva que no es posible combatir el delito en su conjunto, lo que, por cierto, podría conducir indirectamente a un saludable proceso de descriminalización. Más aún, ante los evidentes límites materiales del expansionismo penal, y ante los riesgos de una selectividad creciente, es perentorio hallar criterios normativos que orienten la labor político-criminal. Uno de ellos, especialmente sugerente, es la idea utilitarista de costes y beneficios sociales que emplea el AED, como parámetro básico de razonamiento político-criminal¹⁷.

Si el texto de Harcourt resulta especialmente feliz en el momento en que recuerda estos extremos, no lo es menos cuando se enfrenta al interrogante de por qué una orientación de pensamiento que contenía tales potencialidades acabó constituyendo el sustrato teórico del giro punitivista estadounidense. La respuesta es de gran lucidez: porque no fue consecuente con dichos planteamientos; dicho de forma más

concreta, porque prefirió aceptar como una realidad dada la definición legal de los delitos, y no desarrolló su postulado de estudiar qué debe ser criminalizado (ya en el propio plano de creación legislativa) a partir de las consideraciones utilitaristas (pp. 135 ss.). Es posible que en este punto quepa ubicar una decepción mayor en relación con el AED, toda vez que, como se ha apuntado, hoy es más necesario que nunca recuperar criterios de utilidad y bienestar social frente a una hipertrofia del sistema penal inmune a otros límites. Es posible que el tiempo presente sea especialmente sensible a las epistemologías utilitaristas. Por ello, hablando en términos dogmáticos, si la expansión penal no ha podido ser evitada desde las consideraciones de proporcionalidad y de merecimiento de pena, es procedente concentrarse en el presente en la necesidad de pena. Y en ese ámbito las consideraciones utilitaristas del AED pueden ser una orientación oportuna para el desarrollo del análisis.

Después de recorrer la genealogía de la relación entre neoliberalismo, *Escuela de Chicago*-AED y sistema penal, Harcourt dedica los dos capítulos finales del libro a aproximarse a la situación presente del ámbito punitivo, con especial –pero no exclusiva– atención a EE.UU. Por una parte, el autor introduce de forma somera (en el capítulo 9) los preocupantes datos del expansionismo punitivo estadounidense, e indaga en qué medida el neoliberalismo ha constituido una condición básica de posibilidad de este fenómeno. En ese punto Harcourt establece un interesante paralelismo entre la situación de la etapa presente y la que se produjo en la fase de la Historia estadounidense conocida como *Market Revolution* (de 1820 a la guerra

¹⁷ Esto no supone necesariamente acoger las evaluaciones de costes y beneficios sociales en materia delictiva que realiza la literatura hegemónica del AED, lecturas en las cuales se suele infravalorar los costes

sociales derivados de la aplicación del sistema penal. Sobre ello, vid. Lacey, (2008: 186); Tonry, (2004: 191 ss.); Wacquant, (2004: 186 s.); Western, (2006: 128).

de secesión), no por azar un período en el que también convivieron una política económica que afirmó el abstencionismo estatal y la consolidación del sistema penitenciario (pp. 208 ss.).

En segundo lugar, el autor dedica el décimo y último capítulo a analizar la relevancia que ha podido tener en el nexo entre neoliberalismo y sistema penal la creación de un sector mercantil en el ámbito penitenciario, expresado fundamentalmente mediante el negocio de las prisiones privadas (pp. 235 ss.)¹⁸. Junto a ello, este capítulo final aborda dos cuestiones que el autor entiende que, en principio, podrían poner en cuestión su tesis de la relación entre pensamiento neoliberal y crecimiento del sistema penal. Por una parte, se detiene en el hecho de que el desmesurado incremento de la población penitenciaria en EE.UU. ha sido en gran medida debido a la orientación político-criminal conocida como Guerra contra las drogas (*War on Drugs*), mientras que los autores de la *Escuela de Chicago* han preconizado en diversas ocasiones la descriminalización de ese mercado ilegal (pp. 231 ss.).

Sin restar un ápice de interés a esta cuestión, se intuye aún más relevante el otro interrogante que el autor aborda en este capítulo conclusivo, a saber: si en otros países se ha implementado una política económica neoliberal semejante a la estadounidense, ¿por qué no se ha producido una expansión penal como la conocida en el caso norteamericano? Harcourt afronta en este momento una cuestión básica del debate político-criminal y criminológico actual, pero que seguramente no le corresponde responder a él, sino en todo

caso a penalistas de otras latitudes. Nuestras investigaciones son las que deben resolver la duda de si lo sucedido en EE.UU. en las últimas décadas es el inmediato porvenir de otros sistemas penales.

En la medida en que no le corresponde, Harcourt no responde detenidamente a esa pregunta, pero apunta dos consideraciones muy oportunas (pp. 225 ss.). En primer lugar, es cierto que otros sistemas penales –v.gr., los europeos– no han conocido una evolución comparable al estadounidense, pero no lo es menos que su pasado reciente es de claro expansionismo, lo que se manifiesta tanto en el crecimiento generalizado de las poblaciones penitenciarias cuanto en las reformas penales aprobadas, o en la progresiva normalización de nuevos dispositivos de control ciudadano. En segundo lugar, el autor destaca que en este proceso ha tenido influencia el neoliberalismo, pero también que su incidencia no es comparable al caso estadounidense, toda vez que las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales en las que se afirma el neoliberalismo en Europa (antes de nada, la profundidad del *Estado del Bienestar*) son claramente disímiles en relación con el contexto estadounidense. Ambas consideraciones son de la máxima pertinencia para el caso español. En efecto, sin llegar a la magnitud del fenómeno norteamericano, también aquí se ha producido una formidable expansión del sistema penal, en la medida en que, a modo de referencia, la población penitenciaria española se ha multiplicado, en términos absolutos, por 3,5 en el curso de los últimos 25 años¹⁹.

¹⁸ En este punto, el autor no renuncia a insinuar (Harcourt, 2011: 202, 238) que la actual etapa de crisis económica puede imponer un freno al expansionismo penal estadounidense, como parecen evidenciar las últimas estadísticas disponibles, y como ya han apuntado otros autores (a modo de referencia, vid. Frampton/López/Simon, 2008).

¹⁹ De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística y de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, a 31/XII/1985 había en las prisiones españolas 22802 reclusos, lo que suponía una tasa de 59,2 por cada 100000 habitantes. A 31/XII/2010 el sistema penitenciario español recluía, tras el primer descenso en una década, a 74510 personas o, dicho en términos relativos, 158 reclusos por cada 100000 habitantes.

Es precisamente ésta la etapa histórica en la que se produce una transformación de gran profundidad del sistema económico español, en la que la reconversión industrial y la notabilísima financiarización del régimen de acumulación han conducido a la consolidación de importantes segmentos de población en riesgo de exclusión social, clientela prioritaria del sistema penal. El heroinómano en los años '80 y comienzos de los '90, y el migrante irregular en la pasada década, son los sujetos sociales icono de esa evolución histórica.

The Illusion of Free Markets concluye con una frase de gran potencia semiótica: “*No será posible quebrar el dominio de un sistema penitenciario excesivamente punitivo si no nos liberamos antes del lenguaje de los mercados ‘libres’*” (p. 242). En efecto, el texto logra mostrar la responsabilidad del pensamiento y las prácticas neoliberales en la normalización de los excesos estatales en materia de castigo (pp. 40 ss., 196 ss.). No obstante, no es posible ver en ello una explicación unidimensional ni omnicompreensiva; es más que probable que Harcourt no lo pretende. En efecto, a la hora de escribir la Historia de esta singular etapa de evolución de los sistemas penales (de EE.UU., pero también de otros países occidentales), no cabe sino ver que las políticas neoliberales en materia punitiva no ocupan sino una parte del argumento. Como ha apuntado entre otros Garland²⁰, junto a ellas –y, frecuentemente en tensión con ellas– han contribuido al momento presente orientaciones político-criminales neoconservadoras. Tendencias que, como

si de una recuperación de las clásicas ideas durkheimianas se tratase (Durkheim, 1981: 64 ss.), han pretendido la recuperación de la cohesión social y de la legitimidad institucional, han construido nuevos enemigos colectivos, y han perseguido mediante el castigo la recuperación de ciertas orientaciones morales, todo ello en una etapa de profundas transformaciones e incertidumbres. Esta fase de políticas penales neoconservadoras, que –como recuerda de forma sugerente Melossi (Melossi, 2006: 115 s.)– reaparece de forma periódica a lo largo de la Historia, es fácilmente perceptible tanto en EE.UU. (véase, v. gr., la presidencia de Reagan²¹) como –con los correspondientes matices– en diferentes países europeos. Y es evidente que la influencia política, pero también social y cultural, del neoconservadurismo ha contribuido sobremanera al (des)orden penal presente.

De esa segunda parte de la historia ya se han ocupado con cierto detenimiento Wacquant, Simon o Garland (Garland, 2005; Simon, 2007; Wacquant, 2004.), por citar autores que el propio Harcourt menciona. No era éste el objeto de estudio del libro del profesor de Chicago. No obstante, ello no pone en absoluto en cuestión la trascendencia analítica del texto. Del mismo modo que ya no es posible hablar de actuarialismo punitivo sin tener en cuenta *Against Prediction*, en adelante no cabe analizar la influencia del AED o del pensamiento neoliberal sobre el sistema penal sin remitirse a la extraordinaria contribución de *The Illusion of Free Markets*.

²⁰ Cfr. Garland, 2005: 59, 228 ss., 300 s., 310 ss. Vid., asimismo, Melossi, 2002: 220, 223, 227 s.; O'Malley, 2006: 154 ss., 185 s., 193 ss., 225 s., 249 s.; 2010: 32.

²¹ Harcourt se refiere también a estas cuestiones de la evolución política estadounidense en las pp. 203 ss. de su libro.

Bibliografía

- Anitua, G.I.** (2005). *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires.
- Bauman, Z.** (2004). *La Globalización*, 2ª ed., FCE, México.
- Becker, G.** (1968). "Crime and Punishment: an Economic Approach", en *The Journal of Political Economy*, n° 76, pp. 169-217.
- Beckett, K.** (1997). *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics*, Oxford Univ. Press, New York.
- Durkheim, E.** (1981). *Les règles de la méthode sociologique*, 20ª ed., Quadrige/PUF, Paris.
- Ericson, R.** (2007). *Crime in an Insecure World*, Polity, Cambridge.
- Feeley, M. y Simon, J.** (1992). "The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Correction and its Implications", en *Criminology*, n° 4/1992, pp. 449-474.
- (1994). "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law", en
- Nelken, D.** (ED.). *The Futures of Criminology*, Sage, London, pp. 173-201
- Floud, J. y Young, W.** (1981). *Dangerousness and Criminal Justice*, Heinemann, London.
- Floud, J.** (1982). "Dangerousness and Criminal Justice", en *British Journal of Criminology*, 1982/3, pp. 213-228.
- Foucault, M.** (2004a). *Sécurité, Territoire, Population*, Seuil/Gallimard, Paris.
- (2004b). *Naissance de la biopolitique*, Seuil/Gallimard, Paris.
- Frampton, M.L.; López I.H. y Simon, J.** (EDS.) (2008). *After the War on Crime*, New York University Press, New York.
- Garland, D.** (2005). *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona.
- De Giorgi, A.** (2000). *Zero Tolleranza*, DeriveApprodi, Roma.
- (2002). *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Ombre corte, Verona.
- Greenwood, P.W.** (1982). *Selective Incapacitation*, Rand Corp., Santa Monica.
- Harcourt, B.E.** (2001). *Illusion of Order. The False Promise of Broken-Windows Policing*, Harvard Univ. Press, Cambridge.
- (2003). *Guns, Crime, and Punishment in America*, New York Univ. Press, New York.
- (2005). *Language of the Gun. Youth, Crime, and Public Policy*, Univ. of Chicago Press, Chicago.
- (2007a). *Against Prediction*, Univ. of Chicago Press, Chicago.
- (2007b). "Sulla svolta attuariale in criminologia", en *Conflitti Globali*, n° 5, pp. 87-102.
- (2009). "Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (Una polémica y un manifiesto para el siglo XXI)", en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, n° 13, pp. 335-361.
- (2010). "El camino hacia el *profiling* racial está pavimentado con migrantes", en Palidda, S./Brandariz García, J. A. (Dirs.) *Criminalización racista de los migrantes en Europa*, Comares, Granada, pp. 161-187.
- (2011). *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order*, Harvard Univ. Press, Cambridge.
- Harris, D.A.** (2006). "U.S. experiences with racial and ethnic profiling: history, current issues, and the future", en *Critical Criminology*, n° 14, pp. 213-239.
- Lacey, N.** (2008). *The prisoner's dilemma: Political economy and punishment in contemporary democracies*, Cambridge Univ. Press, Cambridge.
- Melossi, D.** (2002). *Stato, controllo sociale, devianza*, Bruno Mondadori, Milano.
- (2006). "Teoría social y cambios en las representaciones del delito", en
- Sozzo, M.** (COORD.). *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-hoc, Buenos Aires, pp. 115-156.
- Monclús Masó, M.** (2008). *La gestión penal de la inmigración*, Del Puerto, Buenos Aires.

- Mucchielli, L.** (2008). “Faire du chiffre: le “nouveau management de la sécurité», en Mucchielli, L.(DIR.), *La frénésie sécuritaire*, La Découverte, Paris, pp. 99-112.
- O’Malley, P.** (2006). *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- (2010). *Crime and Risk*, Sage, London.
- Re, L.** (2006). *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*, Laterza, Bari.
- Sainati, G./Scalchi, U.** (2007). *La décadence sécuritaire*, La Fabrique, Paris.
- Santoro, E.** (2004). *Carcere e società liberale*, 2^a ed., Giappichelli, Torino.
- Simon, J.** (2007). *Governing through Crime*, Oxford Univ. Press, New York.
- Tonry, M.** (2004). *Thinking about Crime*, Oxford Univ. Press, New York.
- Wuacquant, L.** (2004). *Punir les pauvres*, Agone, Marseille.
- Western, B.** (2006). *Punishment and Inequality in America*, Russell Sage Foundation, New York.
- Zedner, L.** (2009). *Security*, Routledge, London.