

# Penalidad y Estado Penal\*

## *Penalty and the penal state*

Recibido: 15/03/2016

Aceptado: 15/04/2016

### *David Garland*

Universidad de Nueva York, Estados Unidos  
david.garland@nyu.edu

#### Resumen

La sociología del castigo desarrolló una profunda comprensión de las fuerzas sociales e históricas que transformaron la penalidad estadounidense durante los últimos 40 años. Si bien estas fuerzas sociales no son únicas de los Estados Unidos, su impacto penal allí ha sido mayor en relación a otras naciones comparables. Para dar cuenta de esta cuestión, sugiero que en el futuro la investigación social debería prestar atención más de cerca a la estructura y operación del estado penal. Voy a empezar distinguiendo la penalidad (el campo penal) del estado penal (las instituciones gobernantes que dirigen y controlan el campo penal). Luego presentaré una conceptualización preliminar del “estado penal” y discutiré, de manera más general, la relación entre el estado penal y el estado estadounidense.

#### *Palabras clave*

Sociología del castigo, penalidad, estado penal, encarcelamiento masivo, penología comparativa

#### Abstract

The sociology of punishment has developed a rich understanding of the social and historical forces that have transformed American penalty during the last 40 years. But whereas these social forces are not unique to the United States, their penal impact there has been disproportionately large, relative to comparable nations. To address this issue, I suggest that future research should attend more closely to the structure and operation of the penal state. I begin by distinguishing penalty (the penal field) from the penal state (the governing institutions that direct and control the penal field). I then present a preliminary conceptualization of “the penal state” and discuss the relationship between the penal state and the American state more generally.

#### *Keywords*

Sociology of punishment, penalty, penal state, mass incarceration, comparative penology

\* Publicado originalmente en *Criminology*, vol. 51, n°3, agosto de 2013. Traducción del inglés de Federico Abiuso (Universidad de Buenos Aires) y Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral).

Es un gran honor recibir el premio Edwin H. Sutherland por parte de la Sociedad Estadounidense de Criminología, particularmente para alguien que no es nativo de los Estados Unidos y que sigue siendo, en muchas maneras, un criminólogo británico. Estoy muy agradecido al Comité del Premio Sutherland, al presidente de la Sociedad Estadounidense de Criminología Rob Sampson, y a sus miembros, por honrar mi trabajo de esta manera.

Mi investigación (y la de muchos de mis colegas) está dirigida al estudio sociológico del castigo y del control penal, en el campo que es usualmente conocido como “sociología del castigo” o “castigo y sociedad”. La importancia de este trabajo ha crecido durante las últimas tres décadas, en función de que los desarrollos en la realidad desplazaron al sistema penal al centro de la vida social y política. Y la investigación en torno a “castigo y sociedad” ha hecho, durante el mismo período, un progreso intelectual considerable, haciéndose más sistemática en sus métodos, más consistente en sus usos de datos, impulsando más y mejor teoría en sus abordajes y nutriéndose de una concepción cada vez más histórica y comparativa. Pero en lugar de celebrar lo que hemos logrado hasta ahora, querría usar esta conferencia como una ocasión para mirar hacia delante y considerar cómo debería avanzar de la mejor manera la siguiente fase de investigación y teorización. A pesar de todos sus progresos recientes, la sociología del castigo permanece como una especialidad relativamente joven con mucho trabajo todavía por hacer. Mi intención aquí es identificar algunas líneas de indagación que sean propicias para su desarrollo, con la esperanza de que esto pueda alentar a otros a entrar al campo y enfrentar estos desafíos.

El campo de estudios sobre “castigo y sociedad” aborda un amplio rango de temáticas teóricas, empíricas y políticas, y es decididamente internacional e interdisciplinario en su carácter<sup>1</sup>. Pero en años recientes, y para muchos académicos, el esfuerzo de explicar la extensión, la intensidad y la naturaleza distintiva de la penalidad en los Estados Unidos contemporáneos estuvo en el centro de la agenda de investigación. Es este tópico –la penalidad estadounidense contemporánea– el que querría considerar aquí<sup>2</sup>. Voy a proceder a proponer tres desplazamientos de énfasis en nuestras prioridades de investigación que pueden resumirse de la siguiente manera: en la búsqueda de explicar la penalidad, deberíamos: 1) atender más de cerca la estructura y operación

---

1 Para una muestra de esta producción intelectual, ver la revista *Punishment and Society: The International Journal of Penology* y el reciente *SAGE Handbook of Punishment and Society* (Simon y Sparks, 2012).

2 “Penalidad” ha llegado a ser el término estándar utilizado para referirse al objeto de la sociología del castigo. Se refiere al conjunto del complejo penal, incluyendo sus leyes, sanciones, instituciones, prácticas y discursos, símbolos, rituales y resultados. Como un término genérico, elude positivamente las connotaciones de términos tales como “sistema penal” (que tiende a subrayar las prácticas institucionales pero no sus representaciones, y supone una sistematicidad que a menudo está ausente) o bien “castigo” (que sugiere que el fenómeno en cuestión es primordialmente “retributivo” o “punitivo” en su carácter y, por ende, tergiversa las medidas penales que están orientadas a otras metas tales como el control, la corrección, la compensación, etc.). Ver Garland (1985: x).

del estado penal, 2) observar a la política penal en el contexto del entorno cotidiano en el cual la penalidad opera, antes que como un dominio político independiente, y 3) desarrollar estudios comparativos de mayor profundidad, enfocados en unas cuantas jurisdicciones seleccionadas por su relevancia teórica.

### **La penalidad estadounidense**

Las características principales del sistema penal estadounidense son ahora bien conocidos, incluso para los no especialistas, pero déjenme mencionar cinco de sus perfiles más distintivos.

En primer lugar, hay una persistencia de la pena de muerte en los Estados Unidos en un momento en que otras democracias liberales del mundo occidental abandonaron su uso. El contraste entre Estados Unidos y otros países occidentales fue más marcado entre los años 1976 y 1988 cuando la abolición total se convirtió en el estandarte en otros lugares; mientras que en los Estados Unidos las leyes imponiendo la pena capital proliferaron, la constitucionalidad del castigo fue afirmada y las ejecuciones se volvieron más frecuentes. En el periodo transcurrido entre el 2000 y 2013, las sentencias a pena de muerte y sus ejecuciones pasaron de ser más de 300 sentencias y cerca de 100 ejecuciones por año a menos de 100 sentencias y 50 ejecuciones. En el mismo periodo, el número de estados de los Estados Unidos donde existe la pena de muerte se ha reducido de 38 a 33. Pero el hecho de que Estados Unidos aún conserve la pena de muerte sorprendentemente contrasta con el abolicionismo de los países comparables.

En un sistema de justicia penal que persigue decenas de millones de ofensores cada año, la pena de muerte afecta directamente ahora a un pequeño número de ofensores y su persistencia es más indicativa de desarrollos contingentes del derecho constitucional y de las políticas raciales y regionales, antes que de una utilidad funcional como modo de control penal a nivel nacional. Para investigadores que se especializan en el estudio de la pena de muerte y para algunos no especialistas que siguen los temas actuales, la permanencia de la pena de muerte es una de las características más distintivas de la actual penalidad estadounidense.

En segundo lugar, durante los últimos cuarenta años, Estados Unidos desarrolló una tasa de encarcelamiento que es enormemente alta respecto de las tasas previas, mucho más elevada que la de países comparables y probablemente la más alta de cualquier nación en la historia mundial. El número total de detenidos en un día promedio es aproximadamente de 2.3 millones de prisioneros, con 1.504.000 detenidos en prisiones estatales o federales y 736,000 en cárceles de las ciudades y condados. Expresado como una tasa per cápita de la población general, representa 720 por 100000. Tal tasa es seis veces más grande que su equivalente canadiense (114 por 100000) y de cinco a diez veces más alta que la de algunos países europeos, las cuales varían de 60

cada 100,000 en Finlandia a 150 por 100,000 en Inglaterra y Gales. Actualmente, la tasa de encarcelamiento estadounidense es más del cuádruple de la de 1970<sup>3</sup>.

Una tercera característica es el sesgo racial de las prisiones y cárceles estadounidenses, un fenómeno que hace eco de las disparidades raciales que afectan desde hace mucho tiempo la imposición de la pena de muerte. Hoy en día en Estados Unidos, 42 por ciento de los presos son negros, 15 por ciento son hispanicos, 40 por ciento son blancos, y 3 por ciento son clasificados como “otros”. Esta mixtura étnica es marcadamente diferente de aquella que prevaleció en gran parte del siglo XX. Antes de la década de 1960, se estima que los afro-americanos oscilaban entre el 20 y el 30 por ciento de los prisioneros de las cárceles estatales y federales, incluso constituían un porcentaje aún más pequeño en el siglo XIX. La proporción de presos negros muestra un aumento considerable recién después de 1975. La principal causa de este desplazamiento demográfico en la población encarcelada parecería haber sido la “guerra contra las drogas”, aunque también jugaron un rol importante la mayor severidad en las penas para los delitos violentos y para la reincidencia<sup>4</sup>.

Con respecto al delito violento, las tasas de encarcelamiento reproducen aproximativamente los patrones raciales de participación delictiva y aproximadamente el 50 por ciento de los presos estatales están cumpliendo sentencias por ofensas violentas. Pero en relación a las sentencias de los delitos relacionados con las drogas –que se estima que producen alrededor del 20 por ciento de la población encarcelada en prisiones estatales y cerca del 50 por ciento de los presos federales–, los afro-americanos son encarcelados en una tasa ocho veces mayor que los blancos, a pesar de la evidencia de que ambos grupos participan aproximadamente de las misma medida en los delitos relacionados con las drogas. La guerra contra las drogas no es la única causa del “encarcelamiento masivo”, pero es la principal causa de sus desigualdades raciales<sup>5</sup>.

En cuarto lugar, el uso extensivo del encarcelamiento que hace Estados Unidos se encuentra acompañado por el uso igualmente extensivo de la probation y de la libertad condicional. La primera es una sentencia de supervisión impuesta como una alternativa a la detención; la segunda es una forma de supervisión penal para presos a quienes se les otorgó una temprana liberación condicional de la prisión. Para el año 2011,

3 Ver <http://www.sentencingproject.org/map/map.cfm>, International Centre for Prison Studies (2007), World Prison Brief: [http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb\\_stats.php?area=europe&category=wb\\_poprate](http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_stats.php?area=europe&category=wb_poprate).

4 Ver Mauer (2006) y Garland (2010). Los datos sobre los presos antes de 1990 agrupaban a los presos blancos e hispanicos juntos. Sólo después de esa fecha tenemos datos separados para las tres categorías demográficas.

5 Ver Stuntz (2011), Forman (2012), Alexander (2010), Western (2006) y Mauer (2006). El encarcelamiento masivo es definido como “una tasa de encarcelamiento que está considerablemente por encima de la norma histórica y comparativa de sociedades de este tipo” y que “deja de ser el encarcelamiento de individuos delincuentes y se convierte en el encarcelamiento sistemático de grupos enteros de la población” (Garland, 2001a: 1). Los demógrafos estiman que más del 60% de los hombres negros que no han completado la educación secundaria van a ser encarcelados en algún momento de su vida. El encarcelamiento es entonces para ese grupo un evento normal del curso de vida (Western, 2006).

4.8 millones de personas se encontraban cumpliendo sentencias de supervisión penal, con 3.9 millones en probation y 853000 en libertad condicional. Contando estos ofensores junto con aquellos que se encuentran detenidos, la “población correccional” de Estados Unidos en cualquier día determinado es aproximadamente de 7 millones de personas, o 1 cada 32 adultos. Y mientras que en otros países, y en periodos anteriores de la historia estadounidense, la probation y la libertad condicional apuntaban a promover la rehabilitación y la reinserción (o como se conoce ahora, “reintegración”), actualmente se orientan hacia la vigilancia y la gestión del riesgo. El incumplimiento de las condiciones de la libertad condicional se convirtió en una razón principal para el encarcelamiento y en estados tales como California, la mayor cantidad de personas ingresan a los centros de detención por este motivo<sup>6</sup>.

La última característica de la penalidad estadounidense que querría mencionar se relaciona con las descalificaciones e impedimentos que siguen a la condena por un delito. En todas las sociedades, el estigma de la condena penal y de las sentencias de encarcelamiento crea dificultades para los ex - ofensores cuando tratan de conseguir empleo, encontrar vivienda, formar relaciones o reasentarse en el mundo exterior. Pero en los Estados Unidos, estas consecuencias sociales de facto de la condena son exacerbadas por un conjunto de consecuencias jurídicas o legales que extienden e intensifican la sanción en múltiples maneras. La privación del derecho a votar, ya sea temporaria o permanente; la inhabilitación respecto de la función pública y de la participación como jurado; la inhabilitación para los subsidios federales de vivienda, para las prestaciones en materia de educación y asistencia social; la responsabilidad por los costos judiciales y penitenciarios; la exclusión con respecto a varias ocupaciones con licencia; el destierro de áreas urbanas específicas; y cuando el ofensor no es ciudadano, la expulsión; todas ellas son concomitantes de una condena penal para millones de individuos (Alexander, 2010; Becker y Herbert, 2011; Forman, 2012; Harris, Evans y Becket, 2010; Manza y Uggen, 2006; Wildeman, 2013). Lo que Jacobs (2006) define como el “curriculum vitae negativo” de un antecedente penal en Estados Unidos parecería ser más público, permanente y grave que lo que es en otros países, con el resultado de que los potenciales empleadores, propietarios y otros están autorizados legalmente a discriminar a un individuo sobre la base de sus condenas anteriores, o a partir de sus arrestos previos, incluso cuando estos fueron por delitos menores u ofensas que ocurrieron hace mucho tiempo.

Cada uno de estas características de la práctica penal es controversial y una extensa literatura normativa considera si son eficientes, políticamente legítimos o constitucionalmente válidos. Pero también se plantean preguntas explicativas para la sociología del castigo y son ellas las que quiero considerar aquí. Primero, el problema de la explicación histórica y comparativa: ¿por qué la penalidad estadounidense se expandió tan rápido y por qué se encuentra tan fuera de línea respecto a otros países com-

6 Ver <http://www.sentencingproject.org/map/map.cfm>; Simon (1990), Feeley y Simon (1992) y Gratter et al. (2009).

parables? Segundo, una cuestión acerca de la relación entre tipos de castigo y tipos de sociedad. Como un hecho histórico, las sociedades que impusieron castigos en una escala masiva han sido generalmente sociedades iliberales y antidemocráticas, gobernadas por estados absolutistas o autoritarios. Teóricos tan diferentes como Montesquieu (1762), Durkheim (1983[1902]) y Foucault (1977) han hecho afirmaciones generales en la dirección de que los castigos severos, desplegados ampliamente, son característicos del absolutismo y de sus poderes soberanos, no de naciones liberales o democráticas. Sobre este trasfondo, la distintiva combinación estadounidense de democracia liberal e intensidad penal parece anómala y plantea un problema explicativo de gran importancia<sup>7</sup>.

### Explicando el cambio penal estadounidense

La expansión e intensificación de la penalidad estadounidense luego de 1973 ha generado una extensa literatura académica que busca describir y explicar este considerable desarrollo histórico<sup>8</sup>. A pesar de los diferentes énfasis, las narrativas históricas presentadas se solapan en numerosas cuestiones, cada una de ellas apuntando a alguna o al conjunto de los siguientes elementos: un giro a la derecha en el electorado estadounidense, un retroceso respecto a los derechos civiles, una creciente preocupación pública acerca de la delincuencia y el desorden, la fusión forjada entre las cuestiones de delito y raza por la estrategia sureña del Partido Republicano, el ascenso de las políticas de “ley y orden” y la movilización del apoyo político atravesando los partidos para promover medidas de endurecimiento con respecto al delito. Pero a pesar de esta convergencia narrativa, los marcos interpretativos y las explicaciones históricas que proponen estos enfoques enfatizan diferentes procesos causales, con el efecto de que la explicación del boom penitenciario estadounidense se ha convertido en un punto de debate en la sociología del castigo. Consideremos los siguientes enfoques, cada una de las cuales ha sido influyente y ha subrayado un proceso causal diferente<sup>9</sup>.

Mi propio libro, *La cultura del control* (Garland, 2001b), argumenta que las transformaciones ocasionadas en la ecología social por el crecimiento económico, la emancipación social y el capitalismo consumista en las décadas de la post-guerra llevaron a

7 Recuperando a Tocqueville, cuyo diagnóstico de la democracia norteamericana apunta a la “tiranía de la mayoría” como su principal patología y también describió las nuevas penitenciarias norteamericanas como un ejemplo del despotismo más completo: “Mientras la sociedad de los Estados Unidos da el ejemplo de la más extendida libertad, las prisiones del mismo país ofrecen el espectáculo del despotismo más completo” (Beaumont, de Tocqueville, y Lieber, 1979: 79). Para una discusión, ver Boesche (1980).

8 Ver Wildeman (2013) para una bibliografía crítica. Ver también Beckett (1999), Ruth y Reitz (2006) y Flamm (2007).

9 Seleccione estos cuatro porque ellos yuxtaponen distintos procesos causales, fundados en la cultura, la política, la economía y la raza. Existen otros estudios que son igualmente importantes o influyentes.

la emergencia de “sociedades con altas tasas de delito” en Estados Unidos y, en menor medida, en otros lugares. Traza cómo desde mediados de la década de 1970 en adelante, una serie de adaptaciones políticas y culturales a los nuevos riesgos sociales produjeron una “cultura de control” reaccionaria, con consecuencias para la política social y penal, así como para la conducta de la vida cotidiana. El declive del welfarismo penal, el ascenso del populismo penal, el giro hacia una justicia penal más adversa al riesgo, la expansión de la seguridad privada, y la emergencia del encarcelamiento masivo fueron todos concomitantes de esta transformación cultural.

Simon (2007) describió como las políticas de ley y orden se convirtieron en una opción atractiva para los funcionarios electos popularmente y especialmente para los gobernadores estatales, en una época en la cual los beneficios típicos del New Deal o de la “Gran Sociedad” ya no podían ser más distribuidos a los ciudadanos a cambio de apoyo político. Simon argumentó que el redescubierto atractivo de las políticas de “guerra contra el delito” y centradas en la víctima, impulsó a los políticos en búsqueda de votos, a usar el control del delito y sus retóricas y técnicas asociadas como un modelo para gobernar en áreas tan diversas como la educación, la vivienda, las relaciones laborales y familiares. Al interior de este enfoque, la penalidad estadounidense es el resultado de una estrategia política de “gobernar a través del delito”<sup>10</sup>.

Wacquant (2009b), por su parte, argumentó que el crecimiento de la prisión es un complemento de las políticas económicas neoliberales que han dominado las políticas estadounidenses desde los años setenta. De acuerdo a este enfoque, el sistema penitenciario se expandió para contener a una población excedente (compuesta en gran parte por jóvenes que provienen de grupos minoritarios) expulsada del mercado de trabajo por las políticas de libre-mercado y despojada del apoyo social, como consecuencia del retroceso del Estado welfarista keynesiano. En este contexto socioeconómico, la amenaza al encarcelamiento opera, junto a los beneficios magros y disciplinarios del “workfare”, como un desincentivo que presiona a los individuos a aceptar cualquier forma de trabajo poco atractiva y de baja remuneración. Como las Leyes de Pobres y con anterioridad, las casas de trabajo, el sistema de encarcelamiento actual opera como un accesorio del mercado laboral en la gestión de la “menor elegibilidad”<sup>11</sup>.

Finalmente, Alexander (2010) destacó que el encarcelamiento masivo, en conjunto con la privación del derecho a votar y con otras descalificaciones impuestas sobre los delincuentes, equivalieron a un nuevo sistema de castas de tipo racial que reduce a los varones negros pobres a una ciudadanía de segunda clase, excluyéndolos de los beneficios del empleo, de la vivienda y del gobierno, así como asegurando que una gran cantidad de ellos circulen constantemente a través de la prisión. Alexander argumenta

10 Ver Gottschalk (2006) para una consideración diferente que enfatiza el proceso político.

11 Western (2006) y De Giorgi (2006) también ofrecieron versiones de este argumento. El principio de “menor elegibilidad”, que se originó en 1834 en Inglaterra, en la Ley de Enmienda a la Ley de Pobres, establece que la situación del destinatario sano de la ayuda a los pobres “en su conjunto no se hará real ni aparentemente más elegible que la del trabajador independiente de la clase más baja”.

que este sistema –“el nuevo Jim Crow”– emergió luego del movimiento por los derechos civiles, como una manera de restituir a los negros a un status social subordinado. Debido a que los controles raciales fueron declarados ilegales por las reformas de los derechos civiles de los años 60 y están expresamente prohibidos en la actual cultura política “ciega a las diferencias de color”, el nuevo Jim Crow no está basado en la raza sino en la criminalidad. Pero la aplicación de la ley contemporánea y, sobre todo, la “guerra contra las drogas” son, insiste Alexander, verdaderamente *racializadas*, operando de maneras que apuntan a los jóvenes pobres de las minorías, garantizando que el encarcelamiento y sus inhabilitaciones excluyan a millones de afro-americanos de participar en la democracia estadounidense.

Como interpretaciones del escenario contemporáneo de la penalidad estadounidense, cada uno de estos enfoques tiene capacidad y plausibilidad. Y sus discrepancias acerca de las causas del cambio penal tienen ciertamente una importancia teórica (y quizás política), particularmente sus visiones contrastantes acerca de la importancia de las cambiantes tasas de delitos, violencia y victimización. Pero desde el punto de vista del campo como una totalidad, sus argumentos contrapuestos parecerían ser complementarios antes que mutuamente excluyentes y sus diferencias *inter se* una cuestión de énfasis más que de tipo. No hay duda que los teóricos van a continuar debatiendo acerca de las prioridades causales y del impacto relativo de estos diferentes procesos. Pero ante la disponibilidad de estos múltiples enfoques, analizar esta historia específica parecería ya no ser una cuestión tan urgente para la investigación social.

Hago esta sugerencia porque la penalidad estadounidense también impulsa preguntas *comparativas* que no han sido abordadas adecuadamente. Queremos saber por qué ocurrió la expansión penal en los Estados Unidos, pero también por qué fue mucho mayor que en otros países comparables. Desafortunadamente, la literatura producida en torno al crecimiento de la prisión estadounidense tiene poco para ofrecernos sobre este aspecto: las principales descripciones son ante todo de naturaleza histórica, y están fundamentalmente centradas en los Estados Unidos<sup>12</sup>.

Una vez que empezamos a pensar acerca de la reciente historia penal de Estados Unidos en términos comparativos, se hacen evidentes brechas significativas en nuestros relatos explicativos. Una indagación de los desarrollos sociales y penales en jurisdicciones no estadounidenses deja en claro que muchas de las fuerzas sociales que son identificadas como causas del cambio de la penalidad estadounidense, asimismo han actuado en otros países, aunque sin producir la escala y la intensidad de la expansión penal que ocurrió en Estados Unidos. El giro a la derecha en la política, la desacreditación del Estado de Bienestar, la reacción contra la permisividad de los años sesenta, las políticas de ley y orden, el populismo penal, las políticas de libre mercado,

12 Garland (200b) exploró los desarrollos norteamericanos junto a desarrollos paralelos en Gran Bretaña y Wacquant (2009a) hizo referencia al impacto penal de las políticas neoliberales en otros países. Pero ninguna de estas descripciones –ni aquellas de Simon (2007) y Alexander (2010)– son adecuadamente comparativas en alcance o en método.

el empleo precario, la reforma de la asistencia social, las hostilidades raciales y anti-inmigrantes, y el reforzamiento de los controles sociales y penales; todos estos procesos estuvieron presentes en otros lugares. Y en muchas ocasiones, estos desarrollos estuvieron asociados a políticas penales más severas y a elevadas tasas de encarcelamiento. Pero mientras otros países experimentaron desarrollos sociales similares a los de Estados Unidos y avanzaron hacia políticas penales más severas, pocos exhibieron algo siquiera parecido a la cuadruplicación de las tasas de encarcelamiento que se dio en Estados Unidos. Todos estos países continuaron imponiendo el encarcelamiento mucho menos que Estados Unidos<sup>13</sup>.

Los tipos de procesos sociales asociados al aumento del encarcelamiento estadounidense no son únicamente estadounidenses. Fuerzas similares han estado presentes en otros países aproximadamente durante el mismo período de tiempo, pero no produjeron la misma escala o intensidad del efecto penal que observamos en Estados Unidos. Incluso si queremos hipotetizar que estas fuerzas operan mucho más enérgicamente en Estados Unidos que en otros sitios –una afirmación que no es de ningún modo obvia–, parecería improbable que tal intensidad comparativa pudiera explicar un impacto penal que es entre cinco y diez veces más alto en Estados Unidos que en otros países.

Por lo tanto, podemos inferir que en Estados Unidos, en comparación con otros países, fuerzas sociales similares producen resultados penales similares, pero a una muy diferente escala e intensidad<sup>14</sup>. Y si este es el caso, entonces deberíamos enfocarnos más en los procesos específicos que “traducen” causas sociales en efectos penales, examinando cómo estos procesos de transmisión operan en diferentes jurisdicciones, ya sean como obstáculos, modificadores o multiplicadores. Mi sugerencia es que deberíamos desplazar nuestra atención –momentáneamente– más allá de las fuerzas sociales amplias que ejercen presión para el cambio penal y en su lugar, concentrarnos más estrechamente en los procesos institucionales que producen directamente efectos penales específicos. Deberíamos, en resumen, enfocarnos en el estado.

### **Causas próximas y profundas**

Cuando uno piensa comparativamente acerca de la penalidad estadounidense, no son los desarrollos sociales y políticos de la historia estadounidense reciente los que son muy característicos, sino su considerable traducción en leyes y prácticas penales,

13 Ver Hamai (2008), Pratt et al. (2005), Wacquant (2009a), Downes y van Swaaningen (2007) y Webster y Doob (2007). Acerca de los procesos racializados de aplicación de la ley y castigo en otros países, ver Wacquant (2009a) y Rudin (2008).

14 Garland (2001b) trazó el desarrollo de fuerzas sociales y políticas similares en Estados Unidos y en el Reino Unido, así como giros similares en la política y práctica penal, pero notó que los efectos penales eran de muy diferentes escalas e intensidad.

un proceso que ocurre en y a través de las instituciones estatales. Por lo tanto, en lugar de concentrarnos principalmente en las causas sociales, como la literatura lo ha hecho hasta ahora, deberíamos enfocarnos en las estructuras y procesos estatales y procurar analizar el Estado estadounidense en una perspectiva comparativa<sup>15</sup>.

El valor de una agenda de investigación comparativa enfocada en el estado se encuentra reforzado por otras dos consideraciones. La primera es la reciente investigación que se pregunta por qué la pena de muerte persiste en los Estados Unidos en un momento en que ha sido abolida en países occidentales que son comparables. Esta investigación es tanto comparativa como histórica. La variación entre estados a lo largo del tiempo al interior de Estados Unidos demuestra ser tan esclarecedora como las comparaciones históricas entre Estados Unidos y otros países. En *Una institución particular* (Garland, 2010), argumenté que la explicación para el uso continuado de la pena de muerte radica, por encima de todo, en el carácter distintivo del estado estadounidense y en el control radicalmente local, mayoritario y popular del poder de castigar. Lo que estoy proponiendo ahora es una indagación similar, comparativa y centrada en el estado, de las características distintivas de la penalidad estadounidense en términos generales.

La segunda consideración está relacionada con un sesgo sociológico que ha moldeado nuestros análisis causales. Hasta ahora, la literatura de “castigo y sociedad” se concentró en lo que se pueden llamar las causas “profundas”, los tipos de procesos culturales, políticos y económicos que discutí previamente. Pero estas son sólo la mitad de la historia. Deberíamos reconocer que las causas *próximas* de los patrones cambiantes del castigo no radican en los procesos *sociales*, sino en *procesos estatales y legales*: principalmente en los cambios legislativos en el derecho penal y en las acciones de actores que toman decisiones tales como fiscales, jueces, funcionarios de servicios de prisiones y de consejos de libertad condicional, en relación con estos cambios legales<sup>16</sup>.

Considerando la expansión de la población encarcelada y el aumento en las tasas de encarcelamiento, las causas más inmediatas son formas específicas de acción estatal: la definición del problema como uno que requiere un castigo mayor y una menor discrecionalidad en la tarea de sentenciar, la promulgación de las sentencias obligatorias y de mayores sanciones para delito relacionados con las drogas, las nuevas leyes sobre reincidencia (“three strikes and you are out”), cambios en los criterios de elegibilidad para la libertad condicional, guías para la imposición de condenas, las leyes de

---

15 Nuevamente, me baso aquí en el existente cúmulo de trabajo de otros autores. Por ejemplo, Lacey (2010: 102) planteó que la literatura que se “enfoca en las fuerzas estructurales...dirige su atención más allá de las variaciones de los marcos institucionales a partir de los cuales estas fuerzas están mediadas en diferentes países”. Ver también Whitman (2003) y Nelken (2010b). Para trabajos anteriores que se enfocaron en los procesos estatales, ver Savelsberg (1994, 1999), Barker (2009), Gottschalk (2006), Novak (2008), McLennan (2001, 2008), Wacquant (2009b) y Young (1986).

16 Politólogos como Marie Gottschalk (2006) y juristas como Nelken (2009) y Stuntz (2011), han estado más atentos a estos procesos.

“verdad en la sentencia”, el encarcelamiento de aquellos que violan la libertad condicional, y los más severos acuerdos en el marco de procedimientos abreviados, obtenidos por fiscales cuyos poderes han sido potenciados por la creciente severidad de las leyes penales<sup>17</sup>. Estos procesos estatales están causalmente determinados en modos que son evidentes, pero que tienden a ser pasados por alto en la preocupación por identificar los “principales impulsores” detrás del encarcelamiento masivo. La revolución posterior a la década de 1970 en las leyes penales llevó a que más ofensores sean enviados a la prisión, con sentencias más largas, con menores posibilidades de reducción del tiempo de encierro por buena conducta y con una mayor probabilidad de ser reencarcelados por el incumplimiento de la libertad condicional (Tonry, 1998).

La naturaleza precisa de estas medidas legales es crucial ya que pequeñas variaciones en los textos legales promulgados o en su aplicación pueden producir grandes variaciones en los efectos penales. Las leyes sobre reincidencia, de “three strikes and you are out” han sido aprobadas en docenas de estados, así como en el Código Penal Federal, pero la legislación de California, con su distintiva especificación de los delitos que provocan un incremento en las sentencias condenatorias –en conjunto con la práctica de los fiscales locales que utilizan esta ley–, resultó en miles de sentencias condenatorias aumentadas y grandes incrementos en la población carcelaria californiana (Zimring, Hawkins, y Kamin, 2001). Leyes similares en otros estados, con disposiciones levemente distintas y patrones diferentes de aplicación, derivaron en menor cantidad de tales sentencias condenatorias y en aumentos mucho más pequeños de la población encarcelada. Explicar por qué la población encarcelada en California es mayor que la de otros estados implica, de este modo y en primera instancia, dar cuenta de las diferencias legislativas y de los patrones de aplicación, antes que de identificar los factores sociales que presionan hacia la imposición de sentencias obligatorias y más severas. El valor de ocuparse de los procesos estatales está así demostrado por el trabajo comparativo a nivel macro sobre la pena de muerte, así como por las comparaciones más bien a nivel micro de las leyes relacionadas con la imposición de sentencias condenatorias.

### ¿Qué comparar y por qué?

Observar la penalidad estadounidense en una perspectiva comparativa es menos sencillo de lo que uno podría esperar. Existe, por supuesto, una falta de datos confiables comparables, porque las agencias gubernamentales producen información para sus propios propósitos y la comparación internacional es raramente una preocupación

17 Ver Blumstein y Beck (1999). Para las jurisdicciones no estadounidenses, ver Nelken (2009), quien señaló que las tasas de encarcelamiento en Italia y Francia son reducidas por las frecuentes concesiones estatales de amnistía e indultos colectivos, que son acciones administrativas que a menudo tienen poco apoyo popular.

oficial. Pero más fundamentalmente, existen preguntas no resueltas referidas precisamente a qué debiéramos comparar y por qué.

Una gran parte del trabajo comparativo procede contrastando la tasa de encarcelamiento estadounidenses frente a aquellas de otros países, basándose en un criterio per cápita<sup>18</sup>. Dijimos que la tasa de encarcelamiento de Estados Unidos es más de 720 por 100000, y continuamos señalando que esta tasa es aproximadamente siete veces más alta que el promedio europeo y seis veces más alta que la de Canadá. Estos datos son ligeramente engañosos. Estados Unidos es un sistema federal, compuesto por 50 jurisdicciones estatales y una jurisdicción federal. Entonces, cuando decimos que la tasa de encarcelamiento estadounidense es siete veces el promedio europeo actual, pasamos por alto variaciones considerables dentro de Estados Unidos y, un tanto más pequeñas, dentro de Europa. El hecho es que algunos estados como Maine (264 por 100000) duplican el nivel europeo, mientras otros como Luisiana (1569 por 100000) son más de diez veces más altos<sup>19</sup>.

Como cualquiera que conoce esta literatura sabe, las discusiones comparativas están con frecuencia motivadas por preocupaciones normativas. Comparar la medida en que los países encarcelan a sus ciudadanos no es típicamente una indagación neutral sobre las diferentes preferencias por el encarcelamiento, sino que es una base para afirmaciones críticas sobre la relativa “punitividad” o “represividad” de los países en cuestión<sup>20</sup>. Muchos analistas asumen que si las jurisdicciones estadounidenses imponen el encarcelamiento a una tasa mayor que las no-estadounidenses, entonces se sigue que las tasas estadounidenses son demasiado altas y que la justicia estadounidense es excesivamente severa. En el caso estadounidense, esa podría ser la inferencia adecuada y a la que lleguemos después de un estudio más profundo. Pero es posible imaginar situaciones en las cuales una mayor tasa de encarcelamiento no es un signo de mayor “punitividad”, sino de algún otro factor o proceso –tal como el mayor volumen de delito procesado por el sistema penal–, entonces no deberíamos desplazar esta pregunta.

Las sentencias de encarcelamiento no están distribuidas en la población general de forma aleatoria, sino que son impuestas a los delincuentes condenados como castigos por sus delitos. Pero a pesar de esta evidente verdad –y los esfuerzos de varios investigadores para recordárnosla–, los comparativistas todavía no han resuelto cómo pensar

---

18 Las tasas de encarcelamiento son calculadas teniendo en consideración el promedio diario de la población penitenciaria –o en ocasiones, la población penitenciaria en un día específico– en relación al total de la población del país. El promedio diario de la población penitenciaria es una medida que combina stocks y flujos –el número de personas que son colocados bajo custodia y la duración promedio de sus condenas a prisión. Las comparaciones se pueden hacer utilizando uno o ambos índices. Estados Unidos presenta niveles altos en ambas medidas –más personas son sentenciadas a prisión, y en promedio, cumplen condenas más largas. Ver Frost (2008) para una discusión de las diferencias entre los estados dentro de los Estados Unidos.

19 Ver <http://www.sentencingproject.org/map/map.cfm#map>.

20 Ver Cavadino y Dignan (2006a: 4-5). Para una discusión crítica, ver Nelken (2009). Whitman (2003) propuso un concepto más matizado y multidimensional de “severidad”.

acerca de las tasas de encarcelamiento (tanto en Estados Unidos como en otros lugares), en relación a las tasas y patrones de delito y violencia que son sancionados por las sentencias de encarcelamiento<sup>21</sup>.

¿Cómo deberíamos pensar acerca de esta relación? Una respuesta que está sorprendentemente difundida en la literatura crítica consiste en que no existe relación alguna. Los patrones de castigo y las tasas de encarcelamiento están determinadas plenamente por los procesos sociales y políticos y no guardan ninguna relación con las tasas y tipos de delitos. Este es, creo yo, un error. Pero constituye un error promovido por consideraciones que están radicadas en los postulados teóricos del campo. Un axioma de la literatura sociológica es que el castigo y las medidas penales son, en un grado considerable, independientes del delito. El castigo, ha sido puntualizado, es un proceso social con causas y efectos sociales y no – o “no meramente” – una reacción al delito. (La intuición sociológica aquí consiste en que ni los delitos individuales ni tampoco las tasas de delito en forma agregada determinan la naturaleza o extensión de las medidas penales. No es el “delito” el que dicta las leyes, sentencias y políticas penales sino las maneras en que el delito es percibido y problematizado socialmente y las decisiones administrativas y políticas a las cuales estas percepciones dan lugar).

Esta premisa básica se encuentra ahora tan ampliamente dada por descontada que se presta a veces a dar lugar a versiones exageradas. Uno lee ocasionalmente que el castigo y la política penal “no están relacionados” o están “completamente desvinculados” del delito y de las tasas de delito<sup>22</sup>. Pero esta es una exageración que transforma la intuición sociológica en una hipérbola insostenible. El fenómeno en cuestión es, después de todo, el castigo de los delitos y de los delincuentes; y los últimos (ofensas y ofensores) siempre operan en alguna relación con el primero (castigo), y siempre ejercen cierta presión sobre su carácter y extensión. Las tasas de delito pueden incrementar silenciosamente sin producir cambios correspondientes en la práctica penal, como ocurrió en Estados Unidos entre 1965 y 1973. Las tasas de encarcelamiento pueden aumentar a pesar del hecho de que las tasas de delito estén bajando, como ocurrió durante los años 1990 y 2000. Pero un desfase temporal entre cambios en uno y otro de estos fenómenos no significa que no estén relacionados. Como argumenté en *La cultura del control* (2001b), tiene poco sentido analizar la política penal estadounidense de fines del siglo XX sin tener en cuenta los niveles extraordinarios de delito violento y desorden que caracterizaron zonas de Estados Unidos en las décadas de 1960 y 1970, y las consecuencias sociales, culturales y políticas derivadas de esto en el contexto estadounidense.

21 Para esfuerzos por analizar tasas de encarcelamiento en relación a las tasas de delito, ver Pease (1994), Lynch y Pridemore (2011), Van Dyjk (2007), Nelken (2009), Lacey (2008), Langan (2005), Tonry (2007), Frost (2008) y Kury y Ferdinand (2008).

22 Para la versión más enfática de la “desconexión entre el delito y el castigo” ver, Wacquant (2009a, 2009b).

Los procesos penales se desarrollan en una compleja relación con los procesos delictivos y uno no determina directa o inmediatamente al otro. “Los problemas del delito” están sujetos a diferentes definiciones en competencia entre sí y son en ocasiones proxys de otras cuestiones; las “soluciones” penales son disputadas tanto pragmática como ideológicamente; y los castigos pueden ser seleccionados por su efecto simbólico antes que instrumental. Pero existe generalmente *alguna* relación, aun cuando mediada e indirecta. Entonces cuando comparamos tasas de encarcelamiento a través de jurisdicciones, o a través del tiempo, cualquiera de las inferencias que establecemos sobre la represividad o la punitividad debería ser modificada por la consideración de los patrones, tendencias y tasas de delito, con respecto a las cuales estas medidas penales son una respuesta.

Podemos exponer esto como una propuesta teórica más general: siempre que evaluemos una política social —ya sea una política penal o de cualquier otro tipo—, esa política debería ser ubicada en el marco del entorno de problemas en el que interviene. Consideremos un ejemplo extraído de la política social. Las comparaciones podrían mostrar que el país A gasta una mayor proporción de su producto bruto interno en gasto social que los países B, C y D. Podemos tomar esta diferencia como un indicador de que el país A tiene un generoso y bien desarrollado Estado de Bienestar, con todas las implicancias normativas asociadas. Pero si descubrimos que estos altos niveles de gastos sociales son el producto de los extraordinariamente altos niveles de desempleo del país A, los cuales producen números superiores al promedio de reclamos de seguros de desempleo y un producto bruto interno inferior al promedio, llegaríamos a una conclusión muy diferente. De manera similar, si descubrimos que en el país A los niveles de los beneficios individuales son inferiores que el promedio en otros lugares, o que las condiciones de elegibilidad son más estrictas, entonces nuevamente llegaríamos a conclusiones diferentes.

Observar las tasas de encarcelamiento de manera aislada es análogamente engañoso: deberíamos analizarlas, en cambio, en el marco de su propio contexto de problemas y políticas. Pero esto, a su vez, plantea una pregunta teórica más básica, a saber: ¿en cuál contexto de política social debería ser considerado el encarcelamiento (y más generalmente el castigo)? O mejor quizás, ¿en cuál campo de problemas sociales y en cuál estrategia de gobierno social funciona el castigo penal?

Si examinamos la literatura histórica y sociológica, encontramos algunas posibles respuestas a esta pregunta: 1) el encarcelamiento es un elemento de la política del castigo, que responde a una demanda política y/o pública —demandas que son distintas de las tasas y patrones de delito; 2) el encarcelamiento es parte de la política de control del delito, respondiendo a las tasas de delito y al miedo al delito; 3) el encarcelamiento es parte de una política de control social, que responde no solamente al delito sino a amenazas más generales de desorden social, especialmente en períodos de alto desempleo, desorganización económica e inestabilidad política; y 4) el encarcelamiento es un elemento del estado de seguridad, utilizado para encerrar disidentes y enemigos políticos.

El primero de estos marcos –la política penal como una elección política independiente– es, como argumenté previamente, poco convincente ya que la política penal está generalmente condicionada por percepciones del problema del delito. No hay evidencia que el cuarto marco sea adecuado actualmente en Estados Unidos, no obstante los detenidos de Guantánamo, a pesar de que podría ser una base apropiada para estudiar el castigo y la ejecución judicial en la Unión Soviética o en la Alemania nazi. El tercero de estos marcos –la política penal como un modo de gobernar la pobreza– ha mostrado ser una descripción apropiada en determinados contextos (Garland, 1985; Wacquant, 2009b). El segundo marco, en que el encarcelamiento es una respuesta política a problemas percibidos en materia de control del delito, es generalmente aplicable, cualquiera sea la relevancia de consideraciones más amplias acerca del control social. Pero cualquier sea el marco contextual que elijamos, cada uno plantea cuestiones problemáticas sobre los procesos causales que moldean la política: cuestiones del tipo de las indicadas anteriormente cuando discutí la relación del delito y el castigo<sup>23</sup>. Entonces, ¿cómo proceder?

El marco contextual en el cual una política penal específica existe no se puede conocer con antelación a un análisis histórico y sociológico detallado. Que el contexto político y la función social de la penalidad varía de un lugar al otro y de un tiempo a otro es una idea firme en la sociología del castigo y está demostrada claramente, por ejemplo, en el cambiante rol de la pena de muerte (Garland, 2010). Por lo tanto, antes de asentarse en un marco analítico, uno necesita tener un sentido de cómo el poder penal se despliega en las específicas jurisdicciones bajo estudio. Este aspecto complejiza el problema de la comparación y hace necesario un método más fundado y contextualizado para enmarcar las cuestiones comparativas. Y apunta al valor de las comparaciones cualitativas y cuantitativas en profundidad de jurisdicciones cuidadosamente seleccionadas.

Que un país imponga altas tasas de encarcelamiento en relación a otros países ciertamente nos dice *algo* sobre ese país. Pero, ¿qué es exactamente lo que nos dice? ¿Que procesa más delincuentes? ¿Que la mayoría de ellos son culpables de delitos graves? ¿Que envía a los ofensores al encierro cuando otros países utilizan sanciones alternativas a la detención? ¿Que impone periodos de encarcelamiento más prolongados cuando otros países imponen plazos menores? ¿Que elige no moderar las penas de prisión por la remisión y por la libertad condicional? ¿Que confía más en el castigo que en la prevención? ¿Que adopta medios represivos para mantener el orden social donde otros países dependen de métodos no-penales tales como la creación de trabajo, la educa-

23 Concebir a la política penal como una elección política independiente simplifica radicalmente las cuestiones, sugiriendo que la política penal está enteramente moldeada por las preferencias políticas de los legisladores y sus aliados. Si la preocupación primordial de uno es asignar culpas, entonces esta es una manera atractiva de pensar. Los juicios normativos se hacen más complicados si la política penal también esta moldeada por esfuerzos de resolución de problemas.

ción, o la asistencia social?<sup>24</sup> ¿Que considera a los pobres (especialmente a los varones desempleados pertenecientes a las minorías) como una clase peligrosa a ser gestionada antes que como ciudadanos a los que se debe ayudar y respetar? La mayoría de estos interrogantes pueden únicamente ser respondidos por medio de cuidadosas comparaciones cualitativas y cuantitativas, más probablemente utilizando análisis en profundidad de un puñado de jurisdicciones comparables, o quizás de la misma jurisdicción en diferentes momentos en el tiempo.

### **Comparaciones penales**

Argumenté a favor de observar la penalidad estadounidense en una perspectiva comparativa. Ahora quiero subrayar la necesidad de estudios comparativos de un pequeño número de casos, que son análisis cualitativos y cuantitativos en profundidad, enfocados en los procesos del estado penal —una forma de análisis que sigue siendo sorpresivamente rara a pesar del ejemplo pionero de *Contrasts in Tolerance* (1988) de David Downes. Los primeros estudios comparativos en este campo fueron principalmente ejercicios de recolección de datos, reuniendo y sistematizando datos a través de las fronteras nacionales, para producir “tablas de clasificación” de estadísticas descriptivas (posicionadas por las tasas de encarcelamiento o las tasas de ejecución per cápita) o para desarrollar tipologías que clasifiquen a los países en términos penológicos. Estas tablas internacionales formaron posteriormente las bases de datos para estudios de correlación de diversos niveles de sofisticación, explorando hasta qué punto la penalidad varía junto con otros indicadores sociales tales como los niveles de desempleo, desigualdad, educación, derechos políticos, religión, gasto social, etc. (Aebi y Stadnic, 2007; Cavadino y Dignan, 2006a, 2006b; Greenberg y West, 2008; Lappi-Seppala, 2011; Sutton, 2000, 2004; Walmsley, 2000).

Estos análisis de correlación incluyendo gran número de casos fueron nuestras primeras incisiones en los densos matorrales de la causación. Positivamente, ellos proveyeron el respaldo empírico para afirmaciones causales que previamente se anclaban en la observación lógica e impresionista. Así, por ejemplo, Becket y Western (2001) encontraron a nivel de los datos estatales estadounidenses que las tasas de encarcelamiento y de provisión social están correlacionadas negativamente, un resultado que Downes y Hansen (2006) replicaron en un estudio de 18 países. De manera similar, Sutton (2004) mostró que en democracias occidentales prósperas, la moderación en el castigo está asociada a altos niveles de fuerza sindical, bajos niveles de partidismo político, desarrollo económico e instituciones corporativistas de mercado de trabajo. Negativamente, tales estudios desafiaron postulados que habían sido ampliamente

---

24 Nelken (2010a) ha discutido estas cuestiones.

compartidos con anterioridad, como la correlación asumida entre tasas de desempleo y tasas de encarcelamiento (Sutton, 2000).

Estos grandes estudios comparativos proporcionan información relevante, permitiendo que amplias afirmaciones causales sean puestas a prueba y suministrando parámetros empíricos para una indagación más detallada. Pero a pesar de su utilidad en estos aspectos, tales estudios tienen también límites precisos y deberían verse como una herramienta comparativa entre otras, antes que como la plataforma central de la agenda de investigación comparativa. Así, por ejemplo, nuestros estudios de correlación más sofisticados de la pena de muerte encuentran que su abolición está asociada positivamente con la presencia de derechos civiles y políticos (Greenberg y West, 2008). Ese hallazgo es sin lugar a dudas sólido, reforzado independientemente por estudios históricos, inferencia lógica y sentido común. Pero es un hallazgo que hace a la permanencia de la pena de muerte en Estados Unidos más desconcertante, antes que menos, ya que, de acuerdo a estos factores predictivos, los Estados Unidos claramente deberían estar en el campo abolicionista.

Gran parte del problema radica en las maneras necesariamente inexactas en las que cada uno de los 190 o más países son reducidos a algunas docenas de variables: un proceso que significa inevitablemente que cada “factor” oculta una gran cuota de variación interna. Entonces, aunque sabemos que pequeñas diferencias en la institucionalización de los principios democráticos pueden tener grandes implicancias penológicas (Barker, 2009; Garland, 2010), es difícil captar estos matices, manteniendo factible los estudios de gran escala. En estas circunstancias, deberíamos promover comparaciones en profundidad, más detalladas, enfocadas no en un gran número de países, sino en su lugar en algunas jurisdicciones comparables, seleccionadas por su relevancia para cuestiones de importancia teórica<sup>25</sup>.

Los estudios de correlación que incluyen gran número de casos tienen otra limitación, que es su tendencia a aislar y examinar “factores” individuales y variables “cuantificables” más que estudiar procesos, secuencias de eventos y las contingencias en los puntos de elección que moldean los resultados institucionales. Tales estudios nos proveen de importante información sobre la co-variación y agrupación de factores y, en los estudios más sofisticados, acerca de los efectos de interacción. Pero ellos generalmente no proporcionan un modelo coherente de los procesos a través de los cuales los factores interactúan para producir sus efectos y nos dicen poco acerca de las opciones y contingencias que operan allí. Sus conclusiones subrayan útilmente asociaciones y patrones recurrentes, pero necesitamos más estudios en profundidad para identificar las variadas maneras a partir de las cuales las estructuras institucionales se vinculan a diferentes orientaciones para la acción y a los efectos penales que resultan de ellas.

---

25 Para una discusión de las cuestiones metodológicas, ver Evans, Rueschemeyer y Skocpol (1985: 348), y para ejemplos de este tipo de abordaje ver Barker (2009) o Lipset (1997).

Algunos autores han respondido recientemente a este problema y buscaron mejorar la capacidad teórica del análisis comparativo al tomar prestado modelos analíticos de otras disciplinas y utilizarlos para estudiar diferencias penales. Cavadino y Dignan (2006a, 2006b) tomaron prestado de la literatura comparativa sobre políticas sociales para argumentar que países con regímenes de política social “neoliberales”, “corporativos conservadores”, “corporativos social demócratas” y “corporativos orientales” exhiben diferentes tasas de encarcelamiento, con “niveles decrecientes de castigo a medida que avanzamos en esta lista”. De modo similar, Nicola Lacey (2008) se inspiró en la literatura sobre las “variedades de capitalismo” para sugerir que países con “economías de mercado coordinadas” tienden a castigar menos que aquellos que tienen “economías de mercado liberales”.

Ambos estudios apuntan a procesos generales, incentivos y disposiciones institucionales que podrían explicar la asociación entre un tipo de economía política y un tipo de penalidad. Ambos sugirieron que las sociedades que han desarrollado instituciones y prácticas “corporativas” se inclinan hacia la incorporación y la inclusión, mientras un enfoque de “laissez-faire” tiende a tolerar la exclusión. Argumentaron que estas disposiciones institucionalizadas afectan la práctica penal así como también la política social y económica<sup>26</sup>. (Uno podría también suponer que la existencia de fuertes redes sociales e instituciones de asistencia social funcionan como mecanismos positivos de control social, haciendo al control penal negativo menos necesario y proveyendo apoyos externos para políticas de rehabilitación y reintegración).

Pero incluso estos estudios más sofisticados nos dejan con un vacío cuando se trata de demostrar cómo son moldeadas las leyes y políticas penales y cómo son tomadas las decisiones penales. Apuntan a inclinaciones estructurales y disposiciones institucionales pero no a procesos empíricos y elecciones de los actores. Al final del análisis, todavía necesitamos aprender más acerca de cómo las fuerzas sociales son traducidas en efectos penales, sobre todo porque países que son clasificados conjuntamente en la misma “variedad de capitalismo” o en la misma categoría de “régimen de política

---

26 “Sistemas coordinados [como Alemania o Suecia] que favorecen relaciones duraderas –mediante la inversión en educación y formación, en generosos beneficios sociales, en relaciones de larga duración en materia de empleo– han sido capaces de resistir los potentes aspectos excluyentes y estigmatizantes del castigo. Por el contrario, los sistemas de libre mercado orientados a la flexibilidad y a la circulación [tales como los Estados Unidos, el Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda] se han dirigido inexorablemente al castigo como medio de gestionar una población sistemáticamente excluida de la economía post-Fordista” (Lacey, 2008: 109). En un artículo posterior, Lacey y Soskice desarrollaron un argumento más enfocado en las instituciones políticas: “nuestro argumento principal es que el descentralizado sistema político estadounidense, el cual acuerda un grado distintivo de autonomía a las localidades y que gobierna específicamente un amplio rango de decisiones sobre educación, zonificación y justicia penal mediante las políticas electorales locales, produce una dinámica polarizada, en la que es imposible obtener un apoyo político estable para políticas de integración, y menos aún, redistributivas” (Lacey y Soskice, 2013:1).

social” exhiben en ocasiones niveles muy diferentes de castigo<sup>27</sup>. Para complementar y extender estos estudios, mi sugerencia es que deberíamos promover el tipo de indagación detallada que David Downes presentó en su estudio de la política penal en Holanda e Inglaterra y Gales.

Downes (1988) comenzó con dos preguntas de investigación teóricamente relevantes, fundadas en algunas sorprendentes observaciones empíricas. Entre 1945 y 1975, Holanda e Inglaterra experimentaron ininterrumpidamente tasas crecientes de delito. Pero aunque las tasas de encarcelamiento inglesas aumentaron junto a las tasas de delito, a más del doble entre 1945 y 1985 (a pesar de los intentos gubernamentales de reducir las sentencias de prisión), en el mismo período las tasas de encarcelamiento holandesas se redujeron a la mitad. En este punto Downes se pregunta, ¿cómo se debería explicar esta variación? ¿Y cómo Holanda pudo ser tan efectiva en controlar el flujo de ofensores hacia la privación de libertad, cuando en Inglaterra los repetidos esfuerzos gubernamentales han fracasado en este sentido?

La investigación de Downes mostró que los dos sistemas de justicia penal diferían marcadamente en la medida en que eran “sistemas” susceptibles de ser gestionados. En Inglaterra y Gales, los patrones de sentencia no eran el resultado de una política, en sentido estricto, porque el gobierno carecía de los medios para controlar o incluso coordinar la toma de decisiones penales llevada adelante en momentos clave del proceso. Las tasas de encarcelamiento inglesas eran el resultado no programado de decisiones de sentenciar hechas por miles de magistrados y jueces cuyo reclamo de independencia judicial los situaba más allá del control directo de los ministros del gobierno. En Holanda, por contraste, la gestión del sistema fue hecha posible por una estructura de relaciones estrechamente colaborativas entre magistrados, fiscales y funcionarios del Ministerio de Justicia; relaciones que permitieron que estos actores regularan colectivamente la producción de casos y que aseguraran que las prisiones no se llenen de gente<sup>28</sup>.

¿Cómo comprender entonces las diferentes respuestas penales al creciente delito? ¿Cómo pudo Holanda responder a mayor delito encarcelando menos? ¿Y por qué ellos eligieron hacerlo? Habiendo controlado las tasas de delito, la proporción de casos resueltos y las tasas de desistimiento por parte del fiscal, Downes identificó a las variables relacionadas con las sentencias como las causas más importantes de las diferentes tasas de encarcelamiento. Mientras el promedio inglés de condena a prisión era de 173 días, el promedio holandés era de 83 días. Mientras que en Holanda el 8,5% de las condenas penales resultaban en detención, en Inglaterra el porcentaje era de 14%.

27 Cavadino y Dignan (2006a: 30) notaron que entre los países que ellos clasificaron como “neoliberales”, las tasas de encarcelamiento varían desde 701 por 100000 habitantes en Estados Unidos y 402 en Sudáfrica a 141 para Inglaterra y Gales y 115 para Australia.

28 Un “sistema de llamada” que admitía delincuentes en la prisión sólo cuando un lugar se volvía disponible, fue uno de los dispositivos usados para mantener el compromiso del gobierno de encarcelar una persona por celda, sin construir nuevas prisiones.

El problema a explicar era el siguiente: ¿cómo podían los fiscales y jueces holandeses implementar esta sorprendentemente benigna política de sentencia en un contexto de creciente delito? ¿Y por qué eligieron hacerlo?

Downes argumentó que la solución a estos rompecabezas no residía en la cultura o la opinión pública holandesas, sino en las características específicas de la justicia penal holandesa y su relación con el sistema político. Los rasgos fundamentales que identificó fueron un estilo de políticas de coalición que dejaron la justicia penal a los profesionales, una red altamente desarrollada de servicios y agencias sociales, la cultura específica del poder judicial, la influencia de las ideas de rehabilitación y una influyente criminología holandesa (“la Escuela de Utrecht”), que era sumamente crítica del uso del encarcelamiento como una respuesta al delito. De estos, el elemento más importante era la ideología profesional de fiscales y jueces y sus visiones negativas acerca del encarcelamiento: una orientación moldeada por la educación que recibieron en la escuela de derecho, por sus continuos vínculos con los expertos criminológicos y por la memoria histórica de la reclusión bajo la dominación nazi. Como afirma Downes, las variables explicativas clave fueron aquellas “estrechamente conectadas con la ejecución efectiva de las sentencias por parte de los fiscales y los jueces”, sobre todo, su “socialización y entrenamiento judicial” (1988: 101).

Aunque Downes no plantea sus análisis en mis términos, a partir de este resumen debería estar claro que su estudio de 1988 se enfocaba precisamente en las instituciones y procesos del *estado penal* en el sentido en que lo pienso. Permítaseme pasar ahora a una discusión de ese concepto.

### **Conceptualizando al Estado Penal**

Recuperemos los motivos que justifican un análisis comparativo basado en el estado de la penalidad estadounidense. Las tendencias culturales, los movimientos políticos y los desarrollos criminológicos, separadamente y en su conjunto, moldean la práctica penal sólo en la medida en que son traducidos en la ley y respaldados por la fuerza administrativa. La práctica penal es siempre un despliegue del poder estatal y las fuerzas sociales que buscan afectar la penalidad tienen éxito en hacerlo únicamente en la medida en que impactan en el estado, sus instituciones y actores. Las tendencias sociales pueden ir y venir, pero no tienen consecuencias penales a menos y hasta el punto de que ellas consigan influir a los actores estatales y la acción estatal. Se sigue que el carácter del estado penal y los procesos mediante los cuales responde a fuerzas sociales, traduciendo (o no traduciendo) las presiones políticas en efectos penales específicos, son siempre las causas próximas de la acción y el cambio penales.

La estructura del estado, sus poderes y capacidades, su autonomía o su apertura a las presiones populares, sus divisiones internas y restricciones, y los intereses e incentivos de los actores legales son todos, en este sentido, determinantes. En lo que queda

de esta conferencia, voy a sugerir cómo debiéramos reflexionar sobre el estado penal o, más bien, sobre los *estados* penales, dado que estos varían entre las jurisdicciones y cambian con el tiempo. Lo que esto implica es una sociología comparativa del *estado* en general, la cual es ya tema de una rica literatura de las ciencias sociales y el desarrollo de un concepto del *estado penal* en particular, que los sociólogos del castigos tenemos que elaborar para nosotros mismos.

Los estados modernos –al interior de los cuales los estados penales están radicados– son entidades amplias, complejas y diferenciadas, y si nuestra preocupación es con los asuntos penales, entonces algunos elementos van a ser generalmente más relevantes que otros. El poder militar del estado, su posición frente a otros estados, su poder económico y sus políticas comerciales y financieras; es improbable que estos aspectos del estado sean directamente relevantes a la política penal<sup>29</sup>. De manera similar, a pesar de que las áreas de la política estatal tales como la actividad policial, la educación, la asistencia social y el empleo pueden tener una influencia importante en la política penal o en la eficacia de la política penal, estas políticas son producidas y dirigidas por distintas agencias estatales y afectan la política penal desde el exterior<sup>30</sup>. Para aprehender los procesos fundamentales que determinan la penalidad, necesitamos enfocarnos en aquellos aspectos del estado que promulgan el derecho penal, moldean la política penal y dirigen la práctica penal –sobre lo que denominaré el *estado penal*.

Antes de desarrollar este concepto, permítanme hacer dos distinciones que van a clarificar lo que tengo en mente. La literatura del castigo estadounidense ya hizo referencia al “estado carcelario”, al “estado punitivo”, al “estado-prisión”, y ocasionalmente, al “estado penal”. Pero la mayoría de estos usos invocan el término de una manera gestual, retórica, invocando al “estado” como una forma crítica y radical de hablar de las prisiones o del sistema penal estadounidense<sup>31</sup>. En mi utilización, el con-

29 Sin embargo, las relaciones internacionales y regionales se están volviendo más relevantes para la política penal nacional. La Unión Europea y el Consejo de Europa han hecho de la abolición de la pena de muerte una condición para devenir miembro y acuerdos internacionales como la Convención Europea de Derechos Humanos tienen implicancias para la política penal. Ver Loader y Sparks (2013). Como una “superpotencia”, Estados Unidos están probablemente menos sujetos a tales fuerzas que otros países.

30 Los policías son actores estatales que, entre otras cosas, despliegan el poder penal. Ellos hacen arrestos, facilitan persecuciones penales, labran actas de infracción e imponen multas. En estos aspectos, la policía es un elemento del estado penal. Sin embargo, como otras instituciones estatales (la legislación, la administración, el poder judicial o incluso las agencias estatales de educación, vivienda, trabajo social, etc), la policía también ejerce importantes funciones no penales y opera, por tanto, al margen del estado penal.

31 Para Gottschalk (2006: 6), el “estado carcelario” (un término que ella usa intercambiamente con el de “estado penal”) es “definido por la dependencia del encarcelamiento masivo y el castigo degradante y su intenso apego a la pena de muerte”. En otras palabras, ella usa la expresión “estado carcelario” para describir lo que yo llamaría la penalidad estadounidense en su forma actual. McLennan (2001), quien describe la emergencia de “un nuevo estado penal” emplea el término en una manera similar a Gottschalk. Useem y Piehl (2008) se cuestionan si el “estado-prisión” debería ser visto como una forma de gran gobierno pero concluyen que un aparato penal efectivo no es una violación de los prin-

cepto de “estado penal” no es un concepto crítico. Es usado en un sentido neutral y no valorativo para describir las agencias y autoridades que producen las normas penales vinculantes y que dirigen su implementación. Todos los países desarrollados tienen “estados penales”, ya sea que sus políticas penales sean moderadas o draconianas. Y ningún estado “es” un estado penal, pues la penalidad es sólo un sector estatal entre muchos y, raramente, uno dominante.

Tampoco mi uso del concepto está dirigido a aludir al sistema penal en su totalidad y a sus dispositivos de prisiones, cárceles, personal penitenciario, etc. El “estado penal” refiere en su lugar a las elites que dirigen y controlan el uso de esos dispositivos y su personal. Aquí estoy distinguiendo entre el ejercicio del poder penal y los dispositivos mediante los cuales ese poder es ejercido. “Estado penal” alude al liderazgo penal y a su autoridad, no a la infraestructura penal que este liderazgo dirige<sup>32</sup>. La penalidad (el campo penal), debería ser entonces distinguida del estado penal (las instituciones gubernamentales que dirigen y controlan el campo penal).

Defino el “estado penal” como aquellos aspectos del estado que determinan el derecho penal y que dirigen el despliegue del poder de castigar<sup>33</sup>. El estado penal incluye entonces a la legislatura estatal, al poder ejecutivo y al poder judicial desempeñándose en su función penal (promulgando leyes penales, autorizando presupuestos para las instituciones penales, o juzgando casos penales), en conjunto con el liderazgo de las agencias penales que moldean la política penal y dirigen su implementación diaria (comisarios de policía, fiscales principales, elites judiciales, altos funcionarios del Ministerio de Justicia, directores de prisiones, servicios de prisiones y servicios de probation, miembros del consejo estatal de libertad condicional, etc. Referirse al “estado penal” es aludir a las estructuras e instituciones del estado, en general, siempre y cuando influyan en el poder de castigar y a las elites de las instituciones de la justicia penal que están encargadas de dirigir y desplegar dicho poder.

Un análisis de las características variables del estado penal va a servir como una base útil para la investigación comparativa, particularmente si la investigación es del tipo de indagación detallada, en profundidad, descripta precedentemente. Para tal fin, propongo que la investigación futura en torno al estado penal promueva tres líneas de indagación:

---

cipios conservadores que apoyan gobiernos pequeños. La discusión de Wacquant (2009b) del estado como un campo burocrático está más cerca de la concepción que desarrollo aquí. Ver también Holleman et al. (2009).

- 32 Enfocarse en estos grupos de liderazgo no es negar que los funcionarios penales de bajo y medio rango también ejercen poder. Los funcionarios policiales, los guardias de prisiones y los asistentes del fiscal del distrito son capaces, como “burócratas de la calle”, de ejercer la discreción y elegir acerca de cómo desplegar sus poderes. Más bien, deseo prestar atención al lugar de las decisiones generales de elaboración de políticas que recaen en el liderazgo antes que en las bases.
- 33 Aquí “el estado” puede referir al Estado-nación o, donde los poderes penales son transferidos, como es Estados Unidos, a los estados locales.

1) ¿Cuáles son las características institucionales y operativas del estado penal y cómo varían?

2) ¿Qué pueden enseñarnos los estudios del estado penal y del poder de castigar más en general acerca del estado estadounidense?

3) ¿En qué medida la naturaleza específica del estado penal estadounidense explica el carácter distintivo de la penalidad estadounidense contemporánea?

Ofrezco las siguientes observaciones preliminares acerca de cada una de estas tres preguntas, con la esperanza de invitar a comentarios y abrir discusiones.

### **Dimensiones del Estado Penal**

Al especificar el carácter de los estados penales y las variables fundamentales que lo componen, podemos preguntarnos si las diferencias perdurables entre los estados explican diferencias en los efectos penales<sup>34</sup>. En la medida en que la variación estatal importa, un modelo del estado penal nos habilitará a efectuar comparaciones precisas y controladas. Para formular un tipo ideal útil, necesitamos especificar los estados penales a través de una serie de dimensiones<sup>35</sup>. Para nuestros propósitos, las dimensiones más importantes son las siguientes: 1) autonomía estatal, 2) autonomía interna, 3) control del poder del castigar, 4) modalidades de poder penal, y 5) capacidades y recursos de poder.

#### **Autonomía estatal**

La “autonomía estatal” refiere a la autonomía del estado frente a la sociedad civil. Destacar el estado penal no equivale a desatender las raíces sociales del derecho y la práctica penal. Los estados democráticos se enraízan en la sociedad civil y ellos responden a grupos de interés y a la opinión pública a través de múltiples caminos, siendo el más importante el proceso de legislación (Los estados absolutistas y autoritarios pueden desplegar el poder de castigar en maneras que revelan indiferencia con respecto a la opinión pública, pero ningún estado democrático puede hacer eso; de este modo cualquier medida de “autonomía” se sitúa siempre dentro de un marco de accountability democrática). ¿Pero en qué medida estas fuerzas sociales dictan el comportamiento

34 Las estructuras estatales –incluyendo las estructuras del estado penal– están sujetas a cambiar con el tiempo. Pero ellas son generalmente más duraderas que los movimientos sociales y las corrientes políticas. Ellas tienen una “continuidad y persistencia histórica” (Skocpol, 1985) y proporcionan una base relativamente estable para la comparación entre jurisdicciones.

35 El tipo ideal presentado aquí es apenas una primera aproximación. Un estudio de la literatura histórica del cambio penal puede suministrar mucho material para un análisis más informado.

to del estado y en qué medida los actores estatales son autónomos de ellas? ¿Está la política penal determinada desde el exterior por las demandas de los grupos de interés, los sondeos de opinión pública, los titulares de los medios de comunicación y las iniciativas electorales? ¿O está moldeada por funcionarios estatales actuando de acuerdo con sus propios intereses e ideologías? Entre estas dos posibilidades radica la variable de la autonomía estatal<sup>36</sup>.

El poder penal es poder desplegado por actores estatales. Pero no es necesariamente dirigido a sus propios fines o implementado en concordancia con las preferencias de la burocracia estatal, sus funcionarios o sus asesores expertos. Un mayor grado de autonomía permite actuar a los funcionarios estatales en contra de las preferencias de la opinión popular y de las mayorías electorales. Un menor grado hace más probable que la política penal sea impuesta por los sondeos de opinión pública y los titulares de los medios de comunicación. Cuando los penólogos hablan de procesos políticos “populistas”, de funcionarios públicos que son protegidos de las presiones públicas, de grupos de reformadores que tienen acceso directo al gobierno y de instituciones que son “receptivas” o “aisladas”, ellos están apuntando a variaciones en estas dimensiones del estado penal.

Algún grado de autonomía es una propiedad de todas y cada una de las instituciones y agencias estatales. La legislatura ejerce un mayor o menor grado de autonomía (de la sociedad civil y sus grupos sociales), cuando promulga leyes penales. El poder ejecutivo es más o menos autónomo en sus decisiones administrativas y presupuestarias que afectan la práctica penal. Las autoridades de la justicia penal, tales como fiscales, jueces, funcionarios penitenciarios y juntas de libertad condicional, pueden ser más o menos autónomos dependiendo de si están abiertos a la presión pública directa o protegidos de ella.

Las estructuras e instituciones estatales están articuladas con fuerzas sociales y culturales en maneras específicas y por medio de procesos definidos. Las diferencias a través de los estados en la forma de esta articulación y las variaciones consiguientes en la autonomía estatal, son importantes a la hora de explicar el impacto de las fuerzas sociales en los efectos penales.

### Autonomía interna

La autonomía interna es la autonomía del estado penal frente a otras agencias e instituciones estatales. Es una medida de la extensión en que las actividades e intervenciones del estado penal están controladas y dirigidas desde dentro, es decir, por las

---

36 Discutiendo la autonomía comparativa de los estados alemanes y francés como una causa de su relativamente indulgente justicia, Whitman define “autónomo” en el sentido de “dirigido por burocracias que son relativamente inmunes a las fluctuaciones de la opinión pública” (2003: 13-4).

propias autoridades del estado penal. Describe la extensión en que las elites del estado penal moldean el derecho penal, formulan la política penal y promueven proyectos penales de acuerdo a sus propios valores y compromisos. ¿La legislatura consulta a los líderes del estado penal antes de formular las leyes? ¿Existen convenciones legislativas de redacción de dichas leyes que le dan poder a los expertos penales? ¿Existen consejos penales permanentes u órganos asesores que moldean la legislación en materia penal? ¿Existen comisiones poderosas que moldean las reformas en materia de sentencias? ¿O la legislatura simplemente promulga leyes en respuesta a las preferencias de las mayorías electorales y las imponen a los funcionarios del estado penal?

La autonomía interna está determinada por el lugar del estado penal dentro de la más amplia estructura estatal de la cual forma parte. Este lugar estructural, por ejemplo, configura la relación de las agencias penales con el gobernador del estado, el alcalde de la ciudad o la legislatura nacional. ¿Son los líderes de las agencias del estado penal funcionarios designados políticamente que sirven bajo la autoridad de un funcionario electo popularmente? ¿Son ellos mismos funcionarios electos o son servidores públicos con una carrera profesional? ¿A las elites del estado penal se les trata con deferencia y se les reconoce autonomía al interior de la propia esfera penal? ¿Desempeñan un rol en la formulación de la legislación penal y en la determinación de los objetivos de la política penal? ¿Es el estado penal más o menos autónomo de, o más o menos determinado por, las mayorías políticas y los resultados electorales?<sup>37</sup>

En algunos de los estados estadounidenses del oeste y del sur, los Departamentos de Correcciones han sido por momentos “feudos dominados por el clientelismo” que gestionaban de una manera personalista y sumamente politizada, ejerciendo poca autonomía (Gottschalk, 2012). En otros estados y en otros momentos, las agencias correccionales han sido burocracias racionalizadas regidas por profesionales entrenados, operando a una cierta distancia respecto de las políticas electorales (Jacobs, 1977). La medida en que estas agencias penales son autónomas del proceso político tiene consecuencias para la formulación de políticas y para la toma de decisiones. Históricamente, los administradores penales han procurado potenciar su propio poder y prestigio profesionalizando a su personal, desarrollando un conocimiento basado en la investigación, mejorando las condiciones penales y subrayando los aspectos positivos del castigo, tales como la reforma, la corrección, el entrenamiento y la reintegración (Garland, 1990). Aunque no hay un vínculo esencial entre una elite penal autónoma y una penalidad “positiva”, los intereses ocupacionales de este grupo tienden a presionar contra el castigo severamente retributivo y contra un rol poco calificado para el personal penal.

37 Nelken nos brinda un ejemplo: “La principal resistencia en Italia a los últimos esfuerzos de los políticos de fomentar la criminalización masiva de los inmigrantes ilegales procede de un grupo especialmente fuerte, independiente y auto-gobernado de jueces y fiscales” (2009: 301).

La relación de las agencias del estado penal con otras agencias produce consecuencias. Por ejemplo, diferentes estrategias de actividad policial pueden tener grandes efectos en el flujo de los ofensores en el proceso penal y existe evidencia que sugiere que la actividad policial y el castigo están inversamente correlacionadas; de este modo, una policía mejor equipada y más efectiva deriva en menos delito y menos castigo (Tierney, 2013). Existe también la cuestión de si los funcionarios penales gobiernan de acuerdo con sus propias ideologías y políticas o si sus decisiones son moldeadas por actores en otros lugares del estado. Wacquant (2009b), por ejemplo, sugiere un estado penal con poca autonomía cuando discute una “penalidad neoliberal” configurada por las orientaciones de libre mercado del Tesoro.

Un importante elemento a este respecto es la presencia o ausencia de tratados de derechos humanos. Donde los países han firmado tratados, convenciones o afiliaciones a agrupaciones regionales que imponen los estándares de los derechos humanos sobre el castigo (por ejemplo, el estándar de las reglas penitenciarias mínimas de las Naciones Unidas o la Convención Europea y su prohibición de las cadenas perpetuas irrevocables), estas normas limitan la política penal en varios aspectos, estableciendo estándares mínimos y habilitando a los presos a realizar reclamos en materia de derechos. Pero desde el punto de vista de las elites penales, esas “restricciones” tienden a potenciar su poder y autonomía frente a los legisladores y a los procesos políticos, porque los funcionarios penales pueden resistir la presión política populista hacia la creación de condiciones carcelarias más severas, al insistir en la necesidad de cumplir con los estándares obligatorios de los derechos humanos.

Cabe esperar un alto grado de covarianza entre la “autonomía estatal” y la “autonomía interna”. Si a la legislatura le falta autonomía y es relativamente sensible a la presión electoral, entonces las agencias del estado penal van a tender a ser débilmente autónomas. Donde el estado está más resguardado de la opinión popular y de las presiones de los medios de comunicación, va a haber mayor espacio para el desarrollo de una política penal autónoma.

### Control del poder de castigar

Los estados modernos están internamente diferenciados, de manera que el poder está distribuido a través de múltiples agencias y entre numerosos grupos que compiten entre sí por el control. Los estados están divididos verticalmente, entre gobiernos nacionales y locales, y horizontalmente, entre y dentro de áreas del gobierno y de instituciones y agencias estatales. Los diferentes países distribuyen el poder de castigar de manera distinta, en ocasiones localizando el control en el nivel nacional y a veces delegándolo a autoridades subnacionales tales como los estados locales. Si bien el poder está distribuido habitualmente a través de varias agencias e instancias decisorias que constituyen el proceso penal (policía, fiscales, tribunales de primera instancia y de

apelación, prisión, agentes de probation y de libertad condicional, departamentos de justicia, etc.), el balance del poder dentro de ese proceso puede variar a través de las jurisdicciones y a lo largo del tiempo.

Es importante dónde se sitúa el control del poder de castigar y quién está a cargo de su despliegue (Savelsberg, 1999). El control puede ser retenido por la legislatura, puede ser poseído por fiscales poderosos, puede ser ejercido por jueces o jurados, puede ser delegado a administradores penales; puede ser compartido con entidades comerciales o con asociaciones del sector privado, o puede ser revisado por jueces de apelación o incluso supervisado por monitores designados por el tribunal. Cada una de estas atribuciones puede tener consecuencias en la manera en que se despliega el poder penal y los propósitos a los que sirve. Con respecto a la pena de muerte moderna, el control nacional se ha asociado con la abolición impulsada por las élites, mientras que el control local ha tendido hacia su mantenimiento en clave populista<sup>38</sup>.

El balance de poder entre las agencias penales ha experimentado, en el largo plazo, importantes cambios, acarreado consecuencias para el ejercicio del control. Entre fines del siglo XIX y comienzos del XX, el poder de decisión discrecional estuvo crecientemente asignado a los expertos y administradores penales, a quienes se les permitía configurar el régimen del internamiento, clasificar y distribuir presos, diseñar programas de tratamiento y conceder libertad condicional y anticipada; Foucault (1977) llama a esto “la declaración de independencia carcelaria”. Desde la década de 1980 en adelante, los funcionarios penitenciarios perdieron mucho de su poder (y los fiscales lo aumentaron) cuando el Congreso de Estados Unidos y las legislaturas estatales promulgaron leyes de condena obligatoria, revocaron la libertad condicional y redujeron la cantidad de programas en las prisiones (Garland, 2001b).

### Modalidades de poder penal

Los estados penales tienen diferentes tipos de poder a su disposición y variadas capacidades de desplegarlos. Las últimas dos dimensiones variables que querría destacar refieren al aspecto cualitativo y cuantitativo del poder. Primero, la dimensión cualitativa.

El poder penal toma diferentes formas y puede estar orientado hacia diversos objetivos. El poder de matar, de encarcelar, de supervisar, de imponer multas, de transformar la conducta individual y de transformar familias o comunidades; cada una de estas distintas formas de ejercer el poder puede ser utilizada como medio para diferentes

38 Miller (2010), Scheingold (1992) y Stuntz (2011) proporcionan evidencia de que en Estados Unidos el control local puede producir una política penal más pragmática, mientras la legislación federal es más a menudo gestual y fuertemente politizada. Esto puede ser así, pero desde un punto de vista comparativo, uno no debería equiparar el gobierno nacional en una nación fuertemente centralizada y unificada, con el gobierno federal en una unión federal y descentralizada.

objetivos. A los fines de la comparación, se debe conocer cuáles modalidades de ejercicio del poder son desplegadas por un determinado estado penal y en qué proporción.

Como observó Foucault (1977), las modalidades de poder son siempre también modalidades de saber-poder. Cómo las autoridades penales racionalizan sus acciones, conceptualizan los desafíos a los cuales hacen frente, problematizan el campo en el cual intervienen y los objetos de sus acciones, y definen los medios y fines apropiados de la práctica penal; todos estos son aspectos del poder vinculados a la ideas que deberían ser tomados en consideración.

La tecnología penal también es relevante. El poder penal puede usar medios coercitivos tales como el encierro, la exclusión, o incluso la ejecución, para imponer un sufrimiento de carácter retributivo o excluir a individuos peligrosos. Puede descansar en la vigilancia y las técnicas disciplinarias para volver dóciles a los sujetos penales. O puede usar técnicas educativas y de asistencia social para promover la capacitación y la reintegración.

Todos los estados modernos usan tanto el poder penal negativo (incapacitando) como positivo (formando capacidades), pero el balance entre ellos varía. Queremos saber la medida en que un estado penal confía en modalidades positivas, tales como el welfarismo penal, la justicia restaurativa, la rehabilitación o la reinserción. ¿Cuánto de la actividad penal está orientada hacia fines positivos de mejoramiento social? ¿En qué medida el sistema penal coordina con otras agencias tales como el trabajo social, la escuela y la asistencia de la salud, o compromete a familias, propietarios y empleadores? ¿En qué medida recurre a métodos negativos tales como la segregación, el encierro y el control minucioso?<sup>39</sup>

### Capacidades y recursos de poder

Si la dimensión de las “modalidades de poder” refiere a los aspectos *cualitativos* del poder del estado penal, trazados a lo largo de un continuum positivo-negativo, entonces la capacidad alude a los aspectos *cuantitativos*, medidos como altos o bajos. Cuando hablo de la “capacidad del estado penal” no me refiero simplemente a “la capacidad de la prisión”: el número de presos que pueden ser alojados en las instituciones penitenciarias existentes, aunque el tamaño y la cantidad de las prisiones es ciertamente parte de esto. Me refiero, más generalmente, al potencial de poder del estado, a su acceso a recursos, a los medios a su alcance y su capacidad de tomar medidas efectivamente.

---

39 El balance entre la actividad policial y el castigo es un elemento importante. Los estados estadounidenses que gastan más en la actividad policial generalmente gastan menos en castigo y viceversa (ver Tierney, 2013).

Numerosos elementos contribuyen a la capacidad del estado penal. Poderes legales, recursos presupuestarios, conocimiento experto, organización racional, coordinación sistemática, estadísticas detalladas, personal entrenado e infraestructura institucional son los más obvios. ¿En qué medida el estado penal está burocratizado y profesionalizado? ¿Están los presupuestos penales estrechamente limitados, o hay margen para el gasto discrecional? ¿Tiene el estado penal sus propios instrumentos de políticas públicas, tales como las unidades de investigación criminológica, contadores ligados a las prisiones, analistas de costo-beneficio, oficinas de estadísticas, equipos de evaluación de programas, etc.?

La legitimidad y confianza del público también son importantes, como lo es la posición de las agencias penales en la jerarquía de estatus del gobierno. La posición de las elites penales y su capacidad para ganarse la confianza pública y la credibilidad política determinará la medida en que le son atribuidos poderes discrecionales. Las condiciones externas tales como las oportunidades de empleo y vivienda son recursos fundamentales habilitando que la acción penal positiva sea efectiva, aunque estas pueden no estar enteramente bajo el control estatal<sup>40</sup>.

Los aspectos cualitativos y cuantitativos del poder penal se condicionan uno al otro. Las formas negativas de poder son relativamente simples y requieren poco conocimiento o coordinación. Si el encierro seguro y la privación son las metas, entonces se requiere poco más que un personal disciplinado y un ámbito de confinamiento adecuado. Por contraste, los poderes positivos son más complejos, requieren experticia y saber hacer, así como coordinación con, y el apoyo de, redes sociales más amplias relacionadas con la educación, la vivienda, la asistencia social y el empleo<sup>41</sup>. Un estado puede tener una gran capacidad para ejercer poder negativo y una pequeña capacidad para ejercer el poder positivo, o viceversa.

El carácter del estado penal no explica por sí mismo los efectos y patrones penales. Pero las diferencias en el carácter de los estados penales pueden explicar por qué diferentes países —o diferentes estados dentro de países federales— responden de manera distinta a desafíos y desarrollos sociales comunes. Las políticas neoconservadores y neoliberales, el capitalismo de consumo y los riesgos de la modernidad tardía, el crecimiento y la recesión económicos, la inmigración y las tensiones étnicas, el aumento en la tasa del delito y de los delitos sensacionales, todos estos elementos afectan a múltiples países y a menudo simultáneamente. Pero la “respuesta” penal que ellos provocan varía y lo hace en formas estructuradas y no aleatorias. Mi hipótesis de trabajo sería que esta estructuración es explicada por las diferencias entre los estados penales. Un modelo conceptual del estado penal puede, por lo tanto, proveer una base teórica para la investigación comparativa e histórica.

40 Ver Simon (1990) acerca de cómo el descenso del empleo para los trabajadores no calificados socavó la operación de las prácticas tradicionales de libertad condicional.

41 Ver el contraste que establece Foucault entre el “poder soberano” (el poder de la espada), el “poder disciplinario” (el adiestramiento de los cuerpos) y el “poder pastoral” (un poder que involucra cuidado y control, ejercido tanto en el nivel del individuo como en el de la población).

## El Estado Penal y el Estado Fuerte

El incremento de la penalidad y el alcance creciente del estado penal son nuevos hechos que necesitan estar integrados en nuestras teorías del estado estadounidense, nuevos hechos que, con toda probabilidad, nos impulsaran a revisar nuestras miradas al respecto. Hasta el momento, sólo dos pensadores han abordado esta cuestión de la teoría del estado – la politóloga Marie Gottschalk y el historiador del derecho William Novak. Y ellos dos plantean el mismo argumento: principalmente, que el creciente poder del estado penal estadounidense desmiente la opinión convencional de larga que define a Estados Unidos como un estado “débil”<sup>42</sup>. La idea de que el estado de Estados Unidos es “débil” se ha considerado desde hace tiempo, no respecto a las relaciones militares o exteriores, sino con respecto a la política interna y al poder del estado de imponer su voluntad en asuntos sociales y económicos. (La dificultad de la administración de Obama en promulgar e implementar la Ley de Cuidado de Salud Accesible –*Affordable Health Care Act*–, a pesar de la mayoría demócrata en el Congreso, puede ser un buen ejemplo). Se dice que estas dimensiones del estado estadounidense son “débiles”, no en términos absolutos, sino en comparación con los poderes domésticos ejercidos, en otros lugares, por estados más centralizados y racionalizados<sup>43</sup>.

Gottschalk y Novak argumentan que el crecimiento de la penalidad estadounidense es una clara señal de que Estados Unidos tiene ahora un estado fuerte en términos domésticos, capaz de proyectar su poder y establecer su voluntad. Así, Gottschalk (2006: 19) escribió que “la extensión del estado carcelario es imponente y desafía cualquier caracterización de Estados Unidos como un estado débil”. Y plantea: “la emergencia y consolidación del estado carcelario de Estados Unidos ha sido un hito mayor en el desarrollo político estadounidense, que probablemente rivaliza en importancia con la expansión y contracción del estado de bienestar en el periodo de post-guerra”. Y desde su punto de vista, este desarrollo “desafía la visión común del estado estadouniden-

42 Para una discusión de la distinción estado débil/estado fuerte, ver Evans, Rueschemeyer y Skocpol (1985: 351): “Los comparativistas de mentalidad weberiana comenzaron a etiquetar estados, especialmente estados-nación modernos, como «más fuertes» o «más débiles» de acuerdo a cuanto se aproximaban al tipo ideal de una burocracia weberiana, centralizada y totalmente racionalizada, supuestamente capaz de realizar eficientemente su voluntad sin oposición social efectiva. De acuerdo a esta perspectiva, la Prusia del siglo XVIII, por ejemplo, tuvo un estado fuerte, mientras que Estados Unidos ha tenido siempre un estado débil”.

43 Whitman (2003) recurrió a la debilidad comparativa del estado estadounidense y a la fuerza comparativa de los estados francés y alemán en su explicación de las diferencias en sus políticas penales. El clásico análisis de Douglas Hay de la pena de muerte inglesa en el siglo XVIII (Hay, 1975) presenta un argumento en términos de “estado débil” para explicar el énfasis inglés en el control penal. Numerosos académicos –entre los que me incluyo– piensan ahora que es un error hablar de estados “fuertes” o “débiles” en su conjunto. Evans, Rueschemeyer y Skocpol (1985: 355) escribieron: “Ya no es útil asumir una única dimensión de la “fuerza del estado” que combine características diferentes de la organización estatal y sus recursos, o peor, que confunda la cuestión de la autonomía estatal con aspectos de las capacidades que un estado tiene para llevar a cabo tipos de intervención”. Ver también Baldwin (2005).

se como débil. En las últimas tres décadas, el estado estadounidense ha desarrollado poderes impresionantes y un aparato inmenso para vigilar, encarcelar y ejecutar a sus ciudadanos, sin precedentes en la historia moderna estadounidense y entre otros países occidentales” (p. 236). De manera similar, Novak (2008: 759) observó que “nadie puede explicar... el rol de la prisión o de la pena de muerte... haciendo nuevamente referencia a la tradición de estado débil” y luego se refiere a “una vasta red carcelaria que continua creciendo”, concluyendo que “esta distribución extraordinaria de la burocracia no es ciertamente el producto de un estado débil” (p. 766)<sup>44</sup>.

Para estos autores, el encarcelamiento masivo y la penalidad hipertrófica son evidencia de que el estado estadounidense no es ahora, y quizás nunca haya sido, un “estado débil” y no debiera ser entendido en estos términos. Pero el rechazo de la descripción del “estado débil” no es sólo una cuestión de nomenclatura. Que el estado-nación estadounidense sea débil por su estructura descentralizada y dividida, por múltiples puntos de veto que obstruyen la acción estatal, y por la fuerza comparativa de los intereses privados es la base de la teoría estándar del desarrollo del estado de bienestar estadounidense y de mucho más<sup>45</sup>. Si los hechos de la expansión penal tienen esta consecuencia teórica, entonces ellos son en efecto significativos.

Pero los argumentos revisionistas planteados por Gottschalk y Novak están, desde mi punto de vista, basados en una simplificación engañosa, que fracasa al distinguir entre modalidades de poder y que trata erróneamente la expansión de los aparatos penales, de manera más general, como un índice del poder estatal y de su capacidad.

El estado estadounidense –para seguir, por un momento, a estos autores que agregan lo que en realidad son 50 estados penales diferentes y un estado penal federal– ha demostrado que tiene el poder de segregar, supervisar y estigmatizar a millones de individuos. Incluso conserva el poder de matar a varias docenas de ofensores por año. ¿Pero qué tipo de poderes son estos? ¿Y cómo deberíamos pensar en ellos como elementos del repertorio gubernamental de un estado moderno? Aquellos que trabajamos en la sociología del castigo todavía no hemos pensado sobre estos temas acabadamente, pero a mí me parece que, en su mayor parte, el poder penal estadounidense está principalmente dirigido a producir individuos estigmatizados y excluidos, y dado que es tan masivo en su alcance, a producir grupos excluidos y estigmatizados y comunidades desorganizadas. En su mayor parte, no produce efectos tales como estabilidad social o integración, o incluso una ciudadanía respetuosa con la ley.

El castigo difundido, con una población penal de 7 millones de personas, puede ser un medio para reducir las tasas de delito, aunque la medida de su eficacia es discutida y probablemente limitada<sup>46</sup>. Pero sea cual fuere su impacto en el control del delito, el

44 Scheingate retoma a Gottschalk: “La asombrosa escala del encarcelamiento masivo en este país desmiente cualquier noción de un estado «débil»” (Scheingate, 2009: 4).

45 Ver también Skocpol (1992) y Amenta (1998).

46 Es verdad que el auge del encarcelamiento masivo estadounidense coincide en el tiempo con una caída en las tasas de delito. Pero existen otras numerosas explicaciones para la reducción en las tasas de

encarcelamiento masivo también produce efectos sociales y económicos perjudiciales –estratificación, marginalización, exclusión social, desintegración familiar, desorganización comunitaria y destrucción del capital humano y social–, que no están asociados a métodos más positivos, extrapenales, de orden social y control del delito (Henrichson y Delaney, 2012; Muller y Wildeman, 2012; Wakefield y Uggen, 2010; Western, 2006).

Parecería improbable entonces, que el uso a gran escala del poder penal negativo sea un signo de un estado fuerte o de una sociedad bien gobernada. Entonces, ¿qué decir sobre un estado que ha desarrollado una capacidad masiva de encarcelar y supervisar ofensores? Parecería improbable que un gobierno moderno prefiera este modo de gobierno si otros se encuentran igualmente disponibles<sup>47</sup>. De hecho, parecería más plausible sugerir que el extenso uso del poder carcelario es un mecanismo compensatorio, que provee un respaldo de control penal allí donde modos más positivos y productivos de control social se encuentran ausentes. Las capacidades del estado tienden a ser desiguales a través de los dominios y la existencia de tal desigualdad puede explicar porque un estado elige un curso de acción más que otro. Enfrentando desafíos (como el que representa el delito), los estados pueden tener ciertos límites, preferencias, capacidades y recetas para una acción posible, todos los cuales reflejan una estructura subyacente (Evans, Rueschemeyer y Skocpol, 1985).

Si ese es el caso, entonces el uso difuso del poder penal negativo puede ser un indicador de las deficiencias en las capacidades gubernamentales del estado estadounidense –particularmente su capacidad en torno a modos más positivos de gobernar– más que fortalezas recientemente descubiertas<sup>48</sup>.

## Democracia liberal y el Estado Penal estadounidense

Retomo ahora la anomalía que mencione previamente: Estados Unidos es ciertamente un país liberal democrático, pero su utilización masiva del poder penal parece

---

delito, tales como una actividad policial más efectiva, la expansión de la actitud rutinaria de prevención, una mejora de la prevención del delito, etc. (Garland, 2001b). Más aún, algunos estados –como Nueva York– han reducido las tasas de delito mientras reducían las tasas de encarcelamiento. El incremento masivo del encarcelamiento de ofensores involucrados en asuntos de drogas ha tenido poco impacto en las tasas de consumo de droga ilegal. Los delitos de drogas no son uno de los delitos que componen el índice en torno al cual se producen los datos del Informe Uniforme sobre el Delito (*Uniform Crime Reports – UCR*), y los arrestos relacionados con las drogas no han disminuido en paralelo con el delito violento y contra la propiedad.

47 Aquí, por supuesto, los procesos políticos y las capacidades gubernamentales interactúan. Puede ser que las presiones electorales populares hagan a las estrategias penales más “disponibles” que aquellas no penales y limiten la medida en que pueden desarrollarse las infraestructuras no penales del control social.

48 Mi argumento aquí no es la defensa de la tesis estándar de “estado débil” sino desafiar la noción emergente de un estado fuerte basado en el despliegue masivo del poder penal. Como he insistido en esta conferencia, el poder estatal debe ser visto como multidimensional

más característico de un régimen autoritario. Mientras las instituciones penales estadounidenses no son “despóticas”, operando por lo general de acuerdo al estado de derecho, ellas son profundamente “iliberales” en otros aspectos<sup>49</sup>. ¿Cómo podemos entender esto?

Basado en los argumentos que presenté en *Una institución particular* (2010), mi análisis sería el siguiente: Estados Unidos es una democracia liberal, pero el “liberalismo” y la “democracia” son distintas tradiciones, involucrando diferentes principios y prácticas políticas, cada una de las cuales tiene distintas implicancias para el poder de castigar. Como una tradición política, el liberalismo se vincula a muchos ejes: la tolerancia religiosa, un horror hacia la crueldad, la oposición a jerarquías fijas, el apoyo a las libertades de mercado y una actitud intelectual que valora la duda, la apertura mental y el intercambio intelectual (Gray, 1992; Grimes, 1956; Holmes, 1995). También ha evolucionado a lo largo del tiempo, llegando eventualmente a abrazar los ideales democráticos y a reconstituirse como liberalismo democrático moderno (Starr, 2007). Pero en el núcleo del liberalismo clásico hay dos compromisos esenciales: 1) una concepción del orden social que valora la libertad individual y la autonomía y 2) un compromiso de limitar el poder gubernamental por medio del estado de derecho y de la separación de poderes. Las instituciones liberales –la encarnación práctica de esos principios– apuntan a restringir el poder coercitivo del estado y defender los derechos y libertades de los individuos, y por lo tanto, se oponen generalmente al castigo excesivo o severo.

Las instituciones democráticas tienen una relación más ambigua con la penalidad. El compromiso central de la democracia no es con la igualdad o con las libertades civiles, o incluso con el gobierno limitado, sino con una forma de gobierno en la que “el pueblo” se gobierna a sí mismo. Y este compromiso ha dado surgimiento a muchos tipos de gobierno democrático: directo, participativo, representativo, parlamentario, local, plebiscitario, etc. Cada una de estas formas establece un balance diferente entre la voluntad popular –usualmente expresada por la mayoría de los votantes– y otros valores políticos, tales como la igualdad, la protección a las minorías, las libertades individuales o los derechos humanos. Donde la voluntad popular está relativamente libre de tales consideraciones, la democracia puede presionar en favor del castigo severo más

49 Los conceptos de poder “despótico” e “infraestructural” son ampliamente utilizados en la sociología política. Mann (1984: 188) definió el poder “despótico” como “el rango de acciones que la elite estatal está empoderada de realizar sin la negociación rutinaria e institucionalizada con los grupos de la sociedad civil”. (O como él mismo lo plantea, la capacidad de la Reina Roja de gritar “que le corten la cabeza” y tener su capricho satisfecho sin más preámbulos). “Poder infraestructural” es “la capacidad del estado de penetrar efectivamente en la sociedad civil e implementar lógicamente decisiones políticas a lo largo de su ámbito”. En democracias liberales, el poder penal está regulado por el derecho y la forma “despótica” de poder tiene habitualmente aplicaciones limitadas en los procesos legislativos y condenatorios. El poder que es ejercido *dentro* de las prisiones, no obstante, puede ser más o menos despótico, dependiendo de la disponibilidad del debido proceso y remedios legales para los presos. Harcourt (2010) se refiere al despotismo legal en conexión con el encarcelamiento masivo estadounidense, pero al hacerlo, extendió el sentido de “despotismo” más allá de su uso habitual.

que en su contra. En la medida que las mayorías populares estén empoderadas, no hay nada incompatible entre la democracia plena y el castigo severo.

Las instituciones liberales tienden a limitar el castigo estatal en el nombre del gobierno limitado y de los derechos de los individuos. Las instituciones democráticas castigan de acuerdo a las preferencias de la mayoría, cualesquiera que sean. Lo que llamamos “democracia liberal” es una unión (de tipos específicos) de instituciones liberales y (de tipos específicos) de instituciones democráticas, y cada país, cada nación presenta una combinación distinta. La política estadounidense contiene importantes elementos liberales –evidentemente, la declaración de derechos y las facultades de revisión de la Corte Suprema. Pero las instituciones dominantes en Estados Unidos son aquellas democráticas, populares, y el balance de poder actual se inclina fuertemente hacia las mayorías electorales –y a los intereses corporativos y financieros que los influyen–, no a las instituciones liberales contra-mayoritarias del país.

Desde la década de 1970, los votantes estadounidenses han estado indudablemente impulsados por la ira punitiva, la animosidad racial y el miedo al delito para demandar penas más severas. Y los políticos estadounidenses han estado demasiado dispuestos a responder en este sentido. Pero voy a insistir que la penalidad estadounidense no puede ser explicada completamente por una cultura especialmente punitiva, ni por divisiones raciales especialmente hostiles, ni incluso por unas especialmente altas tasas de delito y violencia. Otros países, incluyendo Estados Unidos antes de los años setenta, han exhibido estas características sin construir una infraestructura penal tan extensa ni imponer castigos tan severos. La explicación, a mi parecer, radica en la distintiva materialización de la democracia liberal estadounidense y en las instituciones peculiares que caracterizan al estado estadounidense.

La democracia radicalmente mayoritaria, popular y local de Estados Unidos asigna el control primario sobre el derecho y la justicia penales a los procesos políticos locales (estados y municipalidades) antes que aquellos nacionales (federales). Además, los procesos de justicia penal rinden cuenta democráticamente, con fiscales municipales y jueces estatales electos popularmente, lo que opera para politizar los procesos de justicia penal y conectarlos directamente con la opinión mayoritaria local. El efecto general es limitar la autonomía del estado penal local e incrementar su sensibilidad a la presión mayoritaria. En la medida en que las divisiones raciales son una característica de los procesos políticos locales, o el miedo al delito refuerza la demanda por “protección pública”, estas presiones militan contra los intereses y libertades de ofensores y presos. Más aún, con el decreciente poder del liberalismo y de las elites liberales desde 1970 en adelante, el castigo al delito se ha convertido en una forma “patológica” de política democrática, con todos los intereses organizados concentrados en un solo lado de la problemática, todos presionando por más y no menos castigo (Stuntz, 2011).

En estas circunstancias, las principales restricciones a las mayorías electorales punitivas (más allá de las restricciones fiscales, que son relativamente débiles en este contexto y que han sido repetidamente superadas) son las fuerzas liberales contra-ma-

yoritarias. Pero en el periodo post-Warren Court, estas fuerzas han disminuido enormemente de la mano de la pérdida de poder de los expertos y profesionales penales; de este modo, la justicia penal se ha vuelto crecientemente politizada y la crítica liberal al encarcelamiento excesivo ha sido silenciada (Alexander, 2010; Garland, 2001b). La penalidad estadounidense contemporánea es en gran parte testimonio de la recurrente reticencia de las instituciones liberales estadounidenses, sobre todo los tribunales, a moderar la actitud del “pueblo” y de sus representantes políticos cuando se trata de castigar a los delincuentes y de “proteger al público”<sup>50</sup>. En los últimos treinta años, los tribunales estadounidenses han hecho relativamente poco esfuerzo para defender los intereses y libertades de los ofensores, ante un sistema penal cada vez más severo. Las pocas protecciones que han sido establecidas fueron sobre todo procesales más que de naturaleza sustantiva y se han focalizado en gran medida en los casos de pena de muerte, en detrimento de aquellos condenados al penas de prisión (Stuntz, 2011). Frente a las fuerzas políticas populares presionando por mayor castigo y protección pública, el resultado es que la legislación con beneplácito popular ha hecho a las sentencias penales crecientemente frecuentes y severas, y a las condiciones de las prisiones cada vez más sobrepobladas y austeras, sin generar mucho en la dirección de un contrapeso liberal eficaz<sup>51</sup>.

### **Penalidad, asistencia social y estado estadounidense**

Permítanme concluir ofreciendo una observación teórica más amplia. Las características estatales distintivas que identifiqué aquí con vistas a explicar la penalidad estadounidense son las mismas características que otros han utilizado para explicar el modelo de política social estadounidense. En los países donde se han desarrollado fuertes y amplios estados de bienestar, las leyes, instituciones y políticas sociales son típicamente producidas por el gobierno nacional e impuestas a lo largo del territorio, sobreponiéndose a los intereses del sector privado y la resistencia de los contribuyentes. En Estados Unidos, estas vías para el desarrollo de la política social son obstaculizadas por la estructura descentralizada y federal de su estado, por múltiples puntos de veto, por la reticencia de los contribuyentes a financiar transferencias monetarias y por poderosos intereses privados organizados.

No obstante, evidentemente ha surgido un aparato estatal welfarista que comprende la Seguridad Social, el Seguro Médico y otras cosas. Pero en términos comparativos y en este punto, la estructura del estado estadounidense y su relación con la sociedad ci-

50 Ver la observación de Michael Ignatieff (2012) acerca de que las preferencias populares luego del 2001, en el marco de la “guerra contra el terrorismo” que es igualmente aplicable a la “guerra contra el delito” de los años 80s y 90s: “Las presiones mayoritarias para «hacer lo que sea necesario para hacernos más seguros» han apoyado cada uno de los ataques a las libertades civiles” (p. 31).

51 *Brown v. Plata* (2011) es una reciente y notable excepción.

vil han obrado y obran para impedir su expansión. Más aún, dado que las instituciones sociales dependen frecuentemente de una infraestructura amplia y de la coordinación entre actores, son difíciles de desarrollar ante la oposición de grupos de interés.

En relación al castigo, los efectos de las mismas estructuras estatales estadounidenses son simplemente los opuestos. El control del poder penal es primordialmente local, no nacional. Emerge desde abajo hacia arriba, no de manera descendente. Comparado con los “beneficios” del Estado de Bienestar, la política penal es relativamente poco costosa. Debido a que el castigo ha sido considerado desde hace tiempo como una prerrogativa de la autoridad estatal y no del poder privado, los actores del mercado no compiten ni inhiben con la acción estatal, sino que la promueven y habilitan. No sólo hay pocos puntos de veto vigentes entre la formación de la política penal y su implementación real, sino que tampoco existen poderosos grupos de interés organizados que se oponen a la expansión e intensificación del castigo. Más aún, la naturaleza comparativamente simple del poder penal negativo hace que sea relativamente fácil de desplegar. El efecto multiplicador del estado estadounidense sobre el castigo es generado por las mismas estructuras y arreglos institucionales que producen un efecto de minimización de la política social<sup>52</sup>. Sugiero que esta homología estructural requiere de una investigación más profunda.

Unas últimas palabras de aclaración. Nada de lo que he dicho en esta conferencia está destinado a negar que las fuerzas sociales y culturales desempeñan un importante rol en la configuración de la penalidad o a inhibir investigar estos procesos. Tampoco deseo desalentar el prometedor trabajo que se está haciendo sobre la relación entre estructuras de la economía política y sistemas de castigo. Mi inquietud ha sido la de promover una mayor atención a la estructura variable de las instituciones estatales y a los procesos estatales y legales que traducen las presiones sociales y económicas en efectos penales específicos. Debería concluir sin decir –pero lo diré de todos modos– que un enfoque integrador del estado y de la sociedad es el ideal teórico hacia el cual el campo debería apuntar.

---

52 Wacquant (2009b) señaló esta relación inversa, así como Becket y Western (2001). Pero ellos lo atribuyen a los movimientos sociales y políticos “neoliberales” (o “neoconservadores”). Mi sugerencia es que la hipertrofia de uno y la atrofia del otro son facilitados por una estructura estatal específica. Para estudios de las interacciones entre castigo y asistencia, ver Garland (1985, 2011b), Beckett y Western (2001), Downes y Hansen (2006), Wacquant (2009b), Lacey (2008) y Lacey y Soskice (2013).

## Bibliografía

- Aebi, M. y Stadnic, N.:** *Council of Europe Annual Penal Statistics: SPACE 1. 2005 Survey on Prison Populations*, University of Lausanne Press, Lausanne, 2007.
- Alexander, M.:** *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, New Press, New York, 2010.
- Amenta, E.:** *Bold Relief: Institutional Politics and the Origins of American Social Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1998.
- Baldwin, P.:** “Beyond weak and strong: Re-thinking the state in comparative perspective”, *Journal of Policy History*, 2005, n° 17, 12-33.
- Barker, V.:** *The Politics of Imprisonment: How the Democratic Process Shapes the Way America Punishes Offenders*, Oxford University Press, New York, 2009.
- Beaumont, G., de Tocqueville, A. y Lieber, F.:** *On the Penitentiary System in the United States, and its Application in France: With an Appendix on Penal Colonies, and also Statistical Notes*, Carey, Lea & Blanchard, Philadelphia, [1833] 1979.
- Beckett, K.:** *Making Crime Pay*, Oxford University Press, New York, 1999.
- Beckett, K. y Herbert, S.:** *Banished: The New Social Control in Urban America*, Oxford University Press, New York, 2011.
- Beckett, K. y Western, B.:** “Governing social marginality: Welfare, incarceration and the transformation of state policy”, in D. Garland (ed), *Mass Imprisonment*, Sage, London, 2001.
- Blumstein, A. y Beck, A.:** “Population growth in United States prisons, 1980–1996”, in M. Tonry and J. Petersilia (eds), *Prisons*, University of Chicago Press, Chicago.
- Boesche, R.:** “The prison: Tocqueville’s model for despotism”, *Western Political Quarterly*, 1980, n°33, 550-563.
- Cavadino, M. y Dignan, J.:** *Penal Systems: A Comparative Approach*, Sage, London, 2006a.
- Cavadino, M. y Dignan, J.:** “Penal policy and political economy”, *Criminology and Criminal Justice*, 2006b, n° 6, 435-456
- De Giorgi, A.:** *Re-Thinking the Political Economy of Punishment: Perspectives on Post-Fordism and Penal Politics*, Ashgate, Aldershot, 2006.
- Downes, D.:** *Contrasts in Tolerance*, Oxford University Press, Oxford, 1988.
- Downes, D. y Hansen, K.:** “Welfare and punishment in comparative perspective”, in S. Armstrong and L. McAra (eds), *Perspectives on Punishment*, Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Downes, D. y van Swaaningen, R.:** “The road to Dystopia? Changes in the penal climate of the Netherlands”, in M. Tonry (ed), *Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 35, University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- Durkheim, E.:** “Two laws of penal evolution”, in S. Lukes and A. Scull (eds), *Durkheim and the Law*, Martin Robertson, Oxford, [1902] 1983.
- Evans, P., Rueschemeyer, D. y Skocpol, T.:** *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, New York, 1985.
- Feeley, M. y Simon, J.:** “The new penology”, *Criminology*, 1992, n° 30, 449-74.
- Flamm, M.:** *Law and Order: Street Crime, Civil Unrest and the Crisis of Liberalism in the 1960s*, Columbia University Press, New York, 2007.
- Forman, J.:** “Racial critiques of mass incarceration. Beyond the new Jim Crow”, *New York University Law Review*, 2012, n° 87.
- Foucault, M.:** *Discipline and Punish*, Pantheon, New York, 1977.

- Frost, N.:** “The mismeasure of punishment: Alternative measures of punitiveness and their (substantial) consequences”, *Punishment & Society*, 2008, n° 10: 277-300.
- Garland, D.:** *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*, Gower, London, 1985.
- Garland, D.:** *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, University of Chicago Press, Chicago, 1990.
- Garland, D.:** *Mass Imprisonment: Its Social Causes and Consequences*, Sage, London, 2001a.
- Garland, D.:** *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, University of Chicago Press, Chicago, 2001b.
- Garland, D.:** *Peculiar Institution: America's Death Penalty in an Age of Abolition*, Belknap, Cambridge, 2010.
- Gottschalk, M.:** *The Prison and the Gallows: The Politics of Mass Incarceration in America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Gottschalk, M.:** “The carceral state and the politics of punishment”, in J. Simon and R. Sparks (eds), *Handbook on Punishment and Society*, Sage, London, 2012.
- Grattet, R., Petersilia, J. y Beckman, M.:** “Parole violations and revocations in California”, *Federal Probation*, 2009, n° 71:2.
- Gray, J.:** *Liberalism*, University of Minneapolis Press, Minneapolis, 1992.
- Greenberg, D. y West, V.:** “Siting the death penalty internationally”, *Law & Social Inquiry*, 2008, n° 33: 295-344.
- Grimes, A.:** “The pragmatic course of liberalism”, *Western Political Quarterly*, 1956, n° 9: 633-40.
- Hamai, K.:** “Globalized penal populism and its countermeasures”, *Japanese Journal of Sociological Criminology*, 2008, n° 33.
- Harcourt, B.:** *The Illusion of Free Markets*, Harvard University Press, Cambridge, 2010.
- Harris, A., Evans, H. y Beckett, K.:** “Drawing blood from stones: Legal debt and social inequality in contemporary America”, *American Journal of Sociology*, 2010, n° 115: 1753-99.
- Hay, D.:** “Property, authority, and the criminal law”, in D. Hay, P. Linebaugh, J. Rule, E.P. Thompson, and C. Winslow (eds), *Albion's Fatal Tree: Crime and Society in Eighteenth-Century England*, Pantheon Books, New York, 1975.
- Henrichson, C. y Delaney, R.:** *The Price of Prisons: What Incarceration Costs Taxpayers*, VERA Institute, New York, 2012.
- Holleman, H., McChesney, R., Foster, J. y Jamil Jonna, R.:** “The penal state in an age of crisis”, *Monthly Review*, 2009, 61. <http://monthlyreview.org/2009/06/01/the-penal-state-in-an-age-of-crisis>.
- Holmes, S.:** *Passions and Constraints: On the Theory of Liberal Democracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.
- Ignatieff, M.:** “The man who shaped history”, *New York Review of Books*, 2012, October 11.
- International Centre for Prison Studies.:** *Prison Brief—Highest to Lowest Rates*, International Centre for Prison Studies, London, 2007.
- Jacobs, J.:** *Stateville: The Penitentiary in Mass Society*, University of Chicago Press, Chicago, 1977.
- Jacobs, J.:** “Mass incarceration and the proliferation of criminal”, *University of St. Thomas Law Journal*, 2006, n° 3: 387-420.
- Kury, H. y Ferdinand, T. (eds).:** *International Perspectives on Punitivity*, Universitätsverlag Dr N. Brockmeyer, Bochum, 2008.
- Lacey, N.:** *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Lacey, N.:** “American imprisonment in comparative perspective”, *Daedalus* n° 139, 102-14, 2010.

- Lacey, N. y Soskice, D.:** Why are the truly disadvantaged American: Political economy, local autonomy and the path from education to employment. Unpublished manuscript, 2013.
- Langan, P.:** "Crime and punishment in the United States, 1981–1999", in M. Tonry and D. Farrington (eds), *Crime and Justice, vol. 33, Crime and Punishment in Western Countries, 1981–1999*, University of Chicago Press, Chicago, 2005.
- Lappi-Seppala, T.:** "Explaining imprisonment in Europe", *European Journal of Criminology*, 2011, n° 8, 303–328.
- Lipset, S.:** *American Exceptionalism: A Double Edged Sword*, Norton, New York, 1997.
- Loader, I. y Sparks, R.:** "Knowledge politics and penal politics in Europe", in T. Daems, S. Snacken, and D. Van Zyl Smit (eds), *European Penology?*, Hart, Oxford, 2013.
- Lynch, J. y Pridemore, W.:** "Crime in international perspective", in J. Wilson and J. Petersilia (eds), *Crime and Public Policy*, Oxford University Press, New York, 2011.
- Mann, M.:** "The autonomous power of the state: Its origins, mechanisms and results", *European Journal of Sociology*, 1984, n° 25, 185–213.
- Manza, J. y Uggen, C.:** *Locked Out: Felon Disenfranchisement and American Democracy*, Oxford University Press, New York, 2006.
- Mauer, M.:** *Race to Incarcerate*, New Press, New York, 2<sup>nd</sup> Ed, 2006.
- McLennan, R.:** "The new penal state: Globalization, history and American criminal justice c. 2000", *Inter-Asia Cultural Studies*, 2001, n° 2, 207–219.
- McLennan, R.:** *The Crisis of Imprisonment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- Miller, L.:** *The Perils of Federalism: Race, Poverty and the Politics of Crime Control*, Oxford University Press, New York, 2010.
- Montesquieu, B.:** *The Spirit of the Laws*, A. Donaldson and J. Reid, Edinburgh, 1762.
- Muller, C. y Wildeman, C.:** "Punishment and inequality", in J. Simon and R. Sparks (eds), *Handbook on Punishment and Society*, Sage, London, 2012.
- Nelken, D.:** "Comparative criminal justice: Beyond ethnocentrism and relativism", *European Journal of Criminology*, 2009, n° 6, 291–311.
- Nelken, D.:** "Denouncing the penal state", *Criminology and Criminal Justice*, 2010a, n° 10, 331-340.
- Nelken, D.:** *Comparative Criminal Justice*, Sage, London, 2010b.
- Novak, W.:** "The myth of the "weak" American state", *American Historical Review*, 2008, n° 113, 752-772.
- Pease, K.:** "Cross-national imprisonment rates: Limitations of method and possible conclusions", *British Journal of Criminology*, 1994, n° 34, 116-130.
- Pratt, J., Brown, D., Hallworth, S., y Morrison, W.:** *The New Punitiveness*, Willian, Cullompton, 2005.
- Rudin, J.:** "Aboriginal over-representation and R. v. Gladue: Where We Were, Where We Are and Where We Might Be Going", *The Supreme Court Law Review*, 2008, 40. Disponible en: <http://pi.library.yorku.ca/ojs/index.php/sclr/article/view/34898>.
- Ruth, H. y Reitz, K.:** *The Challenge of Crime: Rethinking our Response*, Harvard University Press, Cambridge, 2003.
- Savelsberg, J.:** "Knowledge, domination and criminal punishment", *American Journal of Sociology*, 1994, 99, 911-943.
- Savelsberg, J.:** "Knowledge, domination and criminal punishment revisited: Incorporating state socialism", *Punishment & Society*, 1999, n° 1, 45-70.

- Scheingate, A.:** “Why can’t Americans see the state?”, *The Forum*, n° 7, 4. Disponible en: <http://www.bepress.com/forum/vol7/iss4/art1>.
- Scheingold, S.:** *The Politics of Street Crime: Criminal Process and Cultural Obsession*, Temple University Press, Philadelphia, 1992.
- Simon, J.:** *Poor Discipline: Parole and the Social Control of the Underclass*, University of Chicago Press, Chicago, 1990.
- Simon, J.:** *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford University Press, New York, 2007.
- Simon, J. y Sparks, R (eds.):** *The SAGE Handbook on Punishment and Society*, Sage, London, 2012.
- Skocpol, T.:** “Bringing the state back in: Strategies of analysis in current research”, in P. Evans, D. Rueschemeyer and T. Skocpol (eds), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, New York, 1985.
- Skocpol, T.:** *Protecting Soldiers and Mothers: The Political Origins of Social Policy in the United States*, Belknap, Cambridge, 1992.
- Starr, P.:** *Freedom’s Power: The True Force of Liberalism*, Basic Books, New York, 2007.
- Stuntz, W.:** *The Collapse of American Criminal Justice*, Belknap, Cambridge, 2011.
- Sutton, J.:** “Imprisonment and social classification in five common-law democracies, 1955–1985”, *American Journal of Sociology*, 2000, n° 106:350–86.
- Sutton, J.:** “The political economy of imprisonment in affluent western democracies, 1960–1990”, *American Sociological Review*, 2004, n° 69: 170–9.
- Tierney, J.:** “Prison population can shrink when police crowd streets”, *New York Times*, January 25, 2013.
- Tonry, M.:** *Sentencing Matters*, Oxford University Press, New York, 1998.
- Tonry, M.:** *Crime, Punishment and Politics in Comparative Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- Useem, B. y Piehl, A.:** *Prison State: The Challenge of Mass Incarceration*, Cambridge University Press, New York, 2008.
- Van Dyjk, J.:** *The World of Crime*, Sage, London, 2007.
- Wacquant, L.:** *Prisons of Poverty*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2009a.
- Wacquant, L.:** *Punishing the Poor*, Duke University Press, Durham, NC, 2009b.
- Wakefield, S. y Uggen, C.:** “Incarceration and stratification”, *Annual Review of Sociology*, 2010, n° 36: 387–406.
- Walmsley, R.:** *World Prison Population List*, International Center for Prison Studies, London, 8<sup>th</sup> Ed, 2009.
- Webster, C. y Doob, A.:** “Punitive trends and stable imprisonment rates in Canada”, in M. Tonry (ed) *Crime and Justice: A Review of Research*, Vol. 36, University of Chicago Press, Chicago, 2007.
- Western, B.:** *Punishment and Inequality in America*, Russell Sage, New York, 2006.
- Whitman, J.:** *Harsh Justice: Criminal Punishment and the Widening Divide between America and Europe*, Oxford University Press, New York, 2003.
- Wildeman, C.:** “Mass incarceration”. *Oxford Bibliographies*, 2012. Disponible en: <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780195396607/obo-9780195396607--0033.xml>
- Young, W.:** “Influences upon the use of imprisonment: A review of the literature”, *Howard Journal*, 1986, n° 25: 125–36.
- Zimring, F., Hawkins, G. y Kamin, S.:** *Punishment and Democracy: Three Strikes and You’re Out in California*, Oxford University Press, New York, 2001.