



INCONGRUENCIAS Y PERVERSIONES DE LA EJECUCIÓN PENAL

(Razones estructurales y sinrazones ideológicas)¹

Roberto Bergalli

(Universitat de Barcelona)

RESUMEN

El presente texto fue presentado como una contribución al Simposio convocado por el instituto de estudios de la Fiscalía Federal de los Estados Unidos de Brasil, al cual fue invitado su Autor. Sus contenidos están principalmente dedicados a analizar las tareas a las que deben dedicarse esos oficiales públicos cuando ellas están específicamente concentradas en las actividades carcelarias. En tal sentido son tomadas en consideración las diferencias que puedan distinguir las actividades semejantes en el Reino Unido, en Italia, en España (en particular en la Comunidad Autónoma de Catalunya) con las de Brasil cuando ellas se generan en las características más salientes de sus respectivos sistemas penitenciarios. Partiendo de tales diferencias el texto introduce en una discusión teórica acerca de la naturaleza que invisten hoy las cárceles y cuáles son los principales rasgos que permiten una clasificación de tales instituciones en el presente.

ABSTRACT

This Paper was presented as a contribution to the national meeting of Brazilian Public Prosecutors and its contents are mostly dedicated to those tasks which these public servants have to develop when are concentrated on prison activities. In this sense, differences among United Kingdom, Italy, Spain (and particularly Catalonia) are taking under consideration when Brazilian main characteristics of its penitentiary system provoke certain and special activities of Public Prosecutors. Starting from these tasks the Paper introduces in a theoretical discussion about what prisons are today and what are its mains features which allow to go deep within a classification of these institutions at the present time.

Palabras Clave: Cárceles – Fiscales – Control institucional – Privación de libertad – Ejecución penas

Key words: Prisons - Public Prosecutors – Prisons control - Deprivation of freedom – Punishment Enforcement

¹ El presente texto fue presentado como una contribución al Simposio convocado por el instituto de estudios de la Fiscalía Federal de los Estados Unidos de Brasil, celebrado los días 18 a 20 de agosto de 2010 en Brasilia.

Introducción

Al emplear la expresión *ejecución penal*, como título del presente Simposio (*A Execução Da Pena Privativa De Liberdade experiências, dilemas e perspectivas*) debe entenderse que se está recurriendo a un lenguaje propio a las disciplinas de ámbito jurídico penal, dentro de las cuales tal expresión se utiliza para aludir comúnmente al cumplimiento de penas privativas de libertad. Ello así, no obstante que en términos de ejecución de consecuencias jurídicas al delito y dependiendo de la legislación penal, como asimismo de la procesal penal que se traten, deba sobreentenderse que todo tipo de penas –sean privativas de la libertad, privativas de otros derechos o pecuniarias- exige de un procedimiento ejecutivo. Es decir que, una vez que tales consecuencias se hayan constituido por sentencia jurisdiccional firme como pena (bien con carácter principal, o bien accesorio), han de ser objeto de un trámite que lleve a la efectiva consumación del resultado punitivo pretendido, para que lleguen al estadio de su cumplimiento

Empero, tales consideraciones como en general cualesquiera otras que se pudieran extraer del concepto de *ejecución penal* emergen a la luz de la mano de unos derechos continentales-europeos, cuyas características principales son aquellas relativas a la existencia de códigos penales y de procedimientos penales, los cuales prescriben los comportamientos que deben observar las instancias jurisdiccionales a cuyo cargo quede la búsqueda de unos pretendidos resultados punitivos. Hago esta aclaración por cuanto en los medios socio-políticos en los que impera la cultura jurídica del *Common Law*, en particular en el Reino Unido y áreas de su influencia legal, lo que se puede llamar como un procedimiento ejecutivo penal (en la tentativa de asimilarlo a la tradición continental) es una *actividad* relativamente discrecional y en buena medida lo que entonces se denomina en la tradición continental como *ejecución penal* queda ligado a una actividad administrativa de ciertos órganos de la administración de prisiones: *Prison Service* (Servicio de Prisiones), *Probation Service Division* (División del Servicio de Puesta a Prueba), *Parole Board* (Consejo de libertad bajo palabra) -este último compuesto por un Presidente y ochenta miembros, seis de los cuales son de tiempo completo (*full-time*) y que incluye jueces, psiquiatras, oficiales de sometimiento a prueba (*Probation*), criminólogos y representantes de organizaciones de la comunidad-. Estos entes actúan en el Reino Unido todos en relación con el *Home Secretary* (Secretario de Interior) quien, cuando el *Parole Board* (Consejo de libertad bajo palabra) lo recomienda, dispone la *Early Release of Prisoners* (Libertad anticipada de los internos). A este respecto, debe resaltarse que en la tradición británica siempre han cumplido un papel destacado las organizaciones voluntarias, nacionales y locales. La más destacada y conocida entre las primeras es: *The National Association for the Care and Resettlement of Offenders* (Asociación nacional para la atención y reasentamiento de los condenados) (NACRO) que desarrolla sus tareas en áreas como las de: encontrar un alojamiento para los liberados; proveerles un trabajo; facilitarles educación; ayudarlos en la fianza para la liberación; suministrar asistencia en salud mental; en la rehabilitación a los dependientes de alcohol y drogas; dar servicio de apoyo y consejo a las personas que acuden a los tribunales; auxilio a las familias de condenados que cumplen sentencias; etc. En lo que atañe a una supuesta tarea de los Fiscales por los derechos de los internos cumpliendo sentencias, debe destacarse que es muy diferente la

organización de estos funcionarios en el Reino Unido de las que se conocen en Europa continental y entre sus ocupaciones no se cuenta la defensa o protección de esos derechos. Para ello, existe en el presente un *Prisons Ombudsman* (Defensor en las prisiones), quien está encargado de realizar una apelación final respecto de las quejas que puedan presentar los propios reclusos al *Governor* (Director) de la cárcel, pudiendo hacer recomendaciones al *General Director of the Home Secretary* (Director general de la Secretaría del Interior). El origen de la institución de los fiscales, propia a su dependencia de la Corona (igual que en España) como fiscales del Reino, es decir defendiendo los intereses del o de la monarca, marcó su desarrollo posterior. En efecto, en el presente existe el *Crown Prosecution Service* (CPS) (Servicio de Acusación de la Corona) el que funciona a través de 12 áreas en Inglaterra y Gales, cada una de ellas encabezada por un *Chief Crown Prosecutor* (C. C. P.) (Jefe de Acusación de la Corona) y, más localmente por un delegado. La jefatura nacional de este servicio es la del *Director of Public Prosecutions* (DPP) (Director de las Acusaciones Públicas) y el responsable del gobierno es el *Attorney General* (A-G) (Procurador General).

Mientras, no obstante se inscriba España en esa tradición de defensa de los intereses del Monarca, el Ministerio Público ha sido organizado en tiempos de nacimiento del sistema democrático de gobierno, a partir de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) 6/1985, puesto que en su Libro VI le otorga "... por misión promover la acción de la Justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social" (Art. 541. 1). Esa organización ha sido establecida en lo que se denomina como "Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal" (sancionado por Ley 50/1981 de 30 de diciembre), el que establece que el Ministerio Fiscal es "único para todo el Estado" (Art. 22.1) mientras, a su vez, "El Fiscal General del Estado ostenta la jefatura superior del Ministerio Fiscal y su representación en todo el Estado español" (Art. 22.2). Empero, la LOPJ introdujo los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (Art. 94.1) en cada Provincia los que tendrán a su cargo las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de Septiembre General Penitenciaria (primera del sistema democrático), la cual en su Título V sobre "El juez de vigilancia" asigna a éste unas tareas específicas como las de "...salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario se puedan producir" (Art. 76.1). Antes, todavía, le otorga "...atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y reglamentos...". Es decir que de tales maneras quedó establecido un sistema de protección de los derechos de los presos, respecto de los cuales puede decirse que en el presente se reconoce en España un proceso de ejecución de penas privativas de libertad, en el curso del cual los derechos humanos y las garantías de los privados de libertad deben quedar amparados. Mas, sin embargo, el Ministerio Público no ha recibido una tan adecuada organización para atender el desarrollo de semejante proceso ejecutivo de penas, ni tampoco una puntual asignación de competencias fiscalizadoras de la vida en el interior de las cárceles, pese a que como defensor de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley" (Art. 541. 1 LOPJ) no puede menos que promover una denuncia penal si recibe noticia de la violación de tales derechos y garantías. Las tareas de esta naturaleza están asignadas a aquellas Fiscalías con ámbito de intervención en el marco territorial de las Audiencias

provinciales, tribunales colegiados de segunda y de primera instancia sólo para delitos de determinada gravedad. Especial atención debe merecer a estos Fiscales que dichas violaciones no se produzcan en utilización de las medidas previstas por el Régimen Disciplinario en el interior de las cárceles que establece el Capítulo IV, del Título II de la LOGP, consistente en sanciones de aislamiento, privación de permisos de salida, limitación de las comunicaciones, privación de paseos y actos recreativos comunes o amonestaciones. Es oportuno destacar que, habiendo adoptado el Reino de España la forma de un Estado de las Autonomías (art. 2 y 143.1 de la Const. española), cada una de ellas, mediante procedimientos previstos y arreglados, puede asumir distintas competencias derivadas por el Estado. La relativa al ejercicio del cumplimiento de penas privativas de libertad ha sido transferida y asumida únicamente por la Comunidad Autónoma de Catalunya en 1984 y si bien la LOGP es la que regula los derechos y deberes de los internos en las cárceles de todo el territorio de España Art. 149.1.6 (CE), según el *Estatut de Autonomia catalán* corresponde a la Comunidad Autónoma el ejercicio de las funciones de dirección, organización e inspección en las actuales nueve cárceles (ocho para hombres y una para mujeres) que existen en territorio de Catalunya. A tal fin existe una *Direcció de Serveis Penitenciaris* en el marco de la *Conselleria de Justicia* de la *Generalitat de Catalunya* encargada de supervisar dichas funciones.

Podrían hacerse análisis similares o parecidas observaciones en los diferentes procesos de ejecución de penas privativas de la libertad en Italia, Bélgica, República Federal de Alemania y Países Bajos o las fijadas por el conjunto de Reglas Mínimas del antiguo Consejo de Europa (en el presente de la UE) para el tratamiento de los reclusos, aprobadas éstas en Strassbourg en 19 enero 1973. No obstante, estas últimas han seguido (como la mayoría de las legislaciones penitenciarias europeas y también latinoamericanas) las llamadas Reglas Mínimas de Naciones Unidas, aprobadas en Ginebra en 30 agosto de 1955.

Por lo tanto, y encontrándonos en Latinoamérica, donde en general se han seguido las huellas de los ámbitos de tradición de derecho escrito, aquí corresponde ocuparse de la ejecución de las penas privativas de libertad, o de otras formas de detención de personas en función de lo dispuesto por un juez o tribunal investido de capacidad jurisdiccional. Por lo demás, cuando exista un Código de Ejecución Penal, en el marco de una nueva rama jurídica que como en Brasil se ha denominado el derecho de ejecución penal, y, de forma consecuente intervenga una jurisdicción especializada, indicada por la ley local de organización judicial (para el caso brasileño es la Lei 7210/1984, Cap. III art. 65, vigente según Lei 10.792 de 1. Diciembre de 2003), se hace aún más estrecha la relación de la *ejecución penal* con las penas privativas o restrictivas de la libertad individual. Lo afirmado es en Brasil absolutamente congruente con que el Ministerio Público fiscalice la *regularidad formal das guias de recolhimento e de internamento* y deba requerir cuantas actividades se prevén en el art. 68, apartado II (de la anterior citada *Lei*, dentro de un Capítulo IV específico *Do Ministério Público*). En estos sentidos queda determinado que, en lo que atañe a cuanto acontezca durante la ejecución de penas privativas o restrictivas de libertad y fuera de las situaciones de egresos anticipados o por cumplimiento efectivo de la privación o restricción de libertad, tales alternativas acaecen dentro de los muros de instituciones dedicadas a tales fines o de los límites materiales de los establecimientos previstos para contener condenados o condenadas, pese a que unos u otras puedan gozar durante su cautiverio de mayor libertad ambulatoria (como en las colonias agrícolas, industriales o similares, tal como las

denomina la *Lei* 7.210, Capítulo III, arts. 91 y 92). Partiendo de estos presupuestos, para hablar de los ámbitos que en general se dedican a dichos fines, utilizaré a seguido el concepto universal y genérico de *cárcel* pues esas instituciones han sido, son y serán siempre cárceles.

La cárcel

Así las cosas se llega paulatinamente al planteamiento del objeto central de conocimiento para esta intervención. En efecto, tanto desde un punto de vista semántico como asimismo semiológico, la alusión concreta se concentra sobre la cárcel como lugar específico donde a lo largo de la Modernidad han tenido lugar los secuestros institucionales de individuos que han sido condenados a penas privativas y restrictivas de la libertad, o bien donde han sido alojados por disposición judicial en el período de la instrucción pertinente a un proceso penal. No obsta para hablar de la cárcel moderna la circunstancia que el origen etimológico de la palabra se remonte a un tiempo pre-moderno, muy anterior a cuando la pena no revestía las características propias que asumió con la Modernidad. Antes mejor, quizá sea muy oportuna la introducción de los orígenes pre-modernos de la institución carcelaria los cuales, como es sabido, se relacionan con las prácticas más aberrantes llevadas a cabo respecto a los reclusos. El uso de la cárcel como lugar de torturas y todo tipo de perversiones destinadas principalmente a obtener las confesiones de los acusados (como acontecía en el nivel inferior del *Carcere Mamertino A.C.*, en los *Fori Imperiali* de Roma, donde estuvieron detenidos San Pedro y San Pablo), aunque el término se asocie más al lugar de retención de acusados durante la vigencia de la Inquisición mientras duraba el proceso (Cárceles de la Inquisición, desde el s. XVI, 1531 hasta avanzado el s. XIX, 1871), ha marcado tales orígenes con mucho énfasis desde entonces y dejó a la institución lastrada por esa carga histórica. Por lo tanto, no debe olvidarse que buena parte de los esfuerzos cumplidos por el Iluminismo penal respecto a la pena de prisión, estuvo alimentada por esa descalificación con que se consideraba la institución carcelaria.

De esta forma, si bien en adelante utilizaré el vocablo cárcel para unificar bajo la misma denominación el concepto de lugares o ámbitos donde se cumplen las privaciones o restricciones de la libertad personal que hayan sido jurisdiccionalmente dispuestas, debe insistirse que haré uso de semejante vocablo pues, como he anunciado, el mismo encierra históricamente las razones estructurales y las sinrazones ideológicas que como subtítulo de esta intervención he adjudicado a la ejecución de las penas privativas de libertad, en el presente. Tales razones y sinrazones acompañan a la cárcel desde sus orígenes pre-modernos aunque las estructuras y las ideologías se hayan transformado, pese a que unas y otras sean el fruto de profundas muestras de injusticia social. En tal sentido, el empleo de la cárcel y de sus similares, en los comienzos del capitalismo como nuevo modo de producción de bienes y distribución de la riqueza, fue desde entonces una manifiesta expresión de la estructura socio-económica de las sociedades y lo sigue siendo en la presente fase de la globalización. Esta forma de percibir la institución carcelaria ha permitido concebir tanto la pena privativa de la libertad como la propia cárcel, aunque las dos se observen desde una perspectiva jurídico-penal, siempre como fruto de una economía política de ambas (como quedó patentizado por G. Rusche y O. Kirchheimer, en su ya clásica obra que aquí cito por la versión en castellano, de

1984). Es por todo ello que esta intervención se moverá dentro de los marcos disciplinarios que permitan sostener la consideración de que tanto la pena privativa de libertad como la cárcel son producto de una determinada estructura socio-económica. Todas los demás enfoques que han permitido la visualización de una y otra como expresiones de un proceso de humanización de ambas, tal como aún hoy día son consideradas por algunas doctrinas que arrancan de un cierto pietismo penal, o de principios católicos, no son más que manifestaciones de ideologías concretas o visiones parciales de la existencia y uso continuado de los dos instrumentos punitivos.

La cárcel como tal en el presente es y seguirá siendo un objeto de interés, mientras subsista como institución central de todo sistema penal, en particular por quienes están encomendados de vigilar y controlar que dentro de ella no se comentan las violaciones o aberraciones respecto de los derechos humanos fundamentales de quienes en ella se encuentren internados. Esto ha sido y seguirá siendo así mientras la cárcel sea el resultado de las escasas transformaciones filosófico-políticas acaecidas en el terreno de ejercicio del poder punitivo.

El tránsito del control penal desde las formas liberales de las constituciones y los Estados del siglo XIX, en particular en Europa continental, hacia las de los Estados sociales y democráticos de derecho, de la segunda mitad del s. XX, pasando a través de los autoritarismos nazi-fascistas, los dramas bélicos, el Holocausto y las posteriores condenas de los regímenes y dirigentes que los desataron, generó una pretendida humanización de dicho tipo de control. En este sentido, fueron las convenciones internacionales de la inmediata Segunda post-guerra mundial las que dieron un gran impulso a ese proceso. Empero, las intervenciones y los debates que en el presente Simposio se sostengan constituyen la demostración de las preocupaciones que genera el uso difuso de la cárcel aún en el presente y en Latinoamérica, en concreto en un ámbito como el brasileño donde, pese a los más recientes avances sociales, la cárcel se sigue caracterizando por la persistencia de los rasgos más aberrantes que la han siempre caracterizado.

-I-

La vigilancia o el control respecto a cómo se cumplen las ejecuciones de penas privativas de libertad, las medidas de seguridad o las detenciones preventivas durante un proceso penal, tal como se ha dicho antes, constituye en general la tarea de un derecho de ejecución penal. Pero, al par de la existencia de una jurisdicción específica que aplique las reglas vigentes para tales ejecuciones, están generalmente también dispuestas las relativas a quienes asumen el deber de fiscalizar la ejecución de la pena o las medidas de seguridad. Tal como lo establece el Capítulo IV de la *Lei 7.210/1984*, en el Brasil es competencia del Ministerio Público ejercer una tal fiscalización. La actuación de dicho Ministerio Público seguramente choca con los intereses de la gestión penitenciaria, y en relación a esta confrontación es importante destacar que, pese a la existencia de Consejos Penitenciarios, de un Departamento Penitenciario Nacional, de otro semejante Departamento local por cada unidad de la Federación, los fiscales del Ministerio Público en Brasil deben tener que confrontarse con las autoridades de dirección y los funcionarios de cárceles. Pero, la actuación de los fiscales, verificando la gestión de las cárceles en Brasil, seguramente es muy difícil de cumplir ante la masificación

de personas (hombres y mujeres) reclusas en medios cerrados, las que en el mes de diciembre 2009 ascendía a 417.112 (según datos del Sistema Integrado de Informaciones Penitenciarias -INFOPEN-, perteneciente al Departamento Penitenciario Nacional -DEPEN- del Ministerio de Justicia, v. <http://portal.mj.gov.br>, consultado en 10/05/2010) y los menores 16.868 (según informes de la Subsecretaría de Promoción de los Derechos del Niño y del Adolescente de la Secretaría Especial de los Derechos Humanos). Por lo que afirma el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, esta masificación en las cárceles de Brasil traduce la quinta tasa de encarcelamiento en Latinoamérica (sólo superada por Chile, Panamá El Salvador y Uruguay), en razón de 226 personas por cada cien mil habitantes. Todas estas van a ser las cuestiones que se expongan en el presente Simposio.

Para adecuar el punto de vista de la fiscalización que el Ministerio Público debe realizar en el tiempo presente, tanto en Brasil como en otros medios donde los fiscales estén encomendados de semejante tarea, parece conveniente considerar los modelos de gestión penitenciaria o gobierno de la cárcel que se han producido a lo largo de la Modernidad, en el ámbito occidental, dentro de cuyos marcos podrá adecuarse el papel a cumplir actualmente por el Ministerio Público y así poder encontrarle una ubicación. Con este fin, no puede olvidarse que los modelos a los que se hará mención han surgido dentro del marco de desarrollo moderno de una teoría justificadora de la pena privativa de libertad, la cual teoría ha sido asimismo el fruto de determinadas corrientes del conocimiento (criminológico) más amplio sobre la cuestión criminal.

- II -

A) Así las cosas, debe comenzarse recordando un modelo de gestión penitenciaria (aquí se introduce la síntesis que ha empleado Rivera Beiras, 2010) que ha tenido en mira una cárcel a la que puede denominarse como *terapéutica*, en cuya misión ha primado el objetivo de la rehabilitación de los internos. La cárcel no sólo y no tanto como ámbito para el cumplimiento del castigo penal, sino y asimismo como lugar donde debían ponerse en práctica todas las intervenciones posibles a fin de obtener la recuperación de los condenados. Ello así porque quienes sostienen la terapia de la cárcel consideran que todo quien comete un delito carece o tiene perturbadas las capacidades físicas o psíquicas como las de cualquier individuo de características “normales” a quien esas capacidades le hubiesen permitido comprender la criminalidad de su acto, allí cuando el concepto de normalidad constituye un juicio de valor propio a una particular forma de concebir el mundo y el de anormalidad se explica desde lo patológico. Como lo han demostrado los estudios y las posiciones adoptadas en cierto ámbito del pensamiento criminológico, este modelo de cárcel encontró su explicación pero también su justificación en dos plataformas teóricas: una, la del Positivismo criminológico del s. XIX que partiendo de un paradigma de conocimiento que se denomina como etiológico se ha concentrado en la búsqueda de las causas individuales del comportamiento criminal considerado “anormal”, por entender que el delito se manifiesta en individuos que poseen ciertas características aberrantes de aquellas propias a los normales; otra, la del discurso jurídico-penal que se orientó a justificar la pena en su mejor sentido de prevención especial

positiva, es decir de substancia correccional o de mejoría, con lo cual la cárcel se entendía como un ámbito terapéutico.

Yo mismo he hecho la tentativa (v.Bergalli 1976; 1980) para demostrar que un modelo de este tipo estuvo orientado por el fin de establecer un control sobre aquellos individuos que, por un motivo u otro, no podían entrar al mercado de trabajo quedando así expuestos a una reclusión penitenciaria sobre la base de sus incapacidades para comprender la criminalidad de sus actos. Tales incapacidades se asociaban con sus relativas anormalidades y, en consecuencia, sus rehabilitaciones pasaban a depender de ciertas intervenciones terapéuticas. Estas intervenciones quedaban en manos de “expertos”, generalmente provenientes de disciplinas médicas, quienes debían aplicar unos tratamientos de cuyos éxitos dependía la terminación del período carcelario, aunque el egreso del establecimiento carcelario quedara condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos. Una expresión de este modelo lo constituyó el empleo de sentencias indeterminadas, al comienzo en cuanto al tiempo de estancia en la cárcel y a la forma de cumplimiento de la privación de libertad (con educación, trabajo, etc.), las cuales fueron relacionadas con la denominada readaptación social del condenado. Interesa señalar que las propuestas de una cárcel terapéutica se asentaban en la circunstancia de que un retorno a la vida en libertad era posible por la capacidad de reinserción a la sociedad, teniendo en cuenta que la oferta de trabajo industrial, en el período inmediato a la Segunda postguerra mundial, se revelaba de manera ilimitada habida cuenta de la existencia de un mercado laboral abierto y receptivo. Por mi parte, aún cuando muchos otros autores europeos estuvieron de acuerdo (Hans-Jürgen Kerner en Alemania; Muñoz Conde en España), procuré demostrar las falacias del tratamiento penitenciario (*La recaída en el delito*) y de sus empleos discriminatorios, los que se sustentaban en una ideología específica, conocida como: la ideología del tratamiento.

El modelo de la cárcel terapéutica estuvo asociado a la receptividad que demostraran los medios sociales a los que se reincorporaban los condenados después del cumplimiento de las condenas. En este sentido, las estructuras sociales y económico-productivas debían estar dispuestas para acogerlos, sin generar rechazos y, a su vez, reincorporarlos como fuerza laboral actuando, por lo tanto, como mecanismos de reproducción de las relaciones entre capital y trabajo que se encuentran en la base de todos los procesos modernos de acumulación de riqueza.

B) Un segundo modelo de gestión penitenciaria que debe tenerse en cuenta para explicar el papel cumplido por la cárcel en las estructuras socio-económicas de las sociedades modernas es el que conviene denominar como el de *cárcel eficiente*. La ideología que lo sostiene no requiere de un discurso de legitimación externa pues tal modelo sólo se explica en la búsqueda del apropiado y correcto funcionamiento de la institución, tal como aparece prescripto en la legislación y en los reglamentos penitenciarios en los cuales se apoya ese “buen” gobierno de la cárcel. Dentro de este esquema tanto los órganos directivos y de administración, como el funcionariado previsto para la satisfacción de los fines adjudicados a la pena privativa de libertad, tienen adjudicados por leyes y reglamentos unas tareas muy específicas. De tal manera, en tanto y en cuanto el apropiado y correcto funcionamiento de la institución se verifique en los hechos, queda asegurada la persistencia de la cárcel porque ésta satisface la única actividad que está llamada a cumplir, cual es la de custodiar seres humanos y mantenerlos segregados de la

sociedad abierta, sin que se pretenda encontrarle otras finalidades diferentes. Actuando de tales maneras, la cárcel demuestra asimismo una eficacia en el interior del sistema penal en vigor pues, si la(s) policía(s) cumple en perseguir y detener a los delincuentes, la fiscalía en acusarlos, y la jurisdicción en condenarlos ha de ser la cárcel la que, por su parte y cuenta, debe recluirlos para que cumplan la privación de libertad a la que han sido sentenciados. De tales modos, el funcionamiento de la cárcel satisface sus cometidos de la misma manera que lo pueda hacer una empresa comercial, industrial o de negocios. Es en tales sentidos que se entiende el *Management* carcelario, con lo cual también con esta perspectiva ha sido más sencillo introducir el discurso privatizador de la cárcel (v. Movimiento de *Law and Economics*, Richard Posner, Gary Becker y otros; cfr. asimismo los temas de *Capital Humano* a partir de 1964; en particular, *Economics of Crime*, 1995 y *Crimen y Castigo* que -por supuesto- es la apasionante novela de Fedor Dostoievsky, pero también el título de una obra clásica de Gary Becker, Premio Nobel de Economía, dedicada al análisis económico de la delincuencia (cfr. Gary S. Becker and William M. Landes 1976 *Essays in the Economics of Crime and Punishment*; Human Behavior and Social Institutions 3ª. Ed. New York: National Bureau of Economic Research). El punto central de Becker es muy intuitivo: los delincuentes hacen un análisis bastante racional de su actividad, y consideran la probabilidad de ser pillados y el castigo que enfrentan. Tal perspectiva, a su vez, abre la entrada a determinadas políticas de cálculo de riesgos, las cuales, por sí mismas, justificarían que las lógicas de las empresas aseguradoras hagan parte del gobierno de la cárcel. De todo esto se nutre lo que se conoce como *actuarialismo* carcelario, lo que ha pasado a constituirse como una lógica justificante de la existencia de la cárcel.

C) El tercer modelo de gestión penitenciaria a considerar es el de la *cárcel-guerra*, el cual en los tiempos presentes se asocia a ciertas lógicas securitarias, nacidas como consecuencias de las luchas antiterroristas, a partir de los ataques a las *Twin Towers* de New York en *Nine/Eleven* (9.sept. 2001) y la entrada en vigor de la *Patriot Act* (cuya denominación completa es *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*), firmada por el Presidente George W. Bush en 21. Octubre 2001 con la que se establecieron severas restricciones para las libertades individuales. Sobre este ejemplo de irracionalidad punitiva se inscriben otras disposiciones legislativas a las que haré mención. En efecto, fueron asimismo las decisiones adoptadas por los gobiernos de España y del Reino Unido, a consecuencias de los luctuosos sucesos en las estaciones de ferrocarril de Atocha, El Pozo y Santa Eugenia, cercanas a Madrid en 11. Marzo 2004 y en London (7. y 21. Julio 2005), las cuales no únicamente sirvieron para coartar los derechos de los acusados y de los reclusos por tales atentados terroristas, sino que también se extendieron al más vasto campo de la criminalidad común. De estas maneras, tanto la legislación penal, como la procesal penal ordinaria, cuanto el nivel de beneficios que se concedía a los internos en los establecimientos penitenciarios españoles, al igual que las decisiones jurisdiccionales de los tribunales británicos y del sistema de prisiones respecto a los alojados en las cárceles del Reino Unido, se han visto afectados desde entonces hasta el punto que se ha reducido sensiblemente el marco de prerrogativas de las cuales se podía gozar como procesados, condenados y encarcelados (en España, lo que se conoce como los *beneficios penitenciarios*). Todas estas medidas explican el

aumento geométrico que en la actualidad se registra en la mayoría de las cárceles europeas y de los Estados Unidos de Norteamérica.

Esta manifiesta tendencia que se ha verificado con relación a acusados y presos por delitos comunes es, como he dicho, una consecuencia de la ola de inseguridad que, de a poco pero con fuerte persistencia, ha invadido las más vastas áreas del mundo occidental y que es posible verificar en la vida cotidiana de metrópolis, ciudades y pueblos. En todos estos ámbitos de vida humana es posible ver cómo han crecido los cuerpos, públicos y privados de agentes seguridad; asimismo, las cámaras de circuitos cerrados (CCTV) que otean calles, locales comerciales, escuelas, universidades, sedes bancarias, hospitales. Se puede decir que, al día de hoy, no hay actividad humana que no esté vigilada, escudriñada, acechada.

Mas, este modelo de “cárcel guerra” ha estado asimismo presente en los precedentes del pensamiento criminológico y penal. *Raffaele Garofalo*, uno de los tres promotores de la *Scuola Positiva*, había sostenido (en su *Criminología* de 1885) la necesidad de mantener a los delincuentes natos en cárceles de extrema dureza. Su incorregibilidad sólo podía recibir la respuesta de una cárcel severa. Por su parte, el penalismo desarrolló como fin de la pena el concepto de prevención especial negativa, es decir, que sobre ciertos autores de hechos criminales el empleo de la privación de libertad únicamente estaba dirigido a aleccionarlos de que la advertencia que conlleva la pena al individuo que la sufre por primera vez supone que en caso de recaída en el delito, la única alternativa que queda será la de una reclusión mucho mayor o indeterminada en el tiempo. La eliminación de toda posibilidad de egreso de la cárcel es, en este sentido, un rasgo que caracteriza a la prevención desatendida por el infractor. La consideración del autor de delitos en esta perspectiva promovió el surgimiento de un discurso bélico desde la sociedad hacia la criminalidad, el que se nutrió originalmente de conceptos como el de *inocuidad* (reducir a inocuo, no hacer daño), empleado por Franz von Liszt ya en su clase inaugural en la Universität de Marburg (1882) y así se trasladó a la teoría jurídica de la pena. Mas, avanzado el s. XX, la filosofía política de Carl Schmitt incorporó al lenguaje de las disciplinas que comenzaron a ocuparse de las relaciones entre Estado y sociedad civil la contribución de su teoría del “amigo-enemigo”, sobre la cual – como explicaré de inmediato – se ha asentado la estrategia del terror puesta en acción como guerra global contra el terrorismo islamista en los últimos tiempos. Empero, semejante estrategia se ha revelado como inconsistente, asentada en falsedades o mentiras, como lo sucedido en Irak cuando el derrocamiento del tirano Sadam Hussein, sobre la supuesta posesión de armas de destrucción masiva en poder del ejército iraquí. Tal ardid aceleró la justificación de la guerra desatada por los tres líderes Bush (USA), Blair (UK), Aznar (España), asistidos por Durão Barroso (UE) desde la isla Azores, en marzo de 2003. Sin embargo, lo que deseo subrayar aquí es que tal estrategia no ha carecido de justificaciones teóricas.

En efecto, estas justificaciones residen, por una parte, en la recreación de un *derecho penal del enemigo* (cfr. en cast. Muñoz Conde 2003; G. Jakobs/M. Cancio Meliá 2003) y, por la otra en la articulación de políticas de *tolerancia cero* asentadas sobre el denominado *actuarialismo* criminológico. Sin embargo, algunos años antes se había advertido, aunque poca atención parece haber despertado, sobre el papel altamente polémico que podía desempeñar la *zero Tollerance* como concepto penal en el marco de lo que se denominó como ‘*kleinen*’ *Kriminalpolitik* poniendo en peligro los principios del derecho penal del Estado de derecho (cfr. Hassemer 1998).

Estas propuestas, entonces, permiten alentar intervenciones punitivas sobre el resto de la criminalidad común, desprovistas de los fundamentos garantistas y fines preventivos con que se afianzaron los sistemas penales modernos. Sobre estas anti-democráticas justificaciones existen abundantes juicios negativos (cfr. De Giorgi 2000; 2002; esp. Young 2003), y a ellas se hará alusión a seguido. En efecto, es en esos dos niveles de justificación de la más reciente severidad punitiva donde anidan los fundamentos ideológicos que han permitido la utilización de la violencia propia a todo sistema penal para profundizar las más aberrantes formas de exclusión social. De tal modo, corresponde indagar acerca de las visiones del mundo social que proyectan ambas propuestas con el fin de encontrar, tanto en el nivel de la teoría jurídico-penal cuanto en el ámbito del conocimiento criminológico, el verdadero sentido de la violencia penal contemporánea.

Un derecho penal del enemigo no es, como he adelantado, de creación reciente. Arraiga en la ya anunciada antinomia “amigo-enemigo”, sostenida en términos políticos por Carl Schmitt (1942: 129). Dicha contradicción ha pasado a justificar la gestación de un tal derecho penal del enemigo en la creencia que en toda sociedad ha de ser considerado “enemigo” quien se aísla del derecho que regula las relaciones entre quienes se someten al mismo y que por este dato, precisamente, estos últimos se identifican como “ciudadanos”. En pocas palabras, “derecho” es sólo lo que vincula a los “ciudadanos” o personas reconocidas como tales (datos estos esbozados por Jakobs, G. 1985: 751-785 y en una más reciente, amplia pero modificada versión de su posición en su contribución de 2000: 51 ss.) de donde se extrae que el “enemigo”, quien se manifiesta como tal en el mismo medio en que actúan los “ciudadanos”, es no-persona, contrariamente a la consideración como “personas” que se hace de los últimos. Claro está, los autores que han buscado extender el concepto de enemigo a quienes no se someten al derecho de los ciudadanos, no han ampliado sus análisis al conocimiento de los motivos (de orden cultural, económico, político, étnico o religioso) por los cuales dicho sometimiento no tiene lugar. Un “derecho penal del enemigo”, lo que en sí mismo, en consecuencia, es también una antinomia, no reconoce ni emplea los principios básicos del derecho penal liberal para el tratamiento punitivo de los enemigos, pues tales principios quedarían reservados para un “derecho penal del ciudadano”.

Lo que no se explicita en esta justificación para tratar con más rigor punitivo a los “enemigos” es lo que atañe a dos aspectos que son, en cambio, de verdad relevantes. Uno, es el atinente a la consideración que practica G. Jakobs del derecho penal – cualquiera sea su calificación- como una pieza clave en el análisis del sub-sistema jurídico en todo sistema social (Luhmann), con lo cual todo sistema penal y en particular la aplicación de las penas, han de estar orientados a consolidar el nivel de expectativas sociales acerca de que no se produzcan delitos y, si estos se producen, a que las penas previstas se ejecutarán en todo caso (teoría de la prevención general positiva o de la prevención-integración). Otro aspecto, es el relativo al desplazamiento que se produce con respecto a la tradicional consideración que el derecho penal liberal, de cuño iluminista, ha hecho siempre del ser humano que comete delitos. En la búsqueda de la prevención-integración que se manifiesta en esta justificación mediante la aplicación de penas, la consideración de los autores de los delitos es substituida por una necesidad de salvaguardar el sistema (este aspecto, fuerte y polémicamente señalado por Baratta en 1984, nunca fue respondido por Jakobs, pese a la incuestionable consistencia argumental con que fue presentada la cuestión). De aquí parte el requerimiento de que todo derecho y sistema penal han de

ser *eficaces* pues, de no probarse tal eficacia se manifestaría una pérdida de confianza en el sistema, para el caso el propio sistema social.

Tolerancia cero y su justificación ideológica. El paradigma criminológico de la intolerancia.

La consideración acerca de la eficacia de todo sistema penal es asimismo tenida en cuenta por los abordajes que se proponen desde el ámbito de la denominada *tolerancia cero*. En efecto, como se sabe, desde que Jock Young desenmascaró al completo lo que denominó como *criminología de la intolerancia*², (cfr. Cap. 5 Young 1999: 121-147, trad. cast. 191-230) quedó de manifiesto que, tanto la política penal de *three strikes and you're out*, cuanto la filosofía de *broken Windows*, impulsada por un artículo difundido hace veinte años a la fecha de preparación del presente texto (Wilson/Kelling, 1982), aunque potenciada por posteriores posiciones manifiestamente neoconservadoras, han alimentado la creencia que fue la *Zero Tolerance* (nacida con el libro de Dennis, ed. 1997), como imposición de un rígido control policial, lo que hizo disminuir el delito en el período 1993-1996, en la ciudad de New York. Por el contrario, el famoso Comisionado William Bratton, durante el tiempo de Rudolph Giuliani (1994-2001) como alcalde de New York, al distanciarse del concepto de tolerancia cero, demostró que otras prácticas policiales que no guardan relación con ella y que vigorizan técnicamente la actividad policial redundan en una mayor eficacia del control del delito (v. Young op.cit.: 124, cast. 196). No obstante lo demostrado por J. Young, se sigue alimentando la creencia que cuanto más dureza y rigidez policial se emplee en las calles para eliminar la criminalidad menor, la marginalidad social, la mendicidad agresiva, la prostitución callejera (“es necesario barrer las calles de toda la escoria social”, afirmó el anterior Presidente del gobierno español, señor Aznar) entonces se restringirá el crecimiento de la criminalidad.

Existen otros ámbitos de los sistemas penales para demostrar que la *tolerancia cero*, como expresión de un mayor rigor punitivo, no hace descender las estadísticas criminales aunque falsa y engañosamente se piense que el crecimiento de las poblaciones penitenciarias es una demostración de la eficacia del control sobre la criminalidad. El aumento geométrico de personas reclusas en cárceles de todo el planeta (el caso de los Estados Unidos es paradigmático, pero no es obviamente más que una muestra, pues hoy día España se encuentra a la cabeza de toda la UE con una tasa de encarcelamiento de 170 internos por cada cien mil habitantes –recordar la de Brasil: 226-, ver reciente investigación del OSPDH) y, en particular, en las de la Unión Europea (pero no sólo) revela algo más que un simple dato cuantitativo. Efectivamente, no obstante se crea que las reglas del mercado han reemplazado a las normas del Estado como expresión de control social, tales cifras muestran cómo a los procesos de globalización corresponda una transformación no sólo de las políticas penales sino también de las mismas políticas del Estado. El control en general, y en particular el control punitivo, es la función principal asignada por los procesos de globalización a las autoridades políticas de los Estados (aunque el capital privado intervenga, cada vez con más interés y presencia, en el llamado *business* penitenciario) y se expresa como represión respecto a ciertas categorías

² También denominada como *de la vida cotidiana* (cfr. Garland 1997) en el sentido que el delito y el desorden se han convertido en sucesos propios de cada día, en todas las sociedades.

sociales actualmente consideradas como criminales en las estadísticas, aunque en esencia no sean sino el reflejo de marcadas situaciones de exclusión social. No obstante, también estas no-personas responden a otras características, tales como la de jóvenes que no han podido ingresar en el mercado del trabajo, inmigrantes extra-europeos entrados “sin papeles” a territorio de la Unión Europea que cometen delitos menores, toxicodependientes que deben dedicarse al tráfico y comercio de sustancias prohibidas, etc. Todos ellos son los nuevos y más recientes “enemigos” interiores. Sin embargo, tales categorías son aquellas que asimismo representan colectivos de no-personas (dicho aquí en el sentido en que Dal Lago 1999 ha utilizado antropológicamente la expresión) identificadas por sus pertenencias culturales, económicas, políticas y religiosas a quienes se les atribuye una vinculación específica con la criminalidad más perniciosa de carácter internacional; sobre estos grupos se desplaza vulgarmente la falsa creencia de una responsabilidad criminal colectiva. Tales no-personas son ideológicamente consideradas en los tiempos presentes no únicamente desde el conocimiento vulgar o popular, sino también identificadas (cuando en verdad no lo son) por las instancias de los sistemas penales, como los estereotipos de la criminalidad considerada como la más grave: tráfico de drogas prohibidas, bandas organizadas para la realización de actos terroristas, conductas sumamente violentas contra la propiedad y/o la vida humana, etc. Esta es la demostración más evidente que toda la justificación teórica, jurídico-penal y criminológica, a la que antes se aludió es de clara naturaleza ideológica, en el sentido de descargar sobre esos colectivos una falsa o sesgada visión de ser portadores de la criminalidad más grave. Por todos estos datos, estas no-personas constituyen hoy en día las muestras más expresivas de la exclusión social puesto que básicamente son extraños, no ciudadanos en las sociedades que no los integran. Es respecto a estas categorías de la más reciente exclusión social que el conocimiento criminológico de cuño crítico debe ampliar sus ámbitos de investigación, (el nuevo paradigma del conocimiento criminológico) aunque dejando de lado, obviamente, la carga ideológica con que hasta ahora los han considerado los sistemas penales de las sociedades que las excluyen.

En consecuencia, las cárceles europeas en su mayor parte son hoy depósitos de excluidos sociales (o sea “enemigos”, no-personas) respecto de quienes, junto al tipo de tratamiento jurídico-penal de que son objetos, se han convertidos en cárceles para enemigos. Este modelo de la cárcel-guerra, con las consideraciones expuestas, trae a la memoria el recuerdo de los *Lager* (o KZ del nazismo).

D) El modelo de la *no cárcel*, frente a los anteriores modelos a los que me he referido, únicamente puede corresponderse con las opciones abolicionistas que emergieron en la segunda mitad del pasado s. XX. Para ratificar esta afirmación conviene recordar el período del bienestar que comenzaron a vivir los europeos desde finales de 1950 y comienzos de 1960. En esta etapa se hicieron plausibles aquellas propuestas que sugerían unas prácticas sociales para facilitar la reincorporación de personas, las que por defectos físicos, de salud mental, de marginación o precisamente de encarcelamiento veían vedados u ocluidos los caminos para una cierta resocialización. Las sociedades ofrecían oportunidades para recuperar posiciones que sus miembros pudieran haber ocupado antes de verse excluidos de ellas o para desempeñar otras que las nuevas estructuras del bienestar proponían; la meta del pleno empleo no era inalcanzable y, de hecho, la obtención de un puesto de trabajo sólo dependía que el candidato aceptara las condiciones en que aquel se ofrecía y el empleador considerase adecuado el perfil del trabajador.

Algunas de esas oportunidades surgieron con relación a la privación de libertad como pena y esto impulsó que las leyes penitenciarias posteriores (República Federal de Alemania, Italia, Francia), ya en la década de 1970, después de una cierta elaboración de la doctrina ejecutivo-penal, impulsada en particular por Hilde Kaufmann, acogieran formas y vías de egreso anticipado de la cárcel, antes que las condenas agotaran su cumplimiento total. El mito de la readaptación social se consagró como disyuntiva al encierro carcelario.

Pero, así como el debate sobre el ejercicio de la pena privativa de libertad recibió diferentes aportes respecto a la necesidad de mitigarlo, también fue substancial la evolución descendente de las tasas de encarcelamiento. La relación entre ingresos y egresos por cada cien mil habitantes, en buena parte de países europeos, mantuvo una constancia declinante (Pavarini, 2006), lo cual permite suponer que la necesidad de la cárcel se debilita en tiempos de relativa satisfacción de necesidades básicas, por lo menos hasta comienzos de la década de 1990.

Sin embargo, el modelo de la *no cárcel* se asocia mucho más con las propuestas abolicionistas que precisamente tuvieron un gran auge en el período, como herencia de aquellas primeras de finales del s. XIX y de comienzos del s. XX contra la esclavitud, la tortura o la pena de muerte. Aquí cabe mencionar la propuesta anti-institucional de Thomas Mathiesen (1974), concentrada en la abolición de la cárcel pero también en la de los establecimientos psiquiátricos judiciales, sucedáneos o substitutos habituales donde se recluye a veces por tiempos indeterminados a personas que acusadas o condenadas por algún delito se les diagnostica alguna perturbación mental. Herman Bianchi es otro abolicionista holandés quien se ha destacado por sus dos propuestas principales (1981). La primera fue la de recomendar se abrieran unos lugares donde pudieran acudir quienes fueran acusados de haber cometido un delito para solicitar la intervención de algún mediador con la(s) víctima(s) a fin de encontrar una vía de reparación, evitando así la actuación de cualquier instancia de control punitivo (La segunda consistió en la relativa a la búsqueda de aquellas circunstancias de vida humana en las que pueda ser adecuado transmitir o mantener el sentido de una disciplina social, recuperando las capacidades de control que de una forma u otra han sido desappropriadas por la justicia penal. La propuesta indicaba que esos momentos debían facilitar el restablecimiento de relaciones entre ofensor y víctima (1985, 'The Strategies of Abolition', en *International Conference on Prison Abolition*, 1: 1-11).

Aunque la lista de las propuestas abolicionistas pueda ser más extensa, aquí se citará por último la del recordado Louk Hulsman, recientemente desaparecido, quien no sólo era radicalmente opuesto al empleo de la cárcel. Proponía asimismo el abandono del castigo penal desde su firme convicción que lo que se denomina como delito no es más que la manifestación exterior de un conflicto o de una situación problemática. Desde este punto de vista lo que cabe es, en primer lugar substituir el propio lenguaje que se emplea en el terreno del Derecho Penal (el delito no es más un delito, sino un problema o un conflicto) y, de inmediato, remover los fundamentos de esa situación conflictiva, antes que intervenir punitivamente, pero en base a que los involucrados como partes en semejante situación sean quienes por sus propias cuentas remuevan mediante mecanismos de compensación lo que pueda considerarse como daño o agravio. En esa dirección puede entenderse que las propuestas de Hulsman sobre el papel que la víctima y el ofensor deberían asumir eran unos más propios al ámbito del derecho civil que del Derecho Penal.

Las propuestas abolicionistas del derecho penal y de la cárcel se inscriben en diferentes posiciones políticas y de valores ético-sociales. Pero, la mayoría sino el conjunto de todas ellas son entendidas como de ataque a la función punitiva del Estado moderno. Siendo ello así el papel de este Estado pierde la consistencia que le ha otorgado el reconocimiento de los ciudadanos en el marco de las relaciones que vinculan a estos como sociedad civil.

En los sentidos indicados el modelo de la no-cárcel se demuestra como la propuesta de una utopía, la que a la vista de la constitución de poderes fuertes, en Estados cada vez más fuertes, permanece como una ilusión irrealizable en los tiempos presentes.

E) Como el último de los modelos de gestión penitenciaria a considerar para encontrar un más adecuado papel a cumplir por el Ministerio Público en el funcionamiento de las cárceles, voy a resumir lo que puede denominarse como *cárcel garantista*. El modelo de este tipo es el que puede emerger de toda propuesta constitucional y jurídico-penal que esté, en su procedencia, trazada sobre los principios de un Estado democrático y social de derecho.

Empero, no cabe duda que los principios y las categorías de tal forma-Estado difícilmente se acaten en las prácticas carcelarias. No ocurre así en las instituciones carcelarias donde las constituciones, las leyes y los reglamentos penitenciarios los recogen explícitamente, como en buena parte de los ordenamientos de Europa continental. Mucho menos acontece en aquellos ámbitos, como los latinoamericanos, donde el desclasamiento de las poblaciones carcelarias es casi total. La marginalidad es la constante característica de la mayor parte de los presos y, cuando las cárceles alojan a miembros de sectores pudientes, habitualmente se genera una marcada clasificación privilegiada de estos presos, en lo que no es extraño que predomine la corrupción de funcionarios encargados de practicar la separación de unos con otros. Estas situaciones no son excepcionales; periódicamente los medios de comunicación informan de esta suerte de privilegios de los que gozan quienes están en condiciones de pagar por ellos y de las masacres que se producen en las cárceles, como consecuencia de que otros grupos o clanes desean alcanzar esas prebendas (el día 5 agosto 2010 la prensa informó en España que a raíz de un enfrentamiento entre grupos rivales que pretendían el control interno de la cárcel fueron eliminados 14 presos en una cárcel de Tamaulipas, México, este tipo de suceso bastante difundido en Brasil, también)

Por lo demás, la privación de libertad es, en sí misma una práctica que difícilmente se pueda justificar como un recurso idóneo para enseñar a vivir en libertad. Hablando en términos psicológicos no tiene justificación. La cárcel, asimismo, no supone únicamente la privación de la libertad ambulatoria. Priva de varias otras libertades y perturba todo el universo de relación y comunicación de los presos. Se convierte así en un ámbito de tensiones y provocaciones, las que a la vez favorece que tanto la vinculación entre los presos como la participación en actividades establecidas dentro de la institución, se practiquen siempre bajo presión.

Así las cosas, las ocasiones para la violación de los derechos que como presos les reconocen los ordenamientos penitenciarios son innumerables y todas ellas encierran vulneraciones a sus derechos humanos.

Frente a este cuadro, es sumamente difícil hablar de un modelo de *cárcel garantista*. Alessandro Baratta decía que la cárcel no puede cumplir funciones positivas (1984

cit.). Lo que se impone, en consecuencia, es una tarea de apoyo para la rehabilitación a pesar de la cárcel y no a través de ella. Es necesario que todos los medios sociales tomen consciencia de lo que acontece en el interior de las cárceles. Mas, al mismo tiempo, para prevenir o denunciar las violaciones a los DD. HH. que se cometen en esas cárceles se requiere que estén instituidos y se potencien ciertos controles permanentes de la legalidad penitenciaria: aludo a los controles judiciales, administrativos, parlamentarios, de los *Ombudsmen*, allí donde existan, o de los fiscales como en el caso de Brasil encargados de semejante control y, en especial de la propia sociedad civil y de las organizaciones que la representen. Desde estas últimas debe surgir una *cultura de la resistencia* frente a la cárcel. Así como en la década de 1960 el movimiento abolicionista impulsó en Escandinavia los movimientos de presos y familiares (Krim, Krom, etc.), en el presente es necesario involucrar a más entidades o instituciones que estén en condiciones de explicar y difundir cuanto sucede en el interior de las cárceles.

Es arduo explicar a quienes no conocen el interior de las cárceles y lo que en ellas acontece que en las legislaciones se enuncian derechos y garantías para los presos, cuando los primeros desaparecen y las segundas son constantemente negadas.

En consecuencia, pienso que reuniones como la presente, donde los fiscales pueden exponer sus preocupaciones en torno a la privación de libertad como pena y la cárcel como lugar de cumplimiento, constituyen formas de expresión que es necesario alentar.

Bibliografía

BARATTA, A. (1984). “Integrazione-prevenzione. Una ‘nuova’ fondazione della pena all’interno della teoria sistemica”, en *Dei delitti e delle pene* II, n. 1, gennaio-aprile, Bari: 5-30; hay versión en cast. “Integración-prevención: una ‘nueva fundamentación’ de la pena dentro de la teoría sistémica, en *Doctrina Penal* 8, n. 29, enero-marzo, Buenos Aires: 2-26

BARATTA, A./PAVARINI, M. (2006) “La frontiera mobile della penalità nei sistema di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo”, en *Dei delitti e delle pene* 1: 7-28.

BECKER, G. S./ LANDES, W. L. (eds.) (1974) *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, National Bureau of Economic Research (NBER), Cambridge (Mass.) Published in by UMI

BERGALLI, R. (1976). *¿Readaptación social como forma de ejecución penal?*, Madrid: Publicaciones del Instituto de Criminología-Año LXXVI, nr. 9, 1976;

BERGALLI, R. (1980) *La recaída en el delito: modos de reaccionar contra ella*, Barcelona: Sertesa

BIANCHI, H. (1981). *Assensusmodellen. Ein Studie over innenlandsk asylrett*, Oslo: Institut for Kriminologi og Strafferet

BLOOM, H. (1992). *The American Religion. The Emergence of the Post-Christian Nation*. New York: Simon & Schuster; hay versión en cast. (trad. María Teresa Macías), *La Religión en los Estados Unidos (El surgimiento de la nación poscristiana)*, México D. F. Fondo de Culturas Económica, 1994.

Código Penal (2003). *Código Penal y Legislación Complementaria*. Madrid: Thomson-Civitas, 29ª edición, actualizada a septiembre de 2003.

Contrareforma Penal (2003). *Dossier* que bajo este título se publica en el número 6, nueva época (2º semestre de 2003) de *Panóptico*, edición a cargo de VIRUS editorial, Barcelona.

DAL LAGO, A. (1999). *Non-Persone (L'esclusione dei migranti in una società globale)*. Milano: Feltrinelli (Interzone).

DE GIORGI, A. (2000). *Zero Tolleranza (Strategie e pratiche della società di controllo)*. Prefazione di T. Negri. Roma: DeriveApprodi; hay versión en cast. (Presentación y trad. I. Rivera y M. Monclús), *Tolerancia Cero (Estrategias y prácticas de la sociedad de control)*. Barcelona: Virus-Colec. Ensayo, 2005.

DE GIORGI, A. (2002). *Il governo dell'eccedenza (Postfordismo e controllo della moltitudine)*. Prefazione di D. Melossi. Verona: Ombre Corte.

DENNIS, N. ed. (1997), *Zero-Tolerance: Policing in a Free Society*, London: Institute of Economic Affairs

EAGLETON, T. (1995). *Ideology. An Introduction*. London & New York: Verso; hay versión en cast. *Ideología. Una introducción*. (trad. J. Vigil Rubio), Barcelona: Paidós, 2005.

EL PAÍS (2003). "La eficacia de este combate lleva a acciones anticipatorias", edición nacional: 24. octubre: 24-26.

GARLAND, D. (2001). *The Culture of Control (Crime and Social Order in Contemporary Society)*. Oxford (UK); Oxford University Press; hay versión en cast. (trad. M. Sozzo) *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa, 2005.

HASSEMER, W. (1998) 'Zero Tolerance' – Eines neues Strafkonzep, en *Internationalen Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, 792-814.

JAKOBS, G. (1985). 'Kriminalisierung in Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, en *Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 97, 1985: 751-785

JAKOBS, G. (2000). en, A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt (eds.) *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München: C. H. Beck.

MATHIESEN, Th. (1974) *The Politics of abolition. Essays in Political Action Theory*, Oslo: Universitetsforlaget.

MUÑAGORRI, I. (1997). Reflexiones sobre la pena de prisión en el nuevo CP de 1995: polifuncionalidad inherente represiva de la complejidad penal, en: J. Dobón e

I. Rivera Beiras, *Secuestros institucionales y derechos humanos*, Barcelona: M. J. Bosch: 105-122.

MUÑOZ CONDE, F. (2003) 4ª ed.. *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo (Estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo)*. Valencia: tirant lo blanch (Teoría).

PAVARINI, M. (2006) *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*, Buenos Aires.: Ad-Hoc, cap.6 'Cien años de sufrimiento':155-212

RIVERA BEIRAS, I. (2010). Tradiciones abolicionistas y escenarios (penales) contemporáneos, en: Roberto Bergalli/Iñaki Rivera Beiras (Coords.) *Desafío(s)* nr. 9 *Louk Hulsman: ¿qué queda de los abolicionismos* Barcelona: Anthropos.

RUSCHE, G./KIRCHHEIMER, O. (1984). *Pena y Estructura Social* (trad. E. García Méndez) - prefacio y prólogo de M. Horkheimer y Th. Sellin, respectivamente, y Presentaciones de R. Bergalli y J. Bustos Ramírez, Bogotá: Temis; (orig. en Inglés *Punishment and Social Structure*, New York: Columbia University Press, 1939)

SELINGER, M. (1976). *Ideology and Politics*. London: Verso.

SCHMITT, C. (1942). "El concepto de lo político", en: *Estudios Políticos*, Cultura Española, Madrid: 129.

WILSON, J. Q./ KELLING, G. L. (1982). "The Police and Neighborhood Safety: Broken Windows", *Atlantic Monthly Review*.

YOUNG. J. (1999). *The "Exclusive" Society. Social Exclusion, Crime and Difference in Late Modernity*. London-Thousand Oaks-New Delhi: Sage Publications; versión en cast. *La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*. (trad. R.Bergalli y R. Sagarduy; Presentación: El nuevo paradigma criminológico de la exclusión social). Madrid: Marcial Pons, 2003.