

ESTRATEGIAS DE LUCHA: LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS DETENIDAS Y EL ABOLICIONISMO¹

Massimo Pavarini

RESUMEN

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

ABSTRACT

In the nineties, the story has taken that fold we all know and also appears to involve, among other consequences, a new centrality of the prison in the policies of the social control. It is easy to conclude then that the abolitionist strategy, clearly failing, has revealed that revisionist penology which stressed the historical obsolescence of the detentive penalty as scientifically flawed. Personally I think things are more complex. Perhaps it is time to critically review the abolitionist issue, especially today, under the command of a new "great confinement"

Palabras clave: prisión, abolicionismo, resistencia, derechos del condenado, sociología de la pena

Key words: prison, abolitionism, resistance, prisoners rights, criminal sociology,

Algunas notas personales

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

¹ Publicado originalmente en Pavarini, Massimo (2009) *Castigar al enemigo. Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito: Flacso (pp. 127-143)

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

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

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

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

La pena degradante y la “cosificación” del detenido

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

corpus. O por lo menos así ha sido en los orígenes de la modernidad y en la reflexión jurídica que siguió hasta el ochocientos.

Un territorio libre del derecho

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

El “nuevo” derecho del condenado a la reeducación

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

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

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

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

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

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

Por otra parte se puede sostener –como lo hizo Margara (1997) –, que en la era de la resocialización la calidad de vida de “nuestras” cárceles se ha elevado. Y en este proceso los detenidos han gozado de mayores libertades que en el pasado. Es verdad. Pero todo esto, entiéndase bien, tiene poco que ver con el derecho/deber a la resocialización y está más vinculado al proceso de civilización de las costumbres –para decirlo siguiendo a Elias– y a la tendencia a la humanización de los castigos.² Quiero decir que este “progreso” se hubiera dado también en ausencia de una cultura especial-preventiva.

En suma, más allá de un paradigma jurídico de tipo conflictual, no es posible dar fundamento al tópico de los derechos del detenido/condenado.

La pregunta en este punto es la siguiente: ¿es posible hoy, en plena crisis del modelo correccional, fundar una teoría jurídica distinta de los derechos del detenido/condenado, adhiriendo a un paradigma conflictual de la penalidad?

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

La idea y las prácticas de una penalidad orientada hacia el solo fin de la neutralización, plantean –y fundadamente– más temores políticos que perplejidades científicas. Quiero callar sobre los temores, que comparto. En lo concerniente a las perplejidades científicas, concuerdo con lo que decía Baratta (1984, 1985a): “la finalidad de la prevención especial negativa no es ideológica, en el sentido de que no prescribe una finalidad *ideal* que no pueda realizarse como función *material*”.

Bajo esta óptica es inatacable desde la razón crítica. Ciertamente, puede no gustar. A mí personalmente no me agrada, pero por razones ético-políticas, no por razones científicas.

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

Tanto abstracta como idealmente, esta “nueva” cultura del “derecho penal del enemigo” parecería más abierta a una seria consideración de la tutela de los derechos de los enemigos “capturados”: una vez desarmados y puestos en condición material de no agredir, todo otro sufrimiento infligido –es decir cada nueva reducción y compresión de los derechos– resultaría inútil y sobretodo injustificada e injustificable. Si reflexionamos

² Ver la interesante re-lectura de Elias, realizada por Garland (1990: Cap. X).

bien, esta lógica estuvo ya presente en la experiencia del exilio y de la deportación como sanciones criminales. Y lo es hoy también, en la difundida práctica de la detención administrativa con fines de expulsión de extranjeros que inmigran irregularmente al primer mundo.

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

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

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

Déficit teórico y consecuencias políticas

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

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

Pero, cómo no advertir que esta etapa no ha desplazado ni un solo milímetro la cuestión teórica de fondo: cualquier derecho del condenado y todavía más del detenido, se afirma por medio de la formulación negadora del derecho reconocido “condicionalmente”. Las recurrentes subordinadas del tipo “con tal de que no contraste con las exigencias de la detención”, “siempre que no sea un impedimento a las necesidades de disciplina”, etc., nos confirman la existencia de espacios de “libertad” sólo eventuales y siempre concedidos por quien, discrecionalmente, puede también negarlos. Para entenderlo bien, estas formulaciones son todavía hijas legítimas de la teoría administrativa de la “supremacía especial”.

Aun cuando el reconocimiento formal de un derecho es completo, de hecho está subordinado: no tanto por el poder discrecional de la autoridad, como por la naturaleza de la penalidad misma. Piénsese en el derecho a la vida y a la integridad física del condenado frente a la incontrastable e insuprimible nocividad de la cárcel. Incluso en la mejor cárcel del mundo una detención media significa una reducción significativa,

empíricamente cuantificable y cuantificada, de la expectativa de vida del detenido (Gonin 1991). Entonces el derecho a la vida y a la salud del detenido es –incluso en la realidad carcelaria más virtuosa y por eso mismo, sólo virtual– aquello que resulta “posible” tutelar de la vida y de la salud, en una realidad que amenaza, comprime y reduce *naturalmente* estos bienes. Pero esto puede decirse también de la pena de flagelación; en efecto donde se la aplica, como por ejemplo en los países islámicos, sabemos que lo es bajo la estrecha vigilancia médica y después de la ejecución el suplicado es asistido adecuadamente en estructuras hospitalarias. Entonces en la pena de flagelación como en la pena de cárcel, el derecho a la salud se reduce a aquello que resulta posible, es decir “residual” a la ejecución de la pretensión punitiva del Estado y sólo “compatible” funcionalmente con ésta. Yo no veo un solo derecho, –de los numerosos “abstractamente” reconocidos también al condenado privado o limitado legalmente de la libertad personal, que en buena sustancia deberían ser, y en parte lo son, *in the books*– que no sea aquel que contingentemente “puede sobrevivir”, siempre residualmente, a las necesidades materiales y funcionales que sustentan la ejecución de la pena misma. Y entonces, honestamente, no creo que se pueda hablar de “derechos” en sentido propio. Mi posición es distinta.

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

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

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

Para poder imaginar una sociedad sin prisiones

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

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

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

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

La prevención –del delito y/o de la reincidencia– a través de la pena carcelaria, ha sido bastardeada como imposible hace por lo menos dos siglos.³ Que la cárcel ha sido desde siempre un holocausto es una verdad conocida hace tiempo. Pero no basta con tomar en cuenta ese fracaso para avanzar una hipótesis abolicionista científicamente fundada.

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

Entonces, ¿por qué se insiste en una justicia penal de la prisión?

³ Ver la rica bibliografía citada por Padovani (1981).

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

Abolicionismo y penología revisionista

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

Aún crítica respecto de la institución penitenciaria y de la ideología y prácticas correccionalistas, aquella literatura penológica piensa las formas históricas de la penalidad contemporánea como dirigidas a finalidades de control social de tipo inclusivo. Este es el punto nodal: la cuestión abolicionista nace en el interior de la cultura progresista del Estado Social, la única que permitía entender cómo las razones originarias de la cárcel fueron decayendo progresivamente.

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

La idea de la *decarceration*⁴ es en sí misma simple, como parece simple aquella que inspiró la invención de la cárcel. El objetivo de la integración social del condenado no necesita más de prácticas correccionales en la cárcel, sino de tomar a cargo al desviado en la *community*, en lo social; un social ordenado y abundante de redes ofrecidas y organizadas por el Estado del *welfare* (Cohen 1977). El desencarcelamiento como objetivo político a alcanzar en el corto y mediano plazo conoció entonces su época de oro.

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

⁴ Ver, por todos, Scull (1977).

Malos entendidos e ingenuidad

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

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

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

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

Habíamos entrado en la tercera fase de evolución de la cárcel y ninguno había sido capaz de comprender con la debida anticipación esta evolución. Se necesitaba tiempo para entenderla (Beyens, Snacken y Tubex 1995). ¿Cómo fue posible que aún por largo tiempo se insistiera en estar atento respecto a la difusión de las nuevas estrategias de *soft control*, cuando ya era evidente que la característica cada vez más clara desde los años ochenta era la de un fuerte retorno a las políticas de *hard control, in primis*, el nuevo rol hegemónico de las prácticas de secuestro institucional? No pretendo absolver a nadie, mucho menos al suscrito que no fue la excepción en esa difusa desatención (Pavarini 1986). Pero ciertamente el *novum* que avanzaba era difícil de entender para quien se movía aún con las categorías científicas elaboradas en la cultura del Estado Social.

Abolicionismo sin nostalgia

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

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

La cárcel, refuncionalizada en el estado de guerra como instrumento de neutralización de los enemigos, puede combatirse sólo atacando la cultura y las prácticas de un sistema de justicia penal especiales. Lo que significa –a nivel de la ejecución penal– adelantarse a las lógicas que subyacen a la diferenciación tratamental por razones de peligrosidad. Batalla difícil, cuyos resultados finales son muy inciertos en tanto reenvían a la determinación de las condiciones económicas, políticas y sociales –mucho antes que jurídico-penales– favorables a un retorno de las políticas criminales de tipo inclusivo.

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

Bibliografía

AA.VV. (2001) *Mass Imprisonment in the United States* (special issue), *Punishment and Society*, Vol. 3, Nº 1 (enero)

BAKAL, YITZHAK (ed.) (1973) *Closing Correctional Institutions: New Strategies for Youth Services*. Lexington: Lexington Books.

BARATTA, ALESSANDRO (1984) “La teoria della prevenzione-integrazione. Una “nuova” fondazione della pena all’interno della teoria sistemica”, *Dei delitti e delle pene*, Nº 1, p. 5-30.

BARATTA, ALESSANDRO (1985a) “Vecchie e nuove strategie nella legittimazione del diritto penale”, *Dei delitti e delle pene*, Nº 2, p. 247-268

BECK, ALLEN Y ALFRED BLUMSTEIN (1999) “Population Growth in the U.S. Prisons, 1980-1996”. En Petersilia, Joan y Michael Tonry (eds.) *Prisons. Crime and Justice: A Review of Research*. Vol. 26. Chicago: Chicago University Press. p. 17-61.

BEYENS, KRISTEL, SNACKEN SONIA Y HILDE TUBEX (1995) “Changing Prison Populations in Welfare Countries: Fate or Policy?”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 3, Nº 1, p. 18-53.

BLUMSTEIN, ALFRED (1984) “Planning for Future Prison Needs”, *University of Illinois Law Review*, Nº 2, p. 207-230.

BLUMSTEIN, ALFRED Y JACQUELINE COHEN (1973) “A Theory of the Stability of Punishment”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 64, Nº 2, p. 198-207.

BROMBERT, VICTOR (1975) *La Prison Romantique. Essai sur l’imaginaire*. París: Editions José Conti

CHRISTIE, NILS (1993) *Crime Control as Industry. Towards Gulags, Western Style*. Londres: Routledge.

COHEN, STANLEY (1977) “Prisons and the Future of Control Systems: From Concentration to Dispersal”. En Fitzgerald, Mike (ed.) *Welfare in Action*. Londres: Routledge. p. 217-228

COHEN, STANLEY (1985b) “Lo sviluppo del modello correzionale: chiacchiere e realtà del controllo sociale”, *Dei delitti e delle pene*, Nº 1, p. 5-48.

FERRAJOLI, LUIGI (1985) “Il diritto penale minimo”, *Dei delitti e delle pene*, Nº 3, p. 493-524.

FOUCAULT, MICHEL (1975) *Surveiller et punir. Naissance de la Prison*. París: Gallimard.

GARLAND, DAVID (1985) *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*. Aldershot: Gower.

GARLAND, DAVID (1990) *Punishment in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press.

GONIN, DANIEL (1991) *La santé incarcérée. Médecine et conditions de vie en détention*. París: Edition L'Archipel.

HULSMAN, LOUK (1983) "Abolire il sistema penale? [intervista a...]", *Dei delitti e delle pene*, Nº 1, p. 71-89.

JANOWITZ, MORRIS (1976) *Social Control of the Welfare State*. Nueva York: Elsevier Scientific Publishing Company.

MARGARA, ALESSANDRO (1997) "Le parole, le cose e le pietose bugie". En Palma, Mauro (ed.) *Il vaso di Pandora. Carcere e pena dopo le riforme*. Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana. p. 155-178.

MARÍ, ENRIQUE EDUARDO (1993) *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*. Buenos Aires: Achette

MAYER, OTTO (1924) *Deutsches Verwaltungsrecht*. München: Zentralverlag der NSDAP, F. Eher nachf.

OFFIDANI, ALESSANDRO (1953) *Studi sull'ordinamento giuridico speciale. Il concetto di supremazia speciale nell'evoluzione della dottrina*. Turín: UTET.

PAVARINI, MASSIMO (1985) "Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo", *Dei delitti e delle pene*, Nº 3, p. 525-554.

PAVARINI, MASSIMO (1986) "Fuori dalle mura del carcere: la dislocazione dell'ossessione correzionale", *Dei delitti e delle pene*, Nº 2, p. 251-287.

PAVARINI, MASSIMO (1996) *Lo scambio penitenziario. Manifesto e latente nella flessibilità della pena in fase esecutiva*. Bologna: Edizioni Martina

PENNISI, ANGELO (ed.) (2002) *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*. Turín: Giappichelli.

RUOTOLO, MARCO (2002) *Diritti dei detenuti e costituzione*. Turín: Giappichelli.

SCHMITTHENNER, FRIEDRICH (1845/1967) *Grundlinien des Allgemeinen oder idealen Straasrechts*. Hamburg: Metzner.