

CAPÍTULO 58

JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO

Gabriel Ignacio ANITUA*

SUMARIO. I. *Las teorías de la pena.* II. *La legitimación “imposible”: los discursos de la prisión y la prevención especial positiva.* III. *La justificación del castigo, hoy.* IV. *Bibliografía*

I. LAS TEORÍAS DE LA PENA

Aquello que era esencial al castigo se encontraba “desenmascarado”¹ antes de la irrupción del discurso ilustrado. Era un mero hecho o acto de poder. Y tampoco ha dejado de ser otra cosa con posterioridad, a pesar de las críticas ilustradas. Sin embargo, sí se produjo un importante cambio en el siglo XVIII y en parte en éste tuvo algo que ver el discurso, o teorías, limitador y a la vez justificador. El poder de castigar ya no sería justificable como un atributo del más fuerte (o de quien estuviera “legitimado” para hacerlo por la tradición o el carisma, y por lo tanto tuviera en ese sentido esa fortaleza), sino que debía justificarse como si ello fuera conveniente para la sociedad. “El derecho de castigar ha sido trasladado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad”.²

A partir de la racionalización del poder, al modelo “natural” de la sociedad se le opone un modelo “artificial”, que admite la disputa política y la discusión ideológica.

* Profesor Adjunto Regular de Derecho Penal y Criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Secretario Letrado de la Defensoría General de la Nación.

¹ Pavarini, Massimo, “La crisi della prevenzione speciale tra istanze garantiste e ideologie neoliberaliste”, en Pavarini, Massimo (ed.), *Studi di teoria della pena e del controllo sociale*, Bologna, Saccardin-Martina, 1990.

² Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1989, p. 95 (véase, FOUCAULT Y EL DERECHO).

Una vez asumido que el castigo debe ser justificado, como acto de poder, comenzó el debate entre los que justificaban la pena de acuerdo a su utilidad, y los que consideraban a la pena como un absoluto.³

Esta polémica, que conserva vigencia, dará inicio a las llamadas “teorías de la pena”, que en general serán discursos que legitiman el poder punitivo.

Quizá fue Kant quien llevó a un extremo las consecuencias de la idea contractualista en relación a los castigos, cosa que ninguno de los ilustrados ingleses y franceses haría (ni siquiera Rousseau), puesto que se acercaban en este punto a valorar las consecuencias utilitarias.⁴ Además, sus ideas sobre el castigo, expuestas en sus *Críticas de la razón práctica* y *Metafísica de las costumbres*,⁵ reflejan con más claridad que ninguna otra una determinada comprensión ética sobre el individuo y sobre sus acciones. El castigo se justifica, para Kant, por el hecho de que un individuo merece ser castigado, y merece serlo si es culpable de haber cometido un delito.⁶ En esa simple expresión se demuestra el intento de abandonar toda justificación empírica⁷ o que vaya más allá del “imperativo categórico” de la propia responsabilidad individual guiada por el libre albedrío. La pena pareciera no tener ninguna función social; constituye un “imperativo categórico” para la propia sociedad que debería, en su conocido ejemplo, eliminar al último delincuente aun en el caso de disolverse (es decir, cuando no tenga ninguna utilidad) pues de lo contrario sería cómplice de la vulneración de la justicia⁸ (véase, FUERZA Y LIBERTAD. TEORÍA KANTIANA DEL DERECHO).

La “justicia” también implicaba una importante limitación al poder punitivo, límite que está reflejado en el principio, también defendido por los demás ilustrados, de proporcionalidad. Es la teoría moral kantiana la que sostiene este principio limitador como parte fundamental de su justificación, pues para él, “el monto del castigo debe adecuarse con exactitud a la magnitud del agravio cometido”.⁹

³ Bustos Ramírez, Juan, “Primera parte: Introducción”, en Bergalli, R.; Bustos, J. y Miralles, T., *El pensamiento criminológico I*, Bogotá, Temis, 1983, p. 30.

⁴ Marí, Enrique, *La problemática del castigo*, Buenos Aires, Hachette, 1983, p. 73.

⁵ Especialmente Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Cortina Orts, A. y Conill Sancho, J., Madrid, Tecnos, 1989.

⁶ Rabossi, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires, Astrea, 1976, p. 26.

⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 53.

⁸ Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 109; Rivera Beiras, Iñaki, *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico penal. Las teorías de la pena*, Barcelona, Signo, 1998, p. 18; Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1996, p. 46.

⁹ Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 6, p. 28.

Ello mismo es lo que hace sostener a muchos autores que la teoría de la pena sostenida por Kant¹⁰ sólo hace referencia a cuestiones de “justicia”, más allá de las consecuencias de la aplicación de la misma. La misma etimología de la palabra “absoluta” (que caracteriza a su teoría) indica que está libre de lazos, desligada de una consecuencia útil o funcional.

Aunque otros autores sostienen que en realidad Kant sí le atribuía a la pena (en general) una función, pues en caso contrario la teoría devendría irracional o dogmática,¹¹ Ferrajoli entiende que realmente en la elaboración teórica de Kant no cabía la respuesta por la utilidad de la pena y que su teoría en todo caso justificaría el cuándo se puede aplicar la pena, mas no resolvería el problema de la justificación externa. También señala que, como en la de otros retribucionistas, se sostiene el valor intrínseco de la venganza como valor en sí mismo aun dentro de determinado orden legal, por lo que con razón deben ser acusadas de confundir derecho y moral o validez y justicia (a pesar de los claros intentos de Kant por separar el primer par en su *Metafísica de las costumbres*, que dedica el primer libro a las relaciones con respecto al derecho y el segundo a las de la moral).¹²

La naturaleza del hombre que sostiene Kant, la finalidad retributiva de la pena, así como su resistencia a utilizar a un hombre de forma que no sea un fin en sí mismo, es lo que demuestra su mayor convicción en la idea del libre arbitrio. Su intento por escapar de la sobrevaloración de la sociedad es notable. Sin embargo, para Kant, “la ley penal no es menos defensora social que para los restantes contractualistas” ya que la venganza en su caso sirve como defensa o sostenimiento de la sociedad civil, único lugar en que puede respetarse el imperativo categórico.¹³ Por otro lado, ello queda más claramente evidenciado cuando, en el mismo fragmento en que impone a la sociedad la obligación de castigar al último delincuente, relaciona al castigo con la soberanía y el derecho de obediencia.¹⁴ En la misma noción

¹⁰ Como la formulación jurídica que luego haría Hegel y así hasta llegar a modernas teorías neo-retribucionistas sostenidas tanto por dogmáticos alemanes como Jakobs, Gunther, *Derecho Penal*, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 22, quien sostiene que su teoría es deudora de la hegeliana. Pero también por los sostenedores estadounidenses de las “penas merecidas”; como Von Hirsch, Andrew, *Censurar y castigar*, trad. de Larrauri, E., Madrid, Trotta, 1998; como se verá más adelante.

¹¹ Entre otros, Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, nota 7, p. 265.

¹² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1997, p. 257.

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, nota 7, p. 266.

¹⁴ Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 109

de soberanía está la base del organicismo y de la defensa social, y de ella no escapa Kant, que es probablemente quien deja mejor expresada (a su pesar) la íntima noción entre castigo y soberanía.

La teoría de la defensa social se ha sentido mejor representada, sin embargo, con los argumentos utilitaristas de Beccaria o de Bentham. Para ambos la pena debía ser la necesaria y la mínima con respecto a los fines de prevención de nuevos delitos,¹⁵ y así lo sostiene expresamente Beccaria¹⁶ al aplicar al castigo su famosa frase –“la mayor felicidad para el mayor número”–, que cautivaría a Bentham y convertiría luego en emblema del utilitarismo.¹⁷ Pero, a pesar de abogar ambos por una pena mínima y necesaria, sus argumentos pueden dar pie a la utilización ilimitada del poder punitivo.

El de Bentham es el más claro modelo alternativo al de Kant.¹⁸ Aunque ambos parten de la noción de individuo racional, el hombre de Kant llega por la razón al desinterés, y es el caso contrario el de Bentham, en el que la razón lleva al hombre a calcular las ventajas y desventajas (costos y beneficios) de realizar determinada acción.

El utilitarismo benthamita admitiría diversas funciones de las que hoy conocemos como prevención (general, especial, negativa, positiva). En su versión más simple, Bentham justifica la pena en tanto sirve para obtener la disuasión de realizar otra vez el acto por el cual se lo castiga, tanto por parte del culpable como de los que no lo hicieron, pero podrían verse tentados a imitarlo.

El castigo no es sólo un mal que se aplica contra otro mal, sino que se convierte en un bien, pues debe producir felicidad. No, por supuesto, en quien lo sufre, pero sí en la suma de las felicidades individuales que sacarían provecho en la evitación de futuros dolores. “La mayor felicidad para el mayor número”. La confrontación con las ideas de Kant se hace evidente puesto que Bentham sí acepta la utilización de un individuo como medio para lograr esa felicidad de la mayor parte de la sociedad. El castigo se justifica por las consecuencias valiosas que obtenga de cara al futuro, aunque sólo pueda relacionarse con un acto pasado indeseable, pero que ya no se puede cambiar.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 12, p. 394.

¹⁶ Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. Jordá, Barcelona, Bruguera, 1983, p. 73.

¹⁷ Gallo, Ezequiel, “Jeremy Bentham”, en Di Tella, T; Chumbita, H; Gamba, S y Gajardo, P. *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*, Buenos Aires, Emecé, 2001, p. 47.

¹⁸ Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 6; Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 106.

Bentham insiste en la importancia del principio de proporcionalidad entre ofensas y castigos en varios pasajes de su enorme obra.¹⁹ Por ejemplo, Zaffaroni, Alagia y Slokar extraen de la “Teoría de las penas” uno de los muchos inventos “locos” de Bentham: una máquina de azotar que impediría los abusos de los verdugos.²⁰ A pesar de ello, el utilitarismo no obliga a ofrecer criterios exactos de mensuración.²¹

Quizá por ello Bentham se ocupó con más precisión, una vez establecidos aquellos criterios generales que partían de su concepción filosófica, de explicar de qué formas (diversas) se puede poner en marcha su proyecto utilitarista sobre las penas. En *Principios de legislación y de codificación*, en el *Tratado de las pruebas judiciales*, en su *Teoría de las penas y recompensas* y en las demás obras²² hace continuas referencias a la justificación y a la práctica de los castigos. Pero el aporte más original a lo que es posible llamar una tecnología de los castigos lo realiza en su texto del proyecto “Panóptico”,²³ que estaba incluido originalmente como parte de los *Principios*. Esta “tecnología” afectará fuertemente, con posterioridad, a las diversas legitimaciones teóricas del castigo. Y ello es posible que haya sucedido incluso en el mismo Bentham, quien al describir y analizar su invento hace que éste influya en sus convicciones filosóficas.²⁴

Al proyectar sus inventos, Bentham demostraba ser un fiel representante de la Ilustración. La razón y la transparencia frente al oscurantismo. La inventiva frente a las brutalidades del sistema penal de su época. En todo ello, sostenido en sus trabajos teóricos (en sus principios utilitaristas y económicos sobre el castigo) y aplicado a sus inventos, podemos ver un continuador de Voltaire y de Beccaria. Pero por otro lado se aparta claramente de los principios contractualistas clásicos del delito, y ello se advierte no sólo de su confrontación con Kant y Rousseau (que es hipotética), sino

¹⁹ Aún no terminada de clasificar, el *University College* de Londres continúa la tarea de edición de sus obras que ya superan los 68 volúmenes. Gallo, Ezequiel, *op. cit.*, nota 17, p. 47. Para ver en detalle otros aspectos de su producción teórica, ver Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4. Para su importancia en el mundo del siglo XIX y particularmente en España, Miranda, María Jesús, “Bentham en España”, en Bentham, Jeremías, *El Panóptico*, trad. de J. Villanova y Jordán, Madrid, La piqueta, 1989.

²⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *op. cit.*, nota 7, p. 296.

²¹ Rabossi, Eduardo, *op. cit.*, nota 6.

²² Menciono sólo a algunas de las que se han traducido al castellano (siempre con interés, algunas desde su misma edición y otras del francés por un discípulo suyo –Dumont– que las reconstruía a partir de fragmentos a principios del siglo XIX).

²³ Bentham, Jeremías, *op. cit.*, nota 19.

²⁴ El principio económico y de inspección del “Panóptico” es conocido; en caso contrario consultar *idem*, o las interpretaciones, distintas, de Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 2; o Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4., así como el estudio de Miranda, María Jesús, *op. cit.*, nota 19.

sobre todo de la real que mantuvo contra Blackstone (jurista inglés ilustrado y iusnaturalista) y por ese intermedio contra las teorías de Locke.²⁵ La misma idea del contrato le parecía absurda. La ficción e imposibilidad del consentimiento le había parecido evidente en el caso de los delincuentes, que no lo prestaban para ser castigados, sino que la pena les era impuesta por el Estado en tanto enemigos de la sociedad. De esta forma, lo que era ilusión en los otros ilustrados queda desvelado.

La pena no es consecuencia del contrato. “La pena deviene, explícitamente en Bentham, una forma de control social. Es en esta perspectiva que el tema del fundamento del derecho de castigar se acumula con el tema de la prevención de la criminalidad y, por consiguiente, de la finalidad preventiva de la pena”.²⁶ La pena se justificará porque es “útil” para la sociedad, lo cual tiene la ventaja señalada por Ferrajoli de diferenciar moral y derecho, de forma más categórica que el insistente Kant, y la desventaja de justificar modelos de derecho penal máximo.²⁷ Además, la necesidad de demostrar su utilidad será también la que convierta a la justificación de la pena en una “justificación imposible” desde parámetros sociológicos.²⁸

II. LA LEGITIMACIÓN “IMPOSIBLE”: LOS DISCURSOS DE LA PRISIÓN Y LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

Mas no tan “imposible” de acuerdo a la lógica del poder, para el que puede resultar útil hasta el demencial y cruento modelo de expansión penal, que es el que caracteriza a los sistemas punitivos históricamente existentes. Este modelo es difícilmente evitable con cualquier teoría justificacionista. Pero mucho menos con la permanencia de ambas como posible recurso para los operadores del sistema penal y de las múltiples combinaciones y elaboraciones posteriores que les permiten saltarse los límites que el propio discurso jurídico adecuado a una de estas teorías podría plantearse.

De esta manera pretende legitimarse al poder punitivo: el Estado y la sociedad punitivas utilizarán las teorías retributivas o utilitarias de los autores mencionados de acuerdo a las necesidades políticas del momento. Como advertía Marí, las teorías que legitiman las penas esconden u oscurecen

²⁵ Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 99

²⁶ Costa, Pietro, *Il progetto giuridico*, Milán, Giuffrè, 1974, p. 364

²⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 12, p. 276

²⁸ Pavarini, Massimo, “Historia de la idea de pena. Entre justicia y utilidad. La justificación imposible”, *Delito y Sociedad*, 1992, núm. 1 (no menciona al traductor).

lo esencial del castigo, “Que retribucionismo y utilitarismo, según los fines políticos o de organización social que se persigan, pueden operar ya sea aislados y contradictorios –ligados a maniobras opuestas– o bien combinados y comprometidos en la misma acción. Que no son fórmulas fijas y uniformes que justifiquen el castigo de una vez por todas, sino que se desplazan con autonomía repeliendo a la adversaria, o se reutilizan asociadas de acuerdo con objetivos particulares que se proponen ciertos efectos de poder político y social”.²⁹

El momento histórico el que se habla es el que dará origen a una nueva forma de castigar y de interpretar los castigos, que es en parte la que hoy sigue presente con todas sus crisis, consagrada con posterioridad como pena única. La forma efectiva que adopta el castigo desde entonces, y sólo desde entonces, es la prisión. Michel Foucault ha indicado la necesaria relación entre la prisión, como ejemplo privilegiado de la nueva tecnología que impondrá una sociedad disciplinaria, y las libertades que también inaugura el pensamiento de las Luces.

El Panóptico, que fue la gran utopía benthamita en relación a una forma de aplicar los castigos, es conocido por las interpretaciones foucaultianas en cuanto imagen de la sociedad disciplinaria,³⁰ pero en realidad también fue una utopía no realizada nunca, la gran utopía de la transparencia en las prisiones y en la sociedad que fue decayendo a medida que las luces del siglo XVIII se iban apagando.³¹

Por otro lado, en los pensadores ilustrados, con la excepción de Bentham,³² no se hace alusión alguna a dicha forma de castigar. Si algunos de ellos la mencionan es sólo como medida preventiva y anterior al juicio y a la pena.³³ Nada hace pensar que el de la prisión haya sido el proyecto penal de la Ilustración. “Más precisamente: la utilización de la prisión como forma general de castigo jamás se presenta en estos proyectos de penas específicas, visibles y parlantes”.³⁴ La prisión incluso parece incompatible con todas las teorizaciones, discursos y justificaciones de la pena que hemos heredado del siglo XVIII y que mantenemos, sobre todo en el ámbito jurídico. ¿Cómo ha llegado a ser la prisión, desde esa misma época, la forma esencial del castigo? Para explicar este proceso, así como el de la aparición

²⁹ Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 85

³⁰ Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 2.

³¹ Marí, Enrique, *op. cit.*, nota 4, p. 203

³² Para quien tampoco era la prisión el único ni el mejor de los métodos punitivos puesto que la multa era más “económica” y por lo tanto ventajosa: *Ibidem*, p. 124.

³³ Beccaria, Cesare, *op. cit.*, nota 16, p. 111

³⁴ Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 2, p. 118

de las policías y otros aparatos estatales que compondrán un inmenso poder configurador y de vigilancia, se debe analizar la persistencia de instituciones de secuestro surgidas en forma de gobernabilidad previa a la Ilustración así como las teorías y prácticas que las propias instituciones generaron, desde el “no derecho”, en los siglos XIX y XX.³⁵

En verdad, la combinación de teorías (y de estas con las prácticas) surge como necesidad de dar razones a la pena que durante el siglo XIX se impone como dominante: la pena privativa de libertad.

La pena privativa de libertad en un primer momento aparece como *pena justa y útil*. Es *pena justa* porque, al exaltar el criterio de la “pena-contrato”, favorece la realización del principio de igualdad (la libertad es un bien que pertenece a todos); a su vez, es *pena útil* porque permite perseguir objetivos pedagógicos. Sin embargo, el límite contractual en la determinación de la pena, según el criterio de la retribución legal, pronto aparece como insensato: si la pena ya ha logrado la finalidad pedagógica de la corrección, ¿qué sentido tiene ejecutarla hasta el límite impuesto de la retribución?; por el contrario, si el tiempo de pena merecida según el criterio retributivo no ha sido suficiente a los fines de corrección, ¿por qué hay que suspenderla? Desde el momento en que se advierte la falta de sentido del límite retributivo, se impondrá progresivamente el objetivo especial-preventivo hasta convertirse en el fin último de la pena privativa de libertad.³⁶

Para tal doctrina, la pena tiene la función de corregir, readaptar, reeducar, reinsertar o resocializar al que ha cometido un delito, para que no lo vuelva a hacer. Parte de la hipótesis según la cuál quien delinque pertenece a una minoría caracterizada por variados déficits: económicos, culturales, intelectuales, y que tales déficits pueden ser superados a través de la pena. Así, se trataría, según Pavarini, de una pena medicinal.³⁷ Se considera el delito como una patología y la pena como una terapia.

Esa justificación del castigo que lo asocia a una cura (así como al penado con un enfermo) es la llamada prevención especial positiva.

La prevención especial positiva se extiende a partir del último tercio del siglo XIX de la mano de los pensamientos que surgen de las mismas insti-

³⁵ Junto a otras variables económicas y políticas: ver Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto, *Pena y estructura social*, trad. de E. García Méndez, Bogotá, Temis, 1984; Foucault, Michel, *op. cit.*, nota 2; Melossi, Dario y Pavarini, Massimo, *Cárcel y fábrica*, trad. de X. Massimi, México, Siglo XXI, 1987.

³⁶ Pavarini, M., Insolera, G., Mazzacuva, N., Zanotti, M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1997, p. 295.

³⁷ *Ibidem*, p. 298.

tuciones de encierro. En particular, de la llamada “criminología”, para la cual se trataba de luchar contra la criminalidad removiendo las causas individuales de la misma, que había que buscar en la personalidad del delincuente. De este modo, llevando el método de observación y de extracción de leyes causales generales del ámbito de las ciencias naturales al de las “ciencias sociales”, la criminología positivista se dedicará a observar los factores que inciden en el comportamiento delictivo, con el objetivo de encontrar el tratamiento individualizado adecuado a cada categoría de “delinquentes”.³⁸ Así, con la introducción de tratamientos individualizados, se rompe con el principio de igualdad y con la pena de duración fija. La escuela positiva italiana llevó la prevención especial hasta sus últimas consecuencias proponiendo la sustitución de las penas por medidas de seguridad. En el mismo sentido se posiciona la *New Penology* en Estados Unidos: el Congreso de Cincinnati, en 1870, proclamó la falta de sentido de la pena determinada, cosa que, a diferencia de otros estados, sí se llevó a la práctica en la mayoría de los Estados Unidos de América a lo largo del siglo XX.³⁹

Así, y para ser consecuente con su finalidad, la doctrina de la prevención especial positiva no puede admitir límites temporales a la pena y debe propugnar la pena indeterminada, que sólo debe cesar cuando el delincuente haya sido resocializado: “si la pena en concreto debe servir a una finalidad, difícilmente podrá soportar límites que en algún modo impidan satisfacer el objetivo perseguido”.⁴⁰

Ello evidentemente choca con diversos presupuestos de derecho, entre otras cosas, porque el objetivo de curar o (desde el auge de las teorías sociológicas) “resocializar”, convierte al clásico derecho penal de hecho en un derecho penal de autor, ya que en la fase de ejecución penal se deja de mirar al hecho para dedicar la atención al autor. En dicha fase, la cantidad y calidad de la condena variará dependiendo de las concretas características del condenado, con lo cual se desvirtúa el principio liberal según el cual el derecho penal sólo puede penar conductas y no personalidades o formas de ser.

Es por ello que el recurso a estas justificaciones medicas o sociológicas (útiles para el control al interno de la prisión, en el mundo “correcional”) van a ir de la mano de, o serán de diversas formas combinadas con, otras de mayor contenido jurídico.

³⁸ Entre muchos otros, Bergalli, Roberto, “Los rostros ideológicos de la falsa resocializadora. El debate en España”, *Doctrina Penal*, Depalma, vol. 36, 1986, pp. 582-584.

³⁹ Asúa, Adela, Voz “Pena indeterminada”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIX, Barcelona, Francisco Seix, 1989.

⁴⁰ Pavarini, Massimo, *op. cit.*, nota 1, p. 176

Una propuesta ecléctica es la desarrollada por Franz Von Liszt en su programa de Marburgo de 1882. Allí elaboró un modelo de derecho penal como instrumento flexible y multifuncional de “resocialización”, “neutralización” o “intimidación” según los diferentes “tipos” -“adaptables”, “inadaptables” u “ocasionales”- de delincuentes tratados. De todo ello resulta una doctrina ecléctica de la “pena-defensa”, informada simultáneamente por los principios de la defensa social y de la incapacitación (para los irre recuperables), de la enmienda (para los necesitados de resocialización), de la intimidación especial y general (para los delincuentes ocasionales y la generalidad) e incluso de la retribución ya que, según Liszt, la “pena-defensa” es la pena retributiva entendida en el sentido justo, es decir, justa en el caso particular.⁴¹

Dentro de la misma tradición alemana, de gran influencia en el medio latinoamericana, la más conocida dentro de las teorías mixtas es la concepción de Roxin, la llamada “teoría dialéctica de la unión”, en la que las teorías preventivas tradicionales, con sus objetivos antitéticos, se transforman en una síntesis. El mencionado autor destaca que la teoría preventiva mixta acoge en su seno los enfoques preventivo-especiales y generales, a cuyo respecto unas veces es este y otras aquel punto de vista el que pasa a primer plano. Pero allí donde ambos fines entren en contradicción, el fin preventivo-especial de resocialización se coloca en primer lugar, hasta donde lo permita la necesidad mínima preventivo-general, ya que la pena tampoco puede ser reducida hasta tal punto que la sanción ya no se tome en serio en la comunidad.⁴² Roxin señala que:

El significado de la prevención general y especial se acentúa también de forma diferenciada en el proceso de aplicación del Derecho penal. En primer lugar, el fin de la conminación penal es de pura prevención general. Por el contrario, en la imposición de la pena en la sentencia hay que tomar en consideración en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales... Por último, en la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano la prevención especial...⁴³

Este grupo de teorías, en su mayor parte, privilegian los fines preventivos especiales en esa fase, que será la que determinará la realidad del castigo.

⁴¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 12, p. 268.

⁴² Roxin, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Madrid, Civitas, 1997, pp. 95-103.

⁴³ *Ibidem*, p. 97.

De hecho, esas teorías tendrán recepción en las mismas formas jurídicas, de casi todos los estados nacionales. Incluso, con posterioridad al período bélico mundial, las han consagrado en los documentos internacionales en materia de Derechos Humanos. Así, es que en el nivel normativo superior, el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que: "...el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...". Por su parte, en el plano regional americano, en tanto el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos enuncia que "...Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados...".

Pero para cuando ello sucedía, en el plano de las justificaciones, esa base se tambaleaba.

Como ya se ha dicho más arriba, los mismos programas que buscan ese objetivo terminan por concluir que el fin resocializador es irrealizable. Al menos se señala como inidóneo el sistema empleado para conseguir la resocialización, es decir, el tratamiento penitenciario. Ya desde un punto de vista teórico puede advertirse el absurdo de pretender resocializar a alguien separándolo, mediante la privación de libertad, de la sociedad donde debe reinsertarse. A esta inicial falta de idoneidad se añaden los resultados de numerosas investigaciones empíricas que muestran el fracaso del tratamiento en términos de reincidencia, así como todas las críticas a la cárcel como lugar criminógeno y desocializador: desde que surge la prisión se constata este fracaso, y ello será ratificado por criminólogos como Ferri y luego por sociólogos como Clemmer, Sykes o Goffman.⁴⁴ Y en los últimos años se extendió también a todas las otras formas punitivas vistas como alternativas.

La publicación que es paradigmática de este desencanto es el artículo de Robert Martinson, "¿Qué es lo que funciona? Preguntas y respuestas sobre reforma penitenciaria".⁴⁵ Se basaba en un informe anterior, en el que se analizaban los proyectos de rehabilitación, medida como evitación de reincidencia, publicados entre 1945 y 1967. Ninguno de esos experimentos había tenido éxito para evitar la reincidencia, lo que avalaba las conclusiones más pesimistas. Allí se indicaba que "nada funciona" para lograr el objetivo de erradicar el delito de la sociedad. Se hacía especial referencia a todas las aplicaciones prácticas de la ideología del tratamiento.

⁴⁴ Para todos ellos, ver Anitua, Gabriel Ignacio *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

⁴⁵ Martinson, Robert L., "What Works? Questions and Answers About Prison Reform", *The Public Interest*, vol. 35, 1974, pp. 22-54.

Actualmente la mayor parte de la doctrina admite que el modelo correccional está en crisis, pero tal crisis no ha sido provocada por las críticas teóricas dirigidas a la ideología de la prevención especial (aunque cierta función de deslegitimación han realizado). La crisis del modelo correccional es, en primer lugar, crisis del modelo de desarrollo económico-social del cual aquél es expresión concreta en la política de control social: existe un nexo estructural que liga el afirmarse del nuevo estado social, a la difusión de prácticas de control de tipo no institucional y a la ideología de la resocialización, de modo que ésta acaba necesariamente por vivir las vicisitudes de aquél. El nuevo contexto socio-económico y político tendrá nuevas formas punitivas; ¿y nuevas justificaciones?

III. LA JUSTIFICACIÓN DEL CASTIGO, HOY

Es así que hacia fines del siglo XX, y con la caída de la forma “Estado de bienestar”, se produjeron importantes cambios en lo que Garland denomina “penalidad del *welfare*”.⁴⁶ Entre ellos se destaca el del universo de justificación teórico de la criminología y el derecho penal que comenzó a asumir la caída de la época del tratamiento. Diversas justificaciones fueron retomadas del pasado para reemplazar la idea de la prevención especial positiva y para brindar explicaciones de fines a una línea penal de “mano dura”, mejor representada por el llamado “populismo punitivo”, y que redundó en la inflación penal verificada especialmente en los Estados Unidos de Norteamérica, que pasó de tener, en 1975, una población reclusa total de 380.000 personas (diez años más tarde el número de presos había llegado a 740.000, para superar el millón y medio en 1995) a rozar los dos millones a fines de 1998, lo que supone que el índice de encarcelamiento pasó de 139 a 650 cada 100.000 habitantes.⁴⁷

⁴⁶ Desde Garland, David, *Punishment and Welfare*, Gower, Aldershot, 1987. Más concretamente en Garland, David, *La Cultura del Control. Delito y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*, trad. de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa, 2005.

⁴⁷ Todos los datos son de la última edición del valiosísimo libro de Christie, Nils, *Crime Control as Industry*, London, Routledge, 1999.

1. Las “nuevas” teorías: La incapacitación

Este “populismo punitivo” se identifica con el endurecimiento de las penas –la regla de los “tres golpes y estás fuera” para los multirreincidentes–, e incluso con una impensable pocos años atrás regresión en la marcha hacia la abolición de la pena de muerte en el mundo occidental.⁴⁸

Si las causas no importan, y sólo la prevención de efectos es necesaria, se puede convertir en no problemático el universo de la población criminal, y también el de la población penada.⁴⁹ Con ello dejaría de criticarse la efectiva actuación del poder punitivo y sus agencias. Para mayores hechos definidos como delitos, será necesario crear nuevos agentes judiciales que puedan procesarlos. Para cárceles cada vez más numerosas y más pobladas, será necesario crear mayores dotaciones de agentes penitenciarios y mejor remunerados. En las enormes y problemáticas ciudades, tal lógica se traducirá en más inversión en policía y no en otras instituciones referidas al cambio.⁵⁰

Esta última inversión será fundamental, pues no habrá nada más económico que blindar las nuevas formas de segregación dentro de la misma ciudad. No harán falta los costosos y visibles –a pesar de su invisibilidad– campos de concentración, pues allí ya existe el gueto.⁵¹ En el lugar móvil por naturaleza es necesario fijar determinadas áreas para señalar la separación de la ciudad de la “gente respetable” –en la que se mueve la economía y la vida social y cultural– de aquellas que están “fuera”, que son “otros”. Las estrategias manageriales cercarán los barrios de los primeros y pondrán obstáculos a su “invasión”, a la vez que vigilarán minuciosamente a los segundos.

⁴⁸ Descripciones críticas, entre otros, Wacquant, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, trad de H. Pons, Madrid, Alianza, 2000; De Giorgi, Alessandro, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control*, trad. de M. Monclús e I. Rivera, Barcelona, Virus, 2005; Brandáriz García, José Ángel, "Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas", en Faraldo Cabana, Patricia (dir.), *Nuevos Retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, a quienes seguiremos en adelante.

⁴⁹ Críticamente, y desde distintos planteos de los que sufren dentro de las prisiones: Burton Rose, D., Pens, D., Wright, P., *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, Barcelona, Virus, 1998.

⁵⁰ Parenti, Christian, *Lockdown America: Police and Prisons in the age of crisis*, New York, Verso, 1999.

⁵¹ Wacquant, Loïc, *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del Milenio*, Buenos Aires, Manantial, 2007.

Para ellos, además, también existe el castigo y en concreto la cárcel.⁵² Y la cárcel será más cárcel que nunca. No habrá en ella ya una utopía reeducativa. La cárcel sobrevive hoy como un lugar que reduce riesgos, como una cárcel de vigilancia para que nadie salga de su sitio. El modelo, exasperado en el Estado de California,⁵³ pero también desarrollado en otros sitios como penalidad dentro de la prisión, es el de la “cárcel de máxima seguridad”.⁵⁴ Esta pena de cárcel ya no es más una máquina, no tiene que hacer nada, no crea, no transforma. La esencialidad de la cárcel del siglo XXI es la exclusión. No tendrá más incidencia aquel modelo de ciudad apastada que permitía conocer para regular y modificar. No importan esos controles. Se trata de volver al modelo del leproso, con un nuevo arsenal técnico impensado en los albores de la modernidad.

De esta manera, la “cárcel de máxima seguridad” afirma sin pudor la función efectiva que siempre ha tenido la prisión. La de excluir. Desde la década de los ochenta la “inhabilitación” se convertiría en un concepto fundante de nuevos-viejos pensamientos criminológicos y reemplazaría a la “rehabilitación” como principal sostenedora de la pena de prisión.

De acuerdo a la nueva lógica actuarial,⁵⁵ mientras los que están en riesgo de delinquir se encuentran encarcelados, se restringe físicamente su posibilidad de concretar esa acción, y ello constituye justificación suficiente para su consideración. Lo cierto es que en sus antecedentes históricos la inhabilitación fue considerada una función secundaria o una propuesta localizada para una especial clase de “delincuentes” –los habituales o especialmente peligrosos–. Sin embargo, a partir de las últimas tres décadas la

⁵² Hallsworth, Simon, "Repensando el giro punitivo: economía del exceso y criminología del otro", *Delito y Sociedad*, UNL Ediciones, 2006, vol. 22.

⁵³ Wacquant, Loic, "California: primera colonia penitenciaria del milenio", trad. de G. I. Anitua, *Panóptico*, núm. 2, 2001, pp. 49-55.

⁵⁴ Bauman, Zygmunt, "Social Issues of Law and Order", *British Journal of Criminology*, vol. 40, núm. 2, 2000, pp. 205-221; King, Roy, "The Rise and Rise of the Supermax: An American Solution in Search of a Problem", *Punishment and Society*, vol. 1, núm. 2, 1999, pp. 163-186. Lynch, Mona, "Supermax Meets Death Row: Legal Struggles Around the New Punitiveness in the US", en Pratt, John; Hallsworth, Simon; Brown, Mark; Brown, David; y Morrison, Wayne (eds.), *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Cullompton, Willian Publishing, 2005.

⁵⁵ Críticamente, Feeley, Malcolm y Simon, Jonhatan, "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law", en Nelken, David (ed.), *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994; y Feeley, Malcolm y Simon, Jonhatan, "True Crime: The New Penology and the Public Discourse on Crime", Blomberg, T. y Cohen, S. (eds.), New York, Aldine de Gruyter, 1995. También O'Malley, Pat, *Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006.

inhabilitación comienza a ser seriamente considerada como fin principal de la moderna pena de prisión.

Ello llevaría a realizar esforzados trabajos para determinar con precisión quién debería ser inhabilitado. Aquellos que todavía tienen algún prurito que les impide encerrar a grandísimos porcentajes de la población juvenil, intentan ensayar con acierto la predicción del comportamiento futuro para elegir cuidadosamente a los que se incapacitará y no penar innecesariamente a los “falsos positivos”. Claro que en general muchos de estos investigadores se preocupan en realidad por los “falsos negativos”, esto es, por aquellos que dejados en libertad sí cometerían hechos delictivos.

Está claro que estas ideas no responden a ninguna teoría que pueda calificarse de jurídica. Puesto que practicar una medida no en base a lo que se ha hecho sino con base en el futuro es incluso más contradictorio con las garantías y derechos humanos que la ideología del positivismo criminológico. Aquella forma de pensamiento decía querer basarse en datos de la realidad; su actualización no duda en hablar de predicciones o especulaciones.

La mayor expresión actual de la cultura punitiva tecnocrática y administrativa es la teoría de la “incapacitación selectiva”. Esta teoría, con el cálculo probabilístico y la distribución estadística, propone que la extensión de la sentencia no dependa de la naturaleza de la ofensa o de la evaluación del carácter pasado y presente del “delincuente”, sino de especiales perfiles de riesgo —con lo que no es de extrañar que se utilicen técnicas idénticas a las usadas por compañías aseguradoras y sus maximizaciones de la eficacia—.

En 1982 Peter Greenwood y Allan Abrahamse publicaron una investigación pagada por la empresa, también especializada en prisiones, *Rand Corporation*. El libro se llamaría *Incapacitación selectiva*.⁵⁶ En este trabajo argumentaban que mediante estrategias selectivas de neutralización es posible obtener reducciones verdaderamente significativas en el número de delitos y sin necesidad de aumentar el número de personas encarceladas —aunque encarcelando “correctamente”—. A partir del análisis de datos obtenidos acerca de delincuentes condenados en prisiones de California, Texas y Michigan por hechos de robo y robo con allanamiento, Greenwood y Abrahamse establecieron que había siete variables que parecían estar asociadas a altas frecuencias en la comisión de esos delitos. Ellas eran las de condena previa por un delito del mismo tipo, más de la mitad de los últimos dos años en la cárcel, condena antes de los dieciséis años, presencia en una prisión juvenil estatal, consumo de drogas duras en los dos últimos

⁵⁶ Greenwood, Peter W. y Abrahamse, Allan, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, California, RAND Corporation, 1982.

años, consumo de drogas duras juvenil, y desempleo durante más de la mitad de los últimos dos años. Con ellas crearían una escala sumatoria que posibilitaba detectar a los “delincuentes” que “debía” incapacitarse: a los individuos que tienen más de cuatro de esas variables. Esos sujetos, y sólo ellos, deberían recibir las penas que los “sacaran de juego” durante la mayor cantidad de tiempo posible. Los otros podrían beneficiarse con penas no privativas de libertad o de duración más breve. Como ejemplo, calculaban qué pasaría si a los primeros se les duplicara la sentencia y a los segundos se les redujera a la mitad. Greenwood y Abrahamse afirmaban que ello permitiría reducir el índice de robo en un quince por ciento, y al mismo tiempo disminuir el número de personas encarceladas por ese delito en alrededor de un cinco por ciento, y de esta forma se podría solucionar la crisis de sobrepoblación de las prisiones sin sacrificar el control del delito.

Además, Greenwood insistiría en la gran ventaja de la incapacitación selectiva pues habría una proporción muy baja de “falsos positivos” –un 4 por ciento-, además de eliminarse los inconvenientes de la incapacitación colectiva, como la masificación de prisiones.⁵⁷ Joan Petersilia también formó parte del proyecto de la *Rand Corporation*, y también publicó estudios en tal sentido desde su artículo “Carrera criminal de delincuentes habituales” de 1978.⁵⁸ No obstante, la unanimidad de quienes trabajaron para esa compañía, el matemático y luego jefe de estadísticas judiciales de Estados Unidos Jan Chaiken junto a Marcia Chaiken –quienes también trabajaban para la *Rand Corporation*– señalaban en el artículo “Tipos delincuenciales y políticas públicas” de 1984 que el problema del “falso positivo” continuaba siendo muy importante dentro de ese proyecto, y que debería prestarse atención a lo que se proponía y a qué pasaría si los jueces lo aceptaban. En términos de encierro de personas, un margen de error de un 30 por ciento, que es el que calculaban, dejaría de ser un problema de clasificar si la investigación era más o menos precisa para pasar a ser otro político.⁵⁹ Los modelos de identificación cometerían “demasiados” errores para un sistema mínimamente democrático y que se base por tanto en valores humanos.⁶⁰

⁵⁷ Así, en una importante saga de artículos e informes. Ver Greenwood, Peter, *Three Strikes and You're Out: Estimated Benefits and Costs of California's New Mandatory-Sentencing Law*, Santa Monica, California, RAND Corporation, 1994.

⁵⁸ Petersilia, Joan, “Criminal Careers of Habitual Felons”, *Correctional News*, vol. 32, núm. 7, 1978.

⁵⁹ Chaiken, Marcia y Chaiken, Jan, “Offender Types and Public Policy”, *Crime & Delinquency*, vol. 30, núm. 2, 1984, pp. 195-226.

⁶⁰ Críticas por ello, en Auerhahn, Kathleen, “Selective Incapacitation and the Problem of Prediction”, *Criminology*, vol. 37, núm. 4, 1999, pp. 703-734.

Es verdad que el problema político, y en última instancia moral, no se circunscribe a esos falsos positivos y si son muchos o pocos. Un solo caso sería insoportable para tal sistema democrático. Y quisiera agregar que aun en un caso de precisión total sería un “problema” el condenar a individuos por actos que no han cometido, y que siempre pueden no cometer. En los seres humanos siempre existe esa posibilidad, sobre todo si esos seres humanos están avisados de esa situación de vulnerabilidad no sólo al sistema penal sino a la propia violencia.

Sin embargo, los autores más claramente partidarios de esta política señalaban que la incapacitación selectiva no es una teoría abstracta de filosofía del castigo, sino una “política administrativa”. Tendría, por tanto, varias ventajas como que es pragmática, efectiva a nivel costos, fácil de ser implementada y pasible de obtener un amplio apoyo por parte del público.⁶¹

Se piensa en esto último no sólo a efectos de ganar elecciones, sino también para comprometerlo en una efectiva incapacitación del condenado. La “marca”, el “estigma” impuesto legalmente con la pena se tiende a hacer más visible para que, en realidad, no existan dudas de esa imposición. Volverían los trajes identificatorios dentro de las prisiones, que incluso señalarían a los otros presos el tipo de delito o el tipo de delincuente que lo porta. Incluso en algunos estados volvería el uso de “cadenas” y de vestimenta o etiquetas identificatorias de aquellos que cumplen medidas alternativas a la prisión o de beneficio a la comunidad.

Ni siquiera habrá, por tanto, un “afuera” para el incapacitado. Otras de las severas leyes penales aprobadas en estos últimos años de justicia actuarial y populismo punitivo en los Estados Unidos fueron las llamadas “leyes Megan”.⁶² Su nombre viene del de una niña que fuera violada y asesinada por un hombre ya previamente castigado por un hecho de ese estilo y que vivía, tras salir de prisión, enfrente a la casa de la nueva víctima. El Estado donde ocurrió el suceso sancionó inmediatamente una ley que obligaba a

⁶¹ Petersilia, Joan, *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Re-entry*, New York, Oxford University Press, 2003.

⁶² En realidad, antes de la primera *Megan's Law*, que es la que aprueba el Estado de Nueva Jersey en 1994, muchos estados tenían leyes que establecían la obligación de registrarse a los delincuentes sexuales, pero no había obligación de notificación a las comunidades vecinales locales o a las posibles futuras víctimas, de los nombres, lugares de residencia, etc. de dichos delincuentes. Hoy prácticamente todos los estados tienen su propia *Megan's Law*, pero varían mucho en las condiciones del registro, el suministro de esa información al público y las obligaciones o restricciones que se le imponen al sujeto registrado, yendo desde leyes restrictivas, que no permiten suministrar la información más que a potenciales víctimas, hasta otras, que pueden llegar a obligar al sujeto a poner carteles en las ventanas de su domicilio advirtiendo de su condición de delincuente.

publicar los antecedentes por delitos “sexuales” para que todos los vecinos supieran de ellos y tomaran sus precauciones. Rápidamente todos los demás estados imitarían esa norma y a nivel federal el presidente Bill Clinton –que en su administración entre las de los Bush padre e hijo continuaría la misma aceleración punitiva de aquellos– la sancionaría diciendo que “América advierte al que se atreva a abusar de nuestros niños que lo perseguirá dondequiera que vaya, Estado por Estado, ciudad por ciudad”.

La inocuización definitiva, tanto física como por la publicidad de los datos personales –que incluyen fotos, huellas dactilares, ADN, etc.– se dictaría especialmente en aquellos que pasarían a ser denominados “predadores sexuales”. Esta nueva penalidad, o complemento de la física, no se limitaría a practicarse para el futuro sino que todos aquellos nombres de condenados por “delitos sexuales” serían publicitados, incluso los de aquellos acusados por hechos que desde los años setenta no constituyen delito –como las relaciones homosexuales consentidas, etcétera–.⁶³

Tras ello se propondrá la aplicación de la llamada “incapacitación colectiva”, que es incluso más económica y demagógicamente represiva que la selectiva. Con las facilidades que dan leyes antigarantistas y de excepción, como las de drogas, las condenas que inhabilitan o incapacitan serán, en este caso, dirigidas a amplios grupos de personas. Y sin gastar en la predicción de quiénes de entre ellos se encuentran dentro del perfil de riesgo.

La incapacitación colectiva es la idea que, en verdad, está detrás de las leyes que a partir de 1993 se extenderían por toda la geografía estadounidense y serían conocidas como “tres golpes y estás fuera”.⁶⁴ Esa frase tomada del béisbol quiere decir que seguirá la pena de por vida a la comisión de tres hechos delictivos aunque no sean particularmente graves. La contabilización de los tres “golpes” es diversa en cada legislación local: puede considerar sólo como tales a los delitos graves y violentos o, en algún caso,

⁶³ Silva Sánchez, Jesús María, “El retorno de la inocuización, El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, y Arroyo Zapatero, Luis (eds.), *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In memoriam*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Universidad de Salamanca, 2001.

⁶⁴ El primer Estado que implementó estas leyes fue, en el año 1993 (aprobándose en referéndum la Iniciativa 593), el de Washington, en el cual la comisión de un tercer delito grave violento significaba una condena a cadena perpetua sin posibilidad de libertad a prueba. California, en 1994 (Proposición 184), fue el siguiente, si bien, en este caso, su norma fue mucho mas severa porque no exigía que los delitos previos fueran violentos, sino que bastaba con que fueran *delitos mayores* (*felonies*) (es decir, delitos que se castigan con privación de la libertad en la prisión del estado, no en cárcel del condado).

infracciones no violentas, hurtos, robos en viviendas deshabitadas, etc. En algunos estados puede ser incluso suficiente con un segundo golpe. Tal regla pasará a integrar esa normativa que debe ser impuesta obligatoriamente por el juez de sentencia, no dejándole por tanto margen de discreción para evaluar cada caso en particular. En todo caso, la consecuencia será la de la condena a perpetuidad sin posibilidad alguna de obtener la libertad condicionada, o el encarcelamiento de 25, 30 o 40 años, tras los cuales se puede salir —si se está con vida— a cumplir la pena en semi-libertad.

Sería esa la forma más fácil y económica de gestionar a los portadores de un perfil de riesgo. Y significaría la actualización de las políticas criminales llevadas adelante por los totalitarismos, también frente al “problema” de la reincidencia. La reincidencia ya no será, como en la teoría de la prevención especial positiva, el indicador del fracaso del “tratamiento”, sino la demostración de una exitosa inocuización. Éxito siempre medido en clave de eficiencia, para lo que vale mezclar argumentos de las viejas teorías con tal que sirvan para su utilidad incapacitadora y su economía de recursos.

Lo curioso del caso es que, como demuestran varias investigaciones críticas, también puede demostrarse que estas explicaciones *a posteriori* fallan. La mejor demostración de este fracaso está dada por el nulo efecto reductor o contenedor de acciones ilícitas que ha tenido el impresionante aumento de población penada o “incapacitada”.⁶⁵

2. El “análisis económico del derecho” y otra vez la prevención general negativa

Las teorías que se imponen en los últimos años, cuando la idea de resocialización a la que había llevado el desarrollo de la teoría utilitaria a través de la prisión y los expertos en la conducta del ser humano entró en crisis de legitimación y de contrastación con la realidad, repiten ese esquema originario, y posibilitan que el Estado y el mercado hagan lo que habían hecho desde sus inicios: castigar y excluir. Todo ello sería, en realidad, un recurso para poder mantener los castigos, y concretamente la prisión, ante las críticas recibidas por el ideal resocializador.

Las críticas a la idea de resocialización también se traducirían en el plano teórico, en el que se actualizaban algunas discusiones filosóficas sobre la justificación de la pena, pero con la evidente utilidad de justificarla, y así

⁶⁵ Mathiesen, Thomas, *Juicio a la prisión*, trad. de A. Zamuner y M. Coriolano, Buenos

Aires, Ediar, 2003.

oponer un marco coherente a los fuertes embates deslegitimadores de los abolicionismos.

En los análisis “económicos” se propone analizar la conducta delictiva y el castigo penal como lo haría la economía neoliberal con cualquier otra conducta del mundo de los negocios.⁶⁶

El antecedente de la teoría del delito como elección racional es el pensamiento de Gary Becker. Este autor define como individuo racional a un supuesto sujeto aislado y egoísta y como “elección racional” a aquella que le dará satisfacción individual y en el corto plazo –con lo que se transforma tácitamente a toda acción solidaria o altruista en “irracional”–.

Becker en 1968 publicó un artículo llamado “Crimen y castigo: Un enfoque económico”.⁶⁷ Allí, con intentos de buscar similitud con algunos de los planteos del penalismo clásico, se presentaban los trabajos empíricos y teóricos sobre la motivación para cometer delitos –“las personas se convierten en delinquentes no por ser diferentes sino porque sus costos y beneficios son diferentes”– y sobre la función disuasoria de la pena –generación de desincentivos, el uso de multas y la cuantificación “óptima” de la pena concreta–.

Tales ideas reflexionan sobre el individuo concreto, el que realizaría tal acto criminal en busca de tal provecho y dejaría de hacerlo si el beneficio disminuyese o el costo aumentase Y para ese individuo calculador sería para quien está destinada la teoría de la prevención general negativa, o intimidación de la pena concreta.

El castigo tiene que ser el suficiente como para disuadir al sujeto racional que calcula el costo y el beneficio de realizar una acción prohibida, y también debe ser racionalmente económico para el Estado que lo impone.

El castigo ideal debe estar en función de la clase de pena como de la cantidad. También evidentemente por la certeza de que se aplicará pena en el caso de cometer el delito, aunque esto puede compensarse por una pena muy severa, que aunque no se aplique con seguridad puede cumplir el papel de desincentivar por la misma gravedad de lo que está en juego. Para todos estos autores, la disuasión puede obtenerse de la misma manera tanto si se aumenta la certeza de condena, como si se incrementa la magnitud punitiva.

⁶⁶ Cooter, Robert y Ulen, Thomas, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998; Posner, Richard, *El análisis económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992. Véase, ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

⁶⁷ Publicado luego en Becker, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en Becker, G. S. y Landes, W. M., *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York, Columbia University Press, 1974.

Aun cuando se contrasta que los aumentos de la cantidad de pena sobre algunos delitos y la creación de figuras penales, e incluso su mayor aplicación en escalas masivas, como en Estados Unidos, no disuade de cometer delitos, para los estudios económicos la existencia del sistema penal tendría un cierto y limitado efecto disuasivo. Ello es en realidad indemostrable. Ello no quita un ápice de verdad al absurdo de creer que la conducta humana, toda conducta humana de cada uno de los diferentes humanos, se guiaría siempre por la elección “racional” entre “costo” de castigo y “beneficio” del delito, definidos los tres conceptos entrecomillados por las valoraciones de los funcionarios estatales y criminólogos universitarios. Las referencias de este modelo economicista a los valores de tiempo y dinero, propios de los sectores más aventajados de las sociedades estatal-capitalistas, demuestran cuánto tiene de imperialismo cultural.

Más allá de que no hay ninguna prueba de que la penalidad sea realmente preventiva de nada, el gran problema de la teoría justificadora del castigo por la prevención general negativa o disuasión está dado, más que por su manifiesta ineficacia, por el hecho de que frente a la aplicación de determinados castigos, siempre se podrá argumentar que la disuasión sí funciona, y si ello no es más visible es porque es necesario incluso aumentar más los castigos.⁶⁸ Esto último es lo que sucede en el último cuarto del siglo XX, y principalmente en Estados Unidos, donde se combinan dichas justificaciones con otras, aun cuando sean opuestas, para legitimar las prácticas ya mencionadas.⁶⁹

3. *Los partidarios del derecho penal simbólico y la prevención general positiva*

Las versiones más refinadas del pensamiento penal encontrarían una justificación del castigo que ve en éste un mensaje. Como un mensaje que indique que lo hecho está mal, y no sólo que por hacerlo trae aparejada una experiencia desagradable. Ello tendría como fundamento a las teorías de la comunicación que hablaban de las respuestas expresivas, íntimamente vinculadas al desarrollo más amplio que tuvieron las teorías funcionalistas.

El derecho penal simbólico, que reconoce sus orígenes en la tradición sociológica funcionalista, tendría en la última cuarta parte del siglo XX un auge significativo, sobre todo en Europa, pero también tendría sus promo-

⁶⁸ Mathiesen, Thomas, *op. cit.*, nota 65.

⁶⁹ Desde un punto de vista crítico: Zysman, Diego, “El castigo penal en los E.E.U.U. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente”, en Rivera Beiras, Iñaki (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Barcelona, Anthropos, 2004.

tores en el área anglosajona, pues con el dominio conservador y el retorno a la penalidad de inicios de la modernidad, se recuperaría el valor del “signo” tradicionalmente atribuido al castigo.

Se daría en aquellas salidas tanto del derecho penal continental europeo cuanto del modelo represivo estadounidense una curiosa unión entre teorías retributivas y teorías de prevención general positiva, cuyo mejor exponente es el alemán Gunther Jakobs.⁷⁰

El ejemplo de Jakobs servirá para analizar las teorías de la “prevención-integración”, aunque no es él el único penalista que recogería esa herramienta de recambio con respecto al ideal resocializador. Para casi todos los penalistas reconocidos –incluso los más críticos, como Hassemer⁷¹ la pena se conformaría como mecanismo simbólico que fortalece la conciencia jurídica, y contiene, mediante actuaciones psicológicas profundas, la reacción social que supuestamente podría ser más grave merced a la indignación generada por el hecho delictivo. La prevención general positiva, según Claus Roxin, tiene tres funciones interrelacionadas: efecto social pedagógico de respeto a las normas, consolidación de la confianza en el derecho que producen los tribunales y pacificación de la conciencia jurídica de la comunidad al comprobarse la superación del conflicto.⁷² En tales ideas reposa, como se ha visto, cierta perspectiva funcionalista acorde al Estado de bienestar y los principios expuestos en las constituciones sociales.

Sería más compleja la teoría sistémica posterior, aquella que deba justificar la pena sin el necesario recurso justificador de esa forma-Estado que ya había entrado en decadencia. Pero que insistiría en la necesidad de alguna forma-Estado que represente a “la” autoridad, impuesta siempre desde arriba. Ello es lo que se advierte también en *Ley y orden* de Dahrendorf, para quien las instituciones se reforzarían y recuperarían credibilidad con una aplicación estricta de las leyes penales.⁷³

Según Jakobs,⁷⁴ quien dice reflejar los planteos sociológicos del funcionalista alemán Niklas Luhmann, se considera al delito simplemente como

⁷⁰ Jakobs, Gunther, *op. cit.*, nota 10.

⁷¹ Hassemer, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984.

⁷² Roxin, Claus, “Sentido y límites de la pena estatal”, en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de D. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.

⁷³ Dahrendorf, Ralf, *Ley y Orden*, trad. de Luis María Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1998.

⁷⁴ Jakobs, Gunther, *Sobre la teoría de la pena*, trad. de M. Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

una ruptura con la fidelidad debida al derecho: se lesionaría de esta forma no a un tercero o a varios terceros, sino a un bien jurídico, definido como una abstracción que simboliza la confianza de, y en, las instituciones públicas. La pena sería necesaria y se justificaría porque logra restablecer esa confianza en el derecho. Jakobs comienza a describir sociológicamente lo que hace el derecho –un primer paso necesario para la crítica transformadora– pero, a lo largo de los años, parece enamorarse de esa explicación y sostener que ese “ser” es también el “debe ser”.

Así surge una teoría de la pena que se pretende nueva aunque es, otra vez, una rara mezcla de ideas hegelianas y de defensa social, rodeada de un nuevo discurso difícilmente comprensible. Tal teoría es la de la “prevención-integración”, que derivaría en una doble función de la pena: la “latente” de consolidación de la sociedad, y la “manifiesta” de marginalizar al hecho delictivo y a su autor.

Se llega a entender a la pena como la confirmación de la configuración de la sociedad. La pena tiene la misión de dirigirse a las “personas” o “ciudadanos”, y de confirmarles su confianza en la norma como esquema de orientación de su rol de personalidad. Así se acerca Jakobs a aquella teoría de la prevención positiva de origen durkheimiano, aunque la sociología le sirve a Jakobs para alertar sobre los supuestos desvíos etizantes y psicologizantes de tal teoría. La pena no puede hacer más que los más complejos mecanismos comunicativos de la sociedad, según él, que sin embargo caerá en desvíos quizá más graves.

Las políticas penales que implementan los diversos gobiernos actuales tienen una función simbólica declarada de imponer los valores morales tradicionales. Para ello se utiliza la herramienta tradicional de reprimir y construir, a la vez, subjetividades. Pero es posible percibir que lo punitivo no es sólo un “medio”, pues en sí mismo tiene las condiciones de reproducción de una organización social jerarquizada y basada en la exclusión. Es en ese punto, y en atención a los resultados históricos de las sociedades modernas, que no cabe el análisis “interno” y se debe criticar políticamente a esa fundamentación del castigo, que según algunos autores no es falseable. Sin embargo, también puede comprobarse sociológicamente la falsación de esta teoría, ya que la creciente criminalización de la vida cotidiana provoca transgresión antes que conformidad.

4. *El modelo de justicia y otra vez la retribución*

Queda la justificación del castigo que ya no intenta producir ningún efecto hacia el futuro, sino que sólo mira al pasado. Queda volver al pasado o al comienzo de las justificaciones de la pena.

No habría, empero, una pura vuelta a Kant en los sostenedores de una “justicia” y un “merecimiento” con trampas. Y mucho menos en las aplicaciones político criminales concretas, que no podrían escaparse a la lógica violenta de lo punitivo. Por el contrario, habría una unión con el llamado “populismo punitivo” pues bajo la invocación de “justicia” se perseguiría satisfacer una supuesta demanda social de mayor dureza para quienes se lo “merecen”. El retribucionismo se alejaría del poner límites a la penalidad para acercarse a las demandas “de sentido común”, que coincidirían con las únicas “ofertas” que estaban dispuestas a hacer las instituciones penales de los estados. Y les brindaba una nueva justificación para continuar haciendo lo de siempre.⁷⁵

La decepción producida por las promesas incumplidas del ideal resocializador hizo poner en crisis a todo el sistema de penas basado en la utilidad. En tal sistema, las pretensiones positivistas más progresistas de transformar al individuo lograban redondear lo que sería útil y conveniente para todos, incluso para el penado. Pero ello sería una característica sólo del modelo teórico. En la práctica del castigo ese pretendido humanismo suponía arbitrariedades ejercidas por los “expertos” en la conducta y en su reforma –y sobre todo por los que sufrían los efectos de prisionización encerrándose como guardianes–.

Debe recordarse que en los Estados Unidos este sistema “individualizador” había estado presente más que en ningún otro sitio en lo que hace a la aplicación y ejecución de castigos en la prisión, puesto que las medidas con mayor influencia sociológica se intentaron en el exterior, ya como medidas alternativas o como prevención del delito. Hasta los años setenta en la mayoría de los estados seguía rigiendo la indeterminación de las penas.⁷⁶ Con las críticas esbozadas a estas consecuencias del tratamiento terapéutico, aparecería también la más nueva-vieja justificación de la pena. Especialmente en el universo anglosajón se volverían los ojos hacia un nuevo retri-

⁷⁵ Marcando distancias con ello: Von Hirsch, Andrew, *op. cit.*, nota 10; y Tonry, Michael, *Sentencing Matters*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1996.

⁷⁶ Asua Batarrita, Adela Voz, *op. cit.*, nota 39.

bucionismo, al pensar que la “pena fija” sería la solución a todas estas desigualdades en el castigo o *sentencing*.

Uno de los principales autores de este llamado “modelo de justicia” fue Andrew Von Hirsch. Pues la obra que marcaría un punto de referencia para el grupo de juristas liberales encuadrados en el “modelo de justicia” será la colectiva, pero por él dirigida, *Haciendo justicia*, de 1976.⁷⁷ Se había presentado como el informe del *Comitee for the Study of Incarceration* encargado de analizar las injusticias cometidas bajo el amparo del ideal resocializador. A diferencia de la mayoría de los demás trabajos críticos, que continuaron hablando en un marco utilitarista y de reforma, este trabajo enfatizaba el hacer menos daño en lugar de hacer el “bien”. *Haciendo justicia* defiende explícitamente la filosofía retribucionista del castigo: lo justo frente a lo bueno. Remarca así la superioridad moral de los castigos proporcionales del pasado –a los que se denomina “justo merecimiento”– frente a los peligros inmorales y autoritarios de las medidas penales basadas en las predicciones de criminalidad futura, o en la evolución del carácter individual y del modo de vida.

Para Von Hirsch, el estudio de la justificación del castigo penal debe distinguir dos niveles. Por un lado, el relacionado con la justificación general de su existencia en la sociedad –aquí el tema puede quedar en manos de la “defensa social” o cualquier otra teoría de prevención del delito–. Y por el otro, el que permite analizar la justificación y la determinación de la pena a imponer en el caso concreto. En este último caso juega un rol primordial el “merecimiento”, que es el que sin aludir a la sociedad como organismo sino al propio individuo y sus “méritos” puede resolver cuánto castigo debe sufrir el que ha cometido cierto delito. La justicia en este último caso debe imponer la misma pena para dos delitos iguales, cometidos en circunstancias similares –para ello resulta necesario establecer un sistema de penas fijas o determinadas–.

Éste sería el primer trabajo, tras muchos años de abandono de las ideas kantianas, que defendía el castigo como un fin en sí mismo. Y aunque su objetivo declarado era luchar contra las injusticias que cometía en el pasado la idea de rehabilitación, y que podía cometer en el futuro la de inhabilitación, tendría la consecuencia –probablemente no querida– de aumentar el número de encarcelados. No es casual que sus consecuencias más directas y evidentes sean las guías para aplicar castigos de tal modo que el juez tenga menos imparcialidad.

Tras el recibo de la crítica de la “justicia”, y amparándose en la equidad y la evitación de la discrecionalidad, el Estado de California comenzó en

1976, Minnesota perfeccionó en 1978 y la legislación federal de Estados Unidos en 1984 aceptó, con la mayoría de los demás estados, la redacción de unas “guías penales” de determinación aritmética de la penalidad a imponer en el caso concreto.⁷⁸ A través de unas operaciones sobre una tabla matemática, que de manera vertical recorren las características del delito y horizontal las del acusado, se indicará en la casilla correspondiente los meses a prisión a imponer y cómo debe encuadrarse el caso, si se aceptó o impuso la culpabilidad. El resultado le indicará al juzgador la pena a imponer, que ya no podrá modificarse en la ejecución de dicha pena.

No sólo se buscaba evitar la arbitrariedad de la ejecución —para lo que se dejaban sin efecto las juntas de libertad condicional— sino también evitar la de los jueces —para lo que, por otras leyes, se impondrían que las sanciones estipuladas por las guías fuesen obligatorias—. El nuevo sistema de determinación de las penas requirió que la legislatura federal estadounidense —y las estatales— elaboraran los “manuales para decidir sobre el dolor”, según definición de Nils Christie de las “guías”,⁷⁹ algunos de los cuales —para 2001 había ya 25 guías diferentes en tantos estados— prohibieron expresamente considerar factores como la edad, la educación o formación profesional, las condiciones psíquicas o emocionales, el estado físico —que incluye toxicomanías, abuso de alcohol, etcétera—, los antecedentes laborales, los lazos o responsabilidades familiares, y demás condiciones de “vulnerabilidad”. Para lograr esta “justicia purificada”, como irónicamente la denomina Christie,⁸⁰ se ignorará el entorno de la mayoría de la población carcelaria. Esa pretendida imparcialidad parecería seguir las críticas formuladas contra la “acción positiva” pues tratará de igual forma a quienes no son iguales, perjudicando además a los “menos iguales”.

Esa “imparcialidad” produciría mayores indefensiones que aumentarían con el uso que se hace de tales guías como amenaza para que el acusado “pacte” con el fiscal el reconocimiento de culpabilidad.⁸¹

Las pretensiones garantistas lograrían sólo que la arbitrariedad pasase del cuerpo de expertos al juez, y de éste a los fiscales, que son quienes lle-

⁷⁸ Las sucesivas *guidelines* federales y sus enmiendas pueden encontrarse en el sitio web de la *United States Sentencing Commission* (www.ussc.gov).

⁷⁹ Christie, Nils, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, trad. de Sara Costa, Buenos Aires, del Puerto, 1993.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ *Ibidem*, p. 142; Anitua, Gabriel Ignacio, “El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, en Maier, Julio B.J. y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

van el peso represivo en los Estados Unidos mediante tales acuerdos desiguales y secretos. De esta manera, cada vez se dictarían más penas, en menos tiempo, y de mayor severidad, a la vez que se generaría mayor burocratización de los órganos de persecución estatal, y una ampliación de las conductas atrapadas por la ley penal.

En parte –y sólo en parte pues no podría haberlo hecho sin el concurso de los otros pensamientos aquí mencionados– todo ello es consecuencia del “justo merecimiento”, que sería justamente el título de un famoso libro de Singer publicado en 1989.⁸² En 1993 Von Hirsch se enfrascaría en un dificultoso intento de “medir” esa relación entre daño y penalidad, incluyendo el grado de culpa. La relación con las “guías”, y su dificultad de realización –y el peligro de que se disparen en cuanto a la severidad de las penas–, le hacía fijar una magnitud cardinal de los castigos que sirviera para “anclar” la posterior magnitud ordinal o de relación entre los diferentes castigos concretos.⁸³ Aunque él no lo quería, esa definición de lo “merecido” quedaba a discreción de un legislador que podía caer fácilmente en el populismo punitivo al que no ofrecía reales limitaciones, puesto que la limitación del “espacio carcelario” que propugnaba nunca fue tomada en cuenta, y se “solucionaría” con la ampliación del negocio de construir cárceles.

La retribución siempre acaba por mezclarse con alguna otra ultraintención, perseguida por el Estado al aplicar las penas. Ello es observable en las formulaciones del derecho penal simbólico o las que pretenden justificar el sistema de la penalidad por la forma en que actúa dentro del sistema socioestatal, con grandes cuotas de lucidez intelectual, pero sin un gramo de legitimidad ética ni de tentativa útil de mejorar las condiciones de vida de los castigados ni de los demás habitantes.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ANITUA, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

_____, “El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, en Maier, Julio B.J. y Bovino, Alberto (comps.), *El procedimiento abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

⁸² Singer, Richard G, *Just Deserts*, Cambridge, Ballinger, 1989. Una aguda crítica en Braithwaite, John y Pettit, Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

⁸³ Von Hirsch, Andrew, *op. cit.*, nota 10.

- ASÚA, Adela, Voz “Pena indeterminada”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIX, Barcelona, Francisco Seix, 1989.
- AUERHAHN, Kathleen, “Selective Incapacitation and the Problem of Prediction”, *Criminology*, vol. 37, núm. 4, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt, “Social Issues of Law and Order”, *British Journal of Criminology*, vol. 40, núm. 2, 2000.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. Jordá, Barcelona, Bruquera, 1983.
- BECKER, Gary, “Crime and Punishment: An Economic Approach”, en Becker, G. S. y Landes, W. M., *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York, Columbia University Press, 1974.
- BENTHAM, Jeremías, *El Panóptico*, trad. de J. Villanova y Jordán, Madrid, La piqueta, 1989.
- BERGALLI, Roberto, “Los rostros ideológicos de la falsa resocializadora. El debate en España”, *Doctrina Penal*, Depalma, vol. 36, 1986.
- BRAITHWAITE, John y PETTIT, Philip, *Not Just Deserts: A Republican Theory of Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990.
- BRANDÁRIZ García, José Ángel, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en Faraldo Cabana, Patricia (dir.), *Nuevos Retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- BURTON ROSE, D., PENS, D., WRIGHT, P., *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, Barcelona, Virus, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Primera parte: Introducción”, en Bergalli, R.; Bustos, J. y Miralles, T., *El pensamiento criminológico I*, Bogotá, Temis, 1983.
- CHAIKEN, Marcia y CHAIKEN, Jan, “Offender Types and Public Policy”, *Crime & Delinquency*, vol. 30, núm. 2, 1984.
- CHRISTIE, Nils, *Crime Control as Industry*, London, Routledge, 1999.
- _____, *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?*, trad. de Sara Costa, Buenos Aires, del Puerto, 1993.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- COSTA, Pietro, *Il progetto giuridico*, Milán, Giuffrè, 1974.
- DAHRENDORF, Ralf, *Ley y Orden*, trad. de Luis María Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1998.
- DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad del control*, trad. de M. Monclús e I. Rivera, Barcelona, Virus, 2005.

- FEELEY, Malcolm y SIMON, Jonhatan, "Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law", en Nelken, David (ed.), *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994.
- FEELEY, Malcolm y SIMON, Jonhatan, "True Crime: The New Penology and the Public Discourse on Crime", Blomberg, T. y Cohen, S. (eds.), New York, Aldine de Gruyter, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1997.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1989.
- GALLO, Ezequiel, "Jeremy Bentham", en Di Tella, T; Chumbita, H; Gamba, S y Gajardo, P. *Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas*, Buenos Aires, Emecé, 2001.
- GARLAND, David, *La Cultura del Control. Delito y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*, trad. de Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa, 2005.
- _____, *Punishment and Welfare*, Gower, Aldershot, 1987.
- GREENWOOD, Peter W. y ABRAHAMSE, Allan, *Selective Incapacitation*, Santa Monica, California, RAND Corporation, 1982.
- GREENWOOD, Peter, *Three Strikes and You're Out: Estimated Benefits and Costs of California's New Mandatory-Sentencing Law*, Santa Monica, California, RAND Corporation, 1994.
- HALLSWORTH, Simon, "Repensando el giro punitivo: economía del exceso y criminología del otro", *Delito y Sociedad*, UNL Ediciones, 2006, vol. 22.
- HASSEMER, Winfried, *Fundamentos de Derecho Penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Barcelona, Bosch, 1984.
- JAKOBS, Gunther, *Derecho Penal*, trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- _____, *Sobre la teoría de la pena*, trad. de M. Cancio Meliá, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Cortina Orts, A. y Conill Sancho, J., Madrid, Tecnos, 1989.
- KING, Roy, "The Rise and Rise of the Supermax: An American Solution in Search of a Problem", *Punishment and Society*, vol. 1, núm. 2, 1999.
- LYNCH, Mona, "Supermax Meets Death Row: Legal Struggles Around the New Punitiveness in the US", en Pratt, John
- MARÍ, Enrique, *La problemática del castigo*, Buenos Aires, Hachette, 1983.

- MARTINSON, Robert L., "What Works? Questions and Answers About Prison Reform", *The Public Interest*, vol. 35, 1974.
- MATHIESEN, Thomas, *Juicio a la prisión*, trad. de A. Zamuner y M. Coriolano, Buenos Aires, Ediar, 2003.
- MELOSSI, Dario y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica*, trad. de X. Massimi, México, Siglo XXI, 1987.
- MORRISON, Wayne (eds.), *The New Punitiveness. Trends, Theories, Perspectives*, Cullompton, Willian Publishing, 2005.
- O'MALLEY, Pat, *Riesgo, Neoliberalismo y Justicia Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006.
- PARENTI, Christian, *Lockdown America: Police and Prisons in the age of crisis*, New York, Verso, 1999.
- PAVARINI, M., INSOLERA, G., MAZZACUVA, N., ZANOTTI, M. (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, Giappichelli, 1997.
- PAVARINI, Massimo, "Historia de la idea de pena. Entre justicia y utilidad. La justificación imposible", *Delito y Sociedad*, 1992, núm. 1 (no menciona al traductor).
- _____, "La crisi della prevenzione speciale tra istanze garantiste e ideologie neoliberale", en Pavarini, Massimo (ed.), *Studi di teoria della pena e del controllo sociale*, Bologna, Saccardin-Martina, 1990.
- PETERSILIA, Joan, "Criminal Careers of Habitual Felons", *Correctional News*, vol. 32, núm. 7. 1978,
- _____, *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Re-entry*, New York, Oxford University Press, 2003.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- RABOSI, Eduardo, *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- ROXIN, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", en *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de D. Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976.
- _____, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Javier de Vicente, Madrid, Civitas, 1997.
- RUSCHE, Georg y KIRCHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, trad. de E. García Méndez, Bogotá, Temis, 1984
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "El retorno de la inocuización, El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio, y Arroyo Zapatero, Luis (eds.), *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In memoriam*,

- Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/ Universidad de Salamanca, 2001.
- SINGER, Richard G, *Just Deserts*, Cambridge, Ballinger, 1989.
- TONRY, Michael, *Sentencing Matters*, New York/Oxford, Oxford University Press, 1996.
- VON HIRSCH, Andrew, *Censurar y castigar*, trad. de Larrauri, E., Madrid, Trotta, 1998.
- _____, *Doing justice. The choice of punishments*, Boston, Northeastern, 1976.
- WACQUANT, Loic, “California: primera colonia penitenciaria del milenio”, trad. de G. I. Anitua, *Panóptico*, 2001, núm. 2.
- Wacquant, Loic, *Las cárceles de la miseria*, trad de H. Pons, Madrid, Alianza, 2000
- Wacquant, Loïc, *Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del Milenio*, Buenos Aires, Manantial, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2000.
- ZYSMAN, Diego, “El castigo penal en los E.E.U.U. Teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente”, en Rivera Beiras, Iñaki (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo*, Barcelona, Anthropos, 2004.