



Editores del Puerto

## **El abolicionismo penal en América Latina**

Imaginación no punitiva y militancia

Maximiliano E. Postay (compilador)

Un libro colectivo sobre abolicionismo en el mundo actual es una verdadera luz de esperanza en medio de una alunar noche tormentosa. Muchos lo despreciarán de diversas maneras, pero algunos pensarán y discutirán, y esto será lo importante.

Todo planteamiento radical, que ponga en cuestión lo que hasta ese momento se dio por cierto y que replantee las preguntas fundamentales, es el banco de prueba de cualquier ciencia o saber humano, lo que además prueba su vitalidad, al promover nuevos paradigmas científicos. Este es el significado profundo que tiene el abolicionismo para el saber jurídico penal.

(del Prólogo de E. Raúl Zaffaroni)

[www.editoresdelpuerto.com](http://www.editoresdelpuerto.com)

ISBN 978-987-1397-84-6



9 789871 139784



El abolicionismo penal en América Latina

Maximiliano E. Postay (comp.)

# **El abolicionismo penal en América Latina**

Imaginación no punitiva y militancia

**Maximiliano E. Postay**  
COMPILADOR

PRÓLOGO

**E. Raúl Zaffaroni**



Más allá de los nombres rutilantes, los agradecimientos de rigor y las palabras introductorias, vaya una última reflexión. Toda obra se completa con la lectura de un lector comprometido. Las palabras son herramientas y las herramientas están para usarse. Si el uso de estas palabras contribuye a cuestionar el sistema penal, al punto de pensar que su existencia ya no es necesaria, mi “imaginación no punitiva y militancia” van a encontrarse profundamente satisfechas. También la de mis compañeros de aventura. Puñado de pensadores de la “cuestión criminal” capaces de dedicar su tiempo a la construcción de una idea –para muchos– irrealizable. *Y por arte de magia, el gasto devino inversión.*

Buenos Aires, junio de 2012

## Fundamentos para la construcción de una teoría de la no pena

Gabriel Ignacio Anitua\*

Para dar cuenta de una posible teoría de la “no pena” es necesario volver la vista a aquellos autores que, a partir de los años ochenta del siglo XX y en el seno de la criminología crítica, aportaron originales ideas que fueron comúnmente denominadas como abolicionistas. Aunque ese nombre es tomado de la lucha histórica contra la esclavitud, primero, y contra la pena de muerte, luego; en aquellos años recibió tal denominación la más radical deslegitimación del sistema carcelario y de la propia lógica punitiva que se ha conocido en la historia de aquel y de ésta. Esta reflexión antipunitiva estaba muy relacionada con los reclamos teóricos y prácticos de algunos criminólogos de antigua tradición en los países escandinavos y en Holanda.

Las consecuencias del enfoque del etiquetamiento serían fácilmente interpretables en la históricamente tolerante Holanda. La tolerancia como imposición ética es también un plan de conducta ligado al auto-constreñimiento y al actuar pragmático de realizar el propio placer sin molestar a los demás. En este marco era fácil comprender una política criminal de control basada más en el dejar hacer que en la intervención punitiva. Se afirmaba allí, con el arsenal del enfoque del etiquetamiento y de la fenomenología, pero también con presupuestos locales, que una política criminal poco intervencionista sería, al menos, socialmente menos dañina que la tradicionalmente punitiva.

La radical lucha por la separación entre derecho y moral, emprendida desde las primeras críticas al Estado moderno tan asentado sobre ideas religiosas, llevaba implícita la necesaria eliminación de los delitos sin víctimas, como los relacionados con drogas, prostitución, etc. Pero también la necesidad de recuperar criterios morales no represivos. Esto sería evidente en todas las políticas criminales emprendidas en el Estado benefactor holandés, que además de ponerse como un espejo de lo que no debería hacerse a los regímenes totalitarios, se

\* Abogado y licenciado en Sociología por la UBA, Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona y profesor adjunto regular en el Departamento de Derecho Penal y Criminología, UBA.

encontraría informado por diversos “expertos” formados con los mencionados criminólogos marxistas y existencialistas, antes del estallido de los sesentas. Para ese entonces, sus discípulos decidirían participar en política para implementar una política criminal tolerante.

Sin embargo, algunos otros criminólogos estuvieron en contra de tal participación en políticas concretas, y tal vez en ellos sería más evidente el intento de crear algo nuevo, radicalmente diferente a la imposición que el Estado hacía sobre la comunidad, incluso al querer hacer el “bien”. Esto sería notable en Herman Bianchi quien, inscribiéndose en la tradición holandesa mencionada, hablaba de la necesidad de lograr la internalización de conceptos como tolerancia, respeto, justicia, culpa, vergüenza, que son evidentemente morales y orientados hacia el autocontrol.

Herman Thomas Bianchi era, para principios de los años setenta, el director del Instituto de Criminología de la Universidad Libre de Ámsterdam. Ya para entonces se había significado en el terreno criminológico con el liderazgo de una criminología holandesa, junto a Peter Hoefnagels; este último en Rotterdam y con obras como *Nosotros y el delito*, de 1959, *Ética del castigo*, de 1964, y *Ensayos sobre el orden y la autoridad*, de 1967. Tales reflexiones filosóficas eran totalmente compatibles con las teorías del etiquetamiento, como lo demostraría en *Estigmatización*, de 1971, y también con ideas morales del abolicionismo y jurídicas del garantismo. Para Bianchi, lo represivo no resuelve los conflictos, pero sin embargo, Bianchi no abandona una idea de justicia, que sería expresada más ampliamente en su *La justicia como santuario*, de 1985. Esa idea de justicia también quiere reducir o eliminar las violencias, aquellas que hoy se denominan delitos.

Bianchi había sido víctima, como otros jóvenes de entonces y luego profesores holandeses, de privación de su libertad durante la ocupación nazi de Holanda. Fue enviado con diecinueve años al campo de concentración de Amersfoort. Las prisiones, y esto es entendible, le recordaban a los campos de concentración. Sostenía Bianchi que no bastaba con abolir las prisiones sino que lo que debe abolirse es la propia idea de “castigo”, pues “mientras se mantenga intacta la idea de castigo como una forma razonable de reaccionar frente al delito no se puede esperar nada bueno de una mera reforma del sistema. En resumen, necesitamos un nuevo sistema alternativo de control del delito que no se base en un modelo punitivo sino en otros principios legales y éticos de forma tal que la prisión u otro tipo de represión física devenga fundamentalmente innecesaria”.

Con base en ideas que tomaba de diferentes religiones –occidentales e incluso orientales– sostenía un sistema de justicia que proteja

al estigmatizado, que le brinde oportunidades de sentir y mostrar el remordimiento. Los principios de esta justicia son los de la reconciliación y la reimposición de la paz, los que se aceptarían luego en todo el movimiento de la “justicia restaurativa”. Esos principios eran expresados, asimismo, en el libro que conjuntamente con René van Swaaningen editara en 1986: *Abolicionismo, hacia un enfoque no represivo del delito*. Éste último autor, junto a Rolf De Folter, también han continuado la senda de sus maestros y continuado el desarrollo de los abolicionismos holandeses hasta la actualidad. El otro gran maestro al que ellos, y tantos otros, rinden tributo es Louk Hulsman.

También Louk Hulsman había sufrido en carne propia los efectos de la mayor expansión del sistema punitivo, la llevada a cabo por el régimen nazi. En 1944 fue arrestado con su familia por la policía colaboracionista y enviado a Alemania en tren, del que pudo escapar para participar luego de la resistencia. Es revelador que este elemento se repita en la vida de varios de los abolicionistas y pacifistas que insistían sobre los alcances de la mediación y el restablecimiento de la paz, mientras los mejores representantes de teorías justificacionistas de la pena, de esta misma generación, habían estado, muchas veces, del otro lado de las rejas en los campos de concentración.

En efecto, y de igual forma que Bianchi, Louk Hulsman reafirmaba a los valores morales como mejor límite para las violencias, entre las que históricamente incluía a las realizadas por las burocracias creadas alrededor de los sistemas de justicia criminal –que han sido mayores en la historia–. Su propuesta de “deconstruir la definición de delito” iba naturalmente unida a un deseo de resolución de “problemas sociales”. En este sentido es posible deslegitimar por falsa aquella imputación hecha a los abolicionistas en general, y a Hulsman en particular, por plantear “utopías” y olvidar a los que realmente sufren u olvidar la realidad de los “delitos”. Este autor estaba muy atento al sufrimiento de sus semejantes –que para él resultan ser todos los seres humanos–. Y sobre esa base creía que abolir el sistema penal sería sólo un paso para evitar ese sufrimiento de muchos individuos: paso que permitiría un acercamiento a la realidad social sin utopías negadoras, que era lo que consideraba que eran las justificaciones de un sistema penal liberal y humanista. Para Hulsman esas utopías negadoras eran una contradicción en los términos.

Para el profesor holandés, el delito no tiene realidad ontológica, es sólo el producto de la política criminal que también construye de esta forma la realidad social. “Los problemas son reales, pero el delito es un mito”, diría también Heinz Steinert. Un “mito” que tiene consecuencias reales, las cuales son las de crear nuevos y más graves problemas.

Con la eliminación de la calificación común de “delito” para situaciones tan diversas, Hulsman quería indicar que si la comunidad se aproxima a los eventos criminalizados y los trata como problemas sociales, ello permitiría ampliar el abanico de posibles respuestas, no limitándose a la respuesta punitiva que en la historia no sólo no ha resuelto nada sino que ha creado más problemas. El propio sistema penal se ha convertido en la actualidad en uno de esos graves y violentos problemas.

Atender a tales problemas requiere de un nuevo y mejor vocabulario. Objeto del abolicionismo es no sólo el desmontar efectivo funcionamiento del sistema penal, sino también el de aquellas palabras que ha creado para confundir y negar realidades. Se propone, en cambio, recuperar otras palabras, como “santuario”, “reparación”, “conflicto” y “situación problemática”, con el objetivo de diseñar nuevas “alternativas”. Hulsman, que era profesor de derecho penal, aclaraba que esas posibles “alternativas al sistema penal son en primer lugar alternativas a la forma en que el sistema penal define los hechos”.

Este autor hacía un especial hincapié en la cuestión de las definiciones. No utilizaría la expresión de “delito” sino la de “situación problemática”. No debería ser necesario tampoco hablar de “criminología”. Sobre esta cuestión se detuvo en una conferencia de 1986 publicada como “La criminología crítica y el concepto de delito”.

Allí volvía a remarcar que uno de los problemas del sistema penal es la descontextualización de las situaciones problemáticas y su reconstrucción en un contexto ajeno a las víctimas, los victimarios y otros individuos. El sistema penal crea individualidades irreales y una interacción ficticia entre ellos y define a las situaciones de problema o conflicto de acuerdo con las reglamentaciones y necesidades organizativas del sistema penal y sus agencias burocráticas. Las partes involucradas en el problema no pueden influir en su resolución o continuación, una vez que se lo define como “delito” y de él se hacen cargo los “expertos” del sistema penal. El resultado de ello, además de no satisfacer a ninguna de las partes involucradas en el problema, genera nuevos problemas, como la estigmatización, la marginación social, etcétera.

Hulsman proponía, entonces, una más comprensiva visión anascópica, o “desde abajo”, de la vida social, en contra de la visión catascópica, que realiza “desde arriba” la maquinaria estatal que no se siente parte de los problemas, sino sólo una solución. Se debería intentar comprender la realidad social desde el punto de vista de los individuos y no de acuerdo con las definiciones de la realidad y el marco conceptual burocrático que asume el sistema penal.

Hulsman es quizás el pensador más coherente con los postulados de la teoría del etiquetamiento y en concreto con la formulación de la “reacción social”. Ésta definió a un objeto de estudio como algo distinto del definido por la criminología tradicional. El objeto de la criminología crítica, por lo tanto, no es el de los conflictos, tampoco el de los llamados “delitos”, y mucho menos el de averiguar sus “causas”. La crítica, en el momento actual, se debe dedicar a estudiar el sistema penal, es decir, las respuestas institucionales penales que el Estado ofrece a las situaciones problemáticas y que no hacen sino esconder sus diferentes naturalezas y empeorarlas.

Esa tarea debe ser de descripción y denuncia lo que, lógicamente, lleva implícita una modalidad diferente, y mejor, de encarar los problemas sociales más diversos. Ello se advierte en un capítulo de su libro-entrevista más extenso, la realizada por Jacqueline Bernat de Celis y publicada en 1982 como *Penas perdidas* –y en castellano como *Sistema penal y seguridad ciudadana*–. En ese capítulo, Hulsman hacía mención a las soluciones posibles en el caso del piso compartido por cinco estudiantes, y frente a un determinado problema que se produce cuando uno de ellos rompe el televisor común en un acto al parecer injustificable –y que los penalistas no dudarían en calificar bajo el tipo de “daño”–. En cada reacción de sus compañeros, Hulsman ejemplificaba la forma de actuar del modelo punitivo en la reacción de castigar al quinto compañero con la expulsión de la casa; la del modelo terapéutico, en la de llamar a un especialista para que lo trate por “su” problema de personalidad evidenciado en el hecho y evite nuevos accesos de furia “irracional”; la del modelo reparador, en la de requerir que el responsable adquiera lo más rápidamente posible otro aparato de televisión; y la del modelo conciliador, en la de aprovechar esa situación problemática para que la pequeña sociedad debata en conjunto los problemas generales que pueden haber llevado a aquélla.

Lo importante del ejemplo radicaba en que, librados de la obligación de referencias y soluciones que hace la ley, distintas personas definen a los problemas en forma diferente y plantean diversas soluciones. No obstante, Hulsman parece inclinarse por la última solución, haciendo una valiente apuesta por la indiferenciación de las fuertes fronteras trazadas entre los seres humanos, entre el “yo” y el “otro” o, peor, entre “amigos” y “enemigos”. Al criticar severamente a la primera opción, demostraba claramente la incorrección y aumento gratuito de la violencia del modelo punitivo, que es lo esencial para el discurso abolicionista, aunque también señala los peligros y violencias que comporta el modelo terapéutico. Tampoco se mostraba partidario de aquel modelo que, en cambio, adoptarían los otros abolicionistas, el

de la restauración. La solución por la que se inclina refuerza formas sociales comunitarias y refleja una clara opción política –y no sólo religiosa–.

Este modelo político horizontal y solidario sería asumido por Hulsman no sólo como un proyecto hacia el futuro, como un “topos” a realizar, sino incluso como un modelo de acción para la práctica cotidiana, que él es el primero en llevar a la práctica en sus relaciones con otros. El artículo y el libro al que hacía referencia, así como otros mediante los cuales se ha divulgado su pensamiento, no son sino la copia de exposiciones orales. Estas exposiciones, y las varias entrevistas concedidas han permitido que se leyese una reflexión que no pretende ser dogmática ni sujeta a reglas predeterminadas. El profesor de la Universidad de Rotterdam, como buen interaccionista, creía que la mejor comunicación, la más horizontal y libre de desvíos sobre lo que realmente se piensa, es la que se hace “cara a cara”, la que permite cambiar impresiones y modificar el pensamiento, hacerlo colectivo. Por ello no publicaría libros ni realizaría otras formas de producir un pensamiento ortodoxo. Tampoco favoreció que esa reflexión quedase en el marco “cerrado” de la criminología o del derecho penal. Incluso intentó expresamente deconstruir un lenguaje propio –y alejado de los “otros”– de juristas, teóricos o prácticos.

En función de ello se ha criticado en muchas ocasiones que Hulsman descuidara aquellas funciones que el derecho penal podía tener para reducir las violencias. Incluso se le achacó un desconocimiento del pensamiento jurídico. Es cierto que Hulsman –aunque en ningún momento se opuso a las garantías, e incluso las defiende– rechaza ese discurso para expertos construido en el ámbito del derecho y que incluso critica expresamente al edificio legitimador con palabras del sistema punitivo, que siempre ha sido la Universidad –aunque reconoce que la construcción de palabras es necesaria para cambiar el estado de cosas–. El Hulsman profesor de derecho abandona ese saber para construir alternativas. Su pensamiento se construye con presupuestos teológicos, como el rechazo al castigo, antropológicos, como la humana resolución del conflicto, y sociológicos, como la crítica al sistema penal. Pero también con un optimismo político que se basa en esos presupuestos, y en su contacto con hombres y mujeres de carne y hueso.

En todo caso, el optimismo que reflejaba este autor en cuanto a la consecución de un mundo mejor –una utopía que puede ser realizada pues “se presenta como una necesidad lógica y como una actitud realista, como una exigencia de la equidad”– tiene que ver con nuevas formas teóricas de encarar los problemas, pero también con nuevas formas prácticas. La ausencia del Estado y de sus intervencio-

nes, incluso la de la ley, será cubierta más satisfactoriamente por formas comunitarias, autónomas y pacíficas de manejar los conflictos. Su modelo, como el de Nils Christie, es el de pequeñas comunidades en las que la gente se controla informalmente y participa de la resolución de sus problemas. En este diseño también está presente la crítica contra la burocracia y la estatalización silenciosa de los conflictos.

Antes de analizar el pensamiento de Christie y del abolicionismo radical escandinavo he de decir que el abolicionismo penal hizo su entrada con fuerza en la política criminal mundial en 1983, en el noveno Congreso Mundial de Criminología desarrollado en Viena. Además de las reflexiones que allí se hicieron, muchas de las propuestas de descriminalización fueron asumidas previamente por el Consejo de Europa en el “Informe del Comité Europeo sobre problemas de la criminalidad” –Estrasburgo, 1980– que entiende por descriminalización aquellos procesos por los cuales la competencia del sistema penal para aplicar sanciones se suprime por su manifiesta inutilidad e imposibilidad de encontrar vías menos lesivas de solucionar conflictos.

A pesar de su supuesta debilidad teórica, todos los criminólogos mundiales se vieron obligados entonces a aceptar o confrontar las ideas sencillas de estos pensadores que tienen más de agitadores culturales desde parámetros morales, que de técnicos.

Además, esta moralidad adquiriría tintes religiosos: taoístas, budistas y también cristianos, como en los holandeses Hulsman o Bianchi, que asumen expresamente la importancia de la relación individual y comunitaria con Dios. No deja de ser curioso que también desde entonces los cuáqueros se involucren en el movimiento abolicionista –el primer Congreso internacional de abolicionismo lo organizaron miembros de esta religión en 1983, en Canadá– y principalmente en contra de las prisiones.

A continuación se mencionarán dos representantes de aquel abolicionismo radical escandinavo que, aunque también apuntan a modelos comunitarios, parten de presupuestos lejanos a la vertiente fenomenológica y religiosa de los antes nombrados.

La formación del sociólogo y filósofo noruego Thomas Mathiesen remite en gran medida al análisis marxista, aunque también había pasado por las aulas estadounidenses. Desde los años sesenta, y junto a su tarea docente e investigadora –había escrito *Las defensas del débil* en 1965 y *A través de los límites de las organizaciones* en 1971–, dedicaba muchos esfuerzos para organizar el movimientismo de presos en Noruega. De hecho, fue el fundador y primer presidente de la Asociación Noruega para la Reforma Penal (KROM) en 1968. Es así que luego escribió una famosa obra en la que se conjugaban ambas tareas.

Esta obra sería considerada el punto de partida del llamado abolicionismo. En efecto, en *Las políticas de la abolición*, de 1974, describía Mathiesen las estrategias del movimiento de descarceración escandinavo en los años anteriores, y de esa forma sentaba las bases de una estrategia para la abolición de lo punitivo. Esa estrategia, que se diseñaba para el uso de las fuerzas progresistas o de izquierda, estaba basada en la idea de lo “inacabado”. A partir de ese momento Mathiesen lograría resolver la difícil situación en la que se encontraban los críticos al sistema penal, que peligrosamente podían caer o en el inmovilismo temeroso de que cualquier reforma fuera cooptada por la legitimación del sistema que en definitiva se pretende abolir, o en el apoyo a “alternativas” que no hiciesen sino ampliar y relegitimar lo punitivo.

Mathiesen afirmaba, en primer lugar, que no es cierto que cuanto peor mejor. Cuanto peor, simplemente peor. Históricamente, y en la comparación con otros ámbitos geográficos, se había demostrado que los sistemas penales pueden ser más crueles, que el mismo sistema de explotación capitalista puede ser peor y que, sin embargo, no por ello estén a punto de desaparecer o que se acelera su desaparición. Más bien al contrario, si las fuerzas progresistas ceden terreno a las más reaccionarias es posible que no haya límite para sus ambiciones de imponer ideas y prácticas más punitivas.

En segundo lugar, y en relación con lo dicho más arriba, decía Mathiesen que los críticos tienen la obligación y la necesidad de comprometerse en la reforma y también en la revolución. El cambio total del sistema no es incompatible con mejoras. Pero con mejoras o reformas “negativas”, y de allí la importancia de distinguirlas de aquellas reformas “positivas” que son las que amplían y reproducen la estructura carcelaria. Las negativas, por el contrario, son las que reducen la capacidad del sistema punitivo y carcelario, las que reducen sus características más represivas o violatorias de derechos humanos, las que pueden plantearse una vez afirmada la necesidad de eliminar la cárcel y que no impidan el objetivo abolicionista de todo lo punitivo a largo plazo. Las reformas negativas, por tanto, deben rechazar la estructura básica de la cárcel, de manera que tiendan a romper su sentido básico del secuestro: como ejemplo se mencionan los permisos de salida, las visitas y cohabitación familiar; todo lo que signifique “abrir” la prisión.

Es fundamental que las fuerzas progresistas luchen por estas reformas de reducción de la punitividad; pero, igualmente, que no lleguen nunca a aceptar que estas reformas están “acabadas”, que con ellas mismas se satisface ya toda la pretensión política. La estrategia de la abolición de lo punitivo es “inacabada”, ni siquiera con la abolición de las cárceles se limita esta búsqueda de libertad, igualdad y fraternidad.

Dicha estrategia es eminentemente libertaria, pero está también basada en el pensamiento marxista de interpretación del Estado, de la sociedad y de los instrumentos represivos. Mathiesen profundizó ello en *Poder y contrapoder* de 1982. En tal forma, en la historia encuentra la explicación del modo de formación de lo punitivo, funcional al Estado y al mercado y a aquellos burócratas que medran en ambos sistemas, apropiándose de sus mecanismos a medida que se hacen más complejos. En tanto el abolicionismo parte de una antropología optimista sobre el ser humano, tanto religiosa como marxista en el caso de Mathiesen, la clave de la reforma pasa también por la comunicación. Una comunicación alternativa a aquella que, en verdad, ocupa su lugar para desinformar y negar la realidad sería la clave para acabar con los prejuicios y reducir la violencia, hasta su eliminación. Los sujetos informados no apoyarán al sistema de secuestro de la participación. Y ya que menciono al secuestro, es importante decir que Mathiesen se encargaba especialmente en insistir en la información y destrucción de mitos sobre la prisión, esa institución creada históricamente por “expertos” y en contra de cualquier demanda popular. Para ello redactaría unos cuantos argumentos –en 2004 hablaba de “diez argumentos”– en contra de la construcción de más cárceles.

Thomas Mathiesen está convencido de que es necesario y posible abolir las cárceles: de que la sociedad puede organizarse de forma en que estas no tengan razón de ser. Sin embargo, planteaba ese objetivo, sin final, en diferentes etapas y apelando siempre a la racionalidad comunicativa. En un libro escrito en noruego en 1987, traducido al inglés en 1990 y al castellano en 2003, *Juicio a la prisión*, propuso recetas para detener inmediatamente el aumento ya espectacular de la población que vivía en instituciones penales. El objetivo más inmediato que se proponía era el de detener la construcción de cárceles, para lo que auspiciaba una “moratoria”. Mathiesen también tenía en claro que la industria que se organizaba en esa construcción de cárceles era el más poderoso enemigo para esos objetivos. Las cárceles se llenan una vez que están construidas y se trata entonces de un negocio infinito. Por ello, Mathiesen proporcionaba los argumentos para detener esa construcción y evitar el posible holocausto al que se dirigen, en caso contrario, las sociedades occidentales. Y brindaba explicaciones sobre cómo la sociedad puede organizarse mejor sin prisiones, prestándole atención a la pobreza y otros problemas sociales, a la integración dentro de las comunidades, y en las reales necesidades de los que han sido víctimas.

Pero asimismo aprovechaba esa oportunidad para dar un repaso a los distintos pensamientos criminológicos utilizados a fines del siglo

XX, tanto los viejos ahora redescubiertos, como los más novedosos, y no menos letales, de la inseguridad y de la “guerra”. Luego criticaba a todos ellos con bases empíricas y teóricas. Así, según Mathiesen, la rehabilitación se basa en prejuicios burgueses y religiosos y, además no puede funcionar en la cárcel; la prevención general tampoco se ha probado que funcione, si funciona es en relación con los que no la “necesitan” y no con los que la “necesitan”, y en todo caso la transmisión de significado llevaría a abolir la violencia de las cárceles; la inhabilitación, además de tener consecuencias terribles, es condenada por Mathiesen jurídica y moralmente y, por ello, no sirve para fundar una organización democrática; la “justicia” no puede ser medida en tiempo y además nunca pueden mensurarse los delitos y los castigos, por lo que no es serio decir que la cárcel haga justicia.

Luego de criticar a las justificaciones tradicionales, también se detendría Mathiesen en el mencionado debate dentro de los pensamientos criminológicos progresistas. Al garantismo, que describiré más adelante, le caben las críticas que formulaba contra el discurso de la Ilustración y el “modelo de justicia”. Al realismo de izquierda también le realizaba una crítica demoledora, pues adoptar ciertos rasgos identitarios de los pensamientos de derecha –como el de “ley y orden”– para no perder el terreno popular frente a aquellos pareciera ser el mejor camino para terminar por aceptar también sus recetas y así perder la batalla antes de darla. Por el contrario, Mathiesen sostenía la necesidad de plantar cara y, con paciencia, ir construyendo un espacio público alternativo y mejor que además de la exclusión de lo punitivo lleve irrogado los principios de inclusión política, económica y social de toda la humanidad. Ese nuevo modelo sería un modelo participativo.

Por lo tanto, resulta importante hablar del pensador abolicionista que más ha teorizado sobre el modelo participativo o, más bien, sobre la falta de participación que supone el modelo punitivo. Nils Christie es un autor que también comenzó su andadura intelectual, en los años de la década del cincuenta, en la reflexión sobre el genocidio nazi. En su caso, con el análisis de la forma de actuar de los funcionarios de los campos de concentración. Luego haría una profunda crítica a la ideología del tratamiento presente en el sistema carcelario del Estado de bienestar, pues entendía que, con su uso, se permitía que el castigo fuese más largo e indeterminado. Ya en estas críticas se perfilaba su unión con las ideas contemporáneas.

Christie también se vería fuertemente influido por las teorías de los años sesenta que daban preeminencia al individuo y que veían con desconfianza lo que hace el Estado. Para este autor, la criminología sirve como una herramienta para ver la “interacción”: concretamente

la interacción entre el delito y la sociedad, en la que interviene el Estado. Abandonaría luego la pretensión de averiguar qué es el delito y si éste aumenta o no, ya que consideraba que ello es un imposible, y se dedicaría a ver de qué forma reacciona la sociedad y crea un mayor número de personas sometidas a control penal o no. El Estado, a través del sistema penal, realiza un control formal que normalmente aumentará cuando se reduzcan los mecanismos de control informal. Estos últimos serían los que funcionan. No rehuye este autor el viejo tema del “estigma” pues realmente es el miedo al “estigma” el que puede lograr una sociedad bajo control, sino que intenta ver qué tipos de estigmas son tolerables en la sociedad deseable. Los estigmas menos violentos, que puedan eliminarse en el tiempo y que no reduzcan la complejidad, pueden ser más útiles en una sociedad que no sea totalmente cerrada pero en la que tampoco nada nos importe de nadie.

Esta forma de volver a pensar el control social en el marco de un pensamiento comunitarista se haría más visible en *Los conflictos como pertenencia*, publicado en inglés en 1977. Allí Christie denunciaba los problemas indudables de un sistema penal que está conformado por un aparato estatal burocrático y centralizado que, también por carecer de transparencia, expropia el conflicto a las partes, y a la vez a la comunidad, gestionándolo en su propio beneficio.

De esta forma se haría no sólo una crítica histórica a la conformación del poder penal, en la senda que también transitaba por entonces Foucault, sino que apostaría por formas alternativas de control social que pasaban por la recuperación del conflicto. Ello sería favorable a todos los involucrados en los conflictos originarios, y contrario a los intereses de los “confiscadores”. Pero, tal vez, no sólo aquellos burócratas desapoderados intentasen oponerse a ello: la “negación” del conflicto, del problema y del daño puede ser conveniente incluso a los victimarios. Algunas veces “ellos prefieren, realmente, alejarse de la víctima, de los vecinos, del público. Tal vez también de su propio juicio, a través del vocabulario judicial y de la terminología de los expertos en ciencias del comportamiento que pudieran estar presentes. Están completamente dispuestos a regalar su derecho de propiedad sobre el conflicto. Pero la cuestión va más allá de eso: ¿estamos dispuestos a permitirles que lo regalen?”.

Para Christie no, y por ello abogaría por la efectiva participación en la resolución del conflicto, en lo que podría ser para muchos de los individuos involucrados uno de los encuentros rituales más importantes de su vida. Efectivamente, no sólo el condenado –a quien se le impondrán sin participar del debate y “negando” el conflicto, violencias sin sentido– y la víctima –que no tendrá explicaciones ni expresiones

de solidaridad en relación a su pérdida— pierden al no poder estar de algún modo participando de la definición de su problema. Según Christie, “el gran perdedor es cada uno de nosotros, en la medida en que nosotros somos la sociedad. Esta pérdida es, en primer lugar y principalmente, una pérdida de oportunidades para la clarificación de normas. Es una pérdida de posibilidades pedagógicas. Es una pérdida de oportunidades para una continua discusión de lo que representa la ley de la tierra”. Para el autor noruego, “los conflictos representan un potencial para la actividad, para la participación. El sistema de control punitivo actual representa una de las tantas oportunidades perdidas de involucrar a ciudadanos en tareas que tienen una importancia inmediata para ellos”. No debería extrañar que Christie se encuadre dentro de aquellos personajes que comienzan a criticar la democracia liberal y la del Estado de bienestar, para reclamar un modelo de participación.

*Los límites del dolor*, de 1981, es una gran obra teórica que fue presentada en un momento muy oportuno, ya que frente a la caída del ideal resocializador aparecían viejas justificaciones que retornaban para justificar el mismo castigo o para plantear castigos alternativos. En este libro, Christie afirmó, en cambio, que la imposición de un castigo, aunque se enmarque dentro de un Estado de derecho y se rodee de todas las garantías legales, no significa sino causar dolor deliberadamente. La asunción por parte de criminólogos y penalistas de todos los adelantos técnicos que en materia de reducir el dolor han realizado diversas disciplinas debería llevarlos a establecer restricciones al castigo y, por tanto, al dolor provocado por el ser humano. Además de insoportable antropológicamente, tampoco imponer dolor es lo mejor que puede hacerse en materia de control social. De hecho, el recurso a la inexistente categoría “natural” de “delito” se hace sólo cuando los individuos no se conocen. Entre conocidos siempre se busca otra manera de evitar violencias o de solucionar los problemas que pueden producirse. De esta manera, proponía buscar, con imaginación, alternativas al castigo, más que castigos alternativos o justificaciones alternativas al castigo.

No se quedaba Christie, no obstante, en el mero reclamo a la imaginación, sino que mostraba diversos ejemplos de pequeñas sociedades que no reaccionaban frente a los diversos problemas de acuerdo a la lógica punitiva. Para ello hacía una constante reflexión sobre la realidad, y sobre la existencia de conflictos varios en las relaciones entre humanos. Christie decía que más allá de admitir distintas reacciones a las punitivas frente a esos conflictos, no siempre es necesario “reaccionar”. Habría un problema en suponer que los conflictos siempre se

han de resolver. Los conflictos en sí mismos son importantes, y lo que es importante es saber convivir con ellos, no “negarlos”. Lo mejor sería hablar de una necesidad de “participación en los conflictos”. En efecto, la participación —en la solución, la salida o el mantenimiento del conflicto— es más importante que las propias soluciones. Mucho más cuando las “soluciones” no son tal cosa, sino la simple imposición de otro conflicto que busca un aparente consenso con la demostración de quién es el más fuerte o poderoso. En una sociedad libertaria, democrática y solidaria, sería necesario que los conflictos sean discutidos desde un punto de vista político por todos. En ese sentido indicaba, otra vez, una necesaria “reapropiación de los conflictos”.

Con ello se verifica que Christie no es un abolicionista fácilmente encuadrable en tal denominación. Su propuesta no se opondría a otro tipo de leyes o normas consensuadas, y de juicios, o rituales participativos. Siempre que todo ello condujera hacia la reducción o eliminación del dolor y la violencia. No obstante ello, sí sería un crítico radical a la forma que ha adoptado el sistema penal conocido. Serían, así, de gran valor y lucidez sus obras que denunciaban el poder punitivo de fin de siglo, como la originariamente publicada en 1993, *La industria del control del delito* y la de 2004, *Una sensata cantidad de delito*.

En la última de las nombradas, Christie volvería a reclamar mayor protagonismo de la víctima, y también recalcaría la importancia del comportamiento expresivo para limitar el terror de un nuevo “holocausto” silencioso y silenciado por unos sistemas penales que “al modernizarse, se vuelven peores”. El desconocimiento entre las personas, el anonimato de la vida moderna, permite que la peligrosa categoría de “delito” se extienda a todo tipo de comportamiento y por tanto aumente la imposición de castigos como un olvido o rechazo de los “otros”. El autor noruego mantiene hasta el día de hoy su posición crítica con la “solución” punitiva, y no sólo frente a los pequeños infractores, sino también en el caso de hechos tan graves como el genocidio y otro tipo de violencia —como la sexista— en la cual las categorías legales podrían tener una función simbólica. Incluso en estos casos es más importante el diálogo, la reflexión comunitaria, el juicio y la condena ética y moral, que el propio castigo, para un Christie que propone “dejar marchar con su vergüenza” a los responsables de hechos tan despreciables como los mencionados, aunque también entiende y respeta las opciones punitivas.

Dada la amplitud y heterogeneidad mostrada más arriba, no sería de extrañar que muchos de los pensadores influidos por los distintos autores abolicionistas participasen luego de proyectos de justicia restauradora. También los abolicionistas más radicales reconocían que

algunos hechos problemáticos deben erradicarse, y que incluso algunos de ellos despiertan una lógica actitud de repudio. Pero frente a un comportamiento respecto del cual queremos mostrar repudio no es necesario reaccionar punitivamente, sino que en el momento conciliador o de discusión sobre su génesis y responsabilidades parece más razonable caer en la opción restauradora. La reparación del daño y la participación de la sociedad en un problema que en realidad le pertenece no llevaba a los abolicionistas a abjurar de cualquier modelo de justicia, sino de la justicia actual. Por contra, apuestan por una justicia más democrática y participativa, y que sea especialmente atenta con los afectados.

Con ese otro tipo de justicia algunos autores abolicionistas admitirían la necesidad de adoptar medidas coactivas, pero no para castigar sino para reparar o neutralizar el conflicto, o incluso para manifestar el repudio. Al teorizar sobre cómo hacerlo, las propuestas alternativas acostumbran a oscilar entre una referencia genérica al derecho civil o a sistemas de justicia informal, en los que se pretende devolver el conflicto a la víctima.

Aquellos seguidores de tal teoría, los que proponen esa justicia informal o los que refieren al derecho civil, parecen alejarse en sus propuestas del pensamiento criminológico al que sencillamente proponen abolir, o dejar subsistir mientras haya un poder punitivo que criticar, pero sólo para criticarlo. Otros, no obstante, han pasado del abolicionismo hacia nuevas explicaciones del control punitivo. John Braithwaite analizó la vergüenza como una forma importante de control social. Pero señaló que eso no sólo sucedía en las comunidades pequeñas, ya casi eliminadas, sino que en las sociedades actuales esa forma aumenta, pues hay nuevas interdependencias que hacen más necesario el mantenimiento de una reputación. Nadie quiere quedar mal delante de los ojos de las personas que realmente le interesan. De ello deducía la importancia de la opinión pública. Deberá tenerse en cuenta, además, para averiguar cuáles son los temas por los que los individuos en realidad se sienten avergonzados. Como asimismo considerar que los individuos deben tener cubiertas otras necesidades, pues las personas que tienen algo para perder son las que en efecto se avergüenzan. En todo caso, Braithwaite no sólo sería partidario de una nueva justificación de la pena y de la justicia restaurativa, sino que también propondría un control más comunitario que burocrático, lo que no es extraño en tanto este autor australiano estudió con el abolicionista Nils Christie antes de plantear su teoría de la vergüenza reintegradora, inscripta dentro de los marcos más tradicionales de justificación del castigo. Lo que queda de crítico en este autor reside en su

rechazo a la estigmatización como algo que hace imposible el sentimiento de vergüenza.

Braithwaite también se nutrió del pensamiento republicano del pensador australiano Philip Petit, con quien escribió en 1990 un libro en coautoría que critica las posiciones neoliberales sobre la justicia penal e insiste en un “justo merecimiento” de tipo individual. Su análisis de las sociedades complejas, más violentas y con más delitos a pesar de una mayor represión, o justamente por ello, los hacía promover otro modelo social, solidario y participativo. El abandono de las funciones de cuidado del otro –en particular por parte de las mujeres en los últimos años, pero de parte de todos desde la conformación del modelo punitivo y represor– estaría en la explicación del aumento de violencias, generado en realidad por la pérdida de relaciones cara a cara, y también por la mayor atribución a instancias impersonales la resolución de conflictos.

Lo contrario a ello, una “teoría republicana de la pena”, implicaría un mayor compromiso de la comunidad en la definición de valores, pero siempre que estos últimos sean la consecuencia de un acuerdo comunitario profundo y no excluyente que, por tanto, tenga en cuenta también a la opinión de los “afectados”: víctima y posible castigado. De tal forma, se defiende un derecho penal menos coercitivo y más simbólico, preocupado por modificar y redefinir valores para mejorar la integración social sin graves afectaciones a derechos humanos. La principal atención de estos autores está puesta en la democracia y justicia “deliberativa”. La penalidad, o mejor la consecuencia de un hecho violento, debería considerar los intereses de todos los involucrados en ese hecho originario junto a los diferentes que existan en la comunidad, y llegar a una solución públicamente aceptable. La función del derecho –principalmente “procesal”– es la de permitir la expresión de esas opiniones y también la de modificar, con aquéllas, los comportamientos futuros. La resocialización tomaría un carácter totalmente moral, y no coercitivo; comunitario, y no burocratizado; componedor, y no punitivo. Sería por todo ello el australiano Braithwaite el representante teórico más elaborado de todo el movimiento de justicia restaurativa, que también es una de las consecuencias de la prédica de los autores abolicionistas.

De tal manera, el abolicionismo, como movimiento, no se circunscribe, ni mucho menos, a los mencionados Bianchi, Hulsman, Mathiesen y Christie, sino que engloba a muchos otros autores que a partir de ciertas ideas comunes hicieron aportes bastante diferentes. Hacia la década del ochenta aparecieron muchos seguidores, sobre todo en los países de origen de los autores nombrados, y particularmente en

Alemania y Austria. Allí se destacaron autores como Heinz Steinert y Sebastian Scheerer, que realizaban una criminología en abierta disputa con un pensamiento que decía regresar al "sentido común" de acuerdo a un discutible "realismo". Estos autores contestaban diciendo que el "delito" tiene poco de entidad real y que, sin embargo, sí hay realidades que pueden ocasionar dolor, problemas, conflictos y riesgos. Pero reducir esas múltiples realidades a un nombre común, como delito, es negarlas bajo una concepción mitológica. El sistema penal, en vez de solucionar esos problemas los amplía con otros nuevos. Habrá que dejar de ocultar los problemas bajo las etiquetas que el sistema penal proporciona y pensar en soluciones con la participación de todos los involucrados.

Heinz Steinert es un sociólogo austríaco que llega al abolicionismo a partir del desarrollo de las ideas teóricas de la reacción social. Luego advierte los peligros de la irracionalidad de la racionalidad instrumental, en una clara aplicación de los enfoques críticos de la llamada Escuela de Frankfurt. Advirtiendo los peligros e inutilidad de la herramienta punitiva, recomienda no usarla o usarla lo menos posible, así como, en general, propiciar la participación comunitaria y desconfiar de las reformas "desde arriba" que favorezcan al Estado contra los derechos humanos.

Sebastian Scheerer, desde Alemania, plantaría cara también a muchos criminólogos críticos embanderados con el realismo, o con la defensa de nuevos bienes –ecologistas, feministas, antirracistas, etc.–, o con la criminalización de poderosos, todos ellos propulsores de una nueva criminalización. Estos "empresarios morales atípicos" habían hecho un salto extraño para quienes se suponían contestatarios a las formas sociales y políticas, pues terminaban por reclamar intervenciones al derecho y al Estado brindándole oportunidad de legitimarse. Scheerer hizo la mejor defensa del abolicionismo y de su heterogénea "debilidad". Según el autor alemán, el abolicionismo no constituye ni una teoría, ni un paradigma, ni una explicación genealógica del delito y del control. Se trata más bien de una toma de posición específica sobre los problemas del control social que contiene fundamentos teóricos "negativos" desafiantes y estrategias políticas de transformación radical.

Mención aparte merece Stanley Cohen, y la influencia del "efecto Foucault" sobre los abolicionismos. Es imposible en este apretado resumen dar cuenta de la amplísima obra del autor inglés. Pero el propio Cohen puede ser visto como un (o el más importante) criminólogo crítico y por ello abolicionista, pues él suma una visión libertaria a esa mezcla de origen a lo que él mismo reconoce como "una excitación

te combinación intelectual" entre teoría crítica, marxismo de la nueva izquierda, fenomenología, etnometodología e interaccionismo simbólico. Stanley Cohen no solamente fue un importante denunciador de la real acción de la institución de encierro (en su *Supervivencia psicológica: la experiencia del encarcelamiento a largo plazo*, escrita junto a Laurie Taylor en 1972), sino que luego denunció también a las penas llamadas alternativas, que no son sino la intensificación de las líneas maestras del control de la desviación, que apuntan a la creación de una sociedad disciplinaria que alcance a más peces con redes más extensas y manteniendo a la dura prisión para ellos e incluso más casos. En *Visiones del control social*, de 1984 y ya nutrido de las herramientas foucaultianas, denunciaba las nuevas instancias de control servirán para transformar a la sociedad en un "archipiélago carcelario", ampliado y diversificado gracias a recursos, inversiones, ingenuidad, tecnología e intereses personales. Cohen reseña diversos grupos de opiniones críticas a este fenómeno, pero también nos indica que en el núcleo del sistema (y entre los profesionales interesados), hay un único mensaje dominante: todo va bien, los errores serán rectificadas con más de lo mismo. Para hacer algo distinto realiza una propuesta en su *Contra la criminología*, de 1988, que realiza aportes ineludibles para los abolicionistas.

Estos autores llegaron tempranamente a las discusiones críticas del sistema penal en la Argentina, y ello destaca la importancia del libro *Abolicionismo penal* coordinado por Mariano Ciafardini, Lilián Bonanza y Alejandro Alagia en 1989.

Para terminar, por tanto, quería rendir un homenaje a estos introductores y traductores de estas obras. Juntamente a quienes traducían los libros que hemos estado mencionando y quienes utilizaban fructíferamente sus conceptos (en particular, en nuestro medio, fue notable la tarea de E. Raúl Zaffaroni). Todos ellos permitieron no sólo una reflexión necesariamente global, dada la previa mundialización del poder punitivo y sus avances sobre las socialidades comunitarias y locales, sino también un diálogo fecundo que al aplicar estas ideas a nuestras realidades diera oportunidad a la creación de nuevas justificaciones de la no pena en nuestro medio.

estatales), la criminología cautelar elabora prudentes discursos para influir en la *realpolitik* de la cuestión criminal, incluso para ser difundidos por las propias tecnologías mediáticas. Podríamos decir que la instancia zaffaroniana de la criminología cautelar no es más que otro intento de pensar en clave abolicionista, de utilizar los instrumentos técnicos de diversas tradiciones criminológicas críticas<sup>76</sup> (etiquetamiento, técnicas de neutralización, metodología del observador participante, estados de negación, etc.) para lograr instaurar la lógica anti-criminológica que pueda tener aplicación práctica e inmediata. Es decir, una cantidad sensata y realizable de abolicionismo penal.

## Un sistema penal alternativo. Hacia la abolición de la violencia institucional

Eleonora Devoto\* y Mario Alberto Juliano\*\*

### I. Introducción

Los humanos<sup>1</sup> necesitamos de las utopías para que el discurrir de la vida cotidiana no se torne tan opresivo, tan tremendamente frustrante, como una forma de imaginarnos un futuro mejor. Las utopías, que nos ayudan a subsistir, afortunadamente, no siempre quedan en el limbo de lo irrealizable, en el terreno de lo utópico (si se nos permite la redundancia). Alguien habrá soñado, en algún momento, que los hombres no debían servir como esclavos de otros hombres ni ser comprados y vendidos como mercancías, o que la sociedad no podía estar fragmentada entre blancos y negros, o que la tortura no podía constituir una forma legal para obtener pruebas o castigar a los individuos. En resumidas cuentas, somos de la idea que las utopías han contribuido en muy buena forma al avance de la humanidad, a la realización de formas de vida más razonables y tolerables para la existencia de la especie.

Dentro de las inspiraciones colectivas más altruistas todavía seguimos pensando en un mundo sin guerras, donde no exista el hambre, donde las enfermedades no produzcan devastaciones y donde, en definitiva, las personas puedan realizarse con un mínimo de felicidad. También imaginamos que llegue un momento en que la especie humana pueda coexistir sin agredirse en forma recíproca, pero que si ello sucede, que el modo de dirimir esas controversias sea menos gravoso que el conflicto mismo. De esta última aspiración es de la que se hace cargo la corriente de pensamiento identificada con el denominado *abolicionismo*.

El abolicionismo (corriente con la que resulta difícil no identificarse desde una filosofía iushumanista y antropocéntrica) tiene en su

\* Defensora oficial ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

\*\* Juez del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 de Necochea y Presidente de la Asociación Civil Pensamiento Penal.

<sup>1</sup> Empleamos aquí la genérica expresión utilizada por E. Raúl Zaffaroni en *Los humanos y la Pachamama*, Colihue, Buenos Aires, 2012.

<sup>76</sup> La propia nomenclatura de la teoría homenajea al jesuita Friedrich Spee von Langenfeld, el autor de la *Cautio Criminalis* (1631), la primera obra orgánica de criminología crítica. Ver Zaffaroni, *La palabra de los muertos*, cit., p. 39.

horizonte el reemplazo del sistema formal de administración de justicia penal, tal como lo conocemos en la actualidad, por otros modos de dirimir los pleitos. Y, fundamentalmente, la desaparición de la pena de prisión como forma de reacción estatal frente a las conductas que han sido señaladas como delictivas y su necesario correlato: la eliminación de la cárcel como institución total de castigo.

No son pocas las razones que avalan a la causa abolicionista. El fracaso del sistema formal de administración de justicia penal es un hecho difícil de soslayar; se lo mire por donde se lo mire. Hagamos un breve ejercicio radiográfico para establecer si la premisa precedente cuenta con suficiente respaldo para tenerla por válida.

1. La detección e investigación de las conductas que la ley ha determinado que son delitos se encuentra en manos exclusivas de las fuerzas policiales, las encargadas de filtrar los casos que habrán de llegar a los tribunales respecto de aquellos otros que permanecerán ocultos en las cifras negras de las estadísticas oficiales. Actuación que no ha podido superar los estándares de violencia institucional y sospechas de corrupción que históricamente han caracterizado a esta agencia estatal. La poderosa intervención de la institución policial, en esta etapa decisiva de la configuración del conflicto penal, no ha podido ser reemplazada, a pesar de ciertos esfuerzos en dirección contraria, y condiciona en forma determinante la actuación de la justicia penal, reafirmando su naturaleza esencialmente selectiva.

2. Los tribunales no logran procesar la conflictividad que llega a sus despachos en forma satisfactoria (celeridad, priorización de los conflictos más importantes en desmedro causas poco relevantes, aplicación de criterios de racionalidad republicana), sin lograr superar la agudización de una burocracia administrativa insensible e incapaz de experimentar empatía, lo que termina por redundar en una generalizada insatisfacción de los destinatarios del servicio (víctimas, imputados y sociedad en general) que, en general, terminan señalando a los operadores del sistema como los responsables por el fracaso de su gestión.

3. La indiscriminada aplicación de la prisión preventiva a personas jurídicamente inocentes, como una forma de responder de modo anticipado a los conflictos, es un común denominador del proceso penal que no logra ser revertido, a pesar de los esfuerzos aislados en dirección contraria y las frecuentes recomendaciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos para que se le asigne carácter excepcional, confinando en el peor de los mundos a individuos que al cabo de los juicios resultan absueltos.

4. Las cárceles se encuentran diametralmente opuestas al paradigma constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, y lejos de contribuir al mejoramiento de los individuos que

ingresan al sistema, son devueltos a la sociedad en peores condiciones a las que se encontraban antes de la comisión del delito. Por añadidura, el sistema penitenciario se caracteriza por la crueldad sistemática de sus prácticas, constitutivas de tratos crueles, inhumanos y degradantes.

5. Se aprecia la existencia de una inflación legislativa en materia penal que termina por generar una maraña poco menos que inexpugnable, aun para los especialistas más entendidos, con el agravante que los déficits técnicos en los procesos de producción de las leyes, con frecuencia impide conocer cuáles son las conductas atrapadas y cuáles las que deben quedar impunes.

En resumidas cuentas, un panorama que justifica con holgura pensar y trabajar en el remplazo del sistema de resolución de conflictos penales que actualmente nos rige por otras formas más civilizadas, como lo quiere el abolicionismo.

La crítica al sistema penal no puede agotarse en la protesta, que tranquiliza las conciencias pero no resuelve los problemas. Y, mal que nos pese, tampoco podemos esperar que el sistema se autodestruya en la fuente de sus propias contradicciones, ya que ese proceso implica que, mientras tanto, miles de semejantes deban experimentar el sufrimiento de la vida en las prisiones.

Frente al modelo tradicional vigente, injusto, antifuncional e incontrolable (según lo define el abolicionismo), se advierten tres opciones de acción.

## II. Derecho penal como herramienta de control social

La vigorización del sistema penal, a la manera en que se ha venido haciendo en los últimos años, con la adopción de medidas del llamado eficientismo penal, que se caracterizan por el mayor rigor de las penas, la elastización de las garantías judiciales hasta su neutralización, la criminalización en un estadio previo a una lesión del bien jurídico y, en fin, las pautas del llamado derecho penal del enemigo. Reacción que ha sido caracterizada como la aplicable a quien, por sus conductas contrarias a la ley constituye una fuente de riesgo que ha de ser combatido a cualquier coste. En este modelo "el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico"<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Muñoz Conde, Francisco, *De nuevo sobre el "Derecho Penal del Enemigo"*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 25. Aquí el autor indica en la nota al pie de

Esta concepción integra el fenómeno de la “expansión del derecho penal” de estos tiempos en materia de política criminal<sup>3</sup>, que lo convierte en un sistema de gestión primaria de los problemas sociales, transgrediéndose principios básicos de un derecho penal mínimo, como la exigencia de que su aplicación sea exclusivamente de *ultima ratio*. Ello provoca la yuxtaposición de las funciones preventivas del derecho penal y del derecho sancionador en general, resultando muy difícil establecer diferenciaciones teóricas entre el derecho penal y otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente el derecho administrativo sancionador y el derecho policial de prevención de peligros.

En estos momentos se advierte un resurgimiento de estas modalidades, vigentes en un agravamiento del derecho penal material, un endurecimiento del derecho procesal penal y en una alteración del rol del Estado. Ello se evidencia en la creación de nuevos tipos penales y en la criminalización anticipada, esto es, la punición de la fase previa a la lesión de bien jurídico.

También se ha normalizado e incrementado la vigencia de los delitos de peligro abstracto, para los que resulta suficiente que se verifique una acción o la mera tenencia de cosas peligrosas. Estas tenden-

página 1: “Cfr. Jakobs, ‘La ciencia penal ante los retos del futuro’, trad. de Teresa Manso en Eser/Hassemer/Burkhardt, *La ciencia del derecho penal ante el cambio de milenio*, Francisco Muñoz Conde (coord.), Valencia, 2004, p. 53 y ss (esp. p. 59 y ss)”. La expresión en alemán “Feindstrafrecht” fue utilizada ya por el citado autor en su ponencia a las Jornadas de Penalistas Alemanes, de Frankfurt en 1985, aunque en un sentido más bien crítico.

<sup>3</sup> El planteamiento de la cuestión tiene su origen en la doctrina alemana: véase por todos, Hassemer, *Strafrechts probleme*, ps. 17 y ss., por diversos lugares, capitaneando a la denominada Escuela de Frankfurt; Kindhäuser, *Universitas*, 92, ps. 227 y ss.; Seelman, *KritV 92 y Iuris 94*, ps. 271 y ss. Prittwitz, *Crítica y justificación del derecho penal*, p. 262, refleja el programa crítico de Hassemer y sus discípulos con respecto a la expansión con el siguiente resumen: “El término expansión (...) pretende tener un significado tridimensional: acogida de nuevos candidatos en el ámbito de los bienes jurídicos (tales como el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capital o la promoción de la posición de mercado), adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible –por regla general apostrofado de modo algo precipitado como adelantamiento de la barrera de protección penal– y, finalmente, en tercer lugar, reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo” (“Sobre la ‘administrativización’ del Derecho Penal en la ‘sociedad de riesgo’”, por Bernardo Feijóo Sánchez, en *Revista Internacional: Derecho Penal Contemporáneo*, N° 19, Legis, Colombia, 2007).

cias implican facilitar la persecución penal, porque no es necesaria la adquisición de evidencia probatoria relevante o de difícil adquisición. Por lo que se minimizan las posibilidades de la defensa integral y de otras garantías judiciales. Si a ello unimos concepciones de bien jurídico que no funcionan como límites al Estado, la situación no puede ser más clara en cuanto al deterioro del sistema de garantías y el acercamiento al derecho represor autoritario.

En el ámbito del derecho procesal es notable una situación similar, con predominio de modalidades de investigación intrusivas, secretas como las grabaciones telefónicas y escuchas en habitaciones o agentes infiltrados, encubiertos. El elemento descollante, entonces, es la latencia. Clásicamente se llama a este problema *nemo tenetur se ipsum accusare*, esto es, que el individuo puede comportarse de manera estratégica y personal ante el control. Lógicamente ello queda anulado cuando las pesquisas se operan de manera secreta. Advértase, asimismo, de qué manera se afectan, de este modo, derechos de terceros.

Los derechos fundamentales han dejado de ser de defensa frente al Estado para pasar a constituir obstáculos para el Estado en su lucha contra la criminalidad, como si existiera un derecho fundamental a la seguridad de la comunidad. Y ello es contrario a toda la tradición del derecho constitucional. En tal contexto el derecho penal ha dejado de ser *ultima ratio* para serlo primera e inclusive *sola ratio*.

Si bien se afirma que la prohibición de la tortura y la no punición de un inocente se encuentran dentro del ámbito de lo indisponible en materia de garantías judiciales, su elastización no puede herir, en lo esencial, un derecho fundamental. Podría estar restringido, pero nunca desnaturalizado. Por otro lado, existe una garantía a perpetuidad, esto es, una norma que impide atentar contra la dignidad humana<sup>4</sup>.

## II. El abolicionismo

El abolicionismo penal propone, como su propio nombre lo indica, la supresión o eliminación del derecho penal tal como lo conocemos, en tanto injusto, reconfigurador e incontrolable, mera manifestación del opresivo poder estatal.

Según algunos abolicionistas, cuando se restituye el conflicto a la víctima, se está redefiniendo la propia esencia del derecho penal, *porque ya no es este el que tiene el poder de definición, sino la víctima*, que

<sup>4</sup> Hassemer, Winfried, “Proceso penal y derechos fundamentales”, en Donna, Edgardo Alberto (dir.), *Revista de Derecho Procesal Penal*, t. II, *La injerencia en los derechos fundamentales del imputado*, Instituto de Ciencias Penales, Buenos Aires, 2006, ps. 49 y siguientes.

tras la conciliación con el infractor, produce la eliminación del delito, con la consiguiente neutralización de todo efecto preventivo del ordenamiento penal.

El abolicionismo, con sus diversas vertientes, se integra en una marcada visión ideológica crítica del modelo imperante, apareciendo como notablemente útil, a pesar que reactivamente sea juzgado como utópico. Pensar que los ingentes problemas comunitarios pueden resolverse con la respuesta punitiva es una ilusión que el movimiento pone en claro. Y lo hace por la refutación de los fundamentos de la respuesta estatal punitiva, que se muestran notablemente débiles.

La pena es, en verdad, ejercicio de poder estatal desprovisto de finalidad, más allá de constituir la forma institucionalizada de segregar a sujetos considerados indeseables por términos determinados por pautas del positivismo criminológico, se lo admita o se lo encubra<sup>5</sup>.

Todos los movimientos abolicionistas (de la esclavitud, la pena de muerte, la cárcel, la prisión preventiva, la reglamentación de la prostitución) han comenzado con bajo impacto político, para ir sumando adeptos y logros. No parece que en un futuro inmediato ocurrirá lo mismo respecto de la supresión de la cárcel, o el derecho penal, pero la crítica al derecho actual guarda un rédito de deconstrucción de las verdades aparentes del sistema penal. El abolicionismo es una perspectiva crítica negativa y escéptica, sensibilizadora y provocadora<sup>6</sup>.

Si bien no es escaso el valor asignable a la construcción del abolicionismo, en la actualidad esta tendencia no parece superar el estadio de lo especulativo, sin desmedro de su especial valoración, como aporte de debates trascendentes y de desmitificación de la supuesta racionalidad del sistema penal.

### III. Un sistema penal alternativo

Una tercera opción consiste en el diseño un modelo penal alternativo, dotado de máxima racionalidad y orientado a sus consecuencias. Calificarlo como alternativo indica que no se trata de una posición abolicionista, en el estricto sentido de la palabra, de supresión del sistema penal, sino de una posición encaminada a abordar la cuestión

<sup>5</sup> Devoto, Eleonora, "Readaptación social y realidad penitenciaria argentina", en *Cuadernos de Investigación*, N° 7, Instituto Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1988.

<sup>6</sup> Hulsman, Louk, "La criminología crítica y el concepto de delito", en AA.VV., *Abolicionismo penal*, trad. de Mariano A. Ciafardini y Mirta Lilián Bondaza, Ediar, Buenos Aires, 1989, ps. 60 y siguientes.

penal desde otra mirada, que puede acompañar o sustituir al modelo tradicional, caracterizado por la pena estatal. En tanto y en cuanto la sociedad reclame que los conflictos inter o plurindividuales necesiten de una solución, el modelo que propiciamos no es incompatible con el ideal abolicionista, aunque quizá se diferencie por una cuestión de grados y estrategias.

En este orden de ideas es interesante señalar que el plan de sistema penal alternativo preserva, o al menos morigerar, dos aspectos fundamentales respecto del modelo tradicional:

a) limita el efecto expropiatorio de la pena, señalamiento que el abolicionismo dirige al derecho penal tradicional (imputación que no es solamente certera, sino comprobable) y

b) aspira a la resolución de las situaciones problemáticas que subyacen detrás de las conductas definidas como delito.

El modelo de derecho penal alternativo implica conmovir la concepción conservadora del derecho penal tradicional, en tanto sus fines ya no son la retribución y la prevención, en sus diversas formas, sino la resolución de conflictos entre partes, especialmente cuando la afectación llamada delito no exorbita su interés, desapareciendo la idea del interés público a resguardar.

Este abordaje no pretende la supresión del sistema penal, no cuestiona la potestad de intervención del Estado, sino que intenta una redefinición a partir del supuesto contrato social que nos vincularía, generalmente invocado a fin de legitimar la existencia de la pena estatal.

De acuerdo a la concepción contractualista, el *ius punendi* resulta de la delegación de los habitantes a favor de un Estado voluntariamente construido para la defensa de los particulares, el que concentra la facultad de imponer penas, en desmedro de la venganza privada. La tesis contractualista implica la aceptación de una teoría comunitaria consensual, que no responde a la realidad, ni histórica ni actual. Sin embargo, aún por vía de hipótesis, la posición contractualista no implica la adopción de respuestas punitivas sino, precisamente, de vías no violentas de resolver conflictos, en orden a la paz social.

Cuando se hace referencia al modelo penal alternativo, se está fijando implícitamente, una posición legitimante del derecho penal, lo que puede ser enrostrado por el abolicionismo. Se podría negar la calificación como *alternativo*, en tanto supone la imposible contemporaneidad de ambas respuestas estatales. Puede que sea así en un sentido riguroso. Sin embargo, se ha elegido la denominación de *alternativo* porque parece más reveladora y porque en este modelo no se plantea la supresión del paradigma tradicional como un requisito para su existencia.

Las herramientas del modelo alternativo son facultativas, no obligatorias y, en algunos casos, no disponibles. Es que subsiste, como de fondo y en forma subsidiaria, el derecho penal tradicional con sus características de tipicidad, *numerus clausus* y taxatividad, inexorable a la hora de legitimar la pena estatal.

La mirada alternativa no implica una postura abolicionista, sino reductora de la aplicación del derecho penal tradicional, en la medida que se asigna al derecho penal una función de prevención general negativa, *aunque relativa*, en cuanto nos resistimos a creer que tal es el objetivo exclusivo del derecho represor.

El derecho opera como un resorte de coercibilidad. Es su peculiaridad. Por lo que el Estado está facultado, en cualquiera de sus ámbitos de actuación, para obligar a cumplir compromisos e imponer sanciones reparatorias o indemnizatorias que previamente hubieran sido acordadas entre las partes involucradas.

## Nueva mirada crítica sobre el origen, expansión y permanencia de las penas de encierro. Garantismo y minimalismo penales como tácticas de una estrategia abolicionista

Luis Fernando Niño\*

I. Sin asomo de originalidad, estimo indispensable ensayar el abordaje de este tema que, tras décadas de enconado debate, se ha convertido en un tópico de la Criminología, apelando –una vez más– a las nociones de poder y control social.

La coexistencia humana siempre dio lugar al fenómeno del poder de uno o varios individuos sobre otros y al aseguramiento, por parte de quienquiera que lo haya detentado, de las condiciones propicias para defender y perpetuar tal estado de cosas; el dominio sobre el medio ambiente y sobre los demás hombres de la comunidad se tradujo así en un cierto orden impuesto desde aquella posición de privilegio. De siglo en siglo, de país en país, las redes sociales alcanzaron mayor complejidad, sin que tal evolución se haya visto acompañada por alteraciones significativas de las estructuras de dominio, merced a la instrumentación de diversos mecanismos de control, formales o informales, destinados a la generalidad de los gobernados.

Entre los mecanismos formales, el sistema penal aparece como la expresión más acabada de aquel control asegurador de un cierto orden; y su producto específico, la pena, se erige como la traducción jurídica de esa facticidad verticalmente establecida.

Los primeros preceptos penales de que se tiene conocimiento contaban con muy diversas modalidades sancionatorias, desde la pena capital –en sus distintas modalidades–, hasta las meras reparaciones pecuniarias, pasando por diversas penas corporales, los trabajos forzados y el exilio<sup>1</sup>. En contraste, pues, con la antigüedad de la pena

\* Juez del Tribunal Oral Criminal N° 20 de Capital Federal. Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>1</sup> El Código de Ur-Nammu (ca. 2050 a. C.) contemplaba la pena de muerte para el homicidio, el robo y la violación, pero preveía también numerosas sanciones de corte reparatorio, a diferencia de su más famoso sucesor, el de Hammurabi (ca. 1762 a. C.), basado esencialmente en la retribución talional y pródigo, por ende, en penas capitales y de mutilación; Sanmartín, Joaquín y Serrano, José