

La nueva penalidad
Política criminal y gobierno de la inseguridad

Silvio Ciappi

La nueva penalidad

Política criminal y gobierno de la
inseguridad

Universidad Externado de Colombia

ISBN 978-958-710-623-7

© 2010, SILVIO CIAPPI

© 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: noviembre de 2010

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: David Alba

Impresión y encuadernación: Alfacolor Ltda.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
INTRODUCCIÓN	11
DERECHOS EN RIESGO: DEL ESTADO SOCIAL AL ESTADO PENAL	
I. <i>Criminal Justice</i> : una ocasión perdida	19
II. La crisis del principio retributivo	25
III. Cuestión penal y control social: la filosofía del riesgo	30
IV. La crisis del modelo penal de tipo welfarista	36
WHAT WORKS? PENSAR REALÍSTICAMENTE ALREDEDOR DE LA PREVENCIÓN DEL DELITO	45
I. La prevención situacional (<i>Situational Crime Prevention</i>)	57
II. La prevención evolutiva (<i>Developmental Crime Prevention</i>)	68
III. La prevención comunitaria (<i>Community Policing</i>) y el miedo del crimen	76
IV. La prevención ambiental (<i>CPTEC, Environmental Criminology</i>) y el espacio defendible (<i>Defensible Spaces</i>)	101
LA PREVENCIÓN ACTUARIAL DE LA DELINCUENCIA	111
I. La nueva penalidad: el mantra de la seguridad	112
A. La tolerancia cero	112
B. La obsesión punitiva	117
II. Diversión y justicia reparativa	126
III. Situacionistas al trabajo: <i>burglary</i> y violencias sexuales	131
IV. La victimización repetida (<i>REPEAT VICTIMIZATION</i>)	142

v.	La evaluación actuarial de la reincidencia	144
vi.	La jurisprudencia terapéutica	148
JUSTICIAS DE ROSTRO HUMANO: EL MODELO REPARATIVO		159
i.	Un nuevo paradigma de justicia criminal	159
ii.	<i>Justice as Healing</i> : los instrumentos de la justicia reparativa	177
iii.	El diálogo reparativo: análisis de algunos modelos	188
iv.	Programas de justicia reparativa y justicia formal	201
v.	La eficacia de los programas reparativos	206
vi.	¿Una justicia de comunidad?	209
CONCLUSIONES		221
APÉNDICE		231
BIBLIOGRAFÍA		243

PRESENTACIÓN

En las últimas dos décadas, se ha producido en Colombia un fenómeno de adaptación legislativa e incorporación de nuevos instrumentos de política criminal, con especial énfasis en el procedimiento penal, dirigido a lograr un ordenamiento jurídico penal que sea escenario apropiado para asegurar el respeto por las garantías fundamentales de los intervinientes y, a la vez, incorpore un modelo eficiente de administración de justicia penal.

Esta nueva tendencia, que deja de lado la tradicional referencia del sistema europeo continental, presenta una característica que consiste en la asimilación de nuevas teorías cultivadas en el mundo jurídico anglosajón y ha impactado el marco constitucional y las ciencias criminológicas, quedando quizás de manera más blindada la esfera del Derecho sustantivo objetivo.

El texto que hoy presentamos es una muestra de esa permeabilidad del propio sistema jurídico europeo continental, por parte de las concepciones criminológicas modernas del derecho anglosajón y, a su turno, como ocurre habitualmente en los países latinos, la réplica casi sísmica se produce en nuestro discurso político criminal.

El libro del profesor SILVIO CIAPPI recopila y resume magistralmente las nuevas concepciones criminológicas en torno a la pena inspirada en una nueva política criminal de tipo preventivo y reparativo. La evaluación del riesgo criminal vista desde la perspectiva del grupo y no del individuo, y

la crisis del sistema de readaptación social interdisciplinaria bajo la vigilancia judicial trata de abrir paso a un modelo de evaluación actuarial de riesgo potencial de criminalidad y seguimiento administrativo de la pena al infractor, como actualmente se concibe en varios regímenes penales de menores, incluido el colombiano.

Finalmente, el nuevo modelo reparatorio, en el que la víctima no es un concepto abstracto con derechos concretos en el proceso sino un partícipe del proceso de ejecución penal que no tiene ya en el juez el intérprete de sus derechos sino que participa directa y activamente en el proceso de resolución del conflicto penal.

Sin lugar a dudas, el lector encontrará en esta obra una valiosa herramienta de estudio en torno a la nueva criminología.

JAIME BERNAL CUÉLLAR

Director

Departamento de Derecho Penal y Criminología

INTRODUCCIÓN

Triste gente es la de un pueblo que sigue el batimiento de banderas y estandartes más que las ideas bien planteadas.

NICOLÁS MAQUIAVELO

La delincuencia de hoy, en Italia como en la mayor parte de los países occidentales, está en el sentido común asimilable a un lienzo del gran pintor flamenco HIERONYMUS BOSCH: una abigarrada humanidad condenada al infierno. En el lienzo aparecen jóvenes rumanos borrachos, muchachos con la cara atónita y respetables responsables de atroces asesinatos, inmigrantes con las sonrisas cariadas, prostitutas, traficantes magrebíes, pedófilos, inquietantes rostros de terroristas islámicos. Luego, en el fondo, tanta gentualla, quizás por-dioseros, miserables, desamparados, consternados por el viento de la miseria y por la pesadilla de la repetición y del aburrimiento. Autores de actos sin móvil, de gestos atroces, de cobardías cotidianas, sujetos impresentables, sin presentación, irremediablemente llevados al mal. Frente al lienzo estamos “nosotros”, los indiferentes, los cansados de pensar que las grandes mutaciones sociológicas reduzcan, con sus rasgadas teorías justificativas, la delincuencia. Nosotros que nos sentimos inseguros y que identificamos proyectivamente en “aquellos” la razón de nuestra angustia.

Nosotros todavía seguimos sorprendidos cuando la crónica nos saca en cara el enésimo caso de asesinato feroz

que ya no ve implicado el “estereotipo”, sino uno como nosotros, un honesto padre o madre de familia, ese chico bien educado, la niña con un rostro amable. Entonces quien entra en crisis es nuestro sistema de pensar el mal, los delitos, la pena, la sociedad en su conjunto. Nos miramos sorprendidos al espejo y nos vemos con ojeras, sentimos un dolor de cabeza, como después de una noche tomando trago, que no nos impide pensar. Por eso “nosotros” hemos creado con el tiempo un nuevo modo de entender el crimen y sobre todo un nuevo modo de abordarlo. Y este nuevo modo se llama “nueva penalidad”: es una manera rápida de responder a nuestra inseguridad, de dar una justa compensación a los individuos que amenazan las condiciones de nuestra existencia, sin ponerse demasiadas preguntas, quizás porque las preguntas ya no existen.

El título de este libro recoge una especie de eslogan (*The new punitiveness*) acuñado por algunos estudiosos de justicia criminal y destinado a evidenciar las nuevas fronteras, los nuevos instrumentos, las nuevas ideologías del control social y de respuesta a la desviación¹. En este libro se presentan algunas formas de política criminal especialmente difundidas o en fase de despliegue en las principales zonas del mundo occidental. A menudo se trata de políticas de justicia criminales procedentes del área anglosajona (Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Australia), pero el eco de estas propuestas afecta cada vez más también muchos países europeos.

Los instrumentos de la nueva penalidad combinan con frecuencia entre sí estrategias de control social distintas por finalidad y naturaleza. Se pasa de instrumentos de predicción actuarial de la delincuencia a instrumentos de justicia reparativa, prácticas que a menudo terminan conviviendo

1 Hago una especial referencia al volumen que condensa diversas posiciones respecto de este tema de PRATT y colab. (2005).

dentro de las diversas infraestructuras penales y procesales. No debe por lo tanto extrañarnos que, junto a instrumentos de prevención situacional, se pongan instrumentos blandos de justicia penal como el modelo reparativo. Lo que importa es el parámetro común con que estas políticas se ponen en marcha, son seguidas y evaluadas, es decir: su eficacia.

La palabra clave para interpretar la penalidad de comienzo del milenio es precisamente ésta: eficacia y gestión del riesgo (*Risk Management*), en una perspectiva de reducción del estado social al estado penal, y posteriormente en una óptica de reducción de las medidas penales a medidas administrativas de control. Parecen desaparecer algunos mitos: el de la jurisdiccionalización de la pena, de la eficacia aplicativa de las medidas alternativas a la cárcel, de la individualización de la pena y del tratamiento.

La realidad de las políticas globales de reducción de la delincuencia es por lo tanto derivada de la complejidad y de la recíproca independencia de los programas de gestión, de recuperación y de tratamiento de la delincuencia a menudo no homogéneos entre ellos. Una especie de vasija de Pandora en la que se mezclan entre sí institutos distintos por finalidad, por ideologías de referencia, por criterios de evaluación. Lo que importa es que el sistema, se dice, funciona. Esta palabra clave es subyacente a una posición de tipo filosófico-epistemológico según la cual cualquier cosa puede estar bien (la referencia es al anarquismo metodológico de PAUL FEYERABEND), y que funcione, es decir que responda al fin que, generalmente, es el de disminuir el surgimiento de fenómenos delincuenciales en específicos lugares, por parte de determinados sujetos, relativa a determinados comportamientos. La nueva penalidad se apropia de los principios de la razón instrumental; es *logos* con respecto a un fin. No se propone objetivos generales, no es la aplicación de filosofías y conocimientos más generales sobre el hombre, la sociedad, el derecho. Su *telos* es interino al sistema: la nueva ideología de la pena no conoce ideologías, solo instrumentos al tener

como objetivo la elaboración de políticas de reducción de la criminalidad que sean eficaces. No se propone cambiar el horizonte del sentido de la justicia penal y de la sociedad que pretende reglamentar. En esta aceptación la nueva penalidad es *technè*, conocimiento instrumental, no reducible a cada síntesis teórica, saber pragmático que prescinde de premisas generales.

En este libro, por lo tanto, se recogen los principales instrumentos de la “nueva penalidad”, entre los cuales he re-comprimido también el modelo de justicia reparativa que, aun siendo divergente por objetivos y finalidades de los instrumentos actuariales y situacionales, es el único modelo que alcanza a convivir con las otras estrategias punitivas tanto por el énfasis que repone en el concepto de víctima, como en la contribución que ofrece a una visión comunitaria e informal de la justicia.

Las diversas técnicas de nueva penalidad son ampliamente aplicadas en el mundo occidental. Por desgracia o por suerte (depende de nuestras orientaciones) el retraso de Italia respecto a estas políticas es fuerte. Y eso se debe a varias razones. La primera pretende que en tema de control social y políticas de la desviación su atención sea más dirigida al momento de creación de la norma, más que en la evaluación de la misma, suponiendo que una ley más aflictiva, por ejemplo, es capaz *ipso facto* de reducir los fenómenos criminales que pretende reglamentar. La segunda razón, que es una consecuencia directa de la primera, reside en que existe poco interés en Italia hacia las *policies*, es decir hacia la evaluación de las políticas criminales contentándose someramente solo, a menudo, de incrementar el corpus legislativo con medidas de emergencia. Una tercera razón se debe a que, a menudo, a la severidad de la sanción no corresponde una implementación de normas coherente (pero equilibrada por principios a veces garantistas, a veces represivos) con el resultado que, a menudo, sentido de inse-

guridad, garantismo de las normas y de los procedimientos y alarma social entran en ruta de colisión entre sí.

A lo largo del texto podrán encontrarse varios comentarios sobre las distintas medidas de control ilustradas para que, precisamente por no estar la nueva penalidad global respaldada por una filosofía sintética de referencia, también nosotros nos limitaremos a evaluar críticamente, instituto por instituto, las diferentes opciones de política criminal sin entrar en reflexiones conclusivas generales. El ambicioso planteamiento de este libro está en intentar hacer hablar dos mundos, mejor dicho, dos actitudes en el compuesto mundo de la justicia y de los conflictos: el de los teóricos y el de los prácticos, mostrando cuáles son las prácticas en uso, pero también cuáles son las cuestiones teóricas que es hoy más importantes abordar en términos de delincuencia y seguridad. El debate sobre la justicia no debe reducirse a algo noble, elitista, a un buque insignia que se adjunta a sus propios conocimientos, más bien ser un instrumento poderoso de crítica si es cierto que se invoca la justicia cuando se plantea un problema de respeto de las reglas, de cualquier regla, también la más elemental, y fuera de los códigos. El debate sobre la justicia (y sobre las nuevas formas de penalización) tiene y debe seguir manteniendo una función puramente negativa: la crítica a las reglas del juego, si no se quiere tener la certeza que cualquier orden de las reglas, incluso si mayoritario (sobre todo si mayoritario), incluso si eficaz, (sobre todo si eficaz), termine siendo justificado en nombre de la justicia.

En el apéndice se muestra *Asset*, un instrumento actuarial de predicción del riesgo, importante si queremos hacernos una idea de qué, exactamente puede ser un instrumento actuarial. *Asset* es el principal instrumento utilizado en Gran Bretaña para evaluar la magnitud de medidas cautelares como el posible beneficio de medidas alternativas. Es un instrumento que se convierte en metáfora de un modo diferente de entender no solo la delincuencia y a los crimi-

nales, sino también un mundo que cambia rápidamente y que entremezcla antiguos hábitos conceptuales, antiguos clichés, estereotipos y falsos mitos a los cuales pero, como todas las malas costumbres, estábamos quizás apegados.

Este libro retoma una vieja línea de investigación relativa a los sistemas de justicia criminal, que he comenzado hace más de diez años a raíz de mis estancias como *Fellows* en distintos institutos de investigación estadounidenses. Desde entonces no solo han cambiado situaciones, estudios e investigaciones sino también una parte de mí ha cambiado y ha comenzado a mirar los sistemas de justicia criminal con los ojos no solo del teórico interesado en su funcionamiento sino también del práctico que ha visto, en el transcurso de numerosos viajes de trabajo y de investigación al exterior, modelos como que operaran en concreto. Por lo tanto, debo mucho a mis experiencias como coordinador de proyectos europeos y extraeuropeos, en particular en el ámbito de la justicia de menores y desarrollados específicamente en Latinoamérica y en Europa. Por tanto, debo ante todo agradecer a quien ha permitido todo lo anterior.

Pienso por lo tanto en mi amigo ALESSANDRO PADOVANI y en todo el equipo del instituto Don Calabria, con el cual hemos debatido, durante los tantos viajes de trabajo, sobre los temas candentes de la justicia de menores, así como al personal de la oficina de estudios e investigaciones del Departamento de Justicia de menores.

Debo mucho a LETIZIA GIANFORMAGGIO, quien me ha enseñado la importancia del razonamiento crítico en la filosofía del derecho y en las ciencias sociales. Su prematuro fallecimiento ha dejado en todos un vacío insalvable. Agradezco a RICK BOLTON, del Youth Offendine Team de Wiley, en Inglaterra; DOINA BALAHUR, de la Universidad de Iasi, en Rumania; SHEILA PICKERING y DAVE EVERETT, del Home Office inglés; WELMAR WEITEKAMP, de la Universidad de Tubingen; GORDON BAZEMOR, de la Universidad de Florida,

y MARK UMBREIT, de la Universidad de Minnesota, por sus valiosos consejos.

Un agradecimiento muy especial a todas las instituciones, a los amigos, colegas y funcionarios públicos que han permitido la publicación de este libro: la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá y en especial al Dr. ANDRÉS RESTREPO RESTREPO y al Dr. RICARDO HERRERA RODRÍGUEZ; a la Universidad Externado de Colombia, que ha permitido la publicación de la presente obra, a LUCERO ZAMUDIO y al rector, Dr. FERNANDO HINESTROSA.

A quienes me han colaborado en la traducción del italiano al español y en la corrección de estilo con la complejidad técnica que ha implicado, Dr. CLAUDIO VARINI y Dr. JULIA ESLAVA RINCÓN.

A FERNANDO RUÍZ GÓMEZ, quien me introdujo al conocimiento de Colombia.

Por el entusiasmo y el apoyo con que ha gestionado los procesos de comunicación y por la labor de intercambio cultural, al Dr. LUIGI CONVERSA.

Finalmente, quiero dedicar este libro a MATTIA, GINEVRA y NICCOLÒ y a su inagotable vivacidad, que hace más bonito el mundo.

**DERECHOS EN RIESGO:
DEL ESTADO SOCIAL AL ESTADO PENAL**

*Nunca el hombre debe ser tratado como puro medio para servir a
fines de otros y ser confundido con los objetos del derecho real.*

IMMANUEL KANT

I. CRIMINAL JUSTICE: UNA OCASIÓN PERDIDA

De las rondas de policías en los callejones de Spaccanapoli a las campañas de educación a la legalidad en las escuelas de Florencia, pasando por las estrategias de prevención situacional, como el alumbrado público y la televigilancia, y los programas de mediación. ¿Qué funciona en el abigarrado mundo de las respuestas a la delincuencia? ¿Y cuál es el trasfondo filosófico y jurídico que está detrás de cada opción de intervención? A menudo tenemos la sensación de que detrás de cada fórmula garantista, de tolerancia cero, de proclamas de lucha sin exclusión de golpes se esconde el viejo vicio de las políticas de justicia criminal en nuestro país: de ser visiones sin estrategia, navegación en mar abierto a la merced de las olas de resentimiento público y de campañas por emergencias contingentes, de “modas” destinadas únicamente a satisfacer la alarma social provocada por el delito: finalmente, actitudes contingentes que se escapan de cualquier control serio sobre su eficacia.

Al contrario, en muchas democracias occidentales en el ámbito del *sentencing* y de las políticas criminales existe desde hace al menos unos treinta años una amplia gama de instrumentos, represivos o de rehabilitación, liberales o conservadores, welfaristas o inspirados a la lógica de la pura cohibición. Esta multiplicación de prácticas de justicia criminal permite al científico social y sobre todo al criminólogo poder probar la eficacia de los distintos sistemas de justicia, operación esta casi desconocida en nuestro país.

En la cultura anglosajona también los términos para definir los ámbitos disciplinares y operativos de los instrumentos de prevención de la delincuencia son diferentes; en estos países (donde existe una fuerte cultura criminológica considerada como una especie de “conciencia crítica” del derecho penal), la definición “*criminal justice*”, indica todos los instrumentos, las estrategias (no solo judiciales) y los mecanismos para prevenir, reprimir y dirigir el conflicto, la desviación y la delincuencia en general. El término “justicia criminal” es deliberadamente más amplio de los conceptos contiguos como los de “justicia penal”, de “política criminal”, más amplio porque, además de tomar en cuenta las normas y las políticas de intervención, su objeto de estudio es la evaluación de la eficacia de las normas y de las políticas de intervención. En este sentido el término *criminal justice*, al considerar los estudios destinados a evaluar la eficacia de instrumentos de respuesta al crimen, donde el instrumento penal es solo un aspecto, constituye un ámbito disciplinario más extendido de las ciencias penalísticas y criminológicas. Gran parte de la actual investigación criminológica contemporánea es en efecto orientada a la evaluación de los instrumentos y de las políticas de justicia criminal, es decir de todo lo que puede prevenir la delincuencia. En efecto, existen instrumentos de *criminal justice* que desplazan la zona de intervención desde el ámbito penal al de policía (véase la teórica de la pena útil) o, en el campo administrativo, de la gestión de la ciudad y de la seguridad (véase el tema de la

prevención situacional). El ámbito disciplinario de la justicia criminal es, por lo tanto, el de un saber multidisciplinario de carácter empírico-social para responder a los muchos problemas que a menudo no es capaz de resolver en la sola perspectiva del derecho penal, de la sociología criminal o de la psicología forense. Objeto de los estudios de *criminal justice* es el análisis crítico, confirmado por la utilización de metodologías estadístico-cuantitativas, de los institutos penales y procesales, de las leyes penales con el fin de poder evaluar su eficacia y más en general su impacto en la realidad social. La función analítica y crítica de la criminología permite de desenmascarar a menudo la tortuosa retórica de las leyes y de las políticas penales que cada vez más pasan a ser los campos de maniobra ideales para el eufemismo, espejos donde la buena sociedad ama reflejarse en toda su respetabilidad. La criminología es entonces un escape en prospectiva y conceptual, un faro que consigue iluminar las grandes habitaciones ubicadas detrás del derecho y de las políticas penales, de los grandes instrumentos, considerados como el triunfo de lo respetable, de lo justo, lugares muchas veces habitados por lógicas inconfesables.

En este sentido, la criminología y la justicia criminal pasan a ser *saberes para una práctica social (policy sciences)* los cuales, en una perspectiva interdisciplinaria, pasan a ser saberes interpretativos de las vivencias políticas, que responden a preguntas esencialmente de orden social.

Por desgracia, una cierta tendencia de la investigación italiana a ocuparse solo de derecho y poco de *policies*, es decir, más de normas que de su aplicación, ha hecho que durante mucho tiempo se hayan olvidado las dificultades y la incapacidad en la aplicación de algunas medidas legislativas también recientes (piénsese, por ejemplo, a la legislación italiana en el tema de delincuencia organizada): lamentablemente muy a menudo cuesta comprender que el sistema del *law enforcement* y el de justicia penal no pueden ser eficaces en abstracto, ya que su eficacia depende tanto

del grado de eficiencia de todo el sistema como de la retroalimentación de una consolidada actividad de investigación que puede analizar y evaluar el impacto de una potencial medida legislativa o política penal (SAVONA, 1994). Lo anterior nos parece importante si se quiere evitar debatir políticas criminales o afirmar opciones políticas independientemente del conocimiento de los efectos que producen.

Por tanto, creo que la utilización de métodos de análisis afinados y sometidos a métodos de control racionales en tema de políticas criminales constituya la nueva frontera del saber policial en Italia, que, junto con un enfoque funcionalista, permite evaluar el *cómo* y el *porqué* de cada opción de política criminal. Al hacer esto creo que la criminología debe convertirse en lo que es en muchos otros países del mundo, es decir: disciplina analítica, evaluación y crítica de los instrumentos de intervención penal y de control de la delincuencia. Cuando hablamos de crímenes y criminales hay a menudo un factor histórico de distorsión que contamina nuestra percepción realista: el *exotismo*. A menudo nos ocupamos principalmente de todo lo que hace distintos los criminales (eso porque en última instancia el espectáculo criminal ejerce un indudable encanto), sin ver todo lo que tiene en común con “nosotros”: lucha por la supervivencia económica, apego a la familia, voluntad de éxito social, etc.

En efecto, cuando nos acercamos, por ejemplo, al “gueto” penitenciario y decidimos hacer una observación directa y paciente, lo que parecía antes (el criminal y su entorno) como “desorganización”, “patología”, “locura criminal” se revela en muchos casos ser *otro modo de organizar* la vida en función, a menudo, de las constricciones propias de determinados círculos sociales. Y nos damos cuenta de que los criminales persiguen muy a menudo los mismos objetivos del italiano medio, pero con sus propios medios, en consideración de lo limitado y del escaso alcance de recursos y medios insti-

tucionales de los que pueden disponer (según el esquema del “anomia” que propone ROBERT K. MERTON).

Consideramos la delincuencia de menores. El delito es a veces imputable a niños y jóvenes adultos procedentes de zonas degradadas, jóvenes de la marginalidad que hacen de su exclusión, de su rabia un principio de acción que puede estallar por los más diversos motivos. La violencia de los jóvenes que viven en condiciones de marginalidad deriva a menudo de sus sentimientos de frustración, de su desconfianza respecto a un sistema que no te pone a disposición medios legítimos de movilidad social. Estos jóvenes autores de crímenes aspiran al papel de ciudadanos-consumidores pero a menudo son relegados al papel de bajo-consumidores, siendo económicamente marginados aun tras haber asimilado, mediante los medios de comunicación, los valores y las ambiciones inalcanzables de la clase media. Jóvenes de una provincia que no es solamente un lugar geográfico: es aún más lugar simbólico de exclusión o semi-exclusión del mundo de los consumos, por los clichés de la vida hecha de lentejuelas que propone la televisión. Para estos jóvenes el sentido de exclusión, pasa a ser rabia y resentimiento, aburrimiento, ganas de salir del gueto, rocas que comprimen la vida emocional, que la hacen infeliz. Es así como también en estos casos el papel del criminólogo debe ser el de describir el funcionamiento de las políticas penales y socio-asistenciales respecto de estos jóvenes nacidos ya adultos, impenetrables y poco entendibles. Otras veces a cometer los crímenes no son los hijos pobres de familias pobres, sino los hijos pobres de familias ricas. Aquí el discurso cambia (revolcando muchos clichés sociológicos de tipo causalístico que ven en el empobrecimiento de algunas condiciones estructurales básicas la “causa” del comportamiento desviado), y por consiguiente, creo que también el modo de *sentencing* debe tenerlo en cuenta: las características del ambiente social y familiar, la falta de crecimiento emocional aunque contorneado con hábitos de

buenos modales (económico, cultural, étnico, etc.) pasan a ser esenciales si queremos construir políticas penales que tengan el sentido de la eficacia.

El criminólogo, más allá de las figuras estereotipadas por los medios de comunicación (que a menudo reducen esta figura en algo que está entre el mago del alma y el gurú), deberá entonces hacer un importante salto de calidad y asumir las vestiduras del científico social capaz de evaluar el impacto de políticas de intervención con serenidad y objetividad, tratando de no esconderse tras los inevitables condicionamientos socio-culturales e ideológicos que lleva consigo junto con la conciencia de sus propios límites, evitando así de considerar su discurso como inmune de la ideología y considerarlo al contrario “objetivo” y “neutral”. Todo esto creo que pueda favorecer una ampliación del conocimiento criminológico que es interpretación crítica de los fenómenos que se entienden y se quieren, precisamente, analizar. También creo que el papel del criminólogo no debe ser el del técnico de la seguridad, del experto en la razón instrumental, de quien consigue implementar y evaluar políticas de la eficacia respecto a distintas medidas penales. Las técnicas de prevención del delito que abordaremos en el libro son precisamente técnicas, y como técnicas tienden a un fin pero no fomentan un sentido. Nos explican cómo evitar los robos en los apartamentos pero dejan sin resolver los motivos por los cuales algunos individuos han decidido cometer ese acto. Actos que pasan del corazón a la cabeza en un instante, que revelan a menudo la necesidad de ser aceptados y amados, o la frialdad emocional más total que trasluce de las caras atónicas, indiferentes, tranquilas de jóvenes delincuentes de provincia. La función de estas técnicas no es de encontrar una respuesta a estas preguntas; se eluden las cuestiones fundamentales, con el resultado que las técnicas de la nueva penalidad dejan el mundo intacto tal como está, eludiendo interrogantes inquietantes o dejándolos en nuestro personal y desorientado sentimiento.

II. LA CRISIS DEL PRINCIPIO RETRIBUTIVO

La filosofía y la epistemología (esta última concebida como *Erkenntnisse*, es decir, como teoría del conocimiento, o incluso como “gnoseología”) han garantizado a los sistemas de justicia un fundamento de verdad, alistando, dentro de los diversos planteamientos filosóficos, gramáticas normativas y diccionarios para su uso. La fe en fundamentos que garantizan el saber y la práctica jurídica, la necesidad de representar mediante normas la realidad es lo que ha guiado por mucho tiempo la inspiración filosófica de muchos sistemas penales.

La introducción en el sistema penal de los corolarios del individualismo jurídico, propios de la ilustración, se debe a la escuela clásica y se ha implementado mediante la racionalización de algunos principios –como el de legalidad, de ofensividad y materialidad del delito, de personalidades de la pena, de culpabilidad–, considerados como base natural de cada sistema penal que quiere sentirse anclado a los firmes principios de la razón. Oponiéndose a los bárbaros sistemas de inquisición, caracterizados por procedimientos retroactivos e indeterminados, los clásicos sostuvieron con firmeza la idea de una pena concebida como la justa retribución: “justa” en cuanto determinada, proporcional a la gravedad del delito cometido, aflictiva, ineludible, y capaz en virtud de dichas características, de restablecer un sentido de seguridad para la aplicación de normas.

La idea de retribución como justa compensación es sin duda uno de los pilares actuales del Neoclasicismo (también denominado *Justice Model*), como línea del pensamiento penalístico y policial contemporánea, encaminado a revalorizar los conceptos de Retribución, de derechos y de certeza de la pena.

Casi como si se estuviera confirmando la teoría de Vico de los cursos y recursos históricos, el Neoclasicismo, hoy particularmente vital en Estados Unidos, nace una vez más

como reacción al malestar provocado por los excesos de discrecionalidad y de no garantía de los sistemas penales caracterizados por el uso preponderante de penas indeterminadas.

En las corrientes neoclásicas el llamado a la pena justa se asocia a veces a argumentos utilitaristas: la referencia al utilitarismo implica no solo la necesidad de restablecer un aparato punitivo caracterizado por rasgos garantistas y de certeza, sino que implica sobre todo una severa salvaguardia de las necesidades de defensa social que tiene, como efecto principal, la reducción de la criminalidad. El neoclasicismo se inspira en el principio de estrecha jurisdiccionalidad, según el cual hacer justicia es aplicar, a raíz de un proceso, las normas penales a los hechos juzgados (*nulla poena et nulla culpa sine iudicio*).

Mientras una parte del pensamiento neoclásico está representada por la línea garantista del *Justice model*, que reclama la necesidad del regreso a una sanción penal “justa” en el sentido de determinada y vinculada a los procedimientos del *due process*, la línea conservadora de los neoclásicos puede sintetizarse con el término genérico de *Crime control*¹. El aspecto neoconservador de las temáticas de cohibición y represión del crimen (*Crime Control*), remite a “un modelo de justicia que no enfatiza los aspectos rituales y formales del proceso... debido al endurecimiento de las acciones de policía y de control social (*law enforcement*)” (PACKER, 1993:17).

Aspecto central en la teorización del *Crime Control*, es por lo tanto, el cambio de la connotación funcional de la pena: si la veta garantista y liberal de los neoclásicos se encuentra amarrada al criterio de la justicia de la pena y del respeto

1 El término *Crime Control* es deliberadamente genérico: en cualquier caso indica una estrategia de cohibición del crimen basada en medidas experimentales que se aplican en la fase anterior del juicio. Para un minucioso examen de las temáticas *Crime Control*, véase PACKER (1993) y WALKER (1989).

formal de las garantías del proceso, los neoconservadores ponen su atención en la función de utilidad de la sanción penal entendida como función de *neutralización*: fin de una eficaz política criminal es frenar la reincidencia, es la lucha sin exclusión de golpes al fenómeno criminal, al cual hay que responder no con blandas medidas de garantía, sino proponiendo como estrategia de cohibición la prolongación de la reclusión o bien la utilización de medidas preventivas de policía para los grupos delincuenciales considerados más peligrosos: en definitiva, *a la guerre comme à la guerre*. La visión del *Crime Control* configura en efecto un estado de policía, caracterizado por leyes en blanco que permiten intervenciones punitivas libres de cualquier vínculo, incluso de aquél del previo juicio (FERRAJOLI, 1989:83)².

El énfasis para el respeto de la legalidad formal pone en efecto en segundo plano algunos puntos: primero, el hecho de que justicia formal y justicia sustancial constituyen dos aspectos diferentes de una misma realidad, la de la justicia, que es realidad cambiante porque, si bien es cierto que la justicia es aplicación de las normas, es igualmente cierto que la aplicación de normas no puede ser, deductiva y objetivamente, inferida por las normas, ya que allí se interponen momentos importantísimos –como el de interpretación de la norma, de reconocimiento de la aplicabilidad de una norma, de subsunción de un hecho bajo una determinada norma– que imponen al juez elegir entre las posibles

2 Las teorías *crime control* parten del supuesto de la ineficacia del efecto disuasorio de un sistema de penas garantizado en abstracto pero frustrado por las prácticas de garantía de jueces y tribunales. La literatura criminológica es unánime: es mínimo el efecto disuasorio de las normas abstractas. Se afirma, en efecto, que la norma penal pueda ser como una caja sin contenido en su fase de aplicación –por medio, por ejemplo, de una constante imposición de penas mínimas para delitos de cierta gravedad– haciendo inútil, por lo tanto, la amenaza en abstracto de la pena. Se afirma además que el factor más importante para reforzar el efecto disuasorio de sanción penal, es la percepción de la certeza de la aplicación de la pena, la percepción de la severidad de la misma, o la rapidez de la imposición. (CIAPPI, 1997).