

PENALISMO NEOLIBERAL: ULTRAPUNITIVIDAD Y CÁRCEL PARA LAS MASAS

FLORENCIO PARDO MONTENEGRO*

Universidad Arcis

“En esta cárcel maldita, donde reina la tristeza, no se castiga el delito. Se castiga la pobreza”.

Roque Dalton

“Los diferentes sistemas punitivos, así como las variaciones que cada uno de estos incluye, están estrechamente vinculados con las distintas fases del desarrollo económico”.

Rusche, Georg y Kirchheimer, Otto¹.

SUMARIO: I. El penalismo neoliberal. II. Pero, ¿qué es el penalismo neoliberal? III. Principales características del penalismo neoliberal. 1. Permanente tendencia al uso del castigo penal. 2. Sostenido aumento en la intensidad punitiva. 3. Responsabilidad individual del hechor en el delito, sin causas sociales (no más excusas). 4. Ocaso del fin resocializador de la pena. IV. Objetivos del penalismo neoliberal. V. Consecuencias del penalismo neoliberal. 1. Ultrapunitividad legal. 2. Ultrapunitividad judicial. 3. Ultrapunitividad operativa. VI. Cárcel para las masas. VII. Arribo del neoliberalismo económico a América del Sur. VIII. Estados de Bienestar europeos. IX. Reflexiones finales.

PALABRAS CLAVE: Sistema carcelario, punitividad, cárcel, penalismo neoliberal.

I. PENALISMO NEOLIBERAL

Más allá de la discusión, clásica pero aún vigente, sobre la descripción del actual periodo, esto es, posmodernidad² y modernidad tardía³ o líquida, como la califica Bauman⁴, es indubitado, por estos días, que las economías y sus Estados en Occidente

* Abogado, Doctorado en Derecho, U. de Buenos Aires. Magíster y Diplomado en Derecho Penal U. de Chile. Docente U. Arcis.

¹ RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, Editorial Temis. Bogotá, 1984, p. 7.

² David HARVEY, Antonio NEGRI, entre otros.

³ Anthony GIDDENS, Jock YOUNG, entre otros.

⁴ BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015.

se enfrentan a la neoliberalización, con lo cual se han ido derribando sólidas instituciones de control social, modificando otras y también creándose nuevos dispositivos, más acordes con el rol mínimo en lo social que se le ha asignado al Estado en la era neoliberal, pero de mayor rigurosidad en lo penal. Así las cosas, en la última década de la centuria pasada, y ya terminada la Guerra Fría, habría comenzado a desarrollarse un determinado modelo de punición en los Estados que han ido adoptando el neoliberalismo económico. Un penalismo del tipo neoliberal⁵, el que habría ido generando, como principales consecuencias, una ultrapunitividad estatal y una cárcel para las masas.

Según explica el profesor escocés David Garland, *El welfarism penal*, ha sido un sistema judicial típico de las sociedades de bienestar, que comprende la delincuencia como efecto de unas determinadas relaciones y busca reintegrar al delincuente en las redes de sociabilidad de las que ha sido excluido⁶. Pero ese clásico penalismo liberal que caracterizó al Estado de Bienestar, habría comenzado a lo menos a mutar, dando lugar a una diferente política penal o nueva punitividad, como afirman algún autores (Wacquant⁷, Harcourt⁸, Western⁹, Iturralde y Ariza¹⁰, entre otros).

El modelo punitivo que se habría ido desarrollado en los estados que han albergado el neoliberalismo económico, encontraría sus orígenes en EE.UU., el que con posterioridad fue “imponiéndose” a algunos estados de América del Sur, principalmente mediante acuerdos estatales de libre comercio, la activación de agencias estadounidenses que operan en la región y del “Consenso de Washington” (también conocido como el “manifiesto neoliberal”), que propició estados menos intervencionistas, más pequeños en lo socioeconómico y de mayor fortaleza en la justicia penal, flexibilización laboral y la apertura de fronteras para el intercambio comercial.

Expresión de política punitiva, que después de su arribo a Sudamérica, se habría ido exportando también a Europa Occidental, amenazando con consolidarse a nivel mundial. En razón de resultar un dispositivo útil para el combate de

⁵ WAQUANT, Loïc, *Castigar a los pobres, El gobierno de la inseguridad social*, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2010. p. 22.

⁶ GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2005, p. 71.

⁷ Véase, *Castigar a los pobres. El gobierno de la inseguridad social*, y también, *Cárceles de la miseria*.

⁸ Véase, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*.

⁹ Véase, Bruce WESTERN & Josh GUETZKOW: *Política Punitiva y Neoliberalismo en el mercado de trabajo de los Estados Unidos (El sistema penal como institución del mercado de trabajo)*, Princeton University.

¹⁰ Véase, En contra de los pobres: Justicia penal y prisiones en América Latina. *El caso de Colombia*. ITURRALDE, Manuel y ARIZA, Libardo José. *En redondas El castigo penal en sociedades desiguales*.

la conflictividad social, que se generaría por el neoliberalismo económico en las sociedades que lo han ido incorporando.¹¹

II. PERO, ¿QUÉ ES EL PENALISMO NEOLIBERAL?

En una aproximación, se podría señalar que engloba una constelación de políticas de mayor intensidad punitiva estatal, que se comienzan a aplicar desde los 80 en los EE.UU. Modelo penal fundamentado en la “Nueva defensa social” (era Reagan) y sus políticas de “ley y orden”, complementadas por las posteriores teorías de la “elección racional”, “ventanas rotas”, “tolerancia cero”, la “incapacitación” y el “actuarialismo penal” (por nombrar las principales), a modo de gestionar una determinada criminalidad. Con las cuales se intentaría ir controlando las particulares crisis sociales que va generando la implantación de políticas neoliberales, y disciplinando el descontento social no institucionalizado. Planteándose una revisión del penalismo liberal, eliminando principios que contenían al poder punitivo, y aumentando el uso y la rigurosidad del castigo penal respecto de determinados sectores de la población. Principalmente contra los más excluidos de la sociedad, y su disidencia activa.

El penalismo neoliberal alentaría un expansionismo punitivo, con el adelantamiento penal a etapas tempranas del *iter criminis*, un endurecimiento de las penas, el ocaso del fin resocializador de la pena, la eliminación de ciertos principios, y la revisión de otros que contenían *al ius puniendi*, en una clara vía hacia la presunción de culpabilidad y de un encierro de masas, como solución a la exclusión de vastos sectores improductivos y/o disidentes. Política penal que permitiría contribuir al avance del modelo socioeconómico neoliberal, impidiendo con mano de hierro el desorden social.

III. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL PENALISMO NEOLIBERAL

Entre sus principales características, se pueden mencionar su permanente tendencia al uso del castigo penal, un sostenido aumento en la intensidad punitiva, la responsabilidad individual del hechor en el delito y ya sin causas sociales y el ocaso del fin resocializador de la pena.

1. Permanente tendencia al uso del castigo penal

Se punitivizan conflictos sociales históricamente ajenos al ámbito penal, antes resueltos en el ámbito político o administrativo. Un ejemplo claro de ello, sería la criminalización de la protesta social.

¹¹ En este mismo sentido, WAQUANT, Loïc en *Castigar a los pobres. El gobierno de la inseguridad social*. Editorial Gedisa. Barcelona, España, 2010. p. 22.

Tendencia a la máxima protección de la propiedad privada en sus diversas especies, desde el derecho penal.

Revitalización del “poder punitivo latente”. Que se expresa en un ensanchamiento cada vez mayor, en las infracciones de orden administrativo que llevan aparejadas cuantiosas multas en dinero, bajo el apercibimiento de un encierro temporal para el infractor deudor.

2. Sostenido aumento en la intensidad punitiva

Que se refleja tanto en lo legal, judicial, operativo y ciudadano o local.

Constantes reformas procesales, que van trasladando peligrosamente, el principio de presunción de inocencia hacia una presunción de la culpabilidad del acusado y retrocediendo desde el principio *in dubio pro reo* por un *in dubio pro víctima*.¹²

Mayor intensidad penal estatal sobre determinados sectores de la población, con una mayor legislación punible, menos beneficios alternativos al encierro etc. que no se condice respecto de conductas provenientes de los estratos altos de la sociedad o de la denominada “criminalidad empresarial”.

3. Responsabilidad individual del hechor en el delito, sin causas sociales (no más excusas)

Visión que arranca de una de las principales banderas que enarbola el neoliberalismo económico, el individualismo, como factor de éxito y fracaso.

La sociedad ni el Estado tienen responsabilidad en el delito, esto es, solamente responsabilidad del individuo.

La argumentación de falta de oportunidades otorgadas por parte del Estado o la sociedad al individuo que ha decidido ser delincuente, solo serán consideradas excusas.

4. Ocaso del fin resocializador de la pena

Acorde a la neoliberalización de la vida, se abandona el rol o fin resocializador de la pena (de mayor costo económico) y se avanza a uno vindicativo (de menor costo económico). De la rehabilitación que promoviera el welfarismo penal se avanza a la inocuización del hechor.

– Las finalidades preventivas que parte importante de la doctrina atribuye al derecho penal, van dejando paso a concepciones meramente retributivas.

¹² CORCOY, Mirentxu. “Expansión del derecho penal y garantías constitucionales”. En *Revista de Derechos Fundamentales* - Universidad Viña del Mar - N° 8, 2012. Pp. 45-76.

IV. OBJETIVOS DEL PENALISMO NEOLIBERAL

La política penal en comento, como ya se analizaba, no sería una casualidad, sino que una penalidad dirigida por sectores privilegiados socio-económicamente¹³ e interesados y por tanto se habrían trazado ciertos objetivos, entre ellos:

a. Ayudar al avance del proyecto neoliberal.

b. Liberar al poder punitivo de ciertos límites, impuestos por los principios del derecho penal liberal-resocializador que caracterizaron al Estado de Bienestar y que contenían al leviatán. Elimina el principio de intervención mínima y por ende la perspectiva de un derecho penal mínimo, el que es considerado como una traba frente a la demanda de mayor penalidad, avanzando así a un derecho penal máximo. Revisa el principio de *ultima ratio*, desplazándose a *prima ratio*. En idéntico sentido los de lesividad y proporcionalidad, entre otros.

c. Enfrentar los diversos conflictos y desordenes sociales que van generando las políticas neoliberales, en la lógica de menos Estado y más mercado, mediante el dispositivo penal. Controlando a las clases peligrosas para el modelo político-económico imperante, desde la perspectiva de las fuerzas del orden.

V. CONSECUENCIAS DEL PENALISMO NEOLIBERAL

Las consecuencias más evidentes que ha ido generando esta punitividad, se traducen en una ultra o excesiva punitividad estatal, tanto en lo legal, judicial y operativo, como también en ir conformando un verdadero modelo de cárcel para las masas.

1. *Ultra punitividad legal*

Aumento de la criminalización primaria, con una gran cantidad de legislación penal que tiende a proteger difusos e interesados bienes jurídicos, generalmente vinculados a la propiedad en sus diversas especies y a la protección del orden público.

Adelantamiento de las barreras para la punición, con una proliferación de tipos penales de peligro abstracto.

Aumento desproporcionado de la penalidad en otros tipos ya existentes.

Disminución de las garantías penales procesales de los imputados, favoreciendo “la flexibilización de los requisitos probatorios” (supuesto derecho de la víctima al castigo del ofensor).

¹³ WACQUANT, Loïc, en *Forjando el Estado Neoliberal. Workfare, Prisonfare e Inseguridad Social*, disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-95042011000200006WACQUANT

Revisión de los conceptos de dolo, autor, imputación objetiva etc., que habilitan mayor punición.

2. *Ultra punitividad judicial*

El castigo penal, principalmente se refleja mediante esta área y hoy es un indicador claro de intensidad penal, puesto que se responderá o se intentará exorcizar la delincuencia, con condenas más duras (largas). Pretendiendo elevar el costo del delito, mediante el aumento de la pena.

Mayor encierro sí, pero también más personas al alcance del sistema punitivo, con medidas de vigilancia penal, que no necesariamente conllevan una privación del cuerpo *intra muros*.

Reaparición del Estado, al menos en lo penal, mostrando la vigorosidad y su rigurosidad respecto de la desviación social, frente a una ausencia del mismo Estado en lo Social.

3. *Ultra punitividad operativa*

Si el sistema penal es preventivo, como señalará Bustos Ramírez, lógicamente la acción de la policía también ha de ser preventiva, más aún cuando se ha señalado que la prevención efectiva no puede ser de la pena, sino solo de la acción policial.¹⁴

– Por lo que se promueven agencias policiales con mayor dotación de personal en el espacio público y con mayores facultades legales para controlar a la población, no obstante lo selectivo que resulta.

– Gestionar con el Código Penal en las manos el conflicto social, policializando las manifestaciones populares, provocando mayor penitenciarización.

VI. CÁRCEL PARA LAS MASAS

Se estima que hoy por hoy la población carcelaria mundial sería cercana a los Diez millones treinta y cinco mil presos. En esa cifra Estados Unidos, aporta con un importante porcentaje, ya se ha transformado en el principal encarcelador del mundo, puesto que Casi el 25% de la población carcelaria mundial, se encuentran en cárceles estadounidenses. Cifra que se cuadruplicó en solo 20 años, alzándose actualmente en más de 2,2 millones de presos en los EE.UU.

Chile fue uno de los primeros países en América y el mundo en adoptar a inicios de los 80 el neoliberalismo económico, calificándosele por algunos autores, incluso como la cuna del neoliberalismo económico. En las dos últimas décadas, registra

¹⁴ BUSTOS, Juan, *Obras completas*, Tomo II. Control social y otros cambios, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2007. p. 304.

un aumento de la población reclusa sin precedentes en su historia. Es así que las cifras de presos se elevaron de 111 en 1992 a 311 en el año 2012. Por tanto, en veinte años, que coinciden justamente con la consolidación del modelo neoliberal, las personas privadas de libertad se triplicaron, generando una inflación carcelaria y una sobre población penal¹⁵.

Respecto de la reinserción social en Chile durante ese mismo periodo, se puede apreciar una sostenida disminución en los recursos destinados por el Estado a Gendarmería para programas de rehabilitación. Los que en 1990 alcanzan al 1,6; descendiendo en 1995 al 1,5; al año 2000, baja al 0,9; y el año 2002 llega al 0,8.

VII. ARRIBO DEL NEOLIBERALISMO ECONÓMICO A AMÉRICA DEL SUR

América del Sur a partir de mediados de los años 80 –periodo en que se ha dado inicio a la aplicación de las políticas económicas neoliberales–, ha experimentado tal aumento de la población carcelaria, que todos los países tienen tasas de encarcelamiento superiores a los 150 presos cada 100.000 habitantes, con la excepción de Bolivia.

Toda la Austral América, se encuentra ahora muy lejos de los niveles de encarcelamiento de los países escandinavos que se han mantenido en gran medida en los niveles de hace veinte años.

VIII. ESTADOS DE BIENESTAR EUROPEOS

Los Estados europeos que han optado por mantener el Estado de Bienestar, a diferencia de los que han abrazado las políticas neoliberales, se encuentran en los países con los niveles más bajos de encarcelamiento y “aquí encontramos a todos los países nórdicos, con Finlandia en lo más bajo con una población carcelaria de 3,214 personas y 600 presos por cada millón de habitantes. Dinamarca tiene 680 presos por cada millón de habitantes, Suecia 700 y Noruega 710. Los detenidos a la espera de un juicio representan 18% en Finlandia, 23% en Suecia, 26% en Noruega y 33% en Dinamarca.

Así entonces, los Estados no alineados a las políticas neoliberales son los que se presentarían con menos tasas de población encarcelada, y se encuentra “como un rasgo común en todos estos países, la aceptación del Estado de Bienestar como parte esencial del país”¹⁶.

Cabe señalar que el grado o intensidad de punitividad que alcanza una sociedad determinada, no puede solo medirse por la cantidad de población carcelaria que

¹⁵ CARRANZA, Elías, *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?*, disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/articulo/viewFile/20551/21723>.

¹⁶ Nils CRISTHIE.

mantiene *intra* muros, sino que también por la cantidad de producción de leyes, sus políticas y prácticas penales, pero no hay duda alguna que el nivel de presos, sí es un elemento relevante para su cuantificación. Como diría Dostoievski, “las normas de la civilización de un país pueden juzgarse al abrir las puertas de sus prisiones”.¹⁷

En este contexto de “cárcel para las masas” y cuando la población carcelaria mundial se estima en 10.035 millones presos y de los cuales casi el 25% se encuentran en cárceles estadounidenses¹⁸, cabe tener presente lo expresado por Nils Christie¹⁹, en cuanto a las observaciones que hace de los Estados europeos que han optado por mantener el Estado de Bienestar, los cuales a diferencia de los que han abrazado las políticas neoliberales, se encuentran en los países con los niveles más bajos de encarcelamiento y “aquí encontramos a todos los países nórdicos, con Finlandia en lo más bajo con una población carcelaria de 3,214 personas y 600 presos por cada millón de habitantes. Dinamarca tiene 680 presos por cada millón de habitantes, Suecia 700 y Noruega 710. Los detenidos a la espera de un juicio representan 18% en Finlandia, 23% en Suecia, 26% en Noruega y 33% en Dinamarca”.²⁰ Así entonces, los Estados no alineados a las políticas neoliberales son los que se presentarían con menos tasas de población encarcelada, y se encuentra “como un rasgo común en todos estos países, la aceptación del Estado de Bienestar como parte esencial del país”²¹.

IX. REFLEXIONES FINALES

Siguiendo a los principales representantes de la Escuela de Fráncfort, ya citados, se puede afirmar que existiría una vinculación importante entre las relaciones de producción o un sistema económico determinado y su sistema punitivo.

Si el Estado de Bienestar dió a luz un modelo penal de bienestar, el Estado Neoliberal podría haber dado a luz un modelo penal neoliberal o bien, podría ser el welfarismo penal en otra fase, ahora desbordado por la neoliberalización de las sociedades. Por ende, la penalidad contemporánea y su indudable mayor intensidad, estaría relacionada con el neoliberalismo económico.

¹⁷ DOSTOIEVSKI, Fedor. *Recuerdos de la casa de los muertos*. Editorial Bruguera. España, 1981.

¹⁸ La última “*Lista Mundial de la Población Penitenciaria 2016*” del Instituto de investigación de política criminal, indica que hay más de 2,2 millones de presos en los Estados Unidos de América, disponible en: http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_11th_edition.pdf.

¹⁹ CHRISTIE, Nils, *El umbral del dolor*, en línea, disponible en: http://www.letraslibres.com/sites/default/files/nils_christie.pdf.

²⁰ Loc. cit.

²¹ CHRISTIE, ob. cit.

El penalismo neoliberal no sería una fatalidad, como tampoco lo es el neoliberalismo económico, por lo que podría y debe ser alterado.

La cárcel sigue siendo una amenaza real y permanente para quien osa desobedecer el orden. Encontrándose explicación, quizás desde ahí, de las actuales y precarias condiciones carcelarias. La cárcel actúa como depósito social de lo innecesario e inservible, de lo que se ha querido excluir y hoy por hoy, de un innecesario ex ejército de reserva.

El modelo de cárcel para las masas que ha ido generando el penalismo neoliberal, en alguna medida, va fabricando mano de obra para el empleo precario (trabajo subordinado, inseguro, transitorio o de corto tiempo, inestable, multifuncional, no calificado, desregulado en cuanto a proteger al trabajador, con tendencia al subcontrato y de bajo salario), puesto que la infamación que cargan los condenados les impide optar a mejores empleos y en temporadas de altas tasas de cesantía, los ex presos serán responsables de no encontrar trabajo y ya no el Estado de no proporcionárselos, por su pasado penal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2015.
- BUSTOS, Juan, *Obras completas*, Tomo II. Control social y otros cambios, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2007.
- CARRANZA, Elías, *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?*, disponible en: <http://www.anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20551/21723>
- CHRISTIE, Nils, *El umbral del dolor*, en línea, disponible en: http://www.letras-libres.com/sites/default/files/nils_christie.pdf
- CORCOY, Mirentxu. “Expansión del derecho penal y garantías constitucionales”. En *Revista de Derechos Fundamentales* - Universidad Viña del Mar - N° 8, 2012.
- DOSTOIEVSKI, Fedor. *Recuerdos de la casa de los muertos*. Editorial Bruguera. España, 1981.
- GARLAND, David, *La cultura del Control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2005.
- RUSCHE, Georg y KIRCHHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, Editorial Temis. Bogotá, 1984.
- WAQUANT, Loïc, *Castigar a los pobres. El gobierno de la inseguridad social*, Editorial Gedisa, Barcelona, España, 2010.

WACQUANT, Loïc, en *Forjando el Estado Neoliberal. Workfare, Prisonfare e Inseguridad Social*, disponible en: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S 1851-95042011000200006WACQUANT](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-95042011000200006WACQUANT)