

Autónoma por Decreto de 4 de agosto de 1988 y con una referencia a los fines de la Asociación Española de Víctimas del Terrorismo fundada en 1981.

En el último Capítulo de la obra, *La victimización del delincuente* el autor estudia pormenorizadamente los efectos de la victimización (en ocasiones denominada terciaria) que sufre el delincuente. La victimización de los delincuentes por la maquinaria de la justicia penal se manifiesta es muy diferentes niveles: en el ámbito legislativo, en el ámbito policiaco, en la esfera judicial y en el plano ejecutivo.

Como manifiesta LANDROVE DÍAZ se atribuye a la Victimología el objetivo de desarrollar, a través del estudio en profundidad de la víctima, un conjunto de reglas generales y de principios comunes que contribuyan al progreso y evolución de las ciencias criminológicas y jurídicas, facilitando la comprensión del fenómeno criminal, de la dinámica criminógena y de la personalidad del delincuente.

En definitiva, creo que «Victimología» constituye una sólida contribución al estudio de la víctima del delito. Una vez más GERARDO LANDROVE, catedrático de Derecho penal de la Universidad de Murcia coloca sobre el tapete un tema candente que es desarrollado, como sólo él sabe hacerlo, con genial maestría.

ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ

*Profesora titular interina de Derecho penal
Universidad de Castilla-La Mancha*

MATHIESEN, Thomas, «¿Tiene defensa la cárcel?» (Prison on Trial). Sage: London, 1990.

Thomas Mathiesen, profesor de sociología jurídica de la Universidad de Oslo, parte del crecimiento que experimenta en la mayoría de los países la población reclusa y la construcción de nuevas cárceles para preguntarse que justifica esta expansión de las cárceles, un instrumento que pareciera haber fracasado en todas aquellas finalidades que se le han atribuido, ya sea la de evitar la comisión o aumento de delitos, ya sea la de resocializar al delincuente.

Empieza pues el capítulo 2 con la *rehabilitación*. Se destaca que la ideología de la rehabilitación es tan antigua como la cárcel y siempre se ha basado en idénticos elementos: el trabajo, la escuela, la educación moral (o tratamiento) y la disciplina. Estos cuatro elementos han sido constantes, si bien el énfasis en uno u otro ha variado en el tiempo, con lo cual la finalidad resocializadora parece haber agotado su imaginación. No es sorprendente que estos cuatro elementos reflejen el intento de re-socializar a los presos en lo que Max Weber llamó la ética protestante que fue la base de la sociedad capitalista. Pero estos cuatro elementos nunca han tenido preeminencia en caso de colisión con los intereses de la cárcel, si el trabajo requería de distintas labores esto fue sacrificado en aras del beneficio mercantil, si la escuela se oponía a la seguridad se sacrificaba la escuela, si el tratamiento inquietaba a la opinión pública y generaba alarma se sacrificaba el tratamiento, etc...

En segundo lugar la rehabilitación nunca ha funcionado. Y por funcionar se entiende evitar la comisión de futuros delitos. El ya clásico estudio de Martinson (1974) que concluyó con un expresivo «nada funciona» sigue siendo válido.

No solo no funciona sino que en las condiciones actuales de sobremasificación incluso la creencia de que se desarrolla un tratamiento es dudosa. También sigue siendo válido el concepto de prisonización acuñado por Clemmer (1940) quien destacó que los presos sí se re-socializaban pero en la subcultura carcelaria, la cárcel es la «Universidad del crimen». También clásico es el estudio de Sykes (1958) señalando que esta subcultura aparece porque es la única forma de manejar los males y privaciones que causa el encarcelamiento. Por último, como mostraron McCorkle-Korn (1954) se dificulta su integración al producirse un «rechazo de los que rechazan». En conclusión, la defensa de la cárcel no puede basarse en la resocialización. Con mayor exactitud pudiera decirse que la cárcel de-socializa.

En el capítulo 3 se cuestiona la *prevención general*. Si la rehabilitación era definida como una ideología, la prevención general aparece caracterizada como un paradigma. Considerar la prevención general como un paradigma permite: i. pre-suponer que la pena tiene efectos preventivo-generales más allá de su comprobación empírica; ii. justificar todo tipo de acciones por su (presunta) eficacia preventiva; iii. invertir la carga de la prueba, debe probarse que no tiene efectos preventivos. La investigación de esta área —incluso la realizada por el campeón de la prevención general, Andenaes (1982)— apunta toda en la misma dirección: la severidad del castigo no produce efectos apreciables en el índice de delitos. Se podría argumentar que la variable fundamental es la certeza de la detención pero ello ha sido también desmentido por uno de los estudios más completos realizados por Schuman et al. (1987), que muestra que la certeza de la detención solo afecta a algunos tipos de delitos —precisamente los más triviales y que su efecto es bastante modesto. Argüir la necesidad de destinar más recursos a la policía para elevar la tasa de descubrimiento del delito ignora que esta anonimidad del delito se corresponde con las características de la sociedad moderna anónima. Solo un Estado-policía podría eventualmente descubrir todo delito.

Si bien no se utiliza el concepto de prevención general positiva, se aborda la justificación de la pena como «modificadora de actitudes». Se afirma que esta concepción se basa en la idea más bien simplista de que el mensaje contenido en la ley se «comunica» a la población. Tomando en consideración los estudios de la sociología de comunicación puede afirmarse que para que se dé esta relación es necesario un objeto, un signo y un contexto. El objeto que se comunica sería la severidad de las penas respecto de determinados comportamientos, pero la severidad de las penas y los cambios legislativos excepto cuando introducen cambios dramáticos, son escasamente apreciables por la población. El signo utilizado el lenguaje o los medios de comunicación distorsionan además este mensaje al concentrarse en lo sensacional, filtrando lo cotidiano. También el diferente contexto dificulta esta neta transmisión del mensaje legislativo, asumimos que la población a la que va dirigido lo interpreta como lo interpretamos nosotros, pero a los que va dirigido no son como nosotros —tienen un ambiente social, escolar y familiar distinto—, por lo que no se lee como un mensaje educador sino como más opresión. En otros términos, la prevención funciona para aquellos que no la necesitan y no tiene efectos para aquellos a los que va dirigida.

Más allá de su eficacia surgen las cuestiones morales acerca de la aptitud de castigar a unos para que el resto aprendan. Ello ya ha sido objetado desde antiguo como una instrumentalización del ser humano. Pero además estos «unos» son siempre los mismos, los sectores más pobres y marginales. Y ello no es casual

sino que obedece al bias sistemático del derecho penal que no solo no evita la desigualdad sino que la recrea: los comportamientos criminalizados en la ley, la posibilidad de ser detenido, la escasa capacidad de negociación, los delitos que llaman la atención, son todos factores que provocan que siempre sean los mismos sectores los utilizados para que el resto de la población aprenda.

Hay que enfatizar que no estamos en un conflicto entre nuestros valores morales y la eficacia de la pena, sino que tanto las objeciones morales como los estudios sobre la eficacia muestran el mismo resultado: la prevención general no funciona.

En el capítulo 4 se hablan de otras teorías, entre estas la que ha recibido mayor atención en la década de los ochenta es la de *incapacitación*, defendida por el influyente criminólogo norteamericano Wilson (1975). La incapacitación ha sido defendida en dos vertientes: colectiva —encarcelar a determinados grupos de riesgo con lo cual se consigue una disminución del delito. Sin embargo los estudios que se realizan en Suecia donde se introdujo la *parole* de forma automática una vez cumplida la mitad de la condena, mostraron que el número de delitos no había aumentado; en forma inversa en EEUU a pesar del gran número de gente encarcelada en el período entre 1973-1982 aumentó el índice de delitos en un 29 %. Además se observó que para obtener una reducción del 1 % debiera aumentarse la población reclusa del orden del 10 al 20 %.

Por lo que respecta a la segunda vertiente, la incapacitación selectiva aboga por el encarcelamiento de los delincuentes «verdaderamente peligrosos». Sin embargo el problema es como decidir a quien incapacitar, como predecir quien cometerá delitos en el futuro, sin caer en falsos negativos —se piensa que no reincidirá pero reincide, o falsos positivos —se piensa que reincidirá pero no lo hace. Más allá de la falta de una base certera para predecir la peligrosidad, está el hecho de que el Código penal se asienta sobre hechos pasados, en cambio para realizar tal predicción debemos mirar otras variables distintas del hecho —forma de vida, carácter— y pronosticar el futuro. Por ello la teoría de la incapacitación vulnera los principios del derecho moral. Además de las consideraciones realizadas, existen objeciones éticas respecto de considerar que la pobreza, la raza, o el consumo de drogas, son índices de peligrosidad. Las variables que se utilizan para predecir la peligrosidad —situación social y reincidencia— bien pudieran utilizarse para mitigar la pena.

Todas estas dificultades para realizar predicciones muestran que la peligrosidad es situacional, que un individuo reacciona frente a determinadas situaciones y de ahí que la mera existencia de índices sea insuficiente para fundamentar prognosis alguna. Por consiguiente la incapacitación no puede constituir un criterio de determinación de la pena, ya que no está claro que disminuya los índices de delito y es cuestionable en base a principios éticos.

Llegamos por último a la finalidad de *justicia*. No es por casualidad que también en la década de los ochenta ante el fracaso de las anteriores justificaciones se produzca un retorno al origen, defendido por von Hirsch (1986) y grupos (American Friends Service Committee) partidarios de limitar la pena de forma certera. La pena se aplica por razones de justicia, es algo merecido (just dessert) por la realización de un delito. Esta posición señala la necesidad de adecuar la pena proporcionalmente al daño realizado y a la culpabilidad del sujeto. Hay que señalar sin embargo que este mensaje neoclásico normalmente va acompañado de con-

sideraciones de utilidad de la pena. La utilidad de la pena se utiliza como justificación general del castigo en tanto la justicia aparece como el criterio concreto de aplicación.

Por lo que respecta al daño parece claro que unos delitos son más graves que otros, pero ¿cómo se mide cuanta pena merecen? El problema adicional es que términos como daño y culpabilidad necesariamente tienen que evaluarse sobre consideraciones morales, sin embargo la moralidad es algo cambiante en sociedades, épocas y grupos sociales, sometida además al influjo de campañas morales. La moralidad varía también en atención a la proximidad, como más conocemos al infractor más benevolente es nuestro juicio moral. Finalmente las teorías absolutas hablan de retribuir un mal con otro mal, como si ambos males —el delito y la cárcel— fueran entidades comparables. Como ya señaló Sykes (1958) la cárcel implica no sólo una privación de libertad sino además de bienes y servicios, de relaciones heterosexuales, de autonomía personal y de seguridad, además de un poder omnipotente y en gran medida discrecional sobre los presos. Los dos males son tan distintos que son inconmensurables. En conclusión, la cárcel no puede defenderse en nombre de la justicia.

En mi opinión, el libro de Mathiesen rebate seriamente los fines asignados por los juristas a la pena —de cárcel. Sin embargo surgen dos observaciones. Por un lado en ocasiones se observa una cierta distancia con el discurso jurídico reciente. Así por ejemplo hubiera sido de desear una mayor profundización de la prevención general positiva visto el empuje que está adquiriendo esta teoría, esto es, cuestionar el papel del derecho penal no solo como «modificador de comportamientos» sino también como «asegurador de expectativas» (Jakobs, 1976).

En segundo lugar lo que no aparece claro es si estas finalidades sólo son incumplidas con la pena de cárcel o si por el contrario esta crítica es extensible a toda pena. En el primer supuesto pienso que sería difícil encontrar algún jurista que estuviese en desacuerdo, en el segundo caso —deslegitimación del derecho penal— lo difícil sería lo contrario.

Pero hay que agradecer a Mathiesen que se haya tomado el discurso jurídico de la pena en serio. Que haya examinado todas y cada una de las finalidades de la pena y las haya sometido a crítica. El paso siguiente sería el inverso. Que los juristas se tomaran las investigaciones sociológicas de la pena en serio. Si la justificación del derecho penal es social, este existe como una «amarga necesidad», el derecho penal debe probar esta utilidad social, el derecho penal debe mostrar que está en posición de cumplir las necesidades sociales que justifican su existencia.

En el último capítulo se aborda el futuro de la cárcel. El fracaso de la cárcel exige una drástica reducción, y su final abolición. Esta debe ser sustituida por mecanismos de solidaridad con el ofensor y compensación con la víctima.

De acuerdo a Mathiesen, el objetivo es conseguir en este siglo la reducción en 2/3 partes de la población reclusa. Ello es posible sustituyendo la pena de cárcel por otras (despenalización), y reduciendo el número de delitos (descriminalización). En adición propone una disminución en la severidad de las penas, medidas de ex-carcelación (alternativas a la cárcel) y el cierre de cárceles. Hay que estar atentos sin embargo a las consecuencias indeseadas de toda nueva política. Así por ejemplo las alternativas han extendido las redes del sistema penal, por

ello la creación de alternativas debiera ir *precedido* de despenalización y/o descriminalización.

Quien haya leído a Mathiesen (1974) quedó sorprendido por la radicalidad de sus propuestas. Se trataba de abolir la cárcel sin sugerir alternativas porque estas corrían el peligro de convertirse en añadidos en vez de en sustitutos. Posteriormente (Mathiesen, 1986) se trataba de exigir una moratoria en la construcción de cárceles y las alternativas debían ser defendidas. Actualmente se trata de conseguir la reducción de un 2/3 de la población reclusa y quizá los análisis críticos de las alternativas deben ser morigerados (Mathiesen, 1990: 160-161).

Digamos rápidamente que Mathiesen no está solo en esta evolución (Larrauri, 1990). Y digamos también rápidamente que entiendo perfectamente las razones de formular dichas propuestas en términos más pragmáticos con la esperanza de ser oídos. Pero ser oídos *no* es la única función de un criminólogo. El abolicionismo, al que curiosamente Mathiesen no cita ni una sola vez a pesar de ser considerado «padre» del mismo, ha provocado la reflexión no solo de la cárcel sino de la pena y del sistema penal en su conjunto como medio de tratar los problemas sociales —del cual el delito es uno de ellos. Desde intentos de elaborar otro tipo de derecho penal (Scheerer, 1986), pasando por la negación del concepto del delito (Hulsmann, 1984) hasta la necesidad de elaborar medios alternativos de resolución de conflictos (Hanak-Stehr-Steinert, 1989). Sacrificar el bagaje teórico abolicionista por ser «utópico» y minimizar que ha permitido una revitalización teórica de la criminología, con el único afán de ser oídos parece asumir que la tarea del criminólogo es la elaboración de propuestas de política criminal realistas. Y parece asumir que a menores exigencias aumentan las posibilidades de ser escuchados. Lo primero es en mi opinión incorrecto, lo segundo dudoso.

Sorprende finalmente que en un libro destinado a acusar a la cárcel se aborde en tan poco espacio los mecanismos de sustitución. En mi opinión bien pudiera ser que *una* de las razones de la persistencia de la cárcel fuese la incapacidad para vislumbrar «qué alternativas existen». Por ello sería necesario un estudio y exposición más detallada de estos mecanismos de compensación con la víctima y solidaridad con el delincuente que los ofrecidos o citados por Mathiesen.

El proceso a la cárcel se ha realizado, el veredicto es claro: culpable. Pero me temo que la conclusión sea: ya lo sabíamos.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- Andenaes, J. (1982) «Sentencing in drunk-driving cases» en *Lov og Rett*: 115-37.
- Clemmer, D. (1940) *The Prison Community*. Holt, Rinehart and Winston: New York.
- Hanak-Stehr-Steinert (1989) *Ärgernisse und Lebenskatastrophen. Über den alltäglichen Umgang mit kriminalität*.
- Hulsmann, L.-Bernat de Celis, J. (1984) *Sistema Penal y Seguridad Ciudadana: Hacia una alternativa*. Ariel: Barcelona.
- Jakobs, G. (1976) *Schuld und Prävention*.
- Larrauri, E. (1990) «Las alternativas a la cárcel en la legislación española». Ponencia presentada en el XII Congreso Internacional de Sociología, Madrid 1990.

- Martinson, R. (1974) «What works? Questions and answers about prison reform» en *The Public Interest*: 22-54.
- Mathiesen, T. (1974) *The Politics of Abolition*. Martin Robertson: Oxford.
- (1986) «The politics of abolition» en *Contemporary Crises*.
- McCorkle-Korn (1954) «Resocialization within Walls» en *Annals of American Academy of Political and Social Science*, 293: 88-98.
- Scheerer, S. (1986) «Limits to Criminal Law» en Bianchi v. Swaaningen (eds) *Abolitionism. Towards a non-repressive approach to crime*. Free University Press: Amsterdam.
- Schuman et al. (1987) *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*. Luchterhand: Cologne.
- Sykes, G. (1958) *The Society of Captives*. Princeton University Press: Princeton.
- Uon Hirsh, A. (1986) *Past or Future Crimes: Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*. Manchester University Press: Manchester.
- Wilson, J.Q. (1975) *Thinking About Crime*. Basic Books: New York.

ELENA LARRAURI

Profesora titular de Derecho penal
Universidad Autónoma de Barcelona

VASS, A.; «Alternativas a la cárcel» (Alternatives to Prison). Sage: London, 1990.

A pesar del cierto cansancio que invade el tema de la cárcel y el de las alternativas a esta, el hecho de que la población reclusa no disminuya sino que en términos globales aumente, junto a un creciente escepticismo referido a las alternativas justifica que sigan apareciendo estudios dedicados a estos temas.

Uno de los aspectos que siempre ha intrigado respecto al tema de las alternativas a la cárcel es precisamente el momento de su surgimiento a fines de la década de los sesenta. Vass relata la crisis de la cárcel y el surgimiento de las alternativas. El despliegue de las alternativas se atribuye al fracaso de la cárcel en su lucha contra el delito, a su sobresaturación, a su coste, etc... En definitiva las razones de la descarceración parecieran obedecer a motivos exclusivamente «administrativos». Como si no hubiera existido una crítica de izquierdas a la cárcel, como si el despliegue de las alternativas no se debiera —por lo menos en parte— a los grupos de presos, a los grupos en contra de la cárcel, a los grupos de justicia informal, etc...

Pero incluso si el despliegue de las alternativas se atribuye a las esferas oficiales, hubiera sido de agradecer que el autor se plantease los motivos que han impulsado el «boom» de las alternativas en este *preciso* momento. No hay necesidad de buscar «razones oscuras» ni «conspiraciones», pero me parece evidente lo que señala Foucault (1984: 269): el fracaso de la cárcel es tan antiguo como la propia cárcel —antiguo y sabido. ¿Que factores explican el momento elegido para lanzarse a esta política descarceratoria?

De acuerdo a Vass, se elaboran alternativas con la esperanza de reducir la población reclusa. Una vez «explicado» el surgimiento de las alternativas entramos en el segundo gran tema del libro: El autor recoge las críticas repetidas