

Jonathan Simon

Juicio al encarcelamiento masivo

 edicionesDidot

1

Incapacitación total

La década de los 70 y el nacimiento de una penología extrema

Para apreciar los límites y el potencial de *Brown v. California* y el problema de la inhumanidad en las cárceles, es importante reconocer que California es para el encarcelamiento lo que Mississippi fue para la segregación —el estado que mejor ejemplifica las deformidades sociales y jurídicas de la práctica—. Aunque los californianos a menudo son tranquilizados por sus líderes con respecto a que la actual tasa de reclusión es ligeramente inferior al promedio nacional, ese argumento oculta la importancia del aumento de las tasas de encarcelamiento de California desde 1980. Asimismo, pasa por alto el papel de los Estados del Sur, que fijan el elevado promedio nacional con sus tasas históricamente elevadas y sus pautas racistas de encarcelamiento.

Entre 1977 y 1995, a lo largo y ancho del país, los estados aumentaron sus poblaciones penitenciarias, aunque a ritmos diferentes. Las causas no son desconocidas: los estados decidieron, como una cuestión de orden público, aumentar el encarcelamiento³³. Más prisiones para más

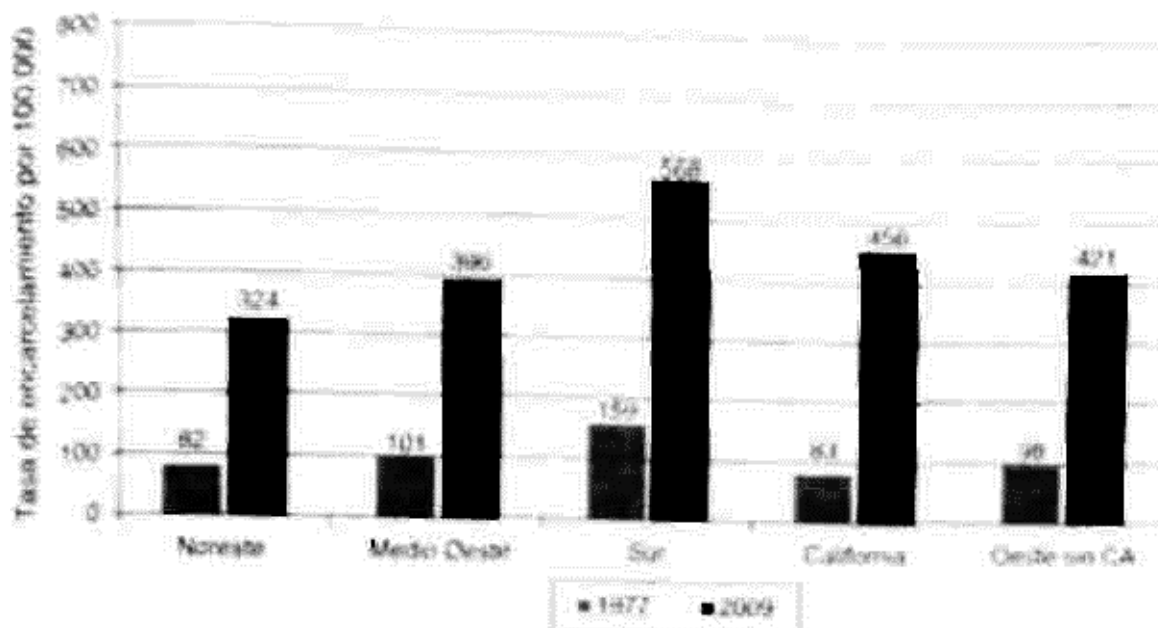
³³ Franklin E. Zimring, Gordon Hawkins y Sam Kamin, *Punishment and Democracy: Three Strikes and You're Out in California* (New York: Oxford University Press, 2003).

personas, durante más tiempo, se convirtió en el consenso bipartidista como la solución preferida para una serie de problemas sociales, especialmente los asociados con los barrios urbanos pobres que tenían altas concentraciones de minorías e inmigrantes. La tasa de encarcelamiento, expresada normalmente como el número de encarcelados por 100.000 habitantes, se cuadruplicó de 117, en 1977, a 464, en 2009. En California, la tasa pasó de 88, en 1977, a 478, en 2009, una de las oscilaciones más altas de la nación. En términos absolutos. California pasó de tener menos de 20.000 presos, en 1977, a casi 100.000, en 1990, y cerca de 160.000 en 2003.

En términos cualitativos, California comenzó la década de los 70 acogiendo uno de los sistemas correccionales más progresistas de la nación (y posiblemente del mundo), y uno de los que menos dependía de la prisión para responder a los delitos graves (*felonies*). Desde la Segunda Guerra Mundial hasta principios de la década de los 70, bajo gobernadores demócratas y republicanos, California forjó un enfoque-basado-en la evidencia, para la rehabilitación que, quizás, solo era superado por la Oficina Federal de Prisiones en su lealtad al modelo rehabilitador. Sin embargo, a partir de finales de los años 70, California mudó hacia la incapacitación total. Si el *encarcelamiento masivo* describe un sistema penitenciario varias veces multiplicado en su escala, la *incapacitación total* describe la razón de ser —a menudo expresada en eslóganes como “Usa un arma y estás acabado” o “Tres golpes y estás fuera” (*three strikes and you're out*)— que permite a un sistema de justicia penal producir y sostener esa condición.

Los patrones regionales de largo plazo en materia de encarcelamiento permanecieron constantes desde el final de la Reconstrucción hasta finales de la década de los 70. El Sur tenía la mayor población carcelaria per cápita y el Noreste la menor, mientras el Oeste y el Medio Oeste estaban en el medio. Treinta años de encarcelamiento masivo solo han cambiado ligeramente esa alineación: el Oeste superó al Medio Oeste en el segundo puesto, por detrás del Sur. Sin embargo, cuando California —mucho más poblada que cualquier otro estado de la Unión— es considerada como una región en sí misma, aparece un cambio más dramático. Con 83 presos por cada 100,000 residentes adultos, en 1977, California tuvo una tasa de encarcelamiento ligeramente superior a la del Noreste, muy por debajo del Medio Oeste, y poco más de la mitad de la del Sur.

Tasas de encarcelamiento de prisiones estatales: 1977 y 2009



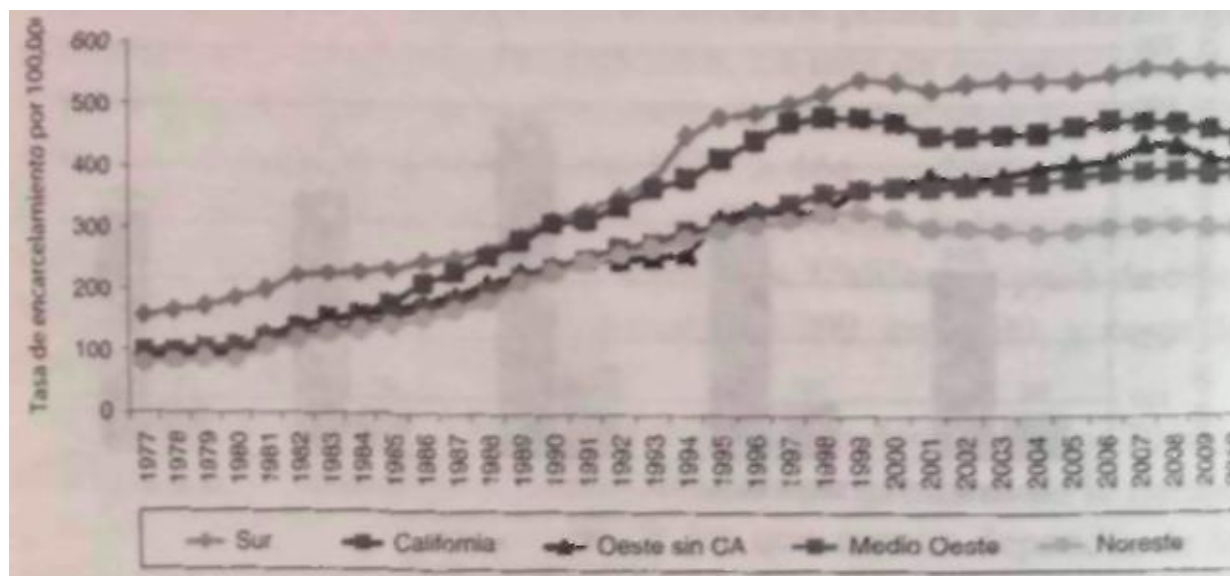
Fuente: Bureau of Justice Statistics, National Prisoner Statistics and National Prisoner Data Series: junio de 2009, diciembre de 1977; Oficina de Estadísticas

En 2009, aunque un poco por debajo de sus niveles máximos de encarcelamiento de 2006-7, California fue la segunda región más punitiva de la nación; su tasa de encarcelamiento era significativamente más alta que la del Noreste y Medio Oeste, y representaba un 80 % de la del líder del Sureste. En términos de geografía carcelaria, a finales de la década de los 90, California se movió desde el Medio Oeste progresista, como Michigan o Minnesota, al Sur regresivo, al nivel de Alabama o Arkansas. Ningún otro estado grande aumentó su tasa de encarcelamiento tanto como California —un asombroso 500 % entre 1977 y 1998—³⁴.

Esta transformación se logró mediante cambios en dos sistemas institucionales diferentes. En primer lugar, los fiscales y los tribunales de condado comenzaron a utilizar las facultades discrecionales del Código Penal para buscar condenas a prisión en los casos en que la *probation* habría sido la pena más habitual. El cambio de *probation* a prisión se intensificó a medida que las legislaturas enmendaron las leyes para alargar la duración y añadir condenas más duras.

³⁴ Tim Newburn, "Diffusion, Differentiation and Resistance in Comparative Penality", *Criminology & Criminal Justice* 10, n° 4 (nov. 2010), 341-352 -fig. 2, 349-.

Tasa de encarcelamiento de presos condenados por el estado: 1977-2010



Fuente: Paige M. Harrison, *Prisoners in Custody of State or Federal Correctional Authorities, 1977-1998* (Washington, DC: Bureau of Justice Statistics, 2000), [www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail &iid=2080](http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=2080) [Ingreso el 19 de nov. 2013]; Office of Justice Programs, *Sourcebook of Criminal Justice Statistics*. 1981 y 1984 (Washington, DC: Bureau of Justice Statistics, 1982 and 1985); y Oficina de Estadísticas. 1980, 1990, 2000, 2010, con datos intercensales estimados por región, 2000-2010, y estimados para California, 1980-2010

En segundo lugar, a nivel estatal, los ejecutivos y las legislaturas cooperaron para lanzar un programa épico de construcción de cárceles, sin el cual los tribunales podrían haber atemperado la determinación de las penas a principios de la década de los 80, a medida que aumentaba la superpoblación. En un siglo y cuarto, entre el reconocimiento como estado en 1851 y 1980, California construyó 12 cárceles. En las dos décadas siguientes, entre 1980 y 2000, se agregaron 22 más, la mayoría de ellas mucho más grandes que sus predecesoras. Incluso ese programa de construcción no estuvo a la altura del ritmo extraordinario al que California encarceló y reencarceló a sus residentes. A finales de la década de los 90, el hacinamiento crónico estaba llegando a un nivel crítico, casi el 200 % de una capacidad ya de por sí inflada, a pesar de una disminución histórica de la delincuencia³⁵.

¿Qué pasó en la transformación de California de ser un estado con un sistema carcelario de tamaño modesto y un ligero sesgo en contra de etiquetar a las personas como criminales a encarcelarlos en un

³⁵ Zimring, *The Great American Crime Decline*, op. cit.

sistema titánico con un abrumador sesgo *hacia* el etiquetamiento y encarcelamiento de delincuentes por delitos graves? Las causas precisas del cambio siguen siendo discutidas. Lo que surgió después del cambio fue una manera nueva de pensar las cárceles, los presos y la prevención del delito que estableció un sentido común durante la década de los 70. Muchos factores jugaron un papel en la reestructuración de California hacia una preferencia extrema por el encarcelamiento, incluyendo el rol de los tribunales, los sindicatos de oficiales penitenciarios, los políticos, los medios de comunicación y los votantes propietarios, pero el nuevo sentido común llevaría al *establishment* político estatal hacia un camino y una forma particularmente inhumanas y degradantes de encarcelamiento masivo³⁶.

* * *

El aura de legitimidad del encarcelamiento masivo proviene de su pretensión moral de proteger a los inocentes de los culpables y de la respuesta emocional prolongada a los temores de la década de los 70. Su “verdad” emocional se congela en las imágenes de pesadilla de la década, que continúan formando la opinión sobre las cárceles, los presos y la prevención del delito mucho tiempo después de que el contexto histórico haya desaparecido. La década de los 70 fue una etapa decisiva para las cárceles y la política penal, así como para otros aspectos de la vida política de los Estados Unidos. Si los años 60 eran años de esperanza entremezclada con días de rabia³⁷, los 70 fueron años de miedo marcados por días de horror. No es que ese tiempo carezca de ligereza —de hecho, incluso, de una cierta tontería— o que sus problemas económicos se vean tan mal en retrospectiva, pero la década de los 70 comenzó bajo la sombra del declive del país, tanto a nivel nacional como internacional.

³⁶ Jonathan Simon, “Mass Incarceration: From Social Policy, to Politics, to Problem”, en *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*, ed. Kevin Reitz y Joan Petersilia (New York: Oxford University Press, 2012), 23-52; William A. Fischel, “Homevoters, Municipal Corporate Governance, and the Benefit View of the Property Tax”, *National Tax Journal* 54, n° 1 (2001).

³⁷ Las sugerentes memorias de los años 60 de Todd Gitlin me aportan un contrapunto. Véase Todd Gitlin, *The 1960s: Years of Hope, Days of Rage* (New York: Bantam, 1993).

El delito violento estaba aumentando, el presidente y el vicepresidente eran “ladrones” que renunciaban para evitar el enjuiciamiento, la agresión estadounidense en el sudeste asiático había matado a cinco millones de personas y los Estados Unidos habían derrocado a regímenes progresistas e instalado a tiranos brutales en Irán, Guatemala, Congo, Chile y otros lugares, lo que produjo una crítica generalizada. La década de los 70 fue la de la reducción de los horizontes y la pérdida de confianza nacional.

En el ámbito doméstico, a pesar de la estabilización o disminución de los homicidios en muchos estados al fin de la década, la cultura dominante de los años 70 se basó en la creciente narrativa del miedo del delito. El fin de la década de los 60 y el comienzo de la de los 70 estuvieron marcados por una serie de masacres u homicidios en serie de alto perfil, impulsados por drogas, enfermedad mental, perversiones sexuales o todo ello junto, aparentemente por fuera del control de un sistema de prisiones y hospitales públicos cada vez más reducido.

A inicio de la década, en medio de la agitación política generada por el conflicto en Vietnam, varias rebeliones carcelarias de gran relevancia concluyeron con la muerte de funcionarios penitenciarios y presos y generaron repugnancia en todo el país (algunas de ellas fueron fabricadas por reportajes falsos, como la denuncia de que hubo presos que habían castrado a un rehén y cortado las gargantas de otros).

En California, donde los homicidios continuaron aumentando durante la década, todas estas tendencias fueron ampliadas por una industria hipertrófica de los medios y una tendencia maníaca hacia los cambios en la propia imagen³⁸.

Los sociólogos han reconocido que el “sentido común” producido por la experiencia de altos índices de criminalidad en sociedades industriales avanzadas como las de los Estados Unidos y el Reino Unido genera apoyo para políticas “duras con el delito” (*tough on crime*)³⁹. Afortunadamente, en el último tiempo se ha estudiado en detalle la forma en que este sentido común moldea la política⁴⁰.

³⁸ Joan Didion, *Where I Was From* (New York: Vintage, 2003).

³⁹ Garland, *The Culture of Control*, *op. cit*

⁴⁰ Mona Lynch, *Sunbelt Justice: Arizona and the Transformation of American Punishment* (Palo Alto, CA. Stanford University Press, 2009); y Joshua Page, *The*

En la década de los 70, los californianos no fueron los primeros en preocuparse por la delincuencia o tener una imagen nueva y alarmante del riesgo de ser víctima de aquella. Lo que fue distinto, en cambio, fue el grado en que este temor se transmitió directamente a las leyes penales y la política penal. En otros momentos de la historia estadounidense, el sentido común sobre las cárceles, los presos y el delito funcionó como un *límite* relevante de una política de justicia criminal en líneas generales progresista.

El “calentamiento” de la política penal en los años 70⁴¹, particularmente agudo en California, debido a su tradición de participación ciudadana en la legislación a través del voto de iniciativas⁴², dio como resultado una mentalidad sobre el delito, los presos y las cárceles que se convirtió en característica principal de las políticas del estado.

Primero, según el saber predominante, la mayoría de los delincuentes tienen un potencial de actividad criminal alto e inmutable, incluyendo a la violencia, aun si su delito actual no es violento. En segundo lugar, la prisión poco puede hacer para cambiar y hacer mejores a los criminales, pero sí puede impedir que pongan en peligro a personas inocentes manteniéndolos encerrados. En tercer lugar, los llamados “expertos penales” no pueden predecir qué criminales representan el mayor peligro, por lo que todos deben ser condenados a penas extensas. Cuarto, cada vez que un criminal abandona la prisión por cualquier razón, la comunidad se vuelve menos segura.

De manera temprana, en los últimos años de la década de los 70, los fiscales de California, políticamente los más cercanos al nuevo sentido común emergente sobre el delito y las prisiones, ya habían comenzado a aplicar una agenda de incapacitación total mediante el uso de su amplia discrecionalidad para acusar por los cargos más graves y así obtener condenas más largas. Para el momento en que las nuevas leyes que extendían las condenas comenzaron a acumularse, en la década de

Toughest Beat: Politics, Punishment, and the Prison Officers Union in the United States (New York: Oxford University Press, 2010).

⁴¹ Loader y Sparks, *Public Criminology?*, op. cit, Garland, *Culture of Control*, op. cit. y John Pratt, *Penal Populism* (New York: Routledge, 2007).

⁴² Zimring et al, *Punishment and Democracy*, op. cit, Vanessa Barker, *The Politics of Imprisonment: How the Democratic Process Shapes the Way America Punishes Offenders* (New York: Oxford University Press, 2009).

los 80, ya existían prácticas normativas duras a las que recurrir⁴³. En consecuencia, los patrones de encarcelamiento de California tienen poca o nula relación con las tendencias del delito. La delincuencia comenzó a bajar a principios de la década de los 80, incluso antes de que se adoptase la mayor parte de la legislación “dura con el delito”. Creció de nuevo a finales de los 80 cuando la epidemia de crack y cocaína golpeó a ciudades grandes como Los Ángeles y Oakland, y alcanzó un pico en los primeros años de la década de los 90, para luego comenzar a declinar antes de la adopción de las virulentas leyes de “*three strikes and you're out*”. Desde entonces, toda la nación experimentó una disminución del delito, que fue mucho más abrupta en California que en otros estados menos comprometidos con el encarcelamiento masivo⁴⁴.

* * *

El sentido común sobre las prisiones hace que el encarcelamiento masivo de California sea inmune a los esfuerzos conservadores para reducir el gasto y la regulación, a los movimientos liberales dirigidos hacia una reforma humanitaria, e incluso a las evidencias significativas de su incapacidad para reducir la delincuencia. Las tasas altas de prisión permanecen arraigadas incluso durante un periodo de ingresos públicos muy bajos y niveles de desempleo elevados, con independencia de que las tasas de delincuencia estén subiendo o bajando. En California, el encarcelamiento masivo no se verá profundamente afectado hasta que los supuestos falsos que lo apoyan sean públicamente desacreditados.

Nuestro sentido común sobre el delito y el castigo, como nuestros otros “imaginarios” sociales, como destaca el filósofo Charles Taylor, “no se expresan a menudo en términos teóricos”, sino que “se canalizan por medio de imágenes, historias y leyendas”⁴⁵. Esto hace muy difícil confrontar el punto de vista de sentido común con los análisis de políticas

⁴³ Las diferentes causas del crecimiento de la población presa en California desde el inicio del encarcelamiento masivo son analizadas por Franklin E. Zimring en “Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience”, *Stanford Law Review* 58 [2005], 323.

⁴⁴ Zimring et al., *Punishment and Democracy*, op. cit.

⁴⁵ Charles Taylor, *Modern Social Imaginaries* (Durham, NC: Duke University Press, 2003), 22.

y la ciencia social empírica, pero no Imposible. Tales imaginarios llevan consigo, según Taylor, “una idea de cómo [las cosas] deben ir, de qué errores invalidarían la práctica”⁴⁶. El aspecto más prometedor de la crisis jurídica de las cárceles en California, y de la crisis medica humanitaria que subyace a ella, es precisamente la capacidad de las historias contadas en los tribunales de desafiar este sentido común arraigado con nuevas caracterizaciones y lecciones que ponen en cuestionamiento la moralidad y legitimidad del encarcelamiento masivo,

La narrativa de justicia penal acogida por California en la década de los 70 se basó en un paradigma bien adaptado a la nueva economía del estado, como una sociedad de propietarios de viviendas suburbanas que se modernizaba rápidamente; el ciudadano propietario contra la intención del criminal depredador de invadir su hogar y violentar la familia. Alrededor de este temor primitivo, en la década de los 70 surgieron varias líneas de opinión importantes, todas haciendo hincapié en la vulnerabilidad de las víctimas, la naturaleza intrínsecamente violenta de los depredadores criminales y la desconfianza ante los establecimientos penitenciarios orientados a la rehabilitación y sus expertos. La década también produjo imágenes icónicas de delitos y presos que continúan circulando incluso hoy como las amenazas imaginadas que subyacen a los discursos más populares sobre el delito. Una de estas imágenes fue la del preso como terrorista revolucionario comprometido con una guerra insoluble con el Estado y sus agentes. Otra fue la del asesino en serie, el delincuente como mente criminal psicópata conducido a la violencia horrificada por deseos irracionales, capaz de matar una y otra vez. Desde los años 70, estos estereotipos, actualizados con las últimas características, se han mantenido como iconos en la cultura popular (periodismo de sucesos) y en la criminología científica, a pesar de que juntos solo representan una pequeña parte de, incluso, el más violento subconjunto de criminales.

* * *

El nuevo sentido común de la década de los 70 sobre los presos reemplazó una narrativa muy diferente que se había difundido durante la mayor parte de la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial. De

⁴⁶ Ibidem, 24.

acuerdo con lo que los historiadores pueden contar teniendo en cuenta los medios de comunicación y la cultura popular, a finales de los años 60 el interés público y la simpatía por los presos se acercaba a su momento álgido. Aunque los crímenes violentos ya eran un tema de preocupación pública muy visible, otras tendencias culturales, especialmente la amplia acogida de los valores de los derechos civiles asociados con el liderazgo de Martin Luther King Jr. y el prestigio de las *ciencias sociales* (que estaban de algún modo cautivadas con el proyecto de la penología rehabilitadora), inclinó el panorama mediático, al menos modestamente, en favor de los encarcelados. Irónicamente, en vísperas de una campaña dura contra el delito, los californianos veían a los presos de manera más comprensiva en 1970 que en 1960 o 1950.

El movimiento por los derechos civiles fue una contribución importante en esta simpatía hacia los presos. Después de todo, un porcentaje desproporcionado de presos estadounidenses, tanto entonces como ahora, eran afroamericanos y latinos, personas sistemáticamente privadas de la igualdad de derechos. Las prisiones formaban parte de un sistema penal que era habitualmente arbitrario, secreto y racista.

La ciencia social estadounidense, que disfrutaba de un período de prestigio a nivel nacional, también contribuyó a esta mejora en la valoración social de los presos. La mayoría de los científicos sociales de la Era Progresista (las décadas que van desde 1880 hasta la de los años 20) aceptaron la categorización de los delincuentes como sujetos distintos cuyos patrones de vida podrían entenderse mejor utilizando el modelo de patología tomado de la medicina. Sin embargo, a principios de la década de los 60, académicos influyentes trataron el delito y la delincuencia como parte del problema más amplio de la desviación y los modelos de vida en una sociedad postradicional que hizo responsables a todas las personas, pero especialmente a los jóvenes, de forjar su propio futuro⁴⁷.

Para los científicos sociales, las prisiones eran microcosmos sociales donde los individuos luchaban para producir vidas con sentido dentro de estructuras de inequidad y privación. La “sociedad” de los cautivos, como Gresham Sykes la llamó, reveló el poder de la adaptación, en la

⁴⁷ Un ejemplo influyente fue Howard Becker, *The Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance* (New York: The Free Press, 1963). Hay traducción al español: *Outsiders: Hacia una Sociología de la desviación* (Madrid: Siglo XXI, 2009).

medida en que actores atrapados en una cultura forzada de privación crearon nuevas instituciones sociales para compensar aquellas de las que habían sido separados⁴⁸. Para los sociólogos de la década de los 60, esto significaba malas noticias para la empresa rehabilitadora, porque se basaba en la oportunidad de recomponer a los presos con más facilidad al excluirlos de la sociedad. En cambio, la sociedad de presos podría negar el impacto de los regímenes de tratamiento, o incluso producir un mayor compromiso con la criminalidad. Este pesimismo sobre el encarcelamiento se veía acompañado por un importante grado de simpatía por la posición del preso individual. Tanto si la ciencia social influyó en la cultura popular o simplemente siguió los mismos caminos narrativos, podemos ver la misma actitud en los argumentos de libros y películas populares como *Cool Hand Luke* (1967) (NdT: se conoció como *La leyenda del indomable*), o la serie televisiva británica *The Prisoner* (1967-1968). Estas narrativas sugerían que los presos protagonizaban una batalla del individuo contra el poder totalitario del Estado.

Esta inclinación positiva hacia los presos se revirtió dramáticamente en los años 70. Dos eventos interrelacionados a principios de la década desempeñaron un papel extraordinario. La violenta toma de la prisión estatal de San Quentin (California) en agosto de 1971 y el levantamiento en la prisión estatal de Attica, en Nueva York, dos semanas después, seguidas por reafirmaciones aún más violentas de la autoridad estatal en ambas prisiones, comenzaron la década con sangre y horror. En la medida en que estos incidentes de violencia extraordinaria tuvieron lugar en dos de los estados más grandes del país —que también se enorgullecían de ser dos de los sistemas más progresistas, orientados a la rehabilitación—, y debido a que California y Nueva York también eran centrales para los medios de comunicación del país, ambos acontecimientos adquirieron importancia nacional. La cobertura de los principales medios ayudó a definir a los presos en un momento de creciente ansiedad por la delincuencia y la capacidad del gobierno para responder a ella.

Las rebeliones en las cárceles tuvieron amplios efectos para diferentes audiencias. Para la minoría que apoyaba a los presos en su lucha por los

⁴⁸ Gresham Sykes, *Society of Captives: A Study of a Máximum Security Prison* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1958). Hay traducción al español: *La sociedad de los cautivos: Estudio de una cárcel de máxima seguridad* (Buenos Aires, Siglo XXI, 2017).

derechos civiles, las represalias asesinas confirmaron los peores temores sobre las atenciones autoritarias del *establishment* penitenciario. Para parte del público general potencialmente simpatizante de los presos, pero también muy alarmado por el delito y dependiente de informes sesgados la violencia de ambos lados fue achacada a los presos y se convirtió en parte de una mirada más dura sobre los delincuentes. Sin duda, el hecho de que la población carcelaria que se hizo visible como consecuencia de estos acontecimientos fuera predominantemente afroamericana y latina, en contraste a cuando la ciencia social y la cultura popular habían definido la historia de las cárceles en la década de los 40, puede haber facilitado la rápida disminución de la simpatía y el aumento del miedo. Para la fuerza de los agentes penitenciarios, mucho menor pero cada vez más politizada, los acontecimientos representaron tanto la amenaza directa de una insurgencia duradera de los presos como la amenaza indirecta de la simpatía pública hacia ellos.

En California, donde el interés público y la simpatía por los presos quizás fuesen los más altos de la nación durante la década de los 60 y principios del decenio de los 70, el apoyo al movimiento de los derechos de los presos había ido creciendo más allá de su fortaleza tradicional en la izquierda, y podría haber dado lugar a una reforma de la prisión y de las penas en el transcurso de la década⁴⁹. Sin embargo, en medio de este aumento de la atención pública a los presos, el giro hacia la retórica radical y la acción violenta detrás de las rejas, enormemente ampliado por los actores estatales, los medios de comunicación y el sindicato de agentes penitenciarios, produjo una imagen pública perdurable de los presos como revolucionarios terroristas comprometidos en una lucha interminable con la cárcel y la sociedad —una imagen que, en última instancia, debilitó el movimiento de los derechos de los presos—⁵⁰.

Los presos llegaron a identificarse con un hombre, un brillante y carismático preso afroamericano, teórico político y revolucionario, George Jackson. En la medida en que la historia de Jackson no es tan conocida fuera de California, vale la pena recordarla porque estableció

⁴⁹ Una muestra de ese apoyo se refleja en la adopción legislativa del *Bill of rights* de los presos en 1975; véase “Senate Panel Passes Bill to Repeal Prisoners Bill of Rights”, *Los Angeles Times*, 5/4/1994.

⁵⁰ Eric Cummins, *The Rise and Fall of California's Radical Prison Movement* (Palo Alto, CA: Stanford University Press, 1996).

los términos de la política estatal de expansión carcelaria en los años 80 y proporcionó un ícono del convicto como revolucionario-terrorista que reajustaría el sentido común nacional sobre las cárceles y los presos. Jackson fue enviado a la cárcel en 1960 para cumplir una condena de un año o menos, pero había cumplido más de una década cuando murió en 1971, como consecuencia de la ley de sentencia indeterminada de California que permitía que el estado encarcelase a la mayoría de los delincuentes hasta que se rehabilitasen. Jackson se educó en prisión y finalmente llegó a ser un líder de los presos negros y del Partido de las Panteras Negras a nivel nacional. Se convirtió en un vínculo destacado entre el movimiento de los presos y los movimientos negros nacionalistas y radicales. En el exterior, su libro, *Soledad Brother: The Prison Letters of George Jackson*, recibió críticas brillantes y se convirtió en un *bestseller*. Para los muchos que se impresionaron e inspiraron por George Jackson como escritor y teórico político, el tratamiento de Jackson revelaba un sistema jurídico que mantenía a sus presos bajo amenaza de encarcelamiento permanente, sin importar la gravedad del delito⁵¹, lo que demostraba su totalitarismo y racismo. La descripción que se hacía en el libro de las regulaciones racistas y arbitrarias dentro de las prisiones de California resonó en la visión dominante emergente y se difundió mucho más allá del ámbito de la izquierda radical.

En el interior, Jackson fue acusado por las autoridades penitenciarias de liderar una campaña de represalia violenta contra los funcionarios penitenciarios y los presos blancos. Jackson fue colocado, junto con

⁵¹ Esa amenaza de perpetuidad era el significado formal de la Ley de Penas Indeterminadas de California, bajo la cual Jackson fue sentenciado, junto con casi todos los californianos condenados por delitos desde 1944 hasta 1976. Los crímenes conllevaban penas de seis meses a prisión perpetua, mientras que la "Autoridad de Adultos" de carácter administrativo, era la responsable de establecer una fecha presumible de liberación basada en consideraciones de rehabilitación y sujeta a una revisión. En la práctica, el sistema parece haber operado según unas pautas generales que prestaban poca atención a los factores individuales, pero que podían variar fácilmente en un caso como el de Jackson, en que el preso individual era visto como un enemigo de la autoridad penitenciaria. Véase Sheldon Messinger y Philip Johnson, "California's Determinate Sentencing Statute: History and Issues en *Determinate Sentencing: Reform or Regression?* Proceedings of the Special Conference on Determinate Sentencing, June 2-3, 1977 National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice, Law Enforcement Assistance Administration (Washington, DC: U.S. Department of Justice, 1978), 15-17.

varios de sus compañeros, en la unidad disciplinaria especial de San Quentin, debido a una acusación por homicidio en primer grado, que añadía la posibilidad de una condena a muerte a la pena de prisión perpetua que ya estaba cumpliendo. Anticipo de las cárceles de máxima seguridad de hoy en día, el Centro de Ajuste en San Quentin incluía el confinamiento solitario y la exclusión de los programas penitenciarios y el trabajo carcelario. El 21 de agosto de 1971, en el marco de unos hechos que nunca se han explicado por completo, Jackson obtuvo una pistola y comenzó a liberar presos y tomar a agentes penitenciarios como rehenes dentro del Centro de Ajuste. La siguiente descripción proviene de una de las numerosas apelaciones de Johnny Spain, el hombre de confianza de Jackson que, a diferencia de este último, sobrevivió a la toma y se convirtió en el único preso condenado por los homicidios:

“El 21 de agosto de 1971 hubo un estallido de violencia mortal en el Centro de Ajuste. George Jackson, también miembro del Partido de las Panteras Negras, regresó al Centro de Ajuste después de reunirse con su abogado, Stephen Bingham. Cuando los Guardias encontraron una vaina de bala en Jackson, este sacó una pistola de debajo su peluca y obligó a uno de los guardias presentes a abrir las celdas de otros presos. Muchos de los presos, incluido Spain, salieron de sus celdas. Hubo testimonios de que Spain intervino en atar a los guardias y llevarlos a las celdas, donde posteriormente fueron agredidos. Se lo vio acercándose a los guardias con un cable de auriculares en sus manos. El cordón era del tipo del que se usó para atar a los guardias. También hubo testimonios de que en un momento tomó la pistola de Jackson, que se utilizó para asesinar a dos de los guardias.

Cuando sonó una alarma, Jackson y Spain salieron del Centro de Ajuste, Jackson con un arma en la mano y Spain con algunas llaves. Jackson fue alcanzado por los guardias y murió instantáneamente. Spain se guareció en unos arbustos donde se lo encontró escondido. Cuando se restableció el orden, quedaron al descubierto las consecuencias de la violencia: un funcionario se había desangrado debido a una herida en el cuello; dos habían muerto por tiros en la cabeza; a otros tres les rajaron la garganta, pero sobrevivieron; y dos presos murieron por heridas similares. El Directo calificó el incidente como el peor en sus ocho años en el cargo”⁵².

A donde fuera que los escritos políticos y la movilización carcelaria de Jackson pudieran haberle conducido si hubiera vivido, su muerte y

⁵² *Spain v. Rushen*, 883 F. 2d 712 (1989).

el hecho de que tanto admiradores como enemigos a menudo sobrevaloraron su violento legado produjeron una de las imágenes definitorias del preso como amenaza a la sociedad. El historiador Eric Cummins retome la carrera póstuma de Jackson:

“De todos modos, el verdadero George Jackson rápidamente se hizo insignificante

Para aquellos que se habían apropiado de su mito como propio, para las [violentas facciones revolucionarias] BGF [Familia de Guerrilla Negra] y el SLA [Ejército Symbionese de Liberación], Jackson era ahora el Dragón, que les había transmitido el foco táctico para la lucha futura. Para la Asociación de Funcionarios Penitenciarios de California y otros grupos de la derecha, por el contrario, la memoria de Jackson se convertiría en un elemento de movilización a favor de un contraataque (backlash) conservador contra la reforma de las prisiones”⁵³.

La muerte de Jackson galvanizó la burocracia penitenciaria de California y reformó el modo de pensar de toda una generación. Pero el sentido común nacional sobre las cárceles podría haber sobrevivido a su muerte dramática si sus imágenes más violentas no se hubieran reproducido de manera aún más espectacular e icónica, apenas un mes después, en una prisión de otro estado grande y objeto de atención mediática: la Prisión Estatal de Attica en Nueva York,

En Attica, una alianza bien organizada de prisioneros de todas las razas había ido ganando fuerza e interés público por su campaña contra las malas condiciones, especialmente en las instalaciones médicas, de las cárceles de Nueva York. Movidos por las noticias de la muerte de Jackson y por las acciones abusivas de los funcionarios penitenciarios, los presos se apoderaron de la prisión el 9 de septiembre de 1971; tomaron como rehenes 33 prisioneros y presentaron a las autoridades una lista de demandas cuyo cumplimiento exigían antes de aceptar la restitución de la normalidad en la prisión. La mayoría de estas demandas eran mejoras básicas de las condiciones penitenciarias, y algunas interpretaciones sugieren que las autoridades estaban cerca de aceptar prácticamente todas ellas, excepto la demanda de amnistía para los líderes rebeldes. Pero con la atención pública nacional centrada en la prisión, el gobernador Nelson Rockefeller tomó la decisión de cortar las negociaciones y

⁵³ Cummins, *The Rise and Fall*, op. cit, 213.

ordenó una recuperación violenta de la prisión. Bajo una barrera de gases lacrimógenos, más de 600 funcionarios penitenciarios y policías estatales, muchos de ellos armados con armas personales, ingresaron en la prisión y mataron a 29 presos y a 11 de los rehenes, en una incesante lluvia de balas.

La recuperación innecesariamente letal de la prisión podría haber terminado impactando contra el gobernador y reivindicando a los presos que estaban representados por periodistas y abogados respetados. Pero como documenta la historiadora Heather Thompson, los responsables estatales decidieron mentir.

“Los responsables políticos que se encontraban fuera de Attica después del asalto miraron directamente a las cámaras de televisión y declararon que todos los rehenes murieron degollados por los internos. Peor aún, dijeron que un guardia había sido castrado y que el recluso que lo hizo le había metido posteriormente los testículos en la boca (...). Más trágicamente aún, esta versión “oficial” de lo que había salido tan mal en Attica es la que apareció en la primera página de cientos de periódicos de todo el país, del reconocido *New York Times* a *Los Angeles Times*, y también en muchos periódicos de ciudades pequeñas. Y cualquier rastro de simpatía por la difícil situación de los encarcelados, en el sentido de que necesitaban tener voz en la sociedad estadounidense o tener defensores en el ámbito de la ciudadanía, comenzó a evaporarse”⁵⁴.

Ningún funcionario estatal fue acusado por aquella atrocidad. Aunque la historia oficial fue rápidamente desacreditada por los medios de élite, rara vez se corrigió en los medios masivos y Attica se convirtió en un evento definitorio para las cárceles de la próxima generación. Entre la muerte de George Jackson y la recuperación de Attica, se conformó un nuevo sentido común sobre los presos. Aunque fue el Estado quien mató a los rehenes de Attica, la historia de presos revolucionarios sádicos llevó a los funcionarios penitenciarios a demandar castigos más severos. Las tensiones se incrementaron en ambos bandos. Las agresiones contra el personal, raras en California antes de fines de los años 60 comenzaron a crecer rápidamente: de 32, en 1969, a 84, en 1973. Mientras que la violencia desapareció pronto, la percepción de los funcionarios penitenciarios de California de que enfrentaban una guerra sin fin con

⁵⁴ Heather Thompson, “The Lingering Injustice of Attica”, *New York Times*, 8/9/2011, A31.

los presos se estableció firmemente y generó apoyo para una campaña sindical que se identificaba más con las víctimas del delito que con otros trabajadores estatales, como docentes o enfermeras⁵⁵.

Por supuesto, las imágenes por sí solas no forjan políticas. En Nueva York, California y cualquier otro estado, las dos décadas siguientes verían cómo una coalición exitosa de policías, funcionarios penitenciarios, políticos y expertos exigirían y recibirían una panoplia de nuevas leyes con penas de prisión más largas, condiciones de cárcel más duras, más ejecuciones y más poder otorgado a las agencias penales⁵⁶. Aunque los levantamientos de presos terminaron casi tan rápidamente como comenzaron, la imagen, en gran parte falsa, del preso como revolucionario terrorista reemplazó la imagen del preso como una especie de sujeto anónimo desesperado, culpable de sus crímenes, tal vez, pero desvalido contra la deshumanización de la prisión y la injusticia de la sociedad exterior. Esta imagen se remonta a los films sobre las prisiones de grandes dimensiones (*Big House*) de la década de los 30, pero no sería evocada nuevamente hasta los picos del encarcelamiento masivo, cuando *Shawshank Redemption* (1994) (NdT: se conoció como *Sueños de libertad* en hispanoamérica) volvió a mirar al pasado para representar a los presos con simpatía.

Esta narrativa cambiante fue acompañada por un cambio en la composición de la población penitenciaria⁵⁷. La imagen más antigua de los presos, invariablemente blancos, era a menudo objeto de simpatía implícita. Lo que realmente amenazaba de sus carreras criminales había sido puesto en suspenso o terminado debido a su encarcelamiento. La nueva imagen representaba al preso como una amenaza letal implacable no solo para los funcionarios de prisiones, sino para los ciudadanos

⁵⁵ De hecho, casi cuarenta años después de su muerte, la imagen de George Jackson sigue teniendo influencia sobre la organización penitenciaria en California. En 2004, cuando el ex líder pandillero Stanley “Tookie” Williams, convertido en antipandillas, se enfrentó a la ejecución en San Quentin y recibió un apoyo inusualmente amplio por parte de políticos y medios de comunicación a la petición de indulto, la negativa al indulto por parte del gobernador Schwarzenegger citó específicamente la identificación de Williams con George Jackson como evidencia de su falta de reforma.

⁵⁶ Page, *The Toughest Beat*, op. cit; Katherine Beckett, *Making Crime Pay: Law and Order in Contemporary American Politics* (New York: Oxford University Press, 1997).

⁵⁷ John Irwin, *Prisons in Turmoil* (Boston: Little, Brown, 1980).

comunes en sus hogares. El nuevo preso irónico, con frecuencia negro o de piel oscura, representaba una amenaza inmutable que la prisión apenas podía contener. Esta imagen facilitó el mensaje de la coalición emergente que apoyaba el encarcelamiento masivo. Pendía como una espada de Damocles sobre toda una generación de grupos y celebridades liberales que habían defendido los derechos de los presos en la década de los 60 pero que atemperaron el debate después de la década de los 70.

* * *

La década de los 70 también fue testigo del surgimiento de nuevas imágenes poderosas del delito violento fuera de la cárcel, con fuertes implicancias para la justicia penal, ya que un conjunto de asesinos en serie presentados como monstruosos ayudaron a moldear nuestro sentido común sobre la prevención del delito. California fue, de nuevo, el epicentro a nivel nacional, por la cantidad y el grado de publicidad de los casos de asesinatos en serie. Entre 1969 y 1979, se produjeron en California una multitud de homicidios en serie, con más de 150 víctimas confirmadas. Como fenómeno criminológico, los homicidios en serie siguieron aproximadamente el mismo patrón histórico de la violencia en general, con aumentos registrados en los años 60 hasta la década de los 80 y una disminución desde el inicio de la década de los 90⁵⁸. En este contexto, California no tuvo, en realidad, un número desproporcionado de asesinos en serie. Pero los temores exagerados y las expectativas que generaba el fenómeno, junto con la concentración de medios de comunicación que hay en el estado, aseguraron que sus experiencias con estos delitos de extrema gravedad marcaran la conciencia pública, incluso cuando el número de nuevos incidentes había disminuido.

Un resultado muy visible de ello fue el lugar permanente que han ocupado los asesinos en serie en la cultura popular —en “películas *slasher*”, como *Martes 13*, *Halloween* y *Pesadilla en Elm Street*, así como en películas convencionales como *El silencio de los inocentes* (NdT: “de los corderos”, según la traducción literal)⁵⁹. Pero aunque los ciudadanos pagaran

⁵⁸ James Alan Fox y Jack Levin, *Extreme Killing; Understanding Serial and Mass Murder* (Thousand Oaks, CA: Sage, 2005).

⁵⁹ El género de las películas que representan gráficamente asesinos psicópatas tiene raíces en la década de los 30, pero no se consolidó hasta los años 70, cuando

dinero para estimularse viendo a los depredadores en las películas, en la vida real la consecuencia fue un endurecimiento de las actitudes hacia los criminales y los presos. La rehabilitación no era una opción para los asesinos en serie, que podrían utilizar las presunciones terapéuticas del tratamiento para manipular su camino hacia la libertad. El asesino en serie fue un *memé* para el nuevo sentido Común sobre los delincuentes en general, es decir, que *todos* ellos eran inmutables en su criminalidad, pero meticulosos y flexibles en sus elecciones depredadoras

El debate nacional sobre la pena de muerte fue un terreno político en el que el asesino en serie (junto con el convicto revolucionario) pasó inmediatamente a jugar un papel. La decisión del Tribunal Supremo de 1972 *Furman v. Georgia*, que derribó todas las leyes estatales de pena de muerte (aunque dejó la puerta abierta a un proceso “reformado” de condena a muerte), se produjo cuando los homicidios en serie, iniciados a principios de la década de los 60, continuaron en la década siguiente. De hecho, Charles Manson y su cohorte habían sido condenados a muerte solo un año antes de que la Corte Suprema de California anticipara a *Furman* por varios meses y anulase la ley estatal de pena capital como violación a la Constitución estadounidense⁶⁰. Muchas personas se opusieron a la pena de muerte debido a preocupaciones sobre el racismo y la falibilidad judicial, pero homicidas famosos como Manson suponían un ejemplo tal que incluso quienes cuestionaban la pena capital podrían apoyar las ejecuciones en estos casos⁶¹. Como resultado de la decisión *Furman*,

se convirtió en una de las fórmulas cinematográficas más potentes y duraderas de Hollywood. Sigue gozando de una audiencia constante, pero el momento álgido pudo ser en 1983, cuando casi el 60 % de las ventas de boletos se debió a películas *slasher*. Véase ‘Slasher Film’ en Wikipedia: www.wikipedia.org/wiki/Slasherfilm. La marca ha continuado, en forma más irónica, en aclamadas series de televisión contemporáneas, como *The Wire* (temporada 5) y *Dexter*.

⁶⁰ *People v. Anderson*, 493 P.2d 880, 6 Cal. 3d 628 (Cal. 1972).

⁶¹ Charles Manson y su “familia” fueron quizás el símbolo más duradero del mal que surgió a finales de la década de los 60. Los horrorosos asesinatos de Sharon Tate y otras cuatro personas en la casa elegante que Tate compartía con Román Polanski en las colinas de Hollywood, en agosto de 1969, y los asesinatos igualmente sangrientos de Leno y Rosemary LaBianca en un barrio más urbano, pero igualmente acomodado y seguro, una semana después, produjo una ola de miedo en Los Angeles y gran parte del mundo. Manson y sus seguidores han sido objeto de docenas de películas y han inspirado muchas otras, por lo que el horror permanece

todos los presos en el corredor de la muerte en los Estados Unidos vieron sustituidas sus condenas por penas alternativas. Como las leyes de libertad condicional en todo el país eran a menudo bastante indulgentes a la hora de permitir la liberación temprana, incluso en el caso de sujetos con penas de prisión perpetua, los ex condenados a muerte podrían acceder a la libertad condicional en un futuro relativamente cercano. En California, tras *Furman*, los homicidas en primer grado serían elegibles para la libertad condicional después de siete años, lo que significaba que los miembros de la familia Manson podrían ser excarcelados antes del final de la década (aunque se les denegó la excarcelación repetidamente en las décadas siguientes). Los asesinos seriales también moldearon las actitudes públicas hacia quienes cometían delitos mucho menos graves, como robo, robo de tarjetas de crédito y tráfico de drogas a pequeña escala; la mitología que los asesinos en serie ayudaron a crear sugería que, lejos de ser tranquilizadores, los delitos leves podían indicar un predador en potencia.

El mercado de libros sobre crímenes reales y los programas de televisión sobre asesinos seriales está aún muy vivo. Como le gusta recordar a los perfiladores criminales, el asesino en serie real es sorprendentemente más viejo, más blanco y más de clase media que los “sospechosos habituales” en las narrativas de delitos violentos. Esto hace del asesino en serie un complemento de los convictos revolucionarios, que generalmente son de piel oscura. Como una imagen icónica, los asesinos en serie traen la amenaza del homicidio en espacios imaginados como seguros, de blancos y de clase media. El asesino en serie eludió todas las protecciones ambientales a las que los ciudadanos de clase media podían acceder cuando se trasladaron desde los centros de las ciudades a los barrios suburbanos de clase media blanca (o crecientemente asiática), accesibles solo por automóvil. A menudo, asesinos seriales blancos y de clase media invadían casas de vecindarios agradables y atacaban a las personas en entornos recreativos no urbanos; o quizás lo más aterrador de todo, las abordaban en puntos vulnerables en las omnipresentes autopistas de California, que eran el espacio público ineludible del nuevo estilo de vida residencial suburbana.

vivo incluso cuando los personajes de referencia envejecen y mueren después de cuatro largas décadas de encarcelamiento. Ed Sanders, *The Family* (Nueva York: Thunder's Mouth Press, 2002).

La amenaza del asesino en serie era una prueba poderosa para un nuevo sentido común sobre la prevención del delito. Enseñó a los ciudadanos un número de “lecciones” que venían a decir que incluso las personas aparentemente normales son capaces de descender rápidamente hacia la violencia letal precipitados por la pérdida de los límites morales del yo, especialmente cuando son ayudados por poderosos fármacos psicotrópicos. Factores sociológicos que no son de fácil identificación puedan predecir adecuadamente esta clase de aberración, que casi siempre concurre junto con un patrón general de violación de la ley. Una vez que una persona ha abandonado los límites morales, se suponía, los deseos menores del yo pueden conducir a la criminalidad del mismo modo que los más intensos y atroces. Dicha persona no siempre tendrá antecedentes penales, pues la policía y los tribunales están lejos de ser perfectos. Por lo tanto, el sistema jurídico debe incapacitar a los autores de todos los delitos cuando sean detenidos por primera vez, ante la posibilidad de que se deslicen hacia la violencia letal. Muchos asesinos en serie de California habían sido confinados anteriormente en cárceles de menores, hospitales psiquiátricos o prisiones para adultos, y algunos en los tres tipos de instituciones. Así, junto con la aterradora imagen emblemática del asesino en serie como una mente criminal, surgió una burocracia estatal desorientada o ingenua que tenía expectativas de proteger a los californianos de los peores tipos de criminales violentos.

Los presos revolucionarios y los asesinos en serie californianos de la década de los 70, junto con los entramados políticos y mediáticos, ayudaron a modelar el sentido común sobre las prisiones, los presos y la prevención del delito, en dos sentidos. En primer lugar, una concepción establecida hace tiempo de los presos como desvalidos y cambiantes fue reemplazada por la imagen de un monstruo, una criatura implacable, de violencia predatoria inmotivada. En segundo lugar, el amplio rango de medidas penales del siglo XX en respuesta a los delitos graves, incluyendo la supervisión en la comunidad⁶², se redujo dramáticamente, de modo que el aislamiento físico en prisiones orientadas a la seguridad llegó a ser la única forma confiable de control estatal de la delincuencia. Si bien la era del encarcelamiento masivo supuso el encarcelamiento de una amplia población de delincuentes marginales, los casos más raros, pero emblemáticos

⁶² Como alternativa al encarcelamiento y como forma de control y tratamiento administrado por el sistema de salud mental del estado.

—revolucionarios y asesinos en serie, en su mayoría de una era pasada— formarían el patrón sobre el que se construiría el nuevo sistema.

* * *

En nuestro sistema federal, los estados tienen amplia discreción para determinar los fines de la prisión y los tribunales difieren considerablemente en estos fundamentos al pronunciarse sobre la constitucionalidad de cualquiera de las prácticas objeto de enjuiciamiento. En las décadas de los años 70 y 80. los tribunales recurrían al compromiso prioritario con la rehabilitación al declarar la inconstitucionalidad de prácticas no rehabilitadoras⁶³. Más recientemente, en cambio, la Corte Suprema ha citado la preferencia de California por la incapacitación y la disuasión al sostener prácticas punitivas como las leyes de *three strikes*⁶⁴.

En tiempos tan recientes como el comienzo de la década de los 70. el tratamiento o la rehabilitación se asumían, de forma casi incontestada. como el fundamento moderno para el encarcelamiento. Mientras la rehabilitación y sus instituciones correlativas, como la libertad condicional. rieron siempre vistas escépticamente por el público general y los medios de comunicación, se asumían de forma general por jueces, abogados y políticos, a finales de la década de los 60⁶⁵.

A partir de la década de los 70, sin embargo, muchos juristas influyentes comenzaron a criticar abiertamente la rehabilitación, no sobre la base de que era insuficientemente punitiva (la mayoría eran liberales no particularmente interesados en castigos mayores), sino motivados en que, al tratar al preso como un objeto que debía “repararse”, la penología rehabilitadora negaba su dignidad”, entendida en gran medida como “autonomía”. Esta postura formaba parte de una comprensión legal de la “dignidad humana”, un concepto revitalizado en el Derecho público de muchas democracias en respuesta a las atrocidades de la segunda Guerra Mundial, y reflejada en documentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948.

⁶³ Feeley y Rubín, *Judicial Policy Making*, op. cit.

⁶⁴ *Ewing v. California*, 538 U.S. U (2003)

⁶⁵ Michael Tonry (ed.). *Retributivism Has a Past: Has It a Future?* (New York: Oxford University Press. 2011).

En la década de los 70, este movimiento sobre la dignidad llegó a las leyes de determinación de la pena. Basándose en la influyente interpretación del castigo como una obligación moral, del filósofo del siglo XVIII Emanuel Kant, muchos juristas y filósofos de esta primera oleada del “pensamiento de la dignidad” afirmaron que el uso de seres humanos, incluso criminales, como un medio para alcanzar objetivos sociales, tales como la prevención, violaba su dignidad, y que solo el objetivo de castigo por el mal cometido respetaba verdaderamente la autonomía del preso como persona igual en dignidad a cualquier otra. Aunque la preferencia de Kant por el castigo como un bien moral estaba enmarcada en su complejo (y para los lectores, prácticamente incomprensible) planteamiento metafísico, los defensores del “justo merecimiento”, de la década de los 70, no compartían ni aquella metafísica ni su aceptación del sufrimiento. En su lugar, argumentaron en favor de condenas cortas y proporcionales a la gravedad del delito⁶⁶. Para muchos, un retorno a un modesto retribucionismo era una manera de limitar el poder arbitrario del Estado y asegurar la igualdad a todos los presos, sin importar su raza.

En retrospectiva, los debates de la década de los 70 sobre la cárcel parecen extrañamente irrelevantes. Los defensores de la disuasión, la rehabilitación y la retribución sostuvieron discusiones furibundas en las páginas de las revistas jurídicas, pero hicieron poco esfuerzo para involucrar al público o gestionar el creciente temor al delito. A mediados de la década de los 70, ninguna de estas élites abogó por el incremento sustancial de la población carcelaria ni tampoco defendió la construcción de un archipiélago de nuevas cárceles con una capacidad que excedía con mucho el número de los presos de entonces. El fundamento de la incapacitación, la creencia de que la prisión previene delitos que podrían ocurrir si los presos estuvieran libres, rara vez formaba parte de la discusión.

En su estudio pionero sobre el ascenso de la incapacitación como fundamento penal, Franklin Zimring y Gordon Hawkins llamaron la atención sobre el modo sorprendente por el que la incapacitación había llegado a dominar la política penal, a pesar de estar casi ausente en las

⁶⁶ Véase American Friends Service Committee, *Struggle for Justice: A Report on Crime and Punishment in America* (New York: Farrar, Straus and Giroux 1971); Andrew von Hirsch, *Doing Justice: The Choice of Punishments* (New York: Hill & Wang, 1974).

obras criminológicas⁶⁷. Impresionados por su éxito inesperado, Zimring y Hawkins atribuyeron el auge de la incapacitación a un proceso de eliminación “*en el que el debate académico y público sobre las demás funciones del encarcelamiento socavó la confianza en la rehabilitación penitenciaria como un proceso eficaz y en la disuasión como base para una distribución ajustada de los recursos carcelarios*”⁶⁸.

Esto puede explicar cómo las élites acabaron aceptando la incapacitación total y las grandes poblaciones carcelarias que exige, pero no explica el compromiso político de California con una versión extrema de esta estrategia. Al final de la década de los 70, un conjunto de políticos de gran relevancia apoyó el aumento de la población carcelaria⁶⁹. La incapacitación les proporcionó a los partidarios de la expansión penitenciaria una justificación legitimada por expertos (a falta de entusiasmo), con una apelación emocional fuerte a una población asolada por los iconos del delito de la década de los 70.

La idea de que la prisión, al separar a los criminales de las víctimas potencialmente vulnerables, es necesaria y suficiente para reprimir los peores tipos de delitos es una estrategia racional plausible si la clase criminal está conformada por potenciales asesinos en serie o convictos revolucionarios (o terroristas, hoy día en Guantánamo). Con las nuevas imágenes icónicas de violencia amenazando a los ciudadanos dondequiera que vivan, cualquier reducción en el nivel de encarcelamiento sería una reducción directa de la seguridad de las personas y de sus hogares.

La incapacitación también encaja bien con el sentido general de pesimismo sobre la capacidad del gobierno para cambiar el comportamiento individual; la creencia de que la mayoría de los criminales son irredimibles se convirtió en algo así como un consenso entre los criminólogos y otros científicos sociales en la década de los 70, compartido tanto por liberales como por conservadores. Como Zimring y Hawkins observan de manera convincente, la incapacidad descansa en...

⁶⁷ Franklin E. Zimring y Gordon Hawkins, *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime* (New York: Oxford University Press. 1995).

⁶⁸ Ibidem, 4, énfasis en el original.

⁶⁹ Zimring et al, *Punishment and Democracy*, op. cit.; Ruth Gilmore, *Golden Gulag: Prisons, Surplus, Crisis, and Opposition in Globalizing California* (Berkeley; University of California Press, 2007); Page, *The Toughest Beat*, op. cit.

“... el supuesto implícito de que los delincuentes son intratables y no pueden cambiar (...). De hecho, una imagen del delincuente como intratable estaba muy de moda en los Estados Unidos en la década de 1990. Así, el ataque a la rehabilitación fomentó una opinión sobre los delincuentes que hizo aparecer a la incapacitación como una meta política singularmente adecuada para las prisiones”⁷⁰.

La incapacitación también encajó con un nuevo sentido común sobre la prevención del delito, en la que las distintas categorías de delincuentes y presos habían entrado en crisis. En la imaginación pública, la imagen del individuo vulnerable en poder de un régimen penitenciario había dado paso a la de una amenaza criminal encarcelada.

Este colapso de categorías integra una de las consecuencias más características del enfoque de la incapacitación total de California; la preferencia por la incapacitación general más que por la selectiva. La incapacitación logra su efecto de prevención del delito separando a los delincuentes activos de la sociedad. En gran parte del siglo XX, los sistemas penitenciarios de los Estados Unidos pretendían adoptar una incapacitación selectiva. El uso juicioso de la incapacitación se consideró el contrapeso de la pretensión rehabilitadora de tratar y liberar a la mayoría de los delincuentes, concediendo la libertad condicional a aquellos con buenas perspectivas de conducta e imponiendo penas de prisión extensas a los incorregibles. De una manera u otra, la incapacitación selectiva se basa en los saberes expertos, ya sea en forma clínica, como la evaluación de un historial denso, o en forma actuarial, como el análisis de factores de riesgo. Por el contrario, después de la década de los 70, California evitó cualquier forma de experticia, acogiendo la incapacitación general de todos los condenados por delitos graves, incluso aunque los legisladores agregaban continuamente nuevas infracciones a tal lista de delitos.

A principios de la década de los 80, prevaleció en California una versión extrema de incapacitación general, con la disuasión y la justicia (retribución) como temas menores, acogida no solo por los dos principales partidos políticos, sino también, en gran medida, por las élites y la ciudadanía en general. Ni las tasas decrecientes de criminalidad ni el aumento de los costos fiscales pudieron frenar el impulso de encarcelar.

⁷⁰ Zimring y Hawkins, *Incapacitation*, op. cit, 15.

El abandono de la rehabilitación fue importante, pero el énfasis en la incapacitación general hizo que la ya gran población carcelaria de California creciera y la crisis humanitaria de sus prisiones se volviera inevitable⁷¹.

Aunque el cambio a la incapacitación general ayuda a explicar la expansión exponencial de la población cautiva (la historia cuantitativa), por sí solo no puede explicar la regresión cualitativa en el tratamiento de los presos. Casi dos décadas después de que Zimring y Hawkins analizaran el triunfo de la incapacitación, está claro que California había adoptado una versión tan extrema que la hace única en términos históricos: la incapacitación total. Como racionalidad penal, la incapacitación es popular en todo el mundo, incluyendo Europa occidental, donde va acompañada de un compromiso con las cárceles rehabilitadoras y tasas de encarcelamiento reducidas. La mayoría de las políticas de incapacitación incluyen algún tipo de restricción y cierta capacidad para definir límites, basados en el reconocimiento y el respeto de nuestra humanidad compartida. California, acosada por los temores monstruosos de 1970, abandonó casi todas aquellas restricciones, lo que derivó en un proyecto literalmente totalitario con escasos precedentes en la era moderna de los Estados Unidos. Mientras que las variedades de la lógica de incapacitación que ha infligido la expansión de la prisión en todo el país son generalmente menos virulentas que la cepa de California, su modelo de incapacitación total revela características que han impulsado ese crecimiento más allá de los límites en casi todos los estados, en los últimos 40 años.

Los elementos esenciales de este modelo totalitario de incapacitación lo distinguen de sus parientes más democráticos. Primero, la incapacitación total define la custodia en prisión como la única incapacitación con sentido. Refleja una desconfianza fundamental en el correccionismo, tal como se practicaba en California y en otros lugares durante el siglo XX. Rechaza los recursos menos drásticos, como la supervisión y vigilancia en la comunidad, a veces combinada con períodos cortos de privación de libertad para cumplir en una cárcel local, restricciones

⁷¹ Como señalan Zimring y Hawkins, la primera es mucho más compatible con una población penitenciaria estable o que se achica, mientras que la última lleva, casi inevitablemente, al crecimiento de la población penal. Ibidem, 12.

laborales, obligaciones de presentación periódica e incluso tratamientos farmacológicos.

Segundo, bajo la incapacitación total, el control preventivo ha pasado de ser una razón para enviar a alguien a prisión a ser una forma de gestionar las prisiones. Históricamente, los muros garantizaban la incapacitación, mientras que el régimen interno de la prisión se orientaba a otros objetivos que los estados creían que harían que los presos se alejaran del delito, incluyendo la penitencia, la disciplina, el trabajo, la educación y, más tarde, la terapia. En California, en la era de la incapacitación total, las prisiones se reorganizaron internamente en función de la incapacitación; la seguridad y el control reemplazaron la formación, el trabajo y el tratamiento casi totalmente.

En tercer lugar, como señalé anteriormente, la prisión estadounidense históricamente fue selectiva, ya que se imponía a aquellos cuyos delitos reiterados o graves indicaban un alto nivel de peligro para la seguridad pública. La incapacitación total es indiscriminada. Todas las categorías de personas son incapacitadas independientemente del riesgo que representan para la comunidad⁷².

En cuarto lugar, la incapacitación total no reconoce ninguna perspectiva de cambio en el riesgo criminal representado por los delincuentes durante toda su vida. En teoría, desde este punto de vista, todo castigo para todo delito debería ser encarcelamiento perpetuo, lo cual elimina, por completo, el riesgo individual de delito. Cualquier limitación real sobre el castigo no se basa en una evaluación del riesgo, sino más bien en que la ley vigente no es lo suficientemente severa (aunque durante mucho tiempo se tendió únicamente a extender la duración de las penas) o, simplemente, en que las penas perpetuas son demasiado caras. Las políticas de incapacitación europeas (y, en el pasado, estadounidenses) reconocen que la madurez reduce el riesgo. El peligro que representa una persona de 25 años rara vez es el mismo que el de una de 45 años. Este reconocimiento favorece mecanismos como la libertad condicional

⁷² Los estudiantes de Derecho aprenden que el encarcelamiento no se relaciona más que vagamente con las conductas específicas que una persona ha cometido, porque los códigos penales modernos contienen muchos delitos con niveles muy distintos de pena y los fiscales tienen discreción para acusar por cualquier delito cuyos elementos puedan ser probados según la evidencia.

y el indulto por parte del Ejecutivo, que pueden permitir la revisión de condenas, incluso años más tarde, Estados Unidos, por el contrario, ha adoptado políticas que no hacen estas distinciones, sino que dificultan la revisión y la hacen políticamente gravosa

Nadie podría defender realmente la idea de que el riesgo criminal continúa con independencia de las circunstancias personales del preso (por ejemplo, si está paralizado) o que cada delincuente, no importa cuan leves sean sus crímenes, podría estar en camino de convertirse en un asesino serial. Sin embargo, las prácticas penales iniciadas en California en la década de los 80 asumen estas afirmaciones absurdas como premisas básicas. Desde mediados de la década de los años 80 y hasta 2004, California construyó 22 cárceles, muchas de ellas masivas. Esos años también presenciaron, en paralelo, la sanción, por la legislatura de California, de nuevas leyes de determinación de la pena severas que estaban destinadas a saturar esas cárceles. Tales leyes —extensiones de rutina de los términos legales y concretos agravamientos de pena, provocados por crímenes de alta publicidad, como la versión extrema de las leyes de *three strikes* adoptada por California⁷³— se basaron en un modo de imaginar delincuentes y presos que tomó forma y se consagró en la década de los 70.

Esa mentalidad histórica explica por qué ha sido tan difícil lograr una solución política al encarcelamiento masivo. Los excesos en la mayoría de los ámbitos de las políticas públicas se ven limitados por la resistencia de las fuerzas políticas, que tienden a equilibrar la situación. Pero ese tipo de competencia política no ha ocurrido con respecto al encarcelamiento. A finales de los años 70, el nuevo sentido común sobre la delincuencia, las prisiones y los presos se había asentado en todo el espectro político de California y muchos otros estados. La izquierda y la derecha continuaron confrontando sus puntos de vista sobre la justicia penal, pero solo dentro de los parámetros de la incapacidad general.

Como predijeron Zimring y Hawkins a mediados de la década de los 90, la lógica de la incapacitación crea una trampa peligrosa para cualquier persona que recomiende cambios legales que puedan reducir el número de ingresos en prisión o la duración del encarcelamiento. Aquella persona parecería dar prioridad a las esperanzas sobre el

⁷³ Zimring et al., *Punishment and Democracy*, op. cit.

comportamiento futuro de los delincuentes por sobre los temores por los daños que sus víctimas han sufrido y podrían sufrir. De hecho, la lógica de la incapacitación prácticamente garantizaba que ningún crecimiento carcelario podría drenar la reserva de miedo sobre la cual descansaba el apoyo del encarcelamiento masivo.

Los esfuerzos en la rehabilitación descansan en la creencia de que muchos presos, si no la mayoría, pueden ser rehabilitados. Si algunos cometen nuevos delitos después de su liberación, esa creencia se ve sometida a una presión extrema. No es así con la incapacitación total. Si el objetivo general de la prisión no es más que reducir el riesgo que presentan los delincuentes conocidos para los ciudadanos inocentes, el hecho de que algunos ex presos cometan nuevos delitos, simplemente confirma el hecho de que habría sido mejor haberlos mantenido aún más tiempo encerrados⁷⁴. La incapacitación goza de una especie de éxito axiomático que es inmune a la evidencia empírica. Como escriben Zimring y Hawkins, “así como el encierro de más delincuentes *debe* reducir la actividad criminal en cierta cantidad, liberar grandes cantidades de infractores o permitirles permanecer fuera de la cárcel *debe* producir cierto aumento del número de crímenes sufridos por la comunidad que los recibe [o guarda]”⁷⁵.

La mentalidad de la incapacitación total condujo a California a una situación insostenible, en la que la población carcelaria del estado, fuera cual fuera su tamaño, *nunca* podría proporcionar una protección contra la delincuencia capaz de satisfacer la demanda política de seguridad, y los esfuerzos para derivar a las personas fuera de la cárcel o liberarlas anticipadamente *se* consideraban una amenaza inevitable para la seguridad pública. Esto produjo un punto muerto en el que, a pesar del amplio reconocimiento de los problemas del sistema, no había voluntad política

⁷⁴ Así, la incapacitación como el principal objetivo penal ni siquiera excluía que otros mensajes de seguridad se convirtieran en parte del sentido común general de los años 70 en California. Otras características de ese mensaje incluyen comunidades cerradas (debes vivir en un ambiente lo más seguro posible); armas de fuego (debes proteger tu hogar contra aquellos que entran en él); y la pena capital (cuya existencia ayuda a asegurar que la incapacitación permanente sea la verdadera sanción para los sujetos respecto de los que se haya constatado un alto riesgo de violencia letal reincidente).

⁷⁵ Zimring y Hawkins, *Incapacitation*, op. cit, 16; énfasis en el original.

para resolverlos. Ante esta parálisis, los tribunales han venido a jugar un papel especialmente crucial.

A mediados de la década de los 90, Zimring y Hawkins llamaron la atención, proféticamente, sobre dos factores que podrían detener el crecimiento de las cárceles. El primero de ellos es la limitación del espacio de la cárcel;

“Las pretensiones incapacitadoras solo pueden funcionar si la disponibilidad de instalaciones penitenciarias puede variar libremente. Si se imponen límites externos a la escala y el crecimiento de la prisión, la incapacitación como finalidad puede influenciar en cómo se utiliza el espacio de las celdas, pero no puede determinar la cantidad de espacio disponible”⁷⁶.

Durante mucho tiempo pareció que este límite no se alcanzaría en California. Una serie de factores económicos y políticos se alinearon para apoyar la expansión del espacio físico de encarcelamiento en California en las décadas de los 80 y 90⁷⁷. Estas fuerzas en gran parte no dependían de los imperativos de incapacitación de la justicia penal; entre ellas se encontraban los excedentes de capital financiero y de tierras agrícolas y la existencia de un conjunto de jóvenes con poca educación y, aparentemente, poco valor para la economía. Como ese grupo de oportunidades explotables se desmoronó a finales de la década de los 90, la expansión del espacio carcelario se detuvo por completo.

Aunque la construcción de prisiones se estancó, la política de encarcelamiento masivo aún estaba firmemente arraigada entre los responsables administrativos de condado, fiscales, jueces e incluso abogados defensores, que en conjunto determinaban quiénes eran los condenados por delitos graves enviados a prisión. El resultado predecible fue un gran hacinamiento que alcanzó el punto crítico al comenzar el nuevo siglo. Los límites del stock de celdas penitenciarias podrían haber limitado el crecimiento del encarcelamiento en California, pero no lo hicieron. Aparentemente, California estaba dispuesta a tolerar cárceles groseramente sobrepobladas. Era necesario algo más que límites físicos.

El segundo factor con potencial de mitigar el atractivo de la incapacitación al que apuntaban Zimring y Hawkins era un cambio en el

⁷⁶ *ibídem*, 75

⁷⁷ Gilmore, *Gotden Gulag*, *op. cit.*

pesimismo sobre la capacidad de las medidas alternativas a la prisión para prevenir la delincuencia;

“El énfasis en la incapacitación es particularmente adecuado en períodos de pesimismo sobre la eficacia de los programas gubernamentales y la capacidad de los individuos para experimentar un cambio positivo.

Es en este contexto que nos hemos referido a la incapacitación como un fin penal de último recurso. La evidencia histórica demuestra que las actitudes relativas tanto a la maleabilidad de los infractores como a la capacidad de los programas gubernamentales para lograr resultados constructivos son cíclicas (...). El aumento de la confianza pública en la posibilidad de utilizar una mayor variedad de estrategias de control de la delincuencia es probable que reduzca los niveles de centralidad que ha tenido recientemente la incapacitación en la administración de justicia”⁷⁸.

El notable descenso del delito en los Estados Unidos desde principios de la década de los 90 ha creado las condiciones para un debate renovado sobre cómo el gobierno puede abordar la delincuencia. Algunos han continuado afirmando que el encarcelamiento masivo produjo el declive, por lo cual no es necesario ni deseable ningún cambio⁷⁹. Un estudio detallado de la reducción de la delincuencia, sin embargo, proporciona pocas razones para creer que las tasas de encarcelamiento actuales deben mantenerse para mantener la criminalidad baja⁸⁰. Los estados en los que la delincuencia se ha reducido en mayor medida no son los encarceladores más entusiastas. En cambio, otros mecanismos, especialmente prácticas policiales innovadoras, parecen más relevantes. Como predijeron Zimring y Hawkins, una mayor confianza en la capacidad del gobierno para controlar el delito ha llevado a una reconsideración de la incapacitación total por parte de la ciudadanía y los tribunales.

⁷⁸ Zimring y Hawkins, *Incapacitation, op. cit.*, 172.

⁷⁹ Probablemente, el principal defensor de los efectos incapacitadores del encarcelamiento masivo sea el economista Steven Levitt, pero incluso él no necesariamente defiende los niveles actuales de encarcelamiento como óptimos. Véase Steven D. Levitt y Stephen J. Dubner, *Freakonomics: A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything* (New York; William Morrow, 2009), cap. 3.

⁸⁰ Zimring, *Great American Crime Decline, op. cit.*; ídem, *The City That Became Safe: New York's Lessons for Urban Crime and Its Control* (New York; Oxford University Press, 2011).

Si hay una salida de la jaula de hierro de la incapacitación total y el encarcelamiento masivo legados por los años del miedo de la década de los 70, requerirá instituciones que puedan imponer límites al crecimiento de la población carcelaria, a la vez que fomentan el optimismo sobre la capacidad de las medidas alternativas para hacer frente a las amenazas delictivas. Históricamente, en los Estados Unidos esas instituciones han sido los tribunales federales, que han actuado como vehículo para quienes carecen de la influencia política necesaria para atacar prácticas estatales tan arraigadas como la segregación y la hospitalización coercitiva y sin tratamiento, de las personas con enfermedad mental. No obstante, durante buena parte del periodo de desarrollo de las políticas de encarcelamiento masivo, los tribunales federales han respondido a las denuncias de malos tratos por parte de presos de California sin restringir significativamente la deriva general hacia unas condiciones penitenciarias inhumanas. En el caso de California, la intervención finalmente se presentaría en forma de una notable serie de demandas por los derechos humanos que enmarcarían la inhumanidad de las prisiones de California en términos de sufrimiento mental y físico de los innumerables presos