

B.E. HARCOURT,
The Illusion of Free Markets.
Punishment and the Myth of Natural Order
Harvard University Press (Cambridge, 2011), 328 págs.

JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA
AGUSTINA IGLESIAS SKULJ

Universidad de A Coruña

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

En los primeros días de 2011 salió publicado por Harvard University Press el nuevo libro de Bernard Harcourt, Catedrático de Derecho y Ciencia Política de la Universidad de Chicago (EE.UU.), y seguramente uno de los principales pensadores sobre el sistema penal, cuando menos en el contexto anglosajón. El libro, titulado *The Illusion of Free Markets. Punishment and the Myth of Natural Order*, ha gozado, en el breve plazo transcurrido desde su aparición, de una notable acogida. Prueba de ello son los comentarios publicados en una pluralidad de medios, entre otros *The Wall Street Journal* o *Les Echos*, o su presentación en varios países. En ese marco, Bernard Harcourt realizó en marzo de 2011 una decena de conferencias en universidades españolas y portuguesas de introducción al texto.

En una primera aproximación al libro, no parece difícil hallar una cierta continuidad entre esta investigación y algunas de las principales preocupaciones de análisis de Bernard Harcourt, plasmadas en sus principales obras anteriores. En efecto, no resulta seguramente aventurado sugerir que *The Illusion of Free Markets* podría ser entendido como parte de una trilogía que lo vincularía a los antecedentes *Illusion of Order. The False Promise of Broken Windows Policing* (Harvard University Press, 2001) y *Against Prediction. Punishing and Policing in an Actuarial Age* (University of Chicago Press, 2007). En los tres libros, Bernard Harcourt analiza críticamente las bases teóricas de las principales orientaciones que han conducido a que en las cuatro últimas décadas EE.UU. haya experimentado una expansión del sistema penal sin parangón en ningún otro momento de su historia ni en ningún otro lugar del planeta¹.

¹ Por decirlo en palabras del propio autor: "Lo que hemos presenciado a lo largo de nuestra vida es una de las expan-

En la primera de las obras, *Illusion of Order*, el autor cuestionó con suma solidez las –supuestas– bases teóricas (la manida tesis de las "ventanas rotas" de Wilson/Kelling²) y las aplicaciones prácticas de lo que en el entorno del cambio de siglo fue conocido como política de "tolerancia cero": un conjunto de técnicas de gobierno del desorden urbano, de alto contenido punitivo, entonces aplicado en las principales metrópolis estadounidenses, y exportado a otros países, con desigual éxito, en los años siguientes.

El segundo libro mencionado, *Against Prediction*, constituye una crítica, si cabe de mayor solidez aún, de los planteamientos teóricos y de los resultados prácticos de lo que en materia político-criminal ha sido conocido como *actuarialismo*, esto es, la penetración en diversos ámbitos del sistema penal –sobre todo en la labor policial– de guías de actuación basadas en el análisis de riesgo.

Si el actuarialismo y la tolerancia cero han constituido preocupaciones mayores en la trayectoria investigadora de Bernard Harcourt, no puede extrañar que su nuevo libro se ocupe de otra de las principales orientaciones político-criminales surgidas en la última etapa en el contexto estadounidense: la política criminal neoliberal y, más en concreto, el *Análisis Económico del Derecho* –AED–. Esta elección del objeto de estudio sorprende aún menos si se repara en que el autor es catedrático en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago, centro en el que se ha originado, con base en las elaboraciones previas de Von Hayek, Friedman o Coase, el AED, y en el cual han sido profesores algunos de sus más renombrados impulsores, como Gary Becker, Richard Epstein o Richard Posner, a los que el autor dedica el libro.

Desde la privilegiada posición que supone el acceso directo a dichos autores –la huella de las conversaciones con ellos es fácilmente localizable en el texto– el autor se plantea indagar en qué medida los análisis del AED han contribuido a la descomunal expansión del sistema penal estadounidense. Dicho de otro modo, Bernard Harcourt estudia en el texto la relación entre el pensamiento neoliberal –del cual la *Escuela de Chicago* ha sido una de las principales impulsoras– y la disfunción punitiva presente. Para ello el autor indaga las aporías que encierra dicho pensamiento teórico, que permitan explicar algo que *prima facie* no puede entenderse sino como una contradicción: la simultánea defensa de la máxima abstención estatal en el ámbito económico y de un notable intervencionismo punitivo en el gobierno del desorden social.

Para esta empresa de estudio, Bernard Harcourt desarrolla varias líneas analíticas, en las cuales no es difícil hallar ecos de la epistemología foucaultiana, que le resulta tan próxima³. En efecto, uno de los rasgos más acusados del libro es que su metodología de

siones más monumentales de la esfera penal que se haya producido a lo largo de la Historia" (p. 220). De acuerdo con los datos del *Bureau of Justice Statistics* del gobierno estadounidense, a 30/VI/2009 su sistema penitenciario encarcelaba a 2,297 millones de reclusos, lo que supone una tasa de 751 por cada 100000 habitantes. Estas cifras suponen que a comienzos de 2009 el sistema penitenciario de EE.UU. recluía aproximadamente al 23% de los presos del planeta, mientras que su población representaba sólo el 4'5% del conjunto mundial.

2 Vid. WILSON, J.Q./KELLING, G., "Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety", en *Atlantic Monthly*, vol. 249, nº 3, marzo 1982, pp. 29-37.

3 Como muestra de esa proximidad, puede verse el volumen 4 (2008) de la revista *Carceral Notebooks* (<http://www.>

trabajo podría denominarse, recuperando un término frecuentemente empleado por el filósofo francés, como genealógica, en el sentido de que hace una suerte de historia del presente, en este caso del presente del pensamiento de la Escuela de Chicago y el AED, y del expansionismo penal estadounidense.

Para ello, y con el objetivo –como se ha apuntado– de descubrir las aporías teóricas, y de desvelar las consecuencias prácticas, de ese segmento del neoliberalismo penal, el autor emprende dos tareas investigadoras fundamentales.

En primer lugar, Bernard Harcourt investiga la genealogía del pensamiento de la Escuela de Chicago, y en particular de la idea del mercado libre como *orden natural* o, dicho desde una perspectiva más contemporánea, como criterio de máxima eficiencia en la asignación de recursos. Esta singladura analítica conduce al lector a través de los escritos de los fisiócratas franceses del siglo XVIII (en particular, Quesnay; pp. 27 ss., 77 ss., 93 ss.) y de Adam Smith (pp. 79 ss., 107 ss.). El recorrido atraviesa también el pensamiento, sobre las cuestiones penales pero también económicas, de Cesare Beccaria (pp. 53 ss., 63 ss.) y Jeremy Bentham (pp. 103 ss., 110 ss.). Este conjunto de autores constituyen la referencia fundamental del utilitarismo penal que subyace a la aproximación del AED a las problemáticas del delito y de la pena, algo ya visible en los primeros textos de Gary Becker. Ahora bien, el recorrido de estudio que emprende Harcourt permite constatar cómo se ha operado una apropiación selectiva de dichos autores por parte de la literatura del AED. De este modo, invocando una axiología utilitarista se llega a la defensa del mercado libre junto con un intervencionismo penal tendencialmente ilimitado, algo de difícil justificación desde la perspectiva del utilitarismo.

La segunda gran tarea investigadora que emprende Bernard Harcourt en el libro consiste en desentrañar cuánto hay realmente de "*libre*", esto es, de exento del intervencionismo estatal, en el funcionamiento actual de los mercados. Para ello, el autor analiza de forma detenida la regulación y el funcionamiento de dos ejemplos icónicos de dos etapas de la Historia económica distantes y –en principio– más bien antitéticas. Por una parte, la *police des grains* del París del siglo XVIII, no por azar identificada por el propio Foucault como expresión paradigmática de las técnicas disciplinarias de gobierno⁴ o, dicho de otro modo, de un momento álgido de la intervención estatal en la vida económica⁵. Por otra, el *Chicago Board of Trade*, uno de los mercados de derivados financieros de mayor relevancia global. La conclusión de estos análisis no puede ser más rotunda: ni la *police des grains* constituía verdaderamente una realidad socioeconómica tan colonizada por el intervencionismo institucional, ni cabe ver en absoluto al *Chicago Board of Trade* como escenario de expresión del funcionamiento de un mercado libre, toda vez que tanto dicha sede, como el conjunto de

thecarceral.org), coordinada por el propio Harcourt; este volumen, titulado "*Discipline, Security and Beyond*", versó sobre el estudio de los cursos impartidos por Michel Foucault en el *Collège de France* en 1978 (*Sécurité, Territoire, Population*) y 1979 (*Naissance de la Biopolitique*).

4 Cfr. FOUCAULT, M., *Sécurité, Territoire, Population*, Seuil/Gallimard, Paris, 2004, pp. 46, 351 s.

5 En este punto, el autor desarrolla su labor investigadora de forma consonante con lo que era habitual también en Foucault: mediante el estudio de materiales de literatura gris, en este caso las actas de la cámara de policía de Paris-Châtelet de mediados del siglo XVIII, custodiadas en los *Archives Nationales* francesas.

los mercados financieros, sustentan su operatividad en una miríada de normas reguladoras de su funcionamiento (pp. 25, 146, 152 ss., 241 s.). De este proceso de análisis, el autor deriva dos consecuencias de gran relevancia para el estudio de la relación entre neoliberalismo y expansionismo punitivo. En primer lugar, hablar de "mercado libre" como criterio de funcionamiento económico caracterizado fundamentalmente por el abstencionismo estatal es en gran medida una falacia. La invocación de dicho constructo retórico sirve, en cambio, para *naturalizar*, e intentar marginar del debate político, unos modos de regulación económica que conducen a una distribución de la riqueza con graves efectos en materia de desigualdad (pp. 32, 48, 191, 242). En segundo lugar, no es menos falaz fundamentar el neoliberalismo en una contracción del protagonismo del Estado en el gobierno de la vida colectiva: la etapa histórica neoliberal no ha generado tal proceso, sino una reubicación del papel de regulación estatal de la vida económica y un incremento formidable de su intervención en materia de control y de castigo (p. 207).

El detenido análisis de los fundamentos y de la evolución del AED permite a Bernard Harcourt resaltar, de forma muy oportuna, un extremo que en una aproximación a dicha escuela teórica no debería ser obviado; a saber, frente a la imagen hoy prevalente de la vertiente legal de la *Escuela de Chicago*, y a las consecuencias de sus planteamientos, no cabe perder de vista que al menos sus primeras elaboraciones, debidas a Gary Becker⁶, presentaban un claro sesgo progresista (pp. 39 s., 133 s.)⁷. No en vano, como destaca Harcourt, algunos de sus planteamientos sólo podían entenderse de esa forma en su momento de enunciación a fines de los años '60, frente a los excesos clínicos de la ideología rehabilitadora, y frente a las ideas penales neoconservadoras que posteriormente se fueron afirmando. Esa valoración política(-criminal) debe ser aplicada, cuando menos, al empleo por parte del AED del criterio de la elección racional como determinante del comportamiento delictivo, lo que impide diferenciar entre sujetos criminales y no criminales, y a la consideración de que desde una perspectiva utilitarista lo que procede no es luchar contra el delito *in totum*, sino sólo concentrar la respuesta punitiva en relación con aquellos hechos cuya confrontación genere a la colectividad menores costes que soportar los efectos de tales delitos.

La primera de esas ideas no es completamente novedosa. Diversas orientaciones de pensamiento penal han negado –o han desatendido– la existencia de rasgos diferenciales entre los *sujetos criminales* y los *no criminales*; a modo de referencia puede pensarse en Beccaria o en las construcciones de la Escuela Clásica de Derecho penal. No obstante, el actual es un momento idóneo para retomar esta consideración, evitando de este modo los errores teóricos y los excesos prácticos de buena parte de la Criminología etiológica y de ciertos métodos de intervención de la ideología resocializadora, incluidos los aspectos más pobres del modelo progresivo de nuestros sistemas penitenciarios.

La segunda de las ideas anteriormente mencionadas, la relativa a los límites del

6 Vid. BECKER, G., "Crime and Punishment: an Economic Approach", en *The Journal of Political Economy*, nº 76, 1968, pp. 169-217.

7 Como recuerda Bernard Harcourt, estas consideraciones determinaron la admiración del propio Foucault por el trabajo de Becker (cfr. FOUCAULT, M., *Naissance de la biopolitique*, Seuil/Gallimard, Paris, 2004, pp. 255 s.).

sistema penal sustentados en el utilitarismo, no puede ser más pertinente. Si la selectividad es una constante inveterada del funcionamiento del sistema penal, sólo cabe entender que en una etapa histórica en la que un ámbito punitivo en expansión se confronta con la preocupación colectiva por los límites del gasto público, esa selectividad experimenta una fase de intensificación. Precisamente por ello, es recomendable que, en un ejercicio de realismo, se asuma por la colectividad que no es posible combatir el delito en su conjunto, lo que, por cierto, podría conducir indirectamente a un saludable proceso de descriminalización. Más aún, ante los evidentes límites materiales del expansionismo penal, y ante los riesgos de una selectividad creciente, es perentorio hallar criterios normativos que orienten la labor político-criminal. Uno de ellos, especialmente sugerente, es la idea utilitarista de costes y beneficios sociales que emplea el AED, como parámetro básico de razonamiento político-criminal, aún sin necesidad de importar los complejos modelos econométricos que con frecuencia emplea esta escuela.

Si el texto de Bernard Harcourt resulta especialmente feliz en el momento en que recuerda estos extremos, no lo es menos cuando se enfrenta al interrogante de por qué una orientación de pensamiento que contenía tales potencialidades acabó constituyendo el sustrato teórico del giro punitivista estadounidense. La respuesta es de gran lucidez: porque no fue consecuente con dichos planteamientos; dicho de forma más concreta, porque prefirió aceptar como una realidad dada la definición legal de los delitos, y no desarrolló su postulado de estudiar qué debe ser criminalizado (ya en el plano normativo) a partir de las consideraciones utilitaristas (pp. 135 ss.). Es posible que en este punto quepa ubicar una decepción mayor en relación con el AED, toda vez que, como se ha apuntado, hoy es más necesario que nunca recuperar criterios de utilidad y bienestar social frente a una hipertrofia del sistema penal inmune a otros límites. Es posible que el tiempo presente sea especialmente sensible a las epistemologías eficientistas. Por ello, hablando en términos dogmáticos, si la expansión penal no ha podido ser evitada desde las consideraciones de proporcionalidad y de merecimiento de pena, es procedente concentrarse en el presente en la necesidad de pena. Y en ese ámbito las consideraciones utilitaristas del AED pueden ser una orientación oportuna para el desarrollo del análisis.

Después de recorrer la genealogía de la relación entre neoliberalismo, *Escuela de Chicago*-AED y sistema penal, Bernard Harcourt dedica los dos capítulos finales del libro a aproximarse a la situación presente del ámbito punitivo, con especial –pero no exclusiva– atención a EE.UU. Por una parte, el autor introduce de forma somera (en el capítulo 9) los preocupantes datos del expansionismo punitivo estadounidense, e indaga en qué medida el neoliberalismo ha constituido una condición básica de posibilidad de este fenómeno. En ese punto Harcourt establece un interesante paralelismo entre la situación de la etapa presente y la que se produjo en la fase de la Historia estadounidense conocida como *Market Revolution* (de 1820 a la guerra de secesión), no por azar un periodo en el que también convivieron una política económica que afirmó el abstencionismo estatal y la consolidación del sistema penitenciario (pp. 208 ss.).

En segundo lugar, el autor dedica el décimo y último capítulo a analizar la relevancia que ha podido tener en el nexo entre neoliberalismo y sistema penal la creación de un sector mercantil en el ámbito penitenciario, expresado fundamentalmente mediante el negocio de las prisiones privadas (pp. 235 ss.)⁸. Junto a ello, este capítulo final aborda dos cuestiones que el autor entiende que, en principio, podrían poner en cuestión su tesis de la relación entre pensamiento neoliberal y crecimiento del sistema penal. Por una parte, Bernard Harcourt se detiene en el hecho de que el desmesurado incremento de la población penitenciaria en EE.UU. ha sido en gran medida debido a la orientación político-criminal conocida como Guerra contra las drogas (*War on Drugs*), mientras que los autores de la *Escuela de Chicago* han preconizado en diversas ocasiones la descriminalización de ese mercado ilegal (pp. 231 ss.).

Sin restar un ápice de interés a esta cuestión, se intuye aún más relevante el otro interrogante que el autor aborda en este capítulo conclusivo, a saber: ¿si en otros países se ha implementado una política económica neoliberal semejante a la estadounidense, por qué no se ha producido una expansión penal como la conocida en el caso norteamericano? Harcourt afronta en este momento una cuestión básica del debate político-criminal y criminológico actual, pero que seguramente no le corresponde responder a él, sino en todo caso a penalistas de otras latitudes. Nuestras investigaciones son las que deben resolver la duda de si lo sucedido en EE.UU. en las últimas décadas es el inmediato porvenir de otros sistemas penales, en este caso los europeos.

En la medida en que no le corresponde, Bernard Harcourt no responde detenidamente a esa pregunta, pero apunta dos consideraciones sumamente oportunas (pp. 225 ss.). En primer lugar, es cierto que otros sistemas penales –v.gr., los europeos– no han conocido una evolución comparable al estadounidense, pero no lo es menos que su pasado reciente es de claro expansionismo, lo que se manifiesta tanto en el crecimiento generalizado de las poblaciones penitenciarias cuanto en las reformas penales aprobadas o en la progresiva normalización de nuevos dispositivos de control ciudadano. En segundo lugar, el autor destaca que en este proceso ha tenido influencia el neoliberalismo, pero también que su incidencia no es comparable al caso estadounidense, toda vez que las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales en las que se afirma el neoliberalismo en Europa (antes de nada, la profundidad del *Estado del Bienestar*) son claramente disímiles en relación con el contexto estadounidense. Ambas consideraciones son de la máxima pertinencia para el caso español. En efecto, sin llegar a la magnitud del fenómeno norteamericano, también aquí se ha producido una formidable expansión del sistema penal, en la medida en que, a modo de referencia, la población penitenciaria española se ha multiplicado, en términos absolutos, por 3'5 en el curso de los últimos 25 años⁹. Es precisamente ésta la etapa histórica

8 En este punto, el autor no renuncia a insinuar (pp. 202, 238) que la actual etapa de crisis económica puede imponer un freno al expansionismo penal estadounidense, como parecen evidenciar las últimas estadísticas disponibles, y como ya han apuntado otros autores (a modo de referencia, vid. FRAMPTON, M.L./LÓPEZ, I.H./SIMON, J.(EDS.), *After the War on Crime*, New York University Press, New York, 2008).

9 De acuerdo con los datos del INE y de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, a 31/XII/1985 había en

en la que se produce una transformación de gran profundidad del sistema económico español, en la que la reconversión industrial y la notabilísima financiarización del régimen de acumulación han conducido a la consolidación de importantes segmentos de población en riesgo de exclusión social, clientela prioritaria del sistema penal. El heroinómano en los años '80 y comienzos de los '90, y el migrante irregular en la pasada década, son los sujetos sociales icono de esa evolución histórica.

El libro concluye con una frase de gran potencia semiótica: "*No será posible quebrar el dominio de un sistema penitenciario excesivamente punitivo si no nos liberamos antes del lenguaje de los mercados 'libres'*" (p. 242). En efecto, el texto logra mostrar la responsabilidad del pensamiento y las prácticas neoliberales en la normalización de los excesos estatales en materia de castigo (pp. 40 ss., 196 ss.). No obstante, no es posible ver en ello una explicación unidimensional ni omnicompreensiva; es más que seguro que Bernard Harcourt no lo pretende. En efecto, a la hora de escribir la Historia de esta singular etapa de evolución de los sistemas penales (de EE.UU., pero también de otros países occidentales), no cabe sino ver que las políticas neoliberales en materia punitiva no ocupan sino una parte del argumento. Como ha apuntado entre otros Garland¹⁰, junto a ellas –y, frecuentemente en tensión con ellas– han contribuido al momento presente orientaciones político-criminales neoconservadoras. Tendencias que, como si de una recuperación de las clásicas ideas durkheimianas se tratase¹¹, han pretendido la recuperación de la cohesión social y de la legitimidad institucional, han construido nuevos enemigos colectivos, y han perseguido mediante el castigo la recuperación de ciertas orientaciones morales, todo ello en una etapa de profundas transformaciones e incertidumbres. Esta fase de políticas penales neoconservadoras, que –como recuerda de forma sugerente Melossi¹²– reaparece de forma periódica a la largo de la Historia, es fácilmente perceptible tanto en EE.UU. (véase, v. gr., la presidencia de Reagan¹³) como –con los correspondientes matices– en diferentes países europeos. Y es evidente que la influencia política, pero también social y cultural, del neoconservadurismo ha contribuido sobremedida al (des)orden penal presente.

De esa segunda parte de la historia ya se han ocupado con cierto detenimiento Wacquant, Simon o Garland¹⁴, por citar autores que el propio Harcourt menciona. No era éste el objeto de estudio del libro del profesor de Chicago. No obstante, ello no pone en absoluto en cuestión la trascendencia analítica del texto. Del mismo modo que ya no es

las prisiones españolas 22802 reclusos, lo que suponía una tasa de 59'2 por cada 100000 habitantes. A 31/XII/2010 el sistema penitenciario español recluía, tras el primer descenso en una década, a 74510 personas o, dicho en términos relativos, 158 reclusos por cada 100000 habitantes.

10 Cfr. GARLAND, D., *La cultura del control*, Gedisa, Barcelona, 2005, pp. 228 ss., 300 s.

11 Vid., a modo de referencia, DURKHEIM, E., *Les règles de la méthode sociologique*, 20ª ed., Quadrige/PUF, Paris, 1981, pp. 64 ss.

12 Cfr. MELOSSI, D., "Teoría social y cambios en las representaciones del delito", en Sozzo, M. (COORD.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 115 s.

13 Bernard Harcourt se refiere también a estas cuestiones de la evolución política en las pp. 203 ss.

14 Vid. GARLAND, D., *La cultura...*; SIMON, J., *Governing through Crime*, Oxford University Press, New York, 2007; WACQUANT, L., *Punir les pauvres*, Agone, Marseille, 2004.

posible hablar de actuarialismo punitivo sin tener en cuenta *Against Prediction*, en adelante no cabe analizar la influencia del AED o del pensamiento neoliberal sobre el sistema penal sin remitirse a la extraordinaria contribución de *The Illusion of Free Markets*.