

20761
3

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLÁN".**

**"RACIONALIZACIÓN DEL CASTIGO, UNA PRÁCTICA
AUTORITARIA Y REPRESIVA."**

T E S I S

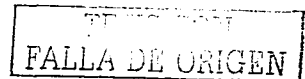
PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRÍA EN POLÍTICA CRIMINAL

Q U E P R E S E N T A:

LIC. MIGUEL ÁNGEL MANJARREZ TÉLLEZ.

ASESOR: DR. HÉCTOR CANTÚ LAGUNAS.



Santa Cruz Acatlán, Estado de México.

Marzo del año 2003

1



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**TESIS
CON
FALLA DE
ORIGEN**

PAGINACION

DISCONTINUA

DEDICATORIAS.

A MÍ PADRE Y MADRE:

DE QUIENES VALORO SU
AMOR, CARIÑO, PRUDENCIA Y
SENSIBILIDAD, PARA AFRONTAR
CADA DÍA CON EXPERIENCIA Y
SABIDURÍA, EL MILAGRO HUMANO
DE NUESTRAS VIDAS.

A MÍ HIJA VICTORIA ABRIL:

A QUIÉN LE DEBO LA ILUSIÓN
DE VER UN MUNDO ASOMBROSO
Y SIN LÍMITES, EN UNA FANTASÍA
DIFERENTE DE VIVIR.

A LAURA:

LA REALIDAD INTENSA NOS HA HECHO
DESCUBRIR AUN EN LA AUSENCIA,
QUE LA VIDA SIEMPRE NOS BRINDARÁ
UNA ESPERANZA DE SUEÑOS COMPARTIDOS,
PARA MIRAR Y SENTIR EL MAÑANA CON
OTRA ACTITUD Y OTRO PENSAMIENTO.

A MIS HERMANOS Y HERMANAS:

LES AGARADEZCO SU ETERNA
CONFIANZA Y APOYO BRINDADO
EN LOS MOMENTOS FELICES
Y TRISTES.

A CADA UNO DE MIS AMIGOS:

QUE CON SU RESPETO Y CARIÑO,
ME HAN ENSEÑADO A ENRIQUECER
MI VIDA.

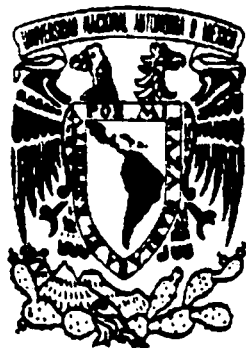
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

UN AGRADECIMIENTO ESPECIAL:

**AL DR. HÉCTOR CANTÚ LAGUNAS Y
AL DR. JULIO CÉSAR KALA, POR SUS
EDIFICANTES CONSEJOS Y APOYOS
ACADÉMICOS Y TÉCNICOS,
INCONDICIONALMENTE BRINDADOS
PARA LA ELABORACIÓN DE ESTA TESIS,
QUE REFLEJAN SU RESPONSABILIDAD MORAL,
RESPECTO Y AMOR A SU TRABAJO UNIVERSITARIO.**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ÍNDICE GENERAL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

TESIS CON
FALDA DE ORIGEN

RACIONALIZACIÓN DEL CASTIGO, UNA PRÁCTICA AUTORITARIA Y REPRESIVA.

PÁGINA.

DEDICATORIAS y AGRADECIMIENTOS.

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS.

INTRODUCCIÓN. (JUSTIFICACIÓN E IDEAS PRELIMINARES)

I a XXIV

TEMÁTICO GENERAL. (CUADRO)

01

**RACIONALIDADES EN LAS ETAPAS HISTÓRICAS DEL PENSAMIENTO UNIVERSAL.
(CUADRO)**

02

CAPÍTULO 1.

**HISTORIA DEL CASTIGO.
(RACIONALIDAD DE LA DUDA SISTEMÁTICA)**

03

1. La venganza. (Racionalidad Mágica)

03

2. La expiación y la retribución. (Racionalidades Encubiertas)

13

2.1. La expiación. (Racionalidad Mística y de fe)

13

2.2. La retribución. (Racionalidad Utilitaria)

32

• Cuadro de características de las casas de corrección.

46

3. La corrección. (Racionalidad de Peligro)

49

4. Aislamiento Celular. (Racionalidad de Segregación)

64

4.1. Sistema Filadélfico. (Racionalidad del Castigo Monacal)

64

4.2. Sistema Auburn. (Racionalidad del Retorno Industrial Carcelario)

68

4.3. Sistema Panóptico. (Racionalidad del Operador Múltiple)

71

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

1. La Resocialización. (Racionalidad Científico-Preventiva)	78
2. Movimiento desestructurador de los años sesenta. (Racionalidad Deslegitimadora)	90
2.1. El Realismo de Izquierda. (Racionalidad Desmistificadora)	90
2.2. El Nuevo Realismo de Derecha. (Racionalidad Desvalor)	96

CAPÍTULO 2.

DOCTRINAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA PENA. (RACIONALIDAD DE MEDIOS Y FINES) 99

1. Doctrinas de Justificación Absoluta o Retribucionista. (Racionalidad Ética-Jurídica)	104
2. Doctrinas de Justificación Relativas. (Racionalidad Futura)	108
2.1. Doctrinas de Justificación de la Prevención General. (Racionalidad de Simple Legalidad)	108
2.2. Doctrinas de Justificación de la Prevención Especial. (Racionalidad de Readaptar o Inocuizar)	113
• Cuadro de Características de las Doctrinas de Justificación de Pena.	128
• Cuadro de Críticas de Justificación de Pena.	129

CAPÍTULO 3.

EL DISCURSO DEL SISTEMA PENAL. (RACIONALIDAD DE LA VERDAD DERRUMBADA) 130

1. Sistema Penal y Jurisdicción. (Racionalidad Autoexcluyente)	130
2. Escuelas Penales. (Racionalidad Legitimadora)	142
• Cuadro Comparativo de las Escuelas Penales.	154
3. La Criminalización. (Racionalidad de la Desviación)	155

TESIS CON
 FALLA DE ORIGEN

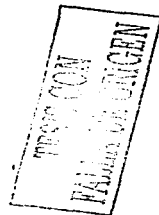
1. Modelos de Sociedades. (Racionalidad Funcionalista)	178
• Cuadro Comparativo de los Modelos de Sociedad.	185
2. Derecho Selectivo, Derecho Penal Desigual. (Racionalidad Desmistificante)	186
3. El Derecho Penal y el Control Social. (Racionalidad en Clave Política)	191
4. Entre el Abolicionismo y el Derecho Penal Mínimo. (Racionalidad de la Alternativa Extrema)	196

CAPÍTULO 4.

LA CÁRCEL MODERNA. (RACIONALIDAD DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS) 202

1. Derechos Humanos. (Racionalidad Ausente)	202
• Cuadro de la Evolución Histórica Universal de Derechos Humanos.	215
2. Positivización e Internacionalización de los Derechos Humanos. (Racionalidad de Buenas Intenciones)	216
3. La Cárcel, una Interpretación Estadística. (Racionalidad Maquillada)	224
4. La Cárcel y las Leyes, un conocimiento de sabios. (Racionalidad de la Desmesura)	229
• Cuadro de las Reformas Constitucionales en México.	238
5. Más Cárcel versus menos clasificación recluso. (Racionalidad de Paliativos y Ficción)	239
6. Los problemas eternos de la Cárcel Moderna. (Racionalidad Total de un Espacio Cerrado)	246
6.1. Superpoblación. (Racionalidad del Lugar y Tiempo)	246
6.2. Corrupción. (Racionalidad de Violencia y Privilegio)	251
6.3. Autogobierno. (Racionalidad Imbricada)	258
6.4. La Cárcel y el Tratamiento. (Racionalidad de la Moralidad Excluyente e Incluyente)	264
7. Reflexión Final. (Racionalidad de Conclusión)	237

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.	300
---------------------------------	------------



INTRODUCCIÓN.

(JUSTIFICACIÓN E IDEAS PRELIMINARES)

En este trabajo se pretende identificar en la línea histórica, política, jurídica y doctrinal, las diferentes racionalidades que justifican la elección y aplicación del castigo así como de la imposición de la pena, criterios que se presentan como los supuestamente más idóneos y humanos, sin embargo, presentan una justificación circular para quien impone el castigo.

El propósito del presente trabajo se centra en mostrar los diferentes tópicos y distintas maneras de plantear, discutir y problematizar la cuestión de la racionalidad dentro de un sistema del castigo.

Actualmente se ha manifestado un tono victorioso en la noción de racionalidad, que pareciera ser una idea omnipresente en la exigencia de una sociedad funcional y bien ordenada, cuyo predominio de dicha noción se consolida precisamente en buena parte desde el siglo XVIII.

La gran parte de las discusiones filosóficas modernas, tienden a establecer los alcances y límites de la racionalidad en el conocimiento, y en la explicación de la misma sociedad.

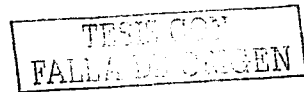
Actualmente se detecta la magnitud de la innegable crisis del concepto monolítico de racionalidad. Así existen distintos sentidos o modos de interpretar la noción de racionalidad dentro de la tradición filosófica, a saber son:

PRIMERO: Racionalidad equivalente a comprensión o inteligibilidad.

SEGUNDO: Racionalidad científica, y

TERCERO: Racionalidad discursiva o argumentativa.¹

La racionalidad como equivalente a comprensión o inteligibilidad, hace referencia a cierto orden preestablecido, al que obedece todo lo real, y este va ligado a un fin o meta, siendo que se identifica a una razón teológica.



¹ Cfr. Santiago Teresa. Alcances y Límites de la Racionalidad en el Conocimiento y la Sociedad (Prólogo)¹. Ed. Plaza y Valdés. Ed. México, 2000. pp de 11 a 17.

La racionalidad de comprensión o inteligibilidad hace necesaria la suposición de un cierto orden de lo existente, dando el supuesto de que puede ser comprendido por la razón humana. Aquí entramos en un conjunto uniforme y no caótico de objetos y eventos, ya que de lo contrario no podría obtenerse una razón plena fuera de este contexto.

La racionalidad científica se erige en el supuesto de que la realidad o más bien toda la realidad pueda ser explicada, con base en las distintas ramas y especialidades científicas, hasta el grado de consolidar que las respuestas dadas al conocimiento de la realidad, casi se consideran como dogmas. Luego entonces el poder explicativo de la ciencia, permitirá a la sociedad funcional y moderna avanzar y progresar.

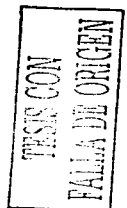
Con la racionalidad científica, la razón surge como un instrumento de transformación brutal de la realidad, de ahí entonces que el poder de la racionalidad se consolide dentro de un discurso explicativo, que puede y tiene la estructura para transformarse, modificarse y cambiar sus estrategias según las circunstancias que permitan la explicación del fenómeno, en consecuencia lo irracional en esta postura, es lo que se encuentra en oposición o contradice los criterios establecidos por la metodología científica, es decir lo que va más allá del límite fijado por una racionalidad científica.

Por ello, la religión o la magia serán clasificadas como posturas ideológicas irracionales en virtud de que faltan a los principios fijados por la propia ciencia.

La noción de racionalidad en cuanto a la capacidad discursiva o argumentativa se relaciona a la noción del lenguaje. En consecuencia este tercer sentido explicativo de racionalidad privilegia las formas argumentativas ligadas a un razonamiento esencialmente deductivo, es decir la racionalidad se liga a una concepción de lógica, donde toda inferencia se reduce al principio de no-contradicción, tal concepción nos lleva a una interpretación unívoca, donde la noción racional, ambigua o ambivalente, no tiene cabida en esta lógica funcional.

La racionalidad discursiva o argumentativa, es la que consolida y da fuerza al pensamiento occidental, de ahí que esa lógica para juzgar sea la que caracteriza todo tipo de razonamiento e incluso los de carácter práctico. Se parte entonces de afirmar que dicha racionalidad discursiva o argumentativa ofrece diversas justificaciones para nuestras concepciones de la realidad y de la vida existente, por lo tanto el contexto lingüístico es lo que determina la lógica del discurso.

Luego entonces la crisis de la noción monolítica de la racionalidad es evidente en estos tres sentidos. **Ya que las formas de vida al estar sometidas a una concepción firme**



de la racionalidad occidental, como encarnación de verdad absoluta, necesariamente se presenta como la autorrealización de una forma de vida humana única.

Sin embargo, tal concepción demuestra la idea de una cultura dominante que no reconoce la diversidad y la pluralidad y las formas del ser y del deber ser, en consecuencia la crisis de la racionalidad moderna se encuentra precisamente cuando a dicha racionalidad se le emplea como una razón explicativa limitada de una forma de vida.

La variedad de propuestas en cuanto a las formas de vida, fomenta un signo inequívoco de la crisis de la racionalidad, ya que esta no puede constituirse en un concepto universal. Por lo tanto la racionalidad que parte de la lógica de los griegos hasta nuestra época, no puede observarse con reglas fijas, sino que es una noción que se establece desde los discursos y las diferentes actividades que desarrollan las formas de vida.

Por ello la racionalidad no puede ser un concepto vigente y definido a través de una noción meramente occidental, sino que debe de mantener una especie de consenso y de diálogo en el que se abarque todos lo conocimientos.

Al respecto Raúl Alcalá Campos (2000), señala que en la filosofía actual se hacen dos tipos de distinciones en el estudio de la racionalidad:

PRIMERA. La de razón como capacidad y razón como fundamento, y

SEGUNDA. La de razón teórica o epistémica y la razón práctica.

La razón como capacidad está relacionada a la de los seres humanos, así la razón como fundamento o justificación de creencias e relativa a la ejecución de ciertas acciones o de la aceptación de determinar los fines.

Por otro lado la razón teórica o epistémica analiza el conocimiento acerca del mundo donde confluye la aceptación o rechazo de las creencias y en tanto la razón práctica que presta atención al mundo de las acciones o interrelaciones entre los seres humanos.

De tal manera que estos diferentes tipos de racionalidad dentro de la práctica científica se concretan en cuanto a su espacio de conocimiento, a una racionalidad

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

creencial, que es relativa a los supuestos fines, y por otro lado a la racionalidad axiológica relativa a la importancia de esos fines.

En consecuencia partiendo de este contexto se establece que la explicación de la racionalidad, parte de tipos, cantidades y contenidos de racionalidades, por ende no puede existir una sola racionalidad, ya que al confluir diversas racionalidades los tipos explicativos y argumentos esgrimidos de cada una de ellas resultan ser diferentes. **Por ello un argumento explicativo de una determinada racionalidad no puede ser aceptable en otro tipo de racionalidad.**

De esta temática explicativa podemos establecer que la existencia de **teoría de argumentación determinada** que se identifica con argumentos de deducción, sería una teoría de argumentación lógica, en tanto que **la teoría de la argumentación subdeterminada** acepta como argumento legítimo el de la inducción y la analogía. Esto es que los argumentos subdeterminados al ser abiertos necesariamente su validez depende de otros saberes que no se encuentran en el argumento original sino en otro contexto, esto en contraposición al argumento determinados que resultan ser cerrados, ya que los mismos tienen validez en sí mismo es decir en su propio contenido.

Si este es así entonces la racionalidad necesariamente se ve mezclada en estas teorías de la argumentación mencionadas.

Luego entonces, por un lado la argumentación determinada tendría una legitimación austera, en otras palabras sería un concepto estrecho de argumentación, ya que la misma en la práctica llevaría toda noción de conocimiento hacia la irracionalidad.

En cambio dentro de la racionalidad subdeterminada, la legitimación surge de una razón que se ensancha, y da un enfoque más amplio de las formas de vida.

De ahí entonces de que estas teorías de la argumentación determinada y subdeterminada, deben tener como concepción una racionalidad auto incluyente, en razón de que debe ampliarse su horizonte de argumentación, así como una racionalidad auto excluyente donde debe aceptarse diferentes tipos de argumentos con diferentes tipos de racionalidades, entonces se trata de acotar la noción de racionalidad bajo un contexto único, donde se nos hizo creer que la noción de racionalidad debía considerarse como una concepción de fe, donde se concentraba y debería concentrarse todo conocimiento, por ende, donde se afianzaría todo pensamiento.

Si partimos de una genealogía de la historia del pensamiento y la cultura humana, entonces podemos ubicar el origen y desarrollo del término monolítico de **racionalidad**, cimentándose y erigiéndose desde la ideología renacentista consolidándose en la propia etapa de la Ilustración, bajo un contexto de explicación de que todo lo existente debía ser justificado dentro de un pensamiento racional del hombre. Entonces la cultura del liberalismo proyectó esta práctica de actitud racional y mentalidad de reflexión, hacia la mecanización de la producción y la tecnología, que renovarían sobre todo la estructura social y económica. Esta reflexión racional del hombre, la sociedad, la política y la economía, necesariamente creó una nueva conciencia moral laicizada, con el fin de lograr valores de utilidad y felicidad dentro de un esquema de orden y progreso.

Así el manejo del término racionalidad buscó una significación de lógica calculada en la explicación de lo existente y de lo inexistente, bajo una temática supuestamente objetiva que establecía la diferencia entre lo racional o lo irracional, sin embargo todos estos discursos explicativos, simplemente justificaron instrumentos de dominación y poder, de ahí entonces, que en la actualidad se verifique el desarrollo más represivo del control tecnocrático en la imposición del castigo.

Para entender el fin pretendido que se dio al término *racionalidad* dentro de la estructura de este trabajo y clarificar aún más esta idea, se retoma lo argumentado por Karl Otto Opel (1989) quien señala: **"Por racionalidad se entiende hoy en día más bien una cierta capacidad de extraer conclusiones lógicas, esto es un cálculo matemático valorativamente neutral y en todo momento objetivable."**²

Así este término monolítico de *racionalidad*, ha sido utilizado bajo una temática que plantea una sistematización de tipologías, que permiten justificar simplemente una reflexión práctica en el sentido de que las diversas racionalidades utilizadas para justificar la imposición de un castigo, no necesariamente deben verificarse en un momento histórico determinado, ni tampoco en un acto de razón, ya que ésta implica una facultad de entendimiento y demostración de argumentos con apoyo en un método y orden, dentro y fuera de sí misma. En tanto la racionalidad, se muestra como una fuerza irresistible que utiliza medios e instrumentos simplemente para dominar con base en una idea de cálculo matemático predeterminado, cuya justificación explicativa se sustenta bajo sus propios medios, es decir en su misma racionalidad, lo

² Opel, Karl Otto. La Situación del Hombre como Problema Ético. En Razón, Ética y Política. "El Conflicto de las Sociedades Modernas. 1". Ed. Antrhopos Ed. España. 1989. p. 33.

que suena realmente absurdo para justificar su contenido y fin explicativo de cualquier realidad.

Así la racionalidad moderna se construye dentro de una concepción de sinrazón. Esto motiva a determinar que la racionalidad, si se justifica en sí misma, no puede ser válidamente demostrada con los mismos medios que dan origen a su contenido y estructura, ya que esto manifiesta en forma latente un fracaso en el discurso de la racionalidad.

Por ello, la racionalidad explicativa y justificativa del poder-castigo se ve envuelta en un saber profesionalizado, técnico y especializado, lo que significa que la racionalización moderna se reafirma en una ideología de sabios, esto es se ve legitimada dentro del fenómeno cultural bajo la sistematización del conocimiento, que se perfecciona dentro de una temática de conceptos éticos-universales.

Este proceso de racionalización no solo motiva la dominación de la naturaleza, sino también delimita plenamente la conducta del hombre, pero en especial pone en peligro continuamente la libertad del individuo, sobre todo si el sistema punitivo es selectivo y desigual, lo que convierte al sistema social del castigo en una conciencia racional enajenada de valores confrontados.³

Como ya se dijo, si la desmesura en la utilización del principio de racionalidad, simplemente justifica una visión de poder y de dominio, entonces la racionalidad explicativa de la vida moderna se manifiesta dentro de una conciencia moral única, sin considerar la variedad de entes que conforman la sociedad, luego entonces, el sentido de diversidad se pierde en una cultura funcional de esta naturaleza; en consecuencia la noción de una historia humana así como la historia del castigo, resultan ser historias ambiguas para quien plantea su búsqueda, porque únicamente el investigador verificará que la respuesta a la legitimación de una racionalidad explicativa en una única forma de vida, se enge en una estructura encubridora de una enajenada en la construcción de la alteridad, donde se verifica un conocimiento privilegiado y desigual de carácter ya sea ético-religioso o ético-moral o ético-jurídico, que provoca una atmósfera materialmente autoritaria, represiva y violenta en dicha construcción social.

³ Cfr. Weber, Max. Política y Ciencia. S.N.E. Leviatán Ed. Buenos Aires, Argentina. 1989, pp. 7 a 9. Vid. Serrano Gómez, Enrique. Legitimación y Racionalización. 1°. Ed. Anthropos Ed. México 1994, pp. 11 y 12, 21 a 28.

De tal manera que la legitimidad de la racionalidad origina la presencia de un conflicto de valores que no es de fácil superación, pero tampoco es fácil tomar una posición respecto a esa realidad explicativa, puesto que la verdad latente de este simbolismo construye la idea de un derecho que legitima en forma determinista, selectiva, desigual y antidemocrática; puesto que el derecho también resulta ser enajenado, en razón de que su función únicamente se construye a un acto de auto justificación y de mediación entre el vínculo poder-dominación y la dualidad referente al mandato-obediencia, creándose una estructura concreta y fuerte meramente hegemónica y monocorde, que se ejerce y se seguirá ejerciendo por un grupo determinado y privilegiado en la construcción de la vida social.

Así el exceso de racionalidad dará rienda suelta al conocimiento técnico y científico para determinar las formas de vida, la funcionalidad de la ideología dominante entonces tendrá su menor o mayor eficacia conforme a los instrumentos y argumentos que se utilicen para explicar dicha racionalidad, que actualmente resultan ser sumamente eficaces en cuanto a los fines pretendidos, esto es para mantener y construir las nuevas formas de dominio y servidumbre social.

La racionalidad moderna se constituye en un sistema fuerte y rígido, donde se exaltan los elementos y los medios de dominación con estructuras inherentes al poder, que se erige desde una concepción de razón de Estado, que a su vez se legitima y resulta ser funcional con base en una relación de derecho subjetivo, donde las razones jurídicas simplemente justifican y legitiman el poder y derecho a castigar.⁴

El Estado entonces se constituye en un ente organizado en el que se incorporan y se satisfacen algunos intereses específicos de clase o de grupos subordinados siempre y cuando no se pongan en peligro el orden y proyecto social. La contradicción que crea la racionalidad del capitalismo, presenta una legitimación en un orden igualitario dentro de un plano jurídico-político(formal) y resulta desigual en un plano social-económico (material) Estas dicotomías que crean las racionalidades explicativas del mundo del ser y

⁴ Si durante la etapa histórica del Renacimiento y de la Ilustración, se desarrollaron diversos tipos de racionalidades, para dar sustento a las formas de vida, así como a la resolución de conflictos, y esto constituye el principio de universalización de los valores, bajo este orden de ideas se sistematiza el criterio formal y de validez de las normas sociales o de legitimación de las mismas; luego entonces, es menos cierto es que la racionalidad también determina el contenido concreto de los valores, comportamientos y estilos de vida que lleva consigo cada forma de vida, dentro de una sociedad primitiva, y no necesariamente observar la existencia de un concepto de racionalidad dentro una sociedad-estado moderna, es virtud de que no tendrías sentido, pretender explicar una etapa de venganza privada, sino existe una justificación legitimadora, que constituye la racionalidad del castigo en ese momento histórico, esto implica ir más allá de un contexto histórico-formalista, con el fin de poder explicar un conocimiento evolutivo inherente al eje motor de la misma historia del castigo, que precisamente lo es y será siempre la propia humanidad.

del deber ser, justificando únicamente que los ciudadanos son igualmente libres, pero jamás libremente iguales.

Michel Maffesoli (1994), plantea lo siguiente: " (...) Cada época tiene sus propias ideas obsesivas, que por supuesto, son al menos personales. Y se repiten adoptando diversas formas en toda expresión social como la literatura, los modos de vida, las múltiples formas que adopta la cultura, sin olvidar las ideologías, ya sean políticas, periodísticas o científicas. Una de estas ideas obsesivas, que transversalmente recorre todas las civilizaciones, es la vida moral, en el sentido simple del término (...) "⁵ Por eso el término racionalidad se puede extrapolar eficazmente en varios espacios temporales históricamente hablando, sobre todo, si la concepción moral sigue rigiendo las formas de vida bajo un criterio de universalidad procedimental que se rige por una racionalidad que es mantenida como legítima aún cuando genera un principio de discriminación; así la ideología del castigo abordada en el análisis de este trabajo, permite funcionar como instancia de crítica, para justificar que simplemente la racionalidad explicativa cambia en su envoltura, ya que el trasfondo ideológico del castigo y la fundación de su razón, mantienen un mismo contenido, es decir, con los mismos matices ancestrales de infligir dolor físico y mental a quién es sometido a ese control punitivo.

Por ende, la obsesión que se expresa en la moral dominante en sentido estricto, adopta necesariamente la forma de una categoría monolítica y rígida, que tiende a privilegiar a un determinado grupo (o tribu según el espacio temporal histórico que se observe) justificándose con ello exclusivamente la lógica del deber-ser, sin considerar en la dinámica dicha el mundo del ser. **Bajo esta temática se estructura y se desarrolla en forma desmedida y desmesurada la racionalidad formal, que si bien puede crear actos de liberación del individuo, también lo es que fomenta nuevas formas de servidumbre.**

Siguiendo este referente Weber (1991), afirma que únicamente se puede salvar a la humanidad de la servidumbre eterna en la que se encuentra evitando la centralización del poder burocrático, **en este sentido podemos señalar también que se debería evitar la verticalidad de la sociedad y del poder que se detenta dentro de un sistema social, (a todos los niveles), en resumen se debe realizar un cambio hacia una estructura social más horizontal, bajo un Estado de respeto irrestricto de derechos; entonces**

⁵Maffesoli, Michel. La Socialidad en la Posmodernidad. En Torno a la Posmodernidad. 1ª. Reimpresión. Ed. Antropos. Colombia. 1994. p. 103.

se trata de realizar una actividad de desenmascaramiento o desvelamiento ideológico, que se encuentra detrás de la idea y la pretensión del derecho y deber a castigar.

En especial si el castigo siempre se sustenta en una idea autoritaria y represiva, de quién castiga, por lo tanto esta racionalidad del castigo (independientemente del espacio y tiempo histórico que se maneje) justifica simplemente la ideología de la racionalidad vertical de poder.

Esta imposición de modelos racionales en las formas de vida, demuestra de manera lineal y rígida la creación de comportamientos y la producción así como la modificación de las realidades, para fijarlas en determinados parámetros ideológicos sin considerar la diversidad de los entes sociales, es decir, dicha funcionalidad y formalidad de la realidad constata simplemente la existencia de una racionalidad circular del hacer fáctico.

Así el discurso de la ley, que da cause y legitimidad a esa racionalidad funcional y formal de las formas de vida, únicamente contiene un valor normativo donde se encuentran inmersos elementos y valores no normativos. Por lo tanto, esta racionalidad discursiva, legítima aún así la construcción global y formal de un orden político-jurídico y coactivo-punitivo, bajo un esquema de supuesto Estado de derecho.

Luego entonces, la racionalidad se vuelve dentro de la cosa punitiva, como una especie de teoría de discurso argumentativo, donde simplemente se advierte una genealogía del discurso explicativo de la funcionalidad de la realidad social bajo un esquema de conceptos universales, sin tomar en cuenta que la historia misma representa nos solamente las historias de vida sino también representa la historia de las diferentes formas de vida, que implica que no se tenga en consideración a la alteridad, para conformar dicha realidad racional.

Así el término monolítico de racionalidad se transfiere únicamente de un discurso ético-moral (de las sociedades primitivas y medievales) a un discurso filosófico-humanista-jurídico(dentro del pensamiento iluminista-liberal) Esto es, de una visión e ilusión metafísica, moral, religiosa y organicista, se pasa a un visión metasocial, organicista, selectiva, ética-jurídica y antidemocrática de la universalización y relatividad de valores, que se fomenta desde la ideología dominante y que se constituye sencillamente en una ideología de la falsa conciencia, que se deduce del racionalismo contractual-social moderno.

De tal manera, que contrato social que envuelve todo el racionalismo y la conciencia humanista-jurídica del pensamiento ilustrado permea la ideología liberal, para justificar las formas de vida con base en una idea ética-jurídica.

En consecuencia, en dicha racionalidad social el contrato es la única institución que garantiza en este nuevo orden liberal la aplicación del castigo. Sin embargo, no debe pasar desapercibido al lector que la idea del contractualismo social moderno, se sustenta en una relación meramente subjetiva de derecho, siendo que esto implica una situación de subordinación continua, fomentándose con ello actos de poder y de dominio, que dentro de un esquema ideológico neoliberal resulta ser más violento y represivo, por la desigualdad social que se construye con un simbolismo de conocimiento privilegiado.

Así las cosas este nuevo liberalismo se erige en una atmósfera de mayores prohibiciones y menos derechos, diluyéndose con ello, los fines y contenidos preestablecidos por los ilustrados-liberales, respecto a una idea más humanista y democrática de sociedad.⁶

Por ello, el contractualismo social y formal moderno encubre una ideología de violencia y violación de derecho bajo un manto liberal, democrático y humanista de derecho, tanto para dar cause a la explicación de las formas de vida y para la justificación de la imposición del castigo carcelario, por eso, con ello se fomenta latente y materialmente en la práctica una ideología de falsa conciencia o enajenada.

Esta racionalidad contractual-vertical rígida de poder, se vuelve una racionalidad circular, en virtud de que la existencia misma de la dicotomía Estado-derecho auto crea y auto justifica la realidad social en un esquema simplista del deber ser.

La racionalidad circular estructurara y sustentada en una realidad objetiva y subjetiva de interacción jurídica, donde el mundo y las formas de vida se construyen en reglas de primer orden (puesto que éstas imponen siempre deberes y obligaciones al individuo social), reflejan un sistema contractual-social plenamente desigual, en perjuicio del ciudadano subordinado al pacto social. Entonces dichas reglas que estructuran las formas de vida a lo largo de la historia, reflejan una legitimación funcional cíclica para su

⁶ Ya que el contrato social no parte de un sistema social igualitario, por ende, al ser antidemocrático, no puede sustentarse una edificación democrática liberal para establecer, fomentar y entender los valores que rigen dentro de una sociedad y del contrato que adhiere al colectivo social, como es su momento lo planearon Rousseau, Montesquieu y Voltaire.

creación, modificación o transformación de las mismas, pero siempre como formulas coercitivas que organizan y ordenan a la sociedad bajo reglas que se desprenden de imperativos categóricos ya sean éticos-morales o éticos-jurídicos.⁷

De esta manera las formas de erradicar los conflictos que se originan dentro de la sociedad, permiten verificar toda una red estructural de poder donde se advierte una interrelación de dominadores-dominados como lo señala Max Weber (1976)

En consecuencia, se puede concebir con esta idea una situación de racionalidad del control con la eficacia de la racionalidad del poder que se ejerce a través de la razón del Estado y de las razones de derecho, bajo un esquema de monopolio absoluto, potestativo y arbitrario en la aplicación de un castigo o de una pena.

Por lo tanto, la racionalidad punitiva al legitimarse y al asumirse en clave política-jurídica, implica que siempre se mantenga dentro de un referente de control social punitivo que se vincula a la dualidad enunciada de mandato-obediencia, es decir, la creación continua de nuevas formas de servidumbre social.

Todo esto nos lleva a considerar que el desarrollo de la racionalidad con arreglo a valores, a los que hace referencia Max Weber (1997), tiene como objeto únicamente el progreso técnico, científico y social a favor de unos cuantos privilegiados. Dicha racionalidad con arreglo a valores necesariamente debe vincularse a la llamada racionalidad formal, que se constituye en el eje legitimante de la ideología política-jurídica reinante en la modernidad, por ende de la conciencia moral y la laicización de los valores en tiempo y lugar determinado. Esto va en contra de la libertad individual, ya que se distorsiona entonces la racionalidad material pretendida en el discurso explicativo de la igualdad política y jurídica del contrato social, donde caemos en un determinismo ético según el tiempo y lugar verificado, en una constante que se mide a través de una ideología sumamente antidemocrática.

Es importante esta idea planteada, porque nos especifica puntos estratégicos para vislumbrar el contenido de las diversas racionalidades que motivan un derecho a castigar, mismas que se observan encubiertas en discursos circulares de carácter humanista sin contenido de democracia y justicia eficaz y útil para la sociedad o para el caso del sistema del castigo, que sirvieran efectivamente para la prevención de conductas lesivas.

⁷ Cfr. Hart, H. L. A. El Concepto de Derecho. 2ª Ed. Abeledo-Perrot Edit. Buenos Aires, Argentina, 1990, pp. 23 y 24, 99 y ss.

Por el contrario, al incrementarse los actos de poder y violencia, se fomenta la cultura de la conciencia enajenada, porqué los mecanismos e instrumentos para legitimar el autoritarismo y represión que ejercen mediante razón de Estado y razones jurídicas, es precisamente mediante la incrementación de una función desmesurada de la cultura de la emergencia jurídica, esto es fomentar una explicación de la realidad y dar cause a la problemática social, mediante la continua creación, aplicación y ejecución de un marco normativo, que construye la alteridad, sin embargo, con ello solamente se construye la idea de un derecho enajenado, en razón de que ningún sistema normativo puede garantizar la solución a todo conflicto social y mucho menos para dar explicación a las diversas formas de vida.

Entonces, la problemática que plantea el uso y abuso del término *racionalidad*, y que se verificará en este marco de estudio cómo el derecho a castigar, puede visualizarse como una verdad ambigua, cuya respuesta tendrá que analizarse en un aspecto de doble sentido: por un lado, la situación específica y manifiesta del contenido del castigo en un marco humanista y jurídico, y por el otro lado, desde la perspectiva de las siguientes interrogantes: ¿Por qué se aplica el castigo? ¿Quién aplica el castigo? Y ¿A quién se le aplica el castigo? También cabe señalar que surge necesariamente de este contexto una cuarta interrogante respecto ¿Cómo legitima el derecho a castigar?

Respuestas que podrán tener un contenido más no una explicación real, tangible y demostrable con los argumentos que envuelven el discurso político y jurídico del supuesto derecho a castigar. Ya que el exceso de racionalidad anunciado en los discursos legitimadores del castigo dentro del proceso de modernidad se constituye simplemente en un cálculo técnico y científico (nada comprobable) de la naturaleza del comportamiento humano, cuya parafernalia científica inmersa en la imposición del castigo, se llevaba a cabo a costa de los fines humanistas pretendidos, en una constante violación de derechos fundamentales de los individuos que se ven sumergidos dentro de un simple control social punitivo moderno de segregación. De ahí que ese ordenamiento racional se traduzca en una sinrazón. Donde la libertad e igualdad se diluyen en una dicotomía de represión y autoritarismo para a quién se le impone el castigo, y de plena potestad para quién aplica el castigo, bajo un contexto simple de relación subjetiva de derecho, es decir de poder y dominio.

Si la racionalización del castigo resulta ser una idea obsesiva de múltiples contenidos y formas que simplemente se ha venido adaptando por las civilizaciones para justificar una forma ideológica de dominio siempre con matices totalmente rígidos, y cuya base se erige en una estructura auto excluyente y plenamente determinista y selectiva, entonces la

racionalidad en la modernidad al surgir como un proyecto emancipador que parte del referente objetivo de pretender desechar toda irracionalidad ancestral y cultural, para consolidar de manera eficaz el presente y el futuro netamente calculado, no menos cierto es, que dicha construcción de la realidad, tiene el planteamiento de un proyecto funcional de orden, progreso y utilidad, pero en beneficio de una minoría social privilegiada; resulta importante destacar esto, en razón de que si dicho planteamiento que propone la modernidad tiene como instrumentos la técnica y la ciencia, también resulta cierto que los beneficios del orden científico, resultan ser limitados para la mayoría del conglomerado social. Cabría entonces cuestionarse ¿por qué la técnica y la ciencia son instrumentos de violencia? Más aún ¿Por qué la razón de Estado, está por encima de la razón humana? ¿Dónde queda el principio de la razón del hombre? O ¿Por qué el valor Felicidad y Justicia se rigen bajo principios materiales del capitalismo, y no tienen como porta estandarte los valores de respeto a la dignidad humana?

En consecuencia, si la racionalización que justifica y enmarca un sistema social y punitivo de esta naturaleza, no tiene como propósito final la tan marcada connotación de libertad e igualdad, mucho menos de democracia y justicia del conglomerado social, con base en el tan anunciado contrato social, en consecuencia visto así dicho panorama ideológico plantea una relación social con serios vicios en cuanto a derechos y obligaciones pactados, en perjuicio siempre de uno de los contratantes (gobernados)

La adhesión enajenada a una conciencia moral laicizada bajo esta visión unilateral, solamente permitirá engendrar una moral desigual y selectiva en perjuicio de la construcción de la atmósfera de alteridad, donde la diversidad se motiva de la implementación de un sistema universal de exclusión. Así dicha ideología fomentara la cultura de la antidemocracia, de la represión, del autoritarismo, de la violencia y en especial de la violación permanente de derechos. Entonces dicha sociedad contractual, intensifica una cultura jurídica, nada igualitaria y sumamente racista, para legitimar e imponer un control social punitivo, como instrumento idóneo y eficaz en la solución de los conflictos sociales.

Esta visión normativa crea exclusivamente una visión del mundo del deber ser, luego entonces, donde queda el mundo del ser, si éste se diluye en el contenido subjetivo del discurso mismo. Ello implica una contradicción en el acto de justificación y legitimación, de la aplicación y ejecución de la misma norma jurídica, puesto que la argumentación jurídica no puede sustentarse en un discurso circular, muchos menos que garantice que la diversidad de las formas de vida quede debidamente incluidas en dicho sistema, esto origina el planteamiento cartesiano de "la duda sistemática".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De tal manera, que el lenguaje normativo es limitado, ya que no tiene una argumentación ilimitada para la explicación de las diversas formas de vida y la solución de todo conflicto social. Por el contrario, considerar que el lenguaje normativo en su contenido y fin es ilimitado provocaría una situación de sin sentido. **Puesto que no debe olvidarse que el endurecimiento de las políticas de control social punitivo, únicamente fomentan mayores formas de selección y desigualdad, lo que motiva una relación contractual de menos derechos y más prohibiciones y obligaciones.**

Todo este contexto argumentativo si lo correlacionamos con el colapso inevitable de las crisis institucionales y las crisis de identidad social, por la que atraviesan las sociedades modernas, obliga al investigador analizar necesariamente que la transición tan acelerada para concebir las formas de vida moderna, implica un **estado de incompreensión total de la realidad explicativa para la mayoría de los gobernados, sobre todo, cuando esa realidad cambia a velocidades inimaginables tanto en el contexto nacional como internacional.**

Así la efímera transición de una racionalidad a otra, que envuelven la justificación y legitimación para la imposición de un castigo, se ve como un reacomodo constante y real de las fuerzas de poder y orden tanto nacionales y mundiales, para estructurar un nuevo esquema de control (Por ejemplo: La idea de las Cortes Penales Internacionales), lo que provoca un síntoma de rompimiento con los conceptos y esquemas que identificaban a la razón de Estado, a partir del Renacimiento. Sin embargo, dicha esquematización del poder y del orden nacional e internacional aceleran sus estrategias hacia un sistema de mayor exclusión y violencia social.

Siendo de esta manera un proceso que no tiende a modular las políticas institucionales del orden estatal, interestatal o supraestatal, sino por el contrario, alcanzar la seguridad y el orden mediante una clara **intención de fomentar una política de poder-violencia.**

No debemos olvidar que el sistema penal lleva consigo una carga de violencia, y a esta es necesario sumarle todas aquéllas que surgen simplemente del hecho mismo de vivir por ejemplo: la falta de igualdad, de oportunidades y de democracia, aunado a ello a una constante injusticia e inseguridad social, situación que se postra aun más la situación social por el latente desempleo, la continua inflación económica así como de la carencia de los instrumentos y medios necesarios para alcanzar un mínimo de calidad de vida social.

TRABAJO CON
FALLA DE ORIGEN

Si sabemos que la violencia tiene como objetivo final la creación de un nuevo derecho, conforme al nuevo estado de cosas, entonces cabría preguntarse: **¿por qué el derecho reproduce violencia?**

El razonamiento de fondo nos lleva a establecer que entre más avanza el proceso de explicación de la realidad, más puede observarse la producción de mecanismos ambivalentes de confrontación en las racionalidades que pretenden justificar y legitimar dicho proceso dentro de la modernidad.

Esta idea nos permite afirmar que la calidad de vida del hombre moderno se ve dentro del contrato social, envuelto en una ideología netamente Spencerista y Darwinista, donde el anhelo racional del hombre y su capacidad de conquista universal se mueve en una línea meramente de avance técnico y científico, que permite el desarrollo y progreso de quienes tienen acceso a ese conocimiento privilegiado.

Sin embargo, mantener las expectativas de vida mediante un orden normativo, genera reglas del típico derecho subjetivo, es decir, de exclusividad donde cada individuo se encuentra en relación con los otros y la interdependencia necesariamente justifica una relación legítimamente enajenada.

Este modelo fomenta una verdadera contingencia dentro proceso de interacción, esto en razón de que el ordenamiento jurídico construye un orden bajo un contexto de reciprocidad negativa, por ejemplo: el derecho de propiedad, es el modelo sobre el cual se ha construido gran parte del sistema jurídico moderno, por ende, la forma de la pretensión de reciprocidad entre propietarios, obliga al reconocimiento de los otros, así en la medida de que yo te reconozco como propietario, si solo si, tu me reconoces como propietario.

A pesar de ello, no existen las garantías o medidas precautorias para que se lleve a cabo tal reciprocidad, aún cuando en su planteamiento parezca justo, puesto que si el sistema normativo únicamente busca el orden, no importando si dicho modelo esta bien ordenado para la sociedad. En consecuencia la complejidad del derecho no garantiza el equilibrio de la reciprocidad en las relaciones sociales que resulta ser más complejas que un simple silogismo jurídico.

Tras estos análisis es claro dilucidar que la vida moral a la que se circunscribe toda forma de vida dentro de un ordenamiento normativo, **por esencia debe renovarse, y dentro de la modernidad debe adquirir una voluntad originaria de renovación permanente, considerando una racionalidad explicativa de la realidad y de las formas de vida, con**

factores de valor positivo, cuya máxima mantenga un sistema de inclusión social, **donde la diversidad sea el valor efectivo en el marco de una vida ética que debe reconstruirse continuamente.**

Así la calidad del ser humano se pierde en una constante duda sistemática, que le permite evolucionar en el mundo material sin justificar debidamente **el porqué en esta dinámica moderna se ha permitido la pérdida del "yo" y del "sí mismo", es decir, del mundo del ser, por pretender construir un mundo exclusivista del deber ser, luego entonces a este proceso también se le puede denominar la construcción de la violencia.**

En un esquema de reciprocidad incierto se erige un sistema de continua confrontación y postración social, **esto es una manera de instrumentar la inseguridad, la injusticia y la violencia, desde la razón de Estado.**

El pluralismo de los juegos de lenguaje en la modernidad no ha permitido que se pueda ir más allá de los consensos sociales que genera el propio pacto, porqué no permite establecer un criterio para resolver las injusticias sociales, y si en cambio, se sigue manteniendo el *status quo*, funcional y conservador o neoconservador del esquema de sociedad cuyo origen se fue construyendo desde el siglo XVIII.

Los peligros que estructura una propuesta moderna de esta naturaleza origina una fundamentación del orden social con base en las meras repeticiones de valores aceptados en una determinada tradición cultural(como lo es la occidental), bajo la uniformización de las diversas formas de vida así como del sometimiento de la diversidad y la pluralidad de racionalidades a una específica razón (de Estado) bajo un principio ético discursivo de universalización, cuyo parámetro establece la calidad de la misma racionalidad en un supuesto Estado más humano y democrático de derecho, sin embargo la realidad se ciñe a un programa si bien del pensamiento ilustrado (de la universalización de la racionalidad más humana), también lo es que no existe una verdadera mediación entre el principio de universalización racional con la herencia de las tradiciones culturales, lo que provoca el sintoma de riegos y peligro en la calidad racional y en la propia vida social.

En consecuencia si en el principio de universalización se construye todo un esquema para buscar una mejor calidad de vida social, entonces es necesario recoger toda la herencia que se concentra en los modos de entender la vida

(comportamientos, valores, recuerdos etcétera) para entrar en un conocimiento pleno del cómo funciona la construcción de las formas de vida a lo largo de toda la vida.

Sólo así se alcanzará el principio de universalización y el respeto al pluralismo y a la identificación de la diversidad en las formas de vida, en bien de la propia construcción de la alteridad. Sería una especie de búsqueda de los saberes soterrados o sometidos, que han sido descalificados como no componentes o insuficientemente elaborados, que jerárquicamente son inferiores y por debajo del nivel del conocimiento y de los saberes científicos, cuya concepción es tan acentuada en Michel Foucault (1990), al explicar los fenómenos de desviación y dominación, que ahora ocupan el espacio de análisis y crítica en el contexto de nuestro trabajo.

De ahí la importancia de dar un buen sentido a esta crítica para establecer que la diferenciación de la razón deberá suponer un principio de universalización, donde la fundamentación de una norma social implique que pueda ser considerada y ponderada por todos los integrantes del pacto social, es decir, la norma social será válida cuando todos tengan un común acuerdo de reconocimiento de la norma universal, por ende, el acto de legitimación se avala por la diversidad de razones existentes. Reafirmando con ello, como supone la concepción de Weber (1991), Opel (1989) y Habermas (1991) que la relación de la racionalidad-comunicativa y del diálogo o pluralidad del juego intra-racional, permitirán la interacción plena de la diversidad de las racionalidades que fundamentan la existencia de la realidad social, con la finalidad de alcanzar el principio de universalización y respeto a la diversidad y al pluralismo en la construcción de las formas de vida; evitándose así el etnocentrismo que encierra los contenidos de las normas universales modernas, que origina una atmósfera negativa de injusticia, discriminación y antidemocracia.

Luego entonces, el reconocimiento genuino de la praxis cotidiana —señala Habermas— permitirá la interacción entre lo cognoscitivo y los elementos ético-morales y estético-expresivos.

De lo contrario, estaremos inmersos siempre en la ideología de la racionalidad funcionalista, donde la universalización de las normas sociales se funda en un principio de moral única, donde se esquematiza la discriminación de situaciones sociales no legitimadas, por razón de no-reconocimiento de la diversidad. Es necesario entonces abordar una racionalidad que se funde en el consenso para legitimar la realidad social.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La importancia de esta reflexión en cuanto a la validez, alcances y límites de los principios preestablecidos por las diferentes racionalidades de las formas de vida, permiten verificar que dentro de la ideología del sistema del castigo y las doctrinas que justifican el derecho a castigar, simplemente se enigen en estructuras ideológicas de exterminio y segregación. Con ello, no se pretende crear un argumento simplista en el análisis de éste trabajo, por el contrario se pretendió identificar los razonamientos teóricos y discursivos que aparecen alrededor del castigo para posteriormente ubicar el nacimiento y desarrollo de la cárcel y la propia pena de prisión, como instrumentos y símbolos de desviación y dominio.

Bajo esta temática se puede verificar que el planteamiento de una sociedad funcional moderna gira en torno a un sistema penal totalmente represivo y nada garantista, es decir, un sistema sumamente autoritario en la imposición de la pena de prisión moderna.

Esto nos permite descubrir que la ideología y la carga discursiva alrededor de la pena de prisión y de la prisión misma, mantienen como eje motor del sistema únicamente al individuo y no la idea de prevención del delito. En este punto, se invierte el esquema trazado en una idea humanista de la pena, ya que la práctica autoritaria en la imposición del castigo lejos de haberse humanizado como se pretende en el discurso, atiende simplemente a un principio determinista ético-jurídico, cuya selectividad de personas en peligrosas o no peligrosas, se conjuga idea del castigo-represión en un doble aspecto tanto en la aplicación y ejecución de la pena de prisión, verbigracia: en el análisis de la culpabilidad, se maneja supuestamente una culpabilidad de acto en el discurso formal jurídico, mientras que en el discurso material se analiza la culpabilidad de actor y de acto, lo que crea una simple culpabilidad normativa. El asunto se agrava aún más cuando la prisión preventiva se vuelve una pena ejecutada por el tiempo que dure el proceso.

Al respecto Karl L. Popper (1991) señala que para encontrar la verdad es necesario descubrir si existen o no grados de verdad,⁸ en consecuencia la idea del castigo a lo largo de la historia, nos muestra una verdad enajenada en la búsqueda de la verdad manifiesta y latente que legitima un supuesto derecho a castigar. Esta reflexión nos lleva entonces a verificar si existe o no la verdad declarada en el sistema del castigo. Puesto que la verdad surge como una verdad manifiesta, ello encubre una situación específica y frecuente para llegar a esa verdad. Por lo tanto, si encontramos la verdad también es fácil que se pierda y nuevamente iniciemos la búsqueda de la verdad. Entonces, la

⁸ Vid. Popper, Karl. *Conjeturas y Refutaciones*. 3ª. Ed. Puntos Ed. Barcelona, 1991, pp. 23 y 24

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ideología y racionalización del castigo aparece como una realidad deformada, se estructura de tal manera que su representación se verifica como una verdad cierta del mundo, por ejemplo: la concepción que tiene la gente de la cárcel, es precisamente en observar a dicha institución social como un mal necesario, bajo un contexto de lógica simple, en el sentido de que sujeto delincuente merece estar en la cárcel por el delito cometido, sin embargo esta concepción del principio de universalización se encuentra enajenada en razón de que detrás de ésta ideología se encuentra todo el aparato y discurso formal que legitima la institución social del castigo.

Entonces la concepción de este trabajo se ciñe en un deber de búsqueda para escudriñar cada uno de los discursos ideológicos que erigen la temática del castigo, para encontrar una razón legítima el supuesto principio del derecho a castigar. En consecuencia, en las subsecuentes líneas se realizará un estudio propiamente comparativo de cada una de las racionalidades expresan una supuesta forma de vida única, donde los que participan en la creación, modificación, aplicación y ejecución del sistema del castigo o dentro del ámbito del orden social, han venido produciendo argumentaciones que no parten de una fundamentación de interacción racional, sino de una situación social-moral única que discrimina la a la diversidad y ala pluralidad como realidad social.

Es necesario entonces verificar que la falta de la aportación de los contenidos de conciencia moral y de la acción comunicativa en la ideología del castigo, estructura una ideología simple de determinados valores y determinadas conductas como racionalidades que conforman el mundo de la universal exclusión y de la universal inclusión en una sociedad netamente funcional, desigual, antidemocrática, represiva y autoritaria, que se manifiesta en todos los planos del orden social, cuyos referentes se vuelven con tal dimensión de crueldad y deshumanización cuando se aplica un castigo en el interior de la cárcel.⁹

Siguiendo ésta tesitura, Popper (1991), establece: "(...) Toda solución de un problema plantea nuevos problemas sin resolver, y ello es tanto más así cuando más profundo era el problema original y más audaz su solución. Cuanto más aprendemos acerca del mundo y cuando más profundo sea nuestro aprendizaje, tanto más consciente, específico y articulado será nuestro conocimiento de lo que conocemos, nuestro conocimiento de nuestra ignorancia. Pues, en verdad, la fuente principal de nuestra ignorancia es el hecho

⁹ Cfr. Habermas, Jürgen. Escrito sobre Moralidad y Eficacia. 1ª. Ed. Pinos Ed. España 1991. pp.131 a 149. Jürgen Habermas. Conciencia Moral y Acción Comunicativa. 5ª. Ed. Pinos Ed. España 1998. pp. 39 a 55. Vid. Bobbio Norberto, El Tercero Ausente, S.N.E. Cátedra Ed. España. 1997. pp. 157 a 168.

de que nuestro conocimiento sólo puede ser finito, mientras que nuestra ignorancia es necesariamente infinita (...)"¹⁰

Si partimos de estas ideas preliminares, debemos hacer frente al contexto del presente trabajo, que se sustentará en una hipótesis general contenida en el mismo tema del trabajo, y en una hipótesis específica, estructuradas y esquematizadas de forma sencilla, para dar cauce a una duda sistemática, que se va produciendo alrededor del castigo, de las doctrinas justificadoras de los fines de la pena y de todo el sistema penal mismo.

Así, se plantea que la hipótesis general será: EL PROCESO DE RACIONALIZACIÓN DEL CASTIGO JUSTIFICA LA VIOLACIÓN ESTRUCTURAL DE DERECHOS HUMANOS.

En tanto, la hipótesis específica se centrará en: EL PROCESO HUMANIZADOR DE LAS PENAS HA ENCUBIERTO Y LEGITIMADO UNA PRÁCTICA AUTORITARIA Y REPRESIVA DEL CASTIGO.

El método que se empleó en este estudio, fue primordialmente el inductivo (de lo particular a lo general), bajo un esquema de análisis de discursos políticos, jurídicos, económicos y doctrinarios, que nos permitieron girar en torno a una dinámica entre el pasado, el presente y el posible futuro del castigo. Análisis que se abordó desde sus aspectos sociales, económicos, jurídicos, políticos, culturales y religiosos, de manera sucinta, mismo esquema que nos permitió sustentar el plano doctrinario y teórico que justifica la idea del castigo. Sin embargo, dentro de toda la estructura del trabajo se mantuvo la búsqueda de la verdad manifiesta y latente, motivando con ello una constante argumentación crítica de los discursos que erigen el sistema del castigo hasta nuestros días.

La estructura y esquematización de este trabajo se proyectaron con base en el análisis de las diferentes racionalidades, como elementos de juicio, que justifican y pretenden identificar, así como sugerir, las múltiples formas que la sociedad ha puesto en práctica para castigar todas las conductas lesivas que se consideran fuera del alcance del principio de universalización del contenido de las normas sociales durante un espacio y tiempo determinados históricamente. Se concluye con la identificación del proceso

¹⁰Popper. Ob.Cit. p.53.

humanizado de las penas modernas, cuyo velo ideológico y legitimado por el discurso formal cubre toda una dinámica autoritaria y represiva del castigo.

El universo de contenidos y significados que se van diluyendo al rescatar conocimientos históricos, permitió observar las racionalidades existentes en cada una de las etapas del castigo estudiadas, para estructurar el análisis y crítica, que se planteó a lo largo de los cuatro capítulos de este trabajo.

Cabe enfatizar, que el trabajo se ciñe inicialmente a un estudio global del castigo, donde se enfoca de manera especial, la verificación del nacimiento, desarrollo y madurez, de la cárcel y de la pena supuestamente más humana, como la es la de privación de la libertad pasando entonces a encarar los problemas doctrinales que se presentan en la justificación y fin de la pena, hasta las posturas más importantes que se desprenden de los modelos de sociedad, que se construyen en una dinámica estructural-funcionalista que permea todo el orden jurídico existente, donde las escuelas penales y criminológicas, que legitiman la aplicación de una pena más humana y útil, exclusiva y cíclicamente se reproducen dentro de una dinámica ideológica de justa retribución o de intimidación o defensa social, es decir, un proceso de autoconstrucción monolítico para la justificación de la pena, incluso en un plano de apreciación ecléctico, que vuelve al sistema penal aún más represivo y violento, por ende menos garantista, que refleja un síntoma de tentación permanente hacia la violación de derechos y generación de violencia desde una perspectiva específica del principio de universalización.

Esta dinámica de ideas nos llevó a concretizar la realización de una confrontación directa de las diversas posturas, para encuadrarlas en una estructura y esquematización del problema de la cárcel, tanto en el discurso legitimador que se da en el exterior en forma legal, como hacia el interior de dicha institución social, donde se estructura una ideología de facto, que genera necesariamente zonas de exclusión e inclusión, en otras palabras se construye toda una dinámica social de privilegio, violencia e inseguridad, en una institución que supuestamente fue creada para brindar seguridad y legalidad.

En este marco de estudio se vio el proyecto universal del castigo, sin embargo, en especial en el capítulo 4, fue necesario comparar el orden normativo vigente específicamente en México, y confrontarlo con el marco normativo internacional, para poder justificar en ejemplos claros y concretos, en que consiste la violación estructural de los derechos de los reclusos. Así se logró delimitar el estudio de la institución carcelaria, abordando los problemas específicos que hacen a la cárcel y a la pena de prisión, un sistema del castigo donde se recicla la violencia social y donde la venganza estatal, se

legítima y formaliza (dentro del castigo) bajo un contexto de un sistema del castigo más humanizado dentro de un supuesto Estado de derecho.

Al haberse confrontado y ponderado estos marcos normativos supracitados, fue necesario abordar en determinados apartados del capítulo 4, ciertos datos estadísticos tanto gubernamentales como gubernamentales, para justificar de manera más objetiva la realidad de la violación estructural de derechos fundamentales de los reclusos, por ejemplo: al tratar el tema de superpoblación en el subcapítulo 6.1., entre otros.

Todos estos datos obtenidos permitieron constatar que los problemas que aquejan al sistema del castigo moderno, resultan ser ancestrales, siendo que su idea de modernidad solamente resulta verificable en su esquema de argumentación y esquematización del problema, puesto que la solución del mismo se esquematiza en discursos meramente violentos y represivos, que motivan el fracaso de la institución carcelaria, esto en razón, de que el sistema penal en general afronta el problema de la delincuencia y del delito, sin un programa objetivo de prevención, donde se construye la realidad del castigo con base única y exclusivamente en determinar la cantidad y no la calidad de la pena, así el eje motor del castigo se constriñe a la persona ser humano y no a la institución del delito; es decir, se pierde nuevamente la dinámica del ser, por el deber ser.

Desembocamos entonces a un relato de la creación de las formas de vida de manera enajenada y pasional, cayéndose en el peligro de que la razón de Estado, siga acrecentando las redes del sistema penal, para pescar cada día más incautos que justifiquen la existencia, legitimación y formalización de un sistema más autoritario, represivo y violento, en consecuencia menos garantista.

Paradójica e indirectamente se pudo comprobar que las posturas de la política criminal mexicana moderna, se ven inmersas en doctrinas eclécticas, donde sobresalen las ideas positivistas y científicas, para conformar un status quo determinista-criminológico del delincuente, como porta-estandarte de toda una parafernalia preventivista; a pesar de ello, solamente se logra por un lado, mantener una ideología humanista y legitimante del fin funcional y útil de la pena (vista como una pena-prevención), y por el otro lado, seguir justificando la existencia de una institución cerrada, altamente represiva, corrupta, autoritaria, sórdida y áspera como lo es la cárcel, aún cuando esta institución social ha demostrado ser un verdadero fracaso social en la transformación de la personalidad del delincuente, en consecuencia la tan anunciada readaptación, reinserción y resocialización social del sujeto delincuente, presenta nula eficacia y efectividad para los fines pretendidos en la pena de prisión moderna.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por otra parte debe reiterarse, que al construir esta esquematización anunciada de la cárcel moderna, se hizo una comparación legislativa de México y del orden internacional, considerado principalmente: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, La Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social en el Distrito Federal, La Declaración Americana de los Derechos Humanos (1948), la relativa Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), así como las Reglas Mínimas y Principios Básicos de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (1955)* Con el fin inmediato de determinar, en los casos tratados, el problema que engendra en el interior de la cárcel, la violación de derechos humanos y fundamentales con las prácticas corruptas, represivas y autoritarias, que se realizan a diario en perjuicio de los derechos fundamentales de los reclusos.

Cabe hacer una aclaración fundamental respecto al enfoque conceptual de los derechos humanos pretendido en este análisis, mismo que pretende de manera sucinta y tomando aspectos generales, que se adopta una postura naturalista-sociológica, que permite dar sentido a la argumentación pretendida dentro de un marco crítico, sin dejar pasar la oportunidad de enfatizar que la construcción de la alteridad, debe tener en cuenta a la diversidad y a la pluralidad de racionalidades que erigen las propias formas de vida moderna, luego entonces, la falta de respeto a la dignidad humana dentro y fuera de la cárcel, deben manifestarse como una violación de derechos humanos y fundamentales esenciales para convivencia social.

De ahí la necesidad e importancia de abordar el tema de los derechos humanos, para ceñir la esencia y dinámica de este trabajo. Si bien no existen alternativas a las penas de prisión y a la cárcel misma, también lo es que la propuesta que se esquematiza en este estudio, es la creación de un juez de penas para justificar la aplicación de un verdadero Estado de derecho, aún cuando sé esta privado de libertad; donde se tengan en consideración cada uno de los principios que rigen al sistema penal. Asimismo al proyectarse la hipótesis que dentro de la modernidad, el proceso humanista de las penas, encubre y legitima prácticas más represivas y autoritarias del castigo, es con el fin de justificar que a pesar de que los discursos políticos y jurídicos se constriñen a una argumentación de enfatizar el Estado de derecho, no menos cierto es, que las formas de instrumentar dicho Estado de derecho, justifican la aplicación de un derecho penal máxima violencia y de cero tolerancia, donde la funcionalidad y orden sistema, se estructura aún a costa de la violación de los derechos de los gobernados, lo que convierte al sistema del castigo en un sistema del deber a castigar bajo una ideología de justa retribución. Así la pena de prisión, en sí misma se convierte en una multiplicidad de

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

penas hacia el interior de la cárcel, que motiva a justificar la cantidad de pena más no la calidad de la pena, así en dichos discursos se diluye el pensamiento iluminista de la pena.

Sirva entonces este análisis, explicación y crítica para justificar las hipótesis planteadas en la racionalización del castigo, una práctica autoritaria y represiva.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

ABREVIATURAS MÁS USADAS.

A. de C.	Antes de Cristo.
C.N.D.H.	Comisión Nacional de Derechos Humanos.
d. C.	Después de Cristo.
P.M.	Postmodernidad.
P.N.D.	Plan Nacional de Desarrollo.
S.N.E.	Sin número de Edición.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

XXVI

TEMÁTICO GENERAL

ETAPA HISTÓRICA	ETAPA DEL CASTIGO	DOCTRINAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA PENA	ESCUELAS PENALES	POSTURA CRIMINOLÓGICA	¿QUIEN APLICA LA PENA?	CARACTERÍSTICA DE LA PENA
SOCIEDADES PRIMITIVAS	VENGANZA	RETRIBUCIONISMO NATURAL	DERECHO NATURAL	---	SOCIEDAD U OFENDIDO	PENA-VENGANZA
MEDIEVAL	EXPIACIONISTA	RETRIBUCIONISMO ÉTICO-RELIGIOSO	DERECHO CANÓNICO-FEUDAL	---	SOCIEDAD ECLESIASTICA Y CIVIL	PENA-CASTIGO
RENACENTISTA	RETRIBUCIONISTA	RETRIBUCIONISMO ÉTICO-JURÍDICO	DERECHO NATURAL-RACIONAL	---	ESTADO	PENA-CUSTODIA
ILUSTRACION	CORRECCIONALISTA	PREVENCIÓN GENERAL PREVENCIÓN ESPECIAL.	DERECHO CLÁSICO	CRIMINOLOGÍA POSITIVA	ESTADO	PENA-CORRECCIÓN
CAPITALISMO Y NEOLIBERALISMO.	RESOCIALIZACION	PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA Y POSITIVA	DERECHO POSITIVO Y DERECHO DE DEFENSA SOCIAL	CRIMINOLOGÍA POSITIVA	ESTADO	PENA-PREVENCIÓN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO 1.

HISTORIA DEL CASTIGO. (RACIONALIDAD DE LA DUDA SISTEMÁTICA)

1. LA VENGANZA. (RACIONALIDAD MÁGICA)

Siempre es interesante discernir la verdad escudriñando los pasajes históricos, bajo un lenguaje racional y crítico, sin establecer hechos, acontecimientos o sucesos preestablecidos, con formalismos educativos oficiales. Una sistemática abierta, de esta naturaleza, permitirá estructurar y plantear (dentro de este trabajo), la búsqueda y descubrimiento de la conspiración que unos cuantos fabrican como verdad ideológica, que se legitima e impone sobre la ignorancia de la mayoría.

Así, cada una de las racionalidades del castigo, justifica la existencia de una forma y manera de castigar. Entonces al conjugarse los elementos históricos, políticos, jurídicos, religiosos, culturales y sociales, de una época determinada, se obtiene una ideología concreta, salvo que su estructura encierra verdades declaradas y verdades latentes.

Por eso, Karl Popper, afirma que la existencia de un poder malévolo con influencias impuras y perniciosas de esta naturaleza, impide observar plenamente la verdad.¹ Esto justifica una idea negativa en la concepción del conocimiento. Puesto que la ocultación y ausencia de conocimiento, determina que la verdad se manifieste en forma limitada.

Michel Foucault (1992), identifica esta ideología como la genealogía de la historia, puesto que la verdad no permanece como verdad cuando se le arranca la venda, y señala: "La verdad, especie de error que tiene para sí misma el poder de no poder ser refutada sin duda porque el largo conocimiento de la historia la ha hecho inalterable."²

Por ello, se establece que la problemática que surge alrededor de la imposición de un castigo, si bien, ha venido produciendo diversos criterios justificadores de la pena, también lo es, que sus argumentos son monótonamente los mismos. Luigi Ferrajoli (1995) plantea que estos argumentos se reproducen en forma cíclica, bajo tres criterios:

1. La justa retribución.

¹ Cfr. Popper, Karl. *Conjeturas y Refutaciones*. 3ª Ed. Paidós. Ed. Barcelona, 1991. p. 23 ss.

² Foucault, Michel. *Microfísica del Poder*. 3ª Ed. La Piqueta Ed. Madrid- España, 1992. p 11.

2. La intimidación, y

3. La defensa social.³

En consecuencia, la sociedad como organismo, lo único que busca con la imposición del castigo, es amputar el órgano infectado. Incluso esta argumentación envuelve sistemáticamente a las doctrinas de justificación de la pena, donde se construye su concepto y fin, con base en estos criterios:

A. Retribucionismo.

B. Prevención General, y

C. Prevención Especial.

De ahí, la importancia de verificar en un análisis histórico, el carácter represivo en el que se ha mantenido la evolución de estos discursos justificadores del castigo y de la pena. Si observamos que la historia del castigo es vergonzosa, no lo es menos, la historia del pensamiento jurídico-filosófico en materia de justificación de penas; en razón de que dichas ideologías resultan ser cómplices de los horrores cometidos dentro de esa historia del castigo.

De tal manera, que las fases que establece la historia del castigo deben observarse como subintentos formales de explicación, donde se verifica únicamente un cambio de racionalidad justificadora del castigo. Esto significa simplemente que aun cuando lleguemos al final de la época de la venganza, no se puede decir, que no exista venganza, puesto que la prisión de hecho, es una racionalidad formal de venganza estatal.

La identificación y rescate de dicho ilimitado universo de argumentos en el contexto de dicha racionalidad explicativa, nos permite dar un marco de referencia en la presente investigación. Partimos entonces a describir cada una de estas etapas y racionalidades del castigo.

La fase de la venganza, presenta una racionalidad mágica y privada, en la solución de diversos problemas o conflictos que existieron, y que existen dentro de una sociedad. Es un sistema de castigo que caracteriza a las sociedades primitivas, y cuyos elementos de

³ Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón. S.N.E. Trotta Ed. España, 1995. p 353.

juicio, se estructuran con base en las impresiones personales o las interpretaciones de signos.

La fase vindicativa, resulta ser una etapa larga, tomando en cuenta el inicio de la humanidad, y la concepción del ser humano dentro de una sociedad primitiva, hasta su culminación, dentro de una sociedad política con la llegada del Renacimiento (Siglo XV)⁴

Esta racionalidad mágica fomenta el instinto de conservación del grupo social como elemento justificador del castigo. Entonces esta etapa vindicativa, se presenta como una forma privilegiada de reaccionar **contra las llamadas ofensas**, que se realizaban hacia el grupo social o hacia alguno de sus miembros.

Por tanto, la venganza privada es simplemente un acto de reacción social legitimado por el mismo grupo social. Un esquema de esta naturaleza justifica formalmente resarcir la ofensa con otra de igual contenido y proporción.⁵

Por ello, la forma privilegiada de la sanción dentro de la etapa de la venganza, se esquematizaba dentro de la LEY DEL TALIÓN.⁶

Los rescoldos netamente retributivos del castigo, en esta etapa de la venganza privada, presentaban entonces una racionalidad de límites formales en la ejecución de la misma.

Podemos señalar desde este momento que antes de existir una justicia formal, la racionalidad que envolvía a la venganza, justificaba la preexistencia de cúmulos de fuerzas que se desarrollaban contra el ofensor, con el fin de resarcir el daño. De ahí entonces, que esta justicia tenga como antecedente la expresión "fuerza" y la expresión "violencia". Paradójicamente el derecho surge para evitar la venganza privada y la ley del más fuerte, sin embargo, el derecho sigue siendo la ley del más fuerte. Se puede establecer que una sociedad sin Estado o con Estado, se rige necesariamente por la ley del más fuerte.⁷

⁴ Aún cuando en esta etapa, se pueden vislumbrar algunas sociedades ya estructuradas y organizadas, que a la postre se conocerán como Estado. También lo es, que esta figura política e institucional, tiene una connotación dentro de la Modernidad, de la cual se ha abusado en la utilización de lenguaje conceptual en etapas prehistóricas e incluso feudales, en una significación simplista como señalan Darío Melossi (1992.) Ramón Cotarelo e Ignacio Sotelo (1996). Por ello, se denomina a tales sociedades, como primitivas.

⁵ Sin olvidar, que el principio de proporcionalidad anunciado en cuanto a la aplicación del castigo, en muchas de las ocasiones rebasaba esas expectativas formales en la práctica cotidiana.

⁶ Cfr. Sandoval Huertas, Emir. *Psicología (parte general)*. SNE, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1982. p. 43.ss.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así con una racionalidad de venganza privada, las fuerzas cotidianas marcaban una dualidad para imponer el castigo, como lo era: la ofensa-venganza, esta se circunscribía por lo regular en la muerte del ofensor.

En consecuencia si la venganza no es un acto de simple molestia, sino de privación de la vida, entonces la venganza, se formalizaba en un acto desproporcionado como forma de castigar y de solucionar un conflicto.⁸

Por tal motivo, se requirió limitar formalmente a esta práctica sobre todo, en el tiempo más cercano al nacimiento del Estado, y una vez constituido éste, se puede verificar en las primeras codificaciones. Dichos límites formales se circunscribían a los parámetros siguientes:

A. LA EXPOSICIÓN. Significa que el grupo ofensor expone al autor de la ofensa ante el grupo ofendido, con la finalidad de que la venganza opere contra esa persona y no contra los demás.

B. LA COMPOSICIÓN. Es el equivalente a lo que hoy conocemos como *reparación del daño*, y significa ya en un lenguaje más moderno, la compra del derecho de venganza.⁹

C. LEY DEL TALIÓN. Resulta ser un criterio de justicia, y significa desde un ámbito valorativo- un deber ser. En razón de que la pena, la fuerza y la venganza se justifican, si sólo sí, su costo humano y social no supera el costo humano y social de la ofensa o del delito. En lo proporcional la venganza debe estar vinculada con la ofensa.¹⁰

⁸ No olvidemos, que desde los sofistas, por ejemplo Calicles, sostenía la teoría de derecho del más fuerte, por ello, argumentaba que las leyes son un recurso de los fuertes para someter a los débiles. Por otro lado, Trasímaco, señalaba que la legislación sirve a los intereses del grupo dominante.

⁹ El carácter sacro de la pena, permitía cualquier lesión sobre la persona y sobre las cosas del agresor, esto suponía su muerte, así como, la destrucción o devastación de bienes, que podía afectar hasta en la persona de sus familiares. De ahí, que no existiera un principio de proporcionalidad en la aplicación de la pena.

¹⁰ No puede pasar desapercibida por un lado, la concepción de la reparación del daño en las civilizaciones Orientales, por ejemplo: Con la civilización Sumeria, donde se trataba que el sujeto agresor indemnizara a la familia de la víctima. Por otro lado, no debe olvidarse también la institución de la composición en el derecho Romano, que se llevaba a cabo única y exclusivamente en la solución de conflictos entre particulares. Si bien, con los romanos, la pena era pública, también lo es, que la sanción en muchas de las veces tenía un carácter privado y económico; puesto que hacía la diferencia entre delitos contra el Estado y los particulares. Así la composición resultaba eficaz en la solución de los conflictos que surgían entre los particulares.

¹¹ Sandoval Huertas, Ob. Cit. pp. 44 y 45. Código de Hammurabi. 1ª Ed. Cárdenas Ed. México, 1989, p. 15. Floris Margadaui, Guillermo, Panorama de la Historia Universal del Derecho. 3ª Ed. Porrúa S.A. Ed. México, 1983, p. 44. Pavón Vasconcelos, Francisco, Derecho Penal Mexicano. 12ª. Ed. Porrúa S.A. Ed. México, 1995, p. 53. Vid. Pessina, Enrique, Elementos del Derecho Penal. 4ª. Ed. Reus Ed. Madrid, 1936, pp. 75 y 76. Cfr Araugio-Ruiz, Vicenzo, Instituciones de Derecho Romano. 10ª. Ed. Depalma, Ed. Argentina. 1986, p. 493 y ss.

TEJES CON
FALLA DE ORIGEN

En estos tipos iniciales de venganza no tienen su estructuración formal dentro de una codificación como tales, simplemente se establece la forma como se llevará a cabo dicha venganza (verbigracia *Código de Hamurabi*)¹¹

En la fase de la venganza, el delito no existe como tal, luego entonces, se habla de ofensas que obligan a una reacción de fuerza legitimada por el grupo social y está puede ser la combinación inimaginable de un castigo.

En consecuencia, al no existir una codificación que regule el acto de venganza, esto provoca que no exista ninguna forma de conmensurabilidad de la ofensa. Por ello, la reacción de fuerza será inimaginable e incluso desproporcionada a la ofensa.

Se crea entonces, una ficción en el límite formal de la venganza, porque ésta se convierte en la idea de satisfacción de la ofensa, en vez de una solución real y material del conflicto.

Al ser la venganza, un sistema de castigo que caracteriza a las sociedades primitivas, su estructura se sistematiza en una racionalidad mágica del universo, en interrelación con el mundo y el sujeto, entonces los elementos de juicio para la aplicación de ese castigo, independientemente a la ofensa realizada por el infractor, lo constituyen las impresiones personales del grupo dominante, así como, la interpretación de signos mágicos, que le da forma simbólica a la ofensa.

El simbolismo mágico-religioso de este ritual de justicia penal, radica esencialmente en una intervención en la vida de los miembros de la sociedad, sobre sus bienes y sus fuerzas, por ello, la función simbólica de la pena resulta ser más importante que la función pragmática, para la solución del conflicto social.

Así, independientemente de esos límites formales enunciados, la racionalidad mágica inmersa en la idea de venganza y castigo, tendrá una estructura cuyos matices reflejarán la idea del castigo en desproporción a la ofensa realizada.

Por eso, al nacer el derecho penal, calificando determinadas conductas como ilícitas, justifico la intervención de un tercero como representante político del Estado, quien asumiría la actividad de ajusticiar y prohibir la venganza privada, en razón del pacto

¹¹ Esto tiene razón de ser, si observamos que la sociedad humana, no constituye todavía la sociedad contractual, que da formalidad legal y legítima a una administración de justicia y ejecución del castigo, cuya estructura se encuentra en las codificaciones que conocemos actualmente.

social suscrito por la comunidad, pero con características de una justicia penal ya sea mística, de ley o científica.

En consecuencia la función declarada de la venganza, es la satisfacción de la ofensa y el reestablecimiento del orden simbólico, que surge a través de ese ritual mágico, cuyos contenidos morales formalizan dicha venganza. Por lo tanto, la función latente de la venganza, es la utilización circular de la fuerza y la violencia, para construir una relación de subordinación. Por ello, la realidad oculta y así transformada en la venganza, estructura no solamente una sociedad mágica-religiosa, sino además, una sociedad violenta con una ritualidad de justicia que refleja un sistema de culto, donde prevalece una relación divina de poder y dominio delegada.¹²

Ese tipo de sociedad primitiva, fue evolucionado hacia una sociedad mística y de fe. Donde la justicia penal fue tomando otro cauce de racionalidad explicativa de la venganza como castigo. En este sentido Rusche-Kirchheimer (1984), refieren que en baja Edad Media, existieron otras formas de resolución de conflictos que se asemejaban a la venganza privada, y éstas podían ser de dos formas:

1. LA CONTIENDA: Que era concretamente la llamada **venganza privada**, que se ubica en la baja Edad Media, como un derecho familia, para satisfacer la ofensa por propia mano, y

2. LAS "PENANCES" Y PENAS PECUNIARIAS: Que consistía en una pena pecuniaria, que se imponía al sujeto infractor, con el fin de que no trascendiera el conflicto en una contienda de sangre y anarquía. Dicha institución, tiene un contenido similar en cuanto al fin y propósito de la llamada *composición* en la solución del conflicto.¹³

Sin embargo, esta idea de resolución de conflictos prevalece durante la Alta Edad Media; ya que posteriormente se fue graduando penas según el delito cometido; así las sanciones de carácter pecuniario se sustituyeron por un sistema de castigo más severo de carácter corporal y de muerte.

¹² No debe olvidarse que el rompimiento de la paz implicaba la guerra, así el sujeto que lesiona, hierre o mata no tiene derecho a la protección común, al perder la paz, los ofendidos tienen el derecho a la guerra, e implícitamente éstos tienen un deber ineludible de vengarse a la familia. Vid. Heintz, Hans Von, La Pena, Tomo II, Las Formas Modernas de Aplicación, Madrid, Espasa-Calpe, 1968, Párvos Vasconcelos, Ob. Cit. p. 54. Lo mismo sucede actualmente en algunas regiones de México como: Guerrero, Oaxaca y Estado de México, donde la venganza privada, conforme a costumbres y tradiciones se sigue realizando.

¹³ Cfr. Rusche, George-Kirchheimer, Otto, Pena y Estructura Social SNE, Themis, Ed. Colombia, 1984, pp. 7 a 9

Incluso dicho sistema de justicia criminal mantenía una misma racionalidad, cuya execrable práctica tenía una concepción retributiva del castigo.¹⁴

La aplicación de las llamadas "**penances**", se bifurcaba directamente al sistema de producción netamente rural de esta época Medieval. De ahí, que en un sistema de venganza donde no existe acumulación de bienes, este tipo de pena, formula otro simbolismo dentro de la instancia mágico-religiosa.

Esto es, no solamente se expropia el cúmulo de fuerzas para resarcir la ofensa, sino también, se quita a los infractores sus excedentes sociales.

Esta doble función del ritual de justicia penal justificara una verdadera economía de plusvalía. Por ende, dicha institución "**penances**" constituyó una protección efectiva ante la venganza de sangre.¹⁵

Las "**penances**" aún así, resultaban ser una institución medieval, totalmente desigual en su aplicación material. Puesto que se vinculaba directamente a la riqueza del individuo ofensor (a mayor riqueza, mayor posibilidad de pago por la ofensa realizada; a menor riqueza menor posibilidad de pago por la ofensa ejecutada, y mayor necesidad de aplicación de penas corporales) Ello justificaba abiertamente la aplicación de una racionalidad en la ejecución de un castigo de manera desproporcionada. En consecuencia, aplicar un castigo con base en la riqueza individual, fomentaba un simple sistema retributivo del castigo.

De ahí que la pena pecuniaria nazca, crezca y se desarrolle como una pena discriminatoria, puesto que la simple posición social de los sujetos, justifica un acto de desigualdad material ante la ley y la imposición del castigo. Reflejándose en este sistema de castigo un aparato represivo que protegía a una minoría poblacional económicamente pudiente.

Una idea de justicia criminal estructurada y sistematizada en forma tan incongruente, fomenta una sociedad de impiedad notoria y de orden social justiciero, donde el orden jurídico se encuentra corrompido. Al respecto, Carlos García Valdés (1982), cita los escritos de Tomás y Valiente, quien realiza un estudio de la corrupción judicial del siglo

¹⁴ Se observa como una expropiación del derecho de venganza privado que es monopolizado por la detentación del poder público, donde se ve la figura simétrica del rey, el condenado y la imposición del suplicio, como lo señala Kantorowitz. Cit. Foucault, Michel, Vigilar y Castigar, 24ª Ed. Siglo XXI Ed. México, 1996, p. 26. Paradójicamente hacia el siglo XVIII, aparecen las penas privativas de libertad, donde se estrechazan venganzas privadas y venganzas estatales, bajo una racionalidad de imposición de un castigo sobre castigo.

¹⁵ En la Edad Media, las "**penances**" se vinculaban a los principios de la Iglesia Cristiana, donde la bondad y perdón del prójimo (acto ritual y simbólico), jugaban un papel importante en la prohibición de la venganza. Aunque los actos de salvación, también reflejaban una expropiación de los excedentes sociales, con en las llamadas diezmos.

XVII, e incluso hasta el siglo XVIII. Donde se puede constatar que la institución que propiciaba más injusticias, era precisamente la judicial; ya que las condenaciones eran producto de un afán de lucro, puesto que los jueces participaban en el reparto de las penas pecuniarias, paradójicamente, que ellos mismos imponían.¹⁶

El incremento de estas prácticas corruptas, se hacen converger con la eliminación del carácter privado de la venganza dentro de la Alta Edad Media. Esto se verifica debido a una transformación de dominación social y económica, como lo fue: La sociedad feudal, a través de tres factores importantes:

1. Incremento de las funciones disciplinarias en la actividad de los señores feudales.
2. La lucha de autoridades centrales, y
3. Los intereses fiscales.

Estos factores dieron pauta a la aparición de los sustitutivos del castigo que se relacionaba con la venganza privada, como lo fueron las condenaciones pecuniarias en la forma descrita.¹⁷

Estos sustitutivos de la venganza privada, constituyeron una estructura para la creación de un derecho penal de arbitraje en la resolución de conflictos privados.

Esto es importante destacarlo, ya que con ello, se viene cimentando una parte fundamental del derecho público, como la es la instrumentación y regulación del castigo-suplicio por parte de organismos de gubernamentalidad, pero esto ya dentro de una etapa expialacionista como lo advierte Michel Foucault (1996)

No debemos olvidar que en esta etapa de la venganza privada o fase vindicativa como lo refiere Emiro Sandoval (1982), se pudo visualizar la existencia de una incipiente privación de libertad, que se podrá justificar posteriormente con la idea de progreso en el castigo.

No obstante ello, la idea de un encierro como tal, en una etapa mágica y privada de venganza, debe tener simplemente matices que reflejan y resaltan una relación de

¹⁶ García Valdés, Carlos. Estudios de Derecho Penitenciario. 1ª Ed. Tecnos Ed. Madrid- España, 1982. p. 20. El reparto proporcional de las penas pecuniarias era de la siguiente forma: Un tercio para el Juez, otro para la Cámara Real, y otro más para el denunciante del delito.

¹⁷ Kuntze-Kirchheimer. Ob. Cit. p. 10. Vid. Estos autores plantean que la situación de la administración de justicia criminal y la compra de cargos y funciones públicas, se constituyó en un verdadero ingreso a favor de quien impartía esa justicia, que siempre se inclinaba en favor del que pagaba más, donde se creó una serie de componendas en perjuicio de quien no tenía para pagar dicha justicia, es decir, la idea del plusvalor en la compra de la justicia. Paradójicamente esta idea no cambió.

dominio, es decir, el encierro constituye un medio de fuerza y de seguridad. Mismos elementos que dan una estructura circular a la existencia de un infractor y a la posibilidad de aplicar el castigo.

Por ello, se toma la idea de Ulpiano, en los siglos XV y XVI, respecto a que el encierro de los hombres, no es un castigo en sí mismo, sino simplemente un lugar donde se guardan a los hombres.

Sin embargo, se da un paso necesario de la venganza privada hacia una venganza pública, que vendrá a sustituir a las penas pecuniarias, en un sistema corporal de castigo, y de éste a un sistema de encierro preventivo-curativo.¹⁸

Por último, como se ha venido señalando, un aspecto importante de la etapa de la venganza privada, se esquematoza continuamente en una idea ilimitada y desproporcionada en cuanto a la aplicación del castigo, pero no sólo en una réplica talional de la ofensa o de la composición en la solución del conflicto o en su caso de la sustitución del castigo, sino que ésta excedía de la ofensa realizada, donde se puede esquematar principios relacionados con un sistema de justificación de pena, referente a una incipiente **prevención general negativa y una prevención especial negativa**, según el caso específico que se observe. Además sobresale en esta fase el destierro o la expulsión del delincuente, castigo grave que podía imponerse al ofensor, colocándole en una situación absoluta de abandono y víctima, por el desamparo al que se vería con relación a las agresiones de otras comunidades.

Entonces, el destierro o expulsión del sujeto puede observarse con un esquema de justificación de **prevención general positiva**.

Paradójicamente al prohibirse la justicia individual, se crea paralelamente una justicia contractual, con un esquema y simbolismo de desigualdad material, aun cuando se

¹⁸ Ibidem, p. 9 sa. Vid. Marco del Post, Luis, *Penología y Sistema Carcelario*, Tomo I, Penología, 1ª Reimp. Depalma Ed. Buenos Aires, 1982, p. 33 sa. Cfr. Heintz Hans Von, *Ob. Cit.* p. 192 sa. Puede observarse en esta etapa de venganza privada, también el uso de castigos como: las cadenas, pozos, jaulas y canchales. Las cadenas, se pueden ver con los penados en galeras, en la cadena de forzados y en el coche celular de 1837. Las cadenas, son un modo de reforzamiento de la detención para evitar la huida del preso; podemos ubicar este castigo unas años de la fase vindictiva, incluso, en el Siglo XV a XVIII. Los pozos, son sitios donde se bifurca tiempo-especie, en cuanto a una zona de custodia y castigo. Es decir, el lugar donde el delincente debe permanecer, en consecuencia, el paso por lo regular, se hace al ras de la tierra. Así, en un espacio reducido, la vigilancia resulta ser privilegiada, e incluso este medio de castigo se verifica hasta 1870. Sin embargo, no podemos olvidar el sistema panóptico, donde todo lo oculto es visto y controlado. É incluso actualmente existe un prototipo de ese castigo (del paso), en los llamados apunados. Las jaulas, no solamente permitían visualizar la detención de una persona, sino además, producían el efecto simbólico de exposición de la persona viva o muerta en forma pública. Son modelos y tamaños variados según las épocas y las ideologías; en consecuencia, la exposición del delincuente o de su cadáver, justifica los efectos de una incipiente prevención general negativa. Por último, los canchales, simbolizan y estructuran la idea del trabajo forzado, prevaleciendo dicho castigo en prisiones de Estados Unidos actualmente. Los trabajos forzados, se caracterizaron y se caracterizan por la aplicación del esfuerzo físico del hombre en materiales sólidos y duros, por ejemplo: para obtener materiales de construcción.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

pretenda justificar la misma en una estructura legalista de igualdad formal. La justicia contractual aludida entonces resulta ser desde su nacimiento antidemocrática, autoritaria y represiva.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. LA EXPIACIÓN Y LA RETRIBUCIÓN. (RACIONALIDADES ENCUBIERTAS)

2.1. LA EXPIACIÓN. (RACIONALIDAD MÍSTICA Y DE FE)

El suceso histórico que marca la terminación de la época Antigua, sin lugar a dudas sería el derrumbamiento del Imperio Romano de Occidente en el año 476 d.C.

Sin embargo, el desarrollo del universalismo romano, no se vio opacado por las invasiones y conquistas de los pueblos bárbaros (germánicos principalmente) Por el contrario, la cultura de los pueblos bárbaros, buscará la recuperación de la organización y forma de cultura de Occidente.¹⁹

Perry Anderson (1997), matiza la idea de estas invasiones germánicas que asolaron el Imperio de Occidente, en dos fases sucesivas, con modelos y direcciones totalmente diferentes. La primera de ellas, producto de una especie de confederación entre los Suevos, Vándalos y Alanos en el año 406 d.C. La segunda oleada de invasión, la constituyeron los Visigodos, en el año 410 d.C., quienes comandados por Alarico, inician una serie de saqueos en Roma.²⁰

En las dos décadas siguientes, los vándalos habían conquistado Cartago, en el año 439 d.C. Por lo tanto, hacia el año 480 d.C. Roma Occidental, se vio dominada y desgarrada.

Sin pasar por alto, que la decadencia del imperio, se da inicialmente por los problemas y fuerzas internas que aquejaban a dicha cultura, así el golpe de gracia, como bien señala - Perry Anderson- se lo propinan las fuerzas externas, que se estructuran con estas invasiones bárbaras aludidas.

Así, toda la mitad del siglo V d.C., se vio afectada por esta irrupción de bárbara. A pesar del poder de conquista bélico de los pueblos germánicos, éstos no tenían la capacidad de sustituir la organización y el orden político, económico, social y jurídico, que caracterizaba al Imperio Romano de Occidente.

Esto es importante destacarlo, si consideramos, que la organización social y religiosa tribal de los pueblos bárbaros, se sistematizaba en una cosmovisión entre el universo y el hombre, por ello, todo gira en torno a una visión natural y mágica, siendo que a la postre

¹⁹ El concepto de universalidad, proviene del Oriente, principalmente del pueblo Sumerio. Mismo que es heredado a Grecia, y de ésta pasa al pueblo Etrusco, del cual los Romanos adquirieron el modelo de saber más importante que sostuvo a su cultura, y con ello, conceptualizar una idea más firme de conquista y universalidad de poder y dominio.

²⁰ Cfr. Anderson Perry, Transiciones de la Antigüedad al Feudalismo, 22. Ed. Siglo XXI Ed. México, 1997, p. 108 a 110.

se bifurcara con la concepción mística que darán sentido a la transición de la época Antigua hacia el Feudalismo.

En consecuencia, la idea de mantener en equilibrio una organización territorial, así como un orden político, social, económico y jurídico, de las dimensiones estructurales del Imperio Romano, con base en costumbres y prácticas sumamente primitivas y rudimentarias, tuvo que ser necesariamente una tarea difícil e imposible de comprender, sobre todo, cuando la concepción social y religiosa de estos pueblos bárbaros, se construye en una idea de acción bélica, y no de fomento a la organización, educación y cultura.

Por ello, a la postre el pueblo romano resurgirá entre las cenizas, por el legado cultural y jurídico, que legitimara toda la ideología del Absolutismo.

Estos antecedentes, permiten verificar de manera lógica, la evidente problemática a la que se enfrentaron dichos pueblos bárbaros. Ya que la conquista, no solamente fortuita del imperio de Occidente, y de sus colonias territoriales trajo consigo, la falta de capacidad para solucionar la administración de bastos territorios conquistados. A esta concepción, debemos correlacionar otra característica importante, que explica la falta de eficacia en la administración de los pueblos conquistados, que es precisamente el origen nómada de los pueblos germánicos.

Esta idea es claramente explicable, si observamos en un mapa, la diseminación y conquista llevada a cabo por estos pueblos bárbaros. Así el punto de partida de invasión de cada uno de ellos, al punto final de asentamiento, resultaba ser un punto geográfico muy lejano. Tal situación complicaba la conquista, y por ende, fomentaba la debilidad de dichas sociedades bárbaras, en la defensa de los territorios ocupados. Partiendo de estas ideas, se puede observar, la existencia de un poder real y autoritario, pero sumamente frágil y relativo de los gobernantes germanos.²¹

A partir de ese momento, van apareciendo durante el siglo VI d.C., ciertos vestigios de calma, y la idea de universalización y concentración de poder, en el Occidente de Europa, se va haciendo cada vez más fuerte en las filas de los pueblos invasores.

²¹ Perry Anderson, señala que el hecho de tener una autoridad central coercitiva, sobre una comunidad de guerreros libres, como lo eran los bárbaros, únicamente fomenta una situación de convulsión tortuosa de carácter interno entre dichas sociedades. Esto refleja entonces que los asentamientos germánicos, se formalizaron en un reparto de la tierra romana, pero con una profunda incapacidad para dominar la vieja sociedad conquistada, y menos, para organizar un sistema político nuevo. Luego entonces, sus monarquías rudimentarias, sustentadas en un derecho sucesorio dudoso, bifurcado en una diferenciación de clases sociales, permitía observar ya los rescoños hacia la transición a una sociedad feudal con sus características plenas de desigualdad.

Así, el periodo de la segunda oleada de invasiones hacia el siglo VII d. C., va consolidando una aristocracia debidamente definida y hereditaria de los jefes y señores locales, es decir, se va produciendo una aristocracia germánica. Sin embargo, está reestructuración social presagiará el fin de los derechos duales, por ende, la desaparición del derecho romano durante esta época.²²

Es importante resaltar, que la concentración del poder implicaba reestructurar esa idea de sociedad tribal y pagana, entonces el paso hacia un poder político "único", se cristaliza precisamente en la conversión a la ideología que fomentaba el Cristianismo. Este elemento religioso transforma la comunidad clánica, con una visión de orden divino y social más amplio, donde se precisa una justificación centralizada del poder único, tanto divino como terrenal. Con la doctrina Cristiana no se deja la idea de orden y gobierno, en forma tan subjetiva, como se plateaba en un mundo tribal y pagano. Por el contrario, se esquematiza y se jerarquiza perfectamente la concepción divina y política, es decir, se estructura una nueva relación de poder y dominio.²³

De ahí, la importancia de la segunda oleada de migraciones germánicas, que es la que dará forma al sistema feudal.²⁴

De las cuales destacan las migraciones que constituyeron los pueblos Francos y Anglosajones, quienes efectuaron fuertes movimientos de colonización armada, en regiones donde se carecía de un orden político.

²² Este largo peregrinar de los pueblos bárbaros, se observa por ejemplo con los Visigodos que se trasladan de los Balcanes a España; los Ostrogodos de Ucrania a Italia, quienes hacen un primer intento de concentrar el poder, con el reinado de Teodorico, a principios del siglo VI, salvo que fracasaron. Los Visigodos trataron de hacer el mismo en los reinos de Francia y España, sin lograr su objetivo, ya que fueron vencidos en el año 507 d.C., por los Francos, y posteriormente, por los Arabes en el año 711 d.C.. Así también vemos estas migraciones con los Vándalos de Silesia a Tunicia; los Burgundios de Pannaramia a Saboya. Por otro lado, cabe señalar que la monarquía de Toledo abolió el sistema jurídico romano y sometió a su población a un sistema godo modificado. Sin embargo los reyes Merovingios conservaron ese doble sistema legal.

²³ Cfr. Anderson, Ob. Cit. p. 123 a 124. Así podemos ver por ejemplo: que los Francos adoptan el Catolicismo con Clodoveo a finales del siglo V. Los Visigodos con la conversión de Recaredo en el año 587 d. C.; en tanto el pueblo Lombardo, acepta el Cristianismo en el año 653 d.C. Animismo, la fusión y estructuración eclesiástica tuvo lugar hasta el siglo VIII. Sin embargo, no debemos olvidar que en el año 389 d. C., el Senado Romano renunció al paganismmo, aunque no había triunfado el Cristianismo con este hecho histórico, pero si debemos establecer que el Cristianismo se fue fortaleciendo desde la era Imperial Romana, siendo dicha religión, uno de los dos factores internos que motivo la caída del imperio, ya que el otro fue la lucha interna por el poder.

²⁴ Los tres episodios importantes que marcan esta segunda oleada son: Primero, La conquista Franca de Galia, Segundo, La ocupación Anglosajona de Inglaterra, y Tercero, El descenso Lombardo sobre Italia. Así podemos ver que lo Francos habitaban Bélgica (antes de sus infiltraciones en la Galia), los Anglos y los Sajones se situaron en las costas Alemanas del mar del Norte, frente a la costas Inglesas; en tanto los Lombardos se habían establecido en la baja Austria (antes de invadir Italia)

No obstante ello, la economía seguía un sistema de producción rural y esclavista.²⁵ Este sistema económico fomentó una parálisis técnica en la población y en la producción, en razón de su elocuente limitación a un ascenso vertical y su retraso evidente para la transformación material. Justificando simplemente una relación natural y desigual, por ende, de poder y dominio entre Universo, naturaleza y hombres. Por ejemplo: Similar efecto producía el conocimiento del latín durante la época Romana, cuyo monopolio de la pequeña élite de poder, mostraba una elocuente limitación de ascenso social a la mayoría poblacional.

El modelo Cristiano, estableció otra visión del orden natural y social, que pretendió transformar el citado modelo rural y esclavista pagano, salvo que no dentro de un plano terrenal y objetivo, sino en un esquema de orden divino y subjetivo. La doctrina Cristiana, tiene suma importancia durante esta etapa de consolidación religiosa y política, ya que es el puente que une la transición, entre la Antigüedad con el Feudalismo, sin embargo, dicha religión también traza las líneas de unión entre el Feudalismo con el Capitalismo.

Así, la Iglesia Cristiana fomentó la renovación del Imperio de Occidente, a través de la Monarquía Carolingia hacia el siglo VIII d. C. Carlomagno, tendrá un alto sentido de unidad imperial y de promoción cultural, esto permitió unificar y centralizar el poder, dando auge principalmente a la educación y a la cultura de su época.²⁶

Carlomagno, revitalizó las pretensiones administrativas y culturales del imperio, con ello, se fomentó la unificación política y militar de Occidente.

²⁵ No existe un modelo esquematizado de distribución de la tierra, si en cambio, se da un modelo dual y amorfo, donde se observa una especie de confiscación y latifundismo local, donde la propiedad se anexaba al tesoro real o se distribuyó entre la clase nobiliaria. Esto fomentó actos de anarquía e inseguridad, donde fue desapareciendo las llamadas "Villas Romanas", y se fueron multiplicando las "Aldeas" como unidades organizadas de producción.

²⁶ Cfr. Anderson, *Op. Cit.* p. 130 a 137. Vid. Xiras, Ramos, Introducción a la Historia de la Filosofía, 12^a. Ed. UNAM, Ed. México, 1995, p. 129 a 134. Asimismo, Carlomagno es coronado en Roma, siendo Emperador del Sacro Imperio Romano-Germánico, habiendo gobernado un vasto imperio que comprendía Francia y Alemania. Sin embargo, su imperio duró poco, ya que el mismo fue repartido entre los hijos del emperador. Incluso, el imperio de Carlomagno significa una nueva revitalización administrativa y cultural dentro de las fronteras de Occidente. Por ejemplo: Estandarizó el sistema monetario, recuperó el control central de la acuñación de moneda; por ende, en combinación con la Iglesia patrocinó una renovación en la literatura, filosofía y la educación. Sobre todo, cavó uniones religiosas a tierras paganas, para realizar sistemáticamente la conversión al Cristianismo. Pero lo más sobresaliente de este suceso histórico es precisamente, la delegación de autoridad que realizó Carlomagno, a los nobles de confianza, siendo que los nombraba "Condes", con poderes militares y judiciales para gobernar las regiones del imperio, cuyo título solamente podía revocar el propio emperador. Si bien, a dichos "condes" no se les pagaba un salario por el servicio prestado al imperio, también lo es, que recibían una parte proporcional de las rentas locales de la monarquía y las concesiones territoriales en el condado. Formándose con ello, la llamada "Red Condal", esta institución será un antecedente del feudo, tomando en cuenta que se caracterizaba por los lazos intra matrimoniales, mismos que creaban una clase social aristocrática, que dentro de la Edad Media, se mantendrá íntegra e indisoluble. Esta idea de repartir las tierras conquistadas por ejemplo: En el caso de los Merovingios, consistía en una práctica de distribuir las tierras entre los seguidores más leales, lo que da un sentido de mayor protección de las tierras conquistadas.

Así, se crea un sistema político centralizado, y se estructura una unidad básica de gobierno local, como son los "condados". Sin olvidar, que en este sistema regional de gobierno, se va esquematizado toda una estructura clerical, como son los llamados "*missi dominici*", quienes eran parte del séquito personal del emperador.

Posteriormente los "*missi dominici*", se constituirán en la institución más regular dentro del imperio, teniendo poderes plenipotenciarios para resolver los problemas que surgían en el condado, en nombre del emperador.

Por lo tanto, esta institución tenía una doble función, por un lado, fomentaba el principio de lealtad y confianza imperial para la integración de la "red condal", y por el otro lado, era el elemento vital que permitía plenamente llevar a cabo la conversión del paganismo hacia el Cristianismo.

Carlomagno, da inicio de esta manera a la llamada "síntesis fundamental", que consistía precisamente en la donación de la tierra y la formación de un círculo de lealtad que se desarrolla con los vínculos del servicio imperial.

Esto da pie y se identificaba a un acto de "vasallaje", mismo que consistía en un acto de "homenaje personal", a quien prestaba un servicio al Imperio; asimismo, esto se traducía en un acto de "beneficio", acto por el cual se da la "concesión de tierras". También podía ser un acto de "honor", cuando el emperador otorgaban cargos y jurisdicción pública a una determinada persona de confianza, es decir, un acto donde se delegaba plenitud de poder y jurisdicción.²⁷

Está "síntesis fundamental" tendrá como resultado final la evolución y aparición del "feudo". Así Anderson Perry, señala que el feudo es: "(...) concesión delegada de la tierra investida con poderes jurídicos y políticos a cambio del servicio militar."²⁸

²⁷ Ob. Cit. p. 139. Las concesiones dadas por el emperador a los miembros de la iglesia, se pueden observar en los poderes que detentaban los "*missi dominici*"; e incluso, se compensaba dichos poderes con la introducción de los llamados "diezmos". Mas aun las concesiones de tierras, posteriormente dejan de ser regalos del emperador, para convertirse en tierras condicionadas a un servicio y juramento, ligados a gente de confianza del emperador. Esta gente se les conocía como los vasallos directos del emperador o llamados "*vassi dominici*", que en si, constituyeron el núcleo del ejército carolingio, además dichos vasallos reales tenían inmunidades frente a los condes, todo ello, será el antecedente real de la organización política y social del feudo.

²⁸ *Ibidem*, p.148. Sin embargo, con Carlomagno, ya se observa las llamadas "villas", esto es, una gran finca autárquica compuesta por las tierras o "*mansus indominicatus*" del señor (ya sea de señores clericales o señores nobiliarios), y una multitud de pequeñas parcelas de los campesinos, que se denominaban pequeños mansos o "*servi o manscipia*". Por eso, se denominaba a los campesinos, como los adscritos a la tierra, cuya obligación era la entrega en especie de su trabajo y en especial, la prestación del servicio personal a sus señores. Con la muerte de Carlomagno, las instituciones feudales, se encontraban ya al amparo del imperio. Así, en el año 850 d.C., los beneficios otorgados a los señores, eran hereditarios; siendo que en el año 880 d.C., los vasallos reales o "*vassi dominici*", se convirtieron en verdaderos potestades locales, en tanto, los condes, se convirtieron en señores regionales hereditarios.

Sin embargo, es a finales del siglo IX d. C., cuando se empieza a utilizar el término "feudum", a raíz de las invasiones Vikingas, que asolaban la Europa Occidental. Este suceso histórico da comienzo a las fortificaciones privadas, que son erigidas por los señores rurales (sin autorización imperial)

Luego entonces, se empieza a concentrar un nuevo poderío local, donde la masa poblacional (campesina), se verá sujeta a una nueva clase de servidumbre. Los nuevos señores (condes, terratenientes y clérigos) consolidarán en los próximos dos siglos, el sistema feudal Europeo.

Concretamente se puede establecer en este marco histórico una evolución política, social y cultural, cuya fusión de sociedades y culturas, fomenta una cosmovisión del universo y del hombre, pero también fomenta una justificación "iusnaturalista" del castigo.

Así podemos concretizar, por un lado, que al retomar el antecedente romano del castigo, se puede visualizar una distinción entre el Derecho Público, que se concentra en el estado de la cosa romana o "*ad statum rei romanae spectat*", del Derecho Privado, que concierne a la utilidad de cada individuo o "*ad singularum utilitatem pertinet*".²⁹

En consecuencia, la visión del delito público en el Derecho Romano, consistía en la infracción que se producía al orden social, que atacaba principalmente a las "*civitas*", es decir, que tuviera una percepción pública, lo que motivaba la aplicación de una pena pública, que podía justificar la muerte del infractor (la aplicación plena del "*imperium*" romano)

En tanto, el delito privado se observa como una ofensa al individuo, que evolucionó dentro del Derecho Romano, hacia una composición convencional y legal, que constituyó la aplicación de una pena pecuniaria. Así, la "*civitas*" romana, actuaba en una especie de arbitraje, con la finalidad de que se reparara el daño. Por eso, la pena que se imponía en la comisión de un delito privado, tenía la característica de ser meramente pecuniaria, sin embargo, la pena no dejaba de ser pública.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁹ Arangio-Ruiz, Vincenzo. Instituciones de Derecho Romano, 10ª. Ed. Depsima, Ed. Argentina, 1986, p.405. Por ello, la distinción de delitos que se cometen contra el Estado y los que se cometen entre particulares, justifico que a los primeros se les denominara "*crimina*" y a los segundos "*delictum*" o "*maleficia*". Siendo que Raúl Goldstein señala que los únicos delitos entre particulares eran: "*furtum, rapina, iniuria, damnum iniuria datum*". Cfr. Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología, 2ª. Ed. Astrea Ed. Argentina, 1980, p. 570.

Por ello, independientemente de que existiera una identidad entre castigo y delito cometido, también lo es, que la pena o castigo, tenía efectos de una venganza pública, y esto sistematiza una racionalidad que gira en torno a una relación meramente derecho subjetivo, que implica un acto de poder y dominio, en una sociedad desigual y discriminante, como la romana.³⁰

Cuello Calón (1982), refiere: " (...) se pone de manifiesto que la aparición de mantener a toda costa la tranquilidad pública, es lo que motiva el carácter público del concepto de la pena. Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas con que se castigan con más dureza no-solo los crímenes más graves, sino hasta los hechos hoy indiferentes." ³¹

Especialmente considerando que el sistema político, social y de producción económica esclavista romano, evidenciaba las diferencias sociales en una estructura bien definida. Por lo tanto, la justicia en Roma, solamente se aplicará en forma proporcional entre iguales, así el marco ideológico del castigo presenta un espacio privilegiado y subyacente en el derecho natural. Siguiendo está remembranza, diremos por otro lado, que la concepción del castigo en el Derecho Germánico, tiene una estructura de pena- sacra, donde la pena más grave era la pérdida de la paz. El fundamento de la pena es la idea de un sistema de talión, ya que si se lesionaba la paz, implicaba la pérdida de la paz, que se traducía en la pérdida de la protección social. Esto permitía la aplicación de cualquier lesión sobre la persona y sobre las cosas del malhechor, conduciendo tal situación, a la muerte de esté infractor y a la destrucción o devastación de los bienes del sujeto.³²

³⁰ Cfr. Pavón Vasconcelos, Ob. Cit. p.58, Plantea Pavón Vasconcelos, que el pueblo Romano, en su evolución histórica, conoció la expulsión por rompimiento de la paz y posteriormente la composición. Sin embargo, este Derecho Romano, funcionaba para los ciudadanos no para los esclavos, ya que los delitos cometidos por éstos, por lo regular motivaba la muerte del esclavo. A pesar de ello, existió en Roma un lugar de encierro subterráneo de esclavos, es decir una especie de cárcel denominada "*ergastulo o ergastula*". Araugio-Ruiz, precisa que las XII Tablas romanas, recogían un sistema talian y de composición, pero todos los delitos de "*Lesae Majestad*", se castigaban con la muerte, por ejemplo: La traición.

³¹ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. 12ª. Ed. Bosch. Barcelona, 1982. p. 61

³² Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. T. 1. 1ª. Ed. Cárdenas, Ed. México, 1988. p. 341. Zaffaroni, señala que la pena de muerte en los pueblos bárbaros de origen Germánico, se realizaba inicialmente como una venganza privada, sin embargo, podía realizarse como una venganza pública, en este último caso, la pena resultaba ser sacra, puesto que dada la característica de la infracción cometida, se sacrificaba al malhechor, en ofrenda a la divinidad Germánica. Cfr. Radbruch-Gwinser, Historia de la Criminalidad. S.N.E. Bosch, Ed. España, 1955. p. 25 ss. Dichos autores señalan que las migraciones bárbaras trajeron un aterrador incremento de la criminalidad. Sobre todo, haciendo alusión a las violencias y desenfrenos que realizaba la aristocracia franca. Por ejemplo: Los fratricidios para alcanzar la corona o los asesinatos que se realizaban en estado de embriaguez, en actos repentinos de cólera, venganza o de carácter pasional, que incluso llevaban al suicidio, en la ejecución de viernos. La justificación de las penas corporales y de muerte, en esta sociedad esclavista, también permitía la compra del derecho de venganza, donde el afectado comercializaba ese derecho; así la relación de composición y compra de la venganza, justificaba la intervención de la autoridad, misma que visitizaba un suceso de corrupción, ya que parte del pago que se realizaba del derecho de venganza, pasaba a manos de la autoridad. Así el juicio resultaba ser oral y público, pero sumamente corrupto.

Esta concepción de la pena en los pueblos germánicos, sin embargo, tendrá una doble visión. En primer término, la pena, tenía un origen esencialmente sagrado, es decir, mágico y divino; y en segundo término, para aplicar la pena, se requería del ejercicio pleno del poder y dominio laico, mismo que se bifurca en un acto, ya sea privado o público. Entonces dicha pena, es el resultado no de un derecho sino de un deber mágico, místico y meta jurídico que justifica la imposición del castigo.

En consecuencia la pena en estas sociedades bárbaras mantiene una idea "iusnaturalista", de carácter teológico en su aplicación, que sistematiza una relación meramente de derecho subjetivo (de dominio y sometimiento) Estas racionalidades del castigo, bifurcadas en un pensamiento romano-germánico, edificaran los cimientos ideológicos del pensamiento medieval.³³ La justificación del castigo, en la Edad Media, entonces gira en torno a tres actitudes básicas:

1. La mística.

2. La fe, y

3. La razón.

La idea mística del pensamiento medieval, se ubica en el proyecto de recuperación de la civilización Occidental, y se cobija dentro del movimiento de consolidación del Cristianismo (a partir del año 1000 d.C.)

Esta racionalidad "mística" que envuelve a la Edad Media, tiene su origen en el pensamiento religioso Hebreo y Musulmán. Si consideramos, que los principios teológicos del Cristianismo, se remontan a esos rescoldos históricos antes mencionados.

³³ Cfr. Floris Margadaat, Ob. Cit. p.132 a 135. Por lo tanto, el origen primigenio del pensamiento medieval es la bifurcación y el resultado de la penetración de lo mediterráneo (conjuación greco-romano-hebreo), y lo germánico. A partir de la lucha que surge durante la Antigüedad clásica al feudalismo, se fomentará la idea de universalizar el poder militar y político. Así, la idea de recuperar la organización y la cultura del Occidente Europeo (después de año 476 d. C.), justificará la transición al feudalismo, cuya característica esencial de esta época será la descentralización del poder y el ejercicio de la función imperial con mandatos pleiopotenciarismos. Al respecto no debemos olvidar, que la descentralización del poder tuvo como origen diversos conflictos, como por ejemplo: Las luchas que se suscitaron entre el Emperador y el Papa (conflicto de investiduras desde el reconocimiento de la religión cristiana en el año 390), con la finalidad de establecer su poder y supremacía de uno a otro poder terreno. O las luchas que se establecieron entre el emperador y los reyes, donde éstos últimos, no reconocían la soberanía del primero, en el mundo Cristiano. O las luchas entre los reyes y los señores feudales, donde se pretendía ver a nivel en un nivel entre iguales, o "primus inter pares". Es decir, "primero entre iguales", por ello, rey debía ser elegido por los señores feudales y sometido a la junta feudal, que se denominaba "Dorta". De aquí surge la "Magna Carta", 1215. Incluso puede recordarse el suceso histórico de la "Guerra de las Rosas" en los años 1455-1485. O también las llamadas luchas entre los feudos y las ciudades, donde empieza a surgir la nueva burguesía comercial y el poderío de los "Gremios". O las luchas entre señores feudales, donde el emperador no intervenía (por el llamado Concordato de Viena de 1448) A esto es necesario agregar el sin número de luchas entre las aristocracias locales, las rebeliones, los intentos de democratización de la Iglesia, además las actos de herejía, que posteriormente será el punto de partida para el virginiamento de la Inquisición.

Sin embargo, dentro de la historia del castigo, el pensamiento místico, estructurará toda una ideología de terror y miedo sobrenatural, cuya racionalidad pone en cuestionamiento los verdaderos intereses y finalidades, que envuelven el castigo dentro de la doctrina cristiana. Con ello, se crea todo un sistema omnipresente de miedo a la muerte y al pecado, asimismo, se estructura una relación de poder y dominio, con base en una idea religiosa de vida sumamente moralizada.³⁴

Esta combinación de miedo e incultura, no solamente refleja el monopolio educativo que tenía la elite eclesiástica durante la Edad Media, sino también, visualiza la influencia del pensamiento de la doctrina Cristiana, en la justificación del castigo. Esta idea mística del castigo, en la época Medieval, subyace esencialmente en la práctica de los llamados "Juicios Ordálicos o Juicios de Dios".³⁵

Los juicios de Dios, constituyeron el marco ideológico privilegiado y especializado del castigo, donde el maltrato físico y mental al que es sometido todo infractor social, moral y religioso, demuestra y revela la capacidad represiva del ser humano, para ejercer una relación de dominio y poder, cuando sus intereses y finalidades se construyen dentro un parámetro ideológico sumamente moralizado, como lo fue la doctrina Cristiana. Así de una doctrina que fomenta el amor al prójimo, debe sumarse una idea de venganza y crueldad divina.

Por otro lado, la racionalidad de "Fe", que envuelve el pensamiento cristiano-medieval, no solamente produce un cambio en la concepción de Dios, sino también fomenta un verdadero escándalo en la idea de "fe".

Ya que la concepción de "fe" y de la "nueva revelación", no solo modifica sino también cambia radicalmente el antiguo pensamiento Heleno y Judío. Esto es, se cambia la idea del concepto de Dios, su naturaleza así como la historia del hombre, con el surgimiento del Cristianismo.

³⁴ García Valdés, Ob. Cit. p. 13. García Valdés, plantea que en esta época la falta de libros, refleja la idea de incultura, mas aun que las propias clases altas no sabían leer, esto fomento una educación visual, donde los "romanceros" y "trovadores", eran los portadores de los sucesos históricos. Así, los sermones pronunciados por la elite eclesiástica en las iglesias, se constituyeron en verdaderas fuentes de cultura, por ende, la iglesia Cristiana, es la principal fomentadora de los histerismos colectivos de miedo y terror hacia la muerte y el pecado. Pero no debe olvidarse que los clérigos, mantenían el monopolio y concentración del saber y la educación de esta época, por ello, los pocos libros existentes, se resguardaban por las ordenes clericales, y aun entre ellas, existía la censura de determinados libros, sobre todo, los de caracter científico.

³⁵ Erán juicios tan irracionales, donde prevalecía la tortura al infractor, como medio para obtener una confesión. El infractor al ser sometido a pruebas tan inhumanas y sobrenaturales como por ejemplo: del fuego o del agua, esquematizaba no solamente una relación de poder, sino también el triángulo perfecto de aplicación del derecho natural, en un plano terrenal. Así la verdad fluye en nombre de Dios.

Está doctrina establece que si la revelación de Dios, se da en la persona humana y divina de "Cristo", entonces las enseñanzas de los apóstoles se ubican dentro de un contorno histórico que se centra principalmente en la revelación del misterio de la "Encarnación".

Ramón Xirau (1995), al respecto señala: "(...) Y es esta misma revelación la que el cristianismo está dispuesto a aceptar por la fe, como guía de una vida que adquiere su verdadero sentido si se dirige a la salvación eterna del alma. Ahora bien, la fe, creencia y convicción de las cosas que no se ven (San Pablo), no parece encuadrar en el marco de la antigua lógica, la lógica de la razón, que desarrollaron siglos tras siglos, los filósofos de Grecia. Parece como si un elemento irracional al mismo tiempo que básico, viniera a introducirse en el cuerpo mismo del conocimiento cuando se nos dice que conocer es, principalmente, creer."³⁶ La "fe", entonces es la creencia de lo invisible, de lo irracional, y de lo incomprensible.

Sin embargo, la "fe", es pasión y defensa. Así en el pensamiento Helénico, Dios es un ser limitado, entonces la perfección divina es limitada. En tanto, para el Cristianismo, Dios es infinito, de ahí que su perfección resida en esa infinitud, en consecuencia, el Dios Cristiano, será invisible.

En este contexto se concentra toda la idea de "fe", precisamente porque al entender que Dios es invisible, es necesario conocer entonces los misterios de la "Revelación" y la "Encarnación", puesto que se requiere para ello, un conocimiento y una "fe" que vaya más allá de nuestra limitada razón. En este punto es donde se bifurcan la "fe" y la "razón" dentro del pensamiento medieval.

Esta concepción de "fe" y "razón" justifica el concepto de infinitud. La infinitud, implica la existencia siempre de "algo", es decir, lo que podemos añadirle a algo en potencia a un ser infinito en acto.

Por ello, Dios es un ser escondido en el infinito, cuya presencia única y total, revela la entrega de la "Caridad", misma que será materia de "fe", así la "razón" será materia de un ser humano limitado, bajo esta temática, la "razón" será el acto secundario de explicación en cuanto a la existencia de Dios.

³⁶ Ibidem, p. 104. No olvidemos al respecto que uno de los defensores más apasionados de la explicación de la "Fe", era Tertuliano, quien señalaba: "credo quia absurdum" es decir, "creo porque es absurdo". Y no tanto por que los misterios cristianos fueran absurdos, sino que la razón era absurda. Por eso, si la razón es absurda, la salvación se encuentra en la fe, es su forma más pura. De ahí que San Pablo, estableciera que lo invisible de Dios, es su eterno poder y divinidad. Por su parte, el primer filósofo cristiano Justino, hace una distinción entre fe y razón. Argumentando prácticamente que la fe y la razón son complementarias para entender el significado de Dios. Por ello, la fe, es absolutamente imprescindible, ya que en ella se encuentra la única revelación y la única verdad absoluta, por lo tanto, con la razón se deberá explicar la existencia de Dios. Incluso posteriormente San Agustín afirmará que la fe anda en busca de la razón.

Es por ello, que la caridad crea el don de "la gracia divina y del amor del prójimo", mismos conceptos que salen de la nada. En consecuencia, las nociones importantes del Cristianismo se centran principalmente en la "caridad", "la creación" y el "infinito" o "la nada", elementos que revelaran los misterios cristianos. Estos elementos se estructuraran precisamente en tres ideas fundamentales para el ser humano:

Primero. "La fe".

Segundo. "La esperanza" y

Tercero. "La caridad".

Siendo la más importante la caridad, por ser la más alta virtud de Dios, ya que Dios es caridad, porque Dios es amor.

La importancia de esta filosofía cristiana da sentido histórico a la vida humana, que le permite alcanzar una vida plena después de la muerte. Luego entonces, si para el pensamiento Helénico existía la historia, con el Cristianismo la vida misma es la historia.

Ya que antes del mundo y la vida, no existía nada, por ello, la vida se vuelve una historia que contar, cuando Dios con su caridad, da existencia al mundo y a la vida. De tal manera, que cuando los seres mueren, se reintegran al ser y al espíritu que les dio la vida, que es Dios. Tal concepción necesariamente natural de la vida tuvo que cambiar el conocimiento de entender el mundo y el curso de la historia misma.

Esta dualidad circular entre creación y retorno, la crea la caridad y el amor de Dios. Sin embargo, esta doctrina de la caridad justificará los horizontes de la vida terrenal, en ideas meramente subjetivas y en actos personales, donde el diálogo con Dios, fomentara una vida espiritual y futura, a este acto se le denomina "Comunión", y que significa: Unión en la misma fe, que se confirma en el sacramento de Eucaristía, y que consiste en recibir esa comunión.

Toda la purificación del acto de caridad y creación, se determinará en torno a un acto de "confesión o confidencia", acto que será importante dentro de la justificación del pecado y del castigo. Ya que existe una comunión personal del ser humano o de las personas con la persona del Dios vivo.

Por lo tanto, este cambio e inversión de valores en el pensamiento Cristiano, trajo como consecuencia la exigibilidad de una moral extrema, que busca la esencia y la

TRABAJO CON
FALLA DE ORIGEN

excelencia de la virtud humana, siendo la más importante la de la caridad, ya que está ilustraba claramente al Dios que da amor.

Si el eje motor de la sociedad medieval, se centra en la concepción de un Dios de caridad, así como en una bifurcación de creación y retorno divino (como salvación del alma), podemos justificar entonces que sus variables, se encuentran precisamente en una cuestión de espacio y tiempo.

Así el espacio y tiempo medieval, nos llevarán a variaciones y formas más complejas del castigo, cuyos intereses y finalidades subyacentes, radican en fomentar el terror y la histeria sobrenatural que envuelve el pecado y la salvación divina, dentro de está lógica moralizada de vida.

Entendida esta noción, podemos afirmar que los problemas del alma y de la existencia de Dios, permitieron construir los procedimientos idóneos de castigo, para obtener una verdad absoluta, que es el resultado de una actividad del fenómeno natural que coexiste con una labor humana terrenal, que permite construir con base en determinadas coincidencias sobrenaturales, explicaciones racionales de una verdad irracional que plantea juicios de valor que únicamente fomentan la continúa existencia de Dios.

En un mundo donde todo gira alrededor de Dios y dentro de un plano meramente subjetivo de realidad moralizada, la esencia del ser humano y su plano objetivo de realidad se constituye en un paso transitorio hacia una vida eterna, por ello, es que el castigo, justifique simplemente un acto de crueldad física y mental, para someter no el cuerpo, sino el espíritu que se ha desviado, y encaminarlo hacia su eterno retorno de salvación, esencia misma de la creación divina.

Si ni las ciencias, ni las matemáticas pueden verificar tal verdad absoluta dentro de ese orden natural, entonces **el concepto místico del castigo, en está etapa medieval, se estructura en una racionalidad temible de fe y razón, anteponiendo el nombre de Dios.**³⁷

³⁷Los juicios Ordálicos, eran un peligroso caldo de cultivo, donde no solamente salían a relucir las formas más exentas de tortura, sino además, era un acto impresionante de demostración del dominio ideológico Cristiano-religioso en pos de la salvación del mundo de las fuerzas malignas. Esto fomentó solamente la creación de psicosis colectivas que dieron origen a las histerias de las histerias colectivas del miedo a la muerte y al pecado, pero también fomentaba la justificación más importante de un derecho al castigar a través de los representantes más directos de Dios, los clérigos, que se constituirán en la maquinaria más cruel y represiva de la historia del castigo. Así La ordalía o juicio de Dios, era la mejor prueba para demostrar la maldad del individuo, ya que si Dios abandona al individuo al momento de aplicar la prueba (agua, fuego o hierro candente) y este no la supera, el individuo se convencerá de su propia maldad y del abandono de Dios, si no estuviese en pecado o no hubiese cometido su delito, ello motiva la justificación automática del castigo y la resignación al mismo.

Esta demostración del dominio ideológico del Cristianismo en el castigo, tendrá como influencia determinante, la doctrina de " la penitencia", como única forma de expiación del pecado. Esta doctrina permitirá obtener la forma idónea para liberar al infractor del pecado (o del delito), pero también la forma más represiva y cruel para combatir al pecador, cuya justificación se sistematiza en una idea de existencia castigo, en razón de que esté es natural y divino.

La mística, la fe y la razón, en la Edad Media, van erigiendo el pensamiento que construirá sin dificultad y con lentitud un proceso de información judicial, que precisamente consistía en juzgar para establecer en primer término, la verdad divina, y en un segundo término, la verdad humana. Sin embargo, todo este proceso de clarificación de una verdad, se instrumentó con base en una idea de venganza privada, donde una elite privilegiada (clérigos), asume el derecho a castigar, bajo un sentido simbólico de legitimación que se reproduce en un orden divino y natural.

La doctrina Cristiana, no solamente legitima un orden divino, sino también un orden natural y terrenal, donde prevalece una relación de dominio, cuya coexistencia de fuerzas, tanto divina (Dios) como terrenal (laicas y clericales), permitirán erigir un sentimiento amorfo y contradictorio de justicia y salvación.

En un mundo donde el derecho y la religión, se funden en una amalgama indisoluble, el sistema del castigo, se estructura en un deber de castigar. No por la ofensa realizada a otro particular o al grupo social, sino a la ofensa realizada a la creación divina. Esta característica es la base y fundamento de la imposición de un castigo meramente vindicativo.³⁸

Esta visión, con base en un principio divino-naturalista, convierte la idea del castigo en una racionalidad de acto meramente expiacionista, cuyos matices reflejan una idea moral laicizada extrema, del deber para castigar.

El castigo se presenta entonces, como una reconciliación del pecador con la divinidad, así el Cristianismo con esta doctrina del "arrepentimiento", estructurará los principios básicos de salvación divina y eterno retorno, frente al pecado y el delito cometido. La dicotomía expiación-castigo, entonces permitirá redimir el pecado y la infracción cometida al orden divino y social.³⁹

³⁸ Cfr. Pavón Vasconcelos, Ob.Cit. pp.54 y 55. Pessina, Loc. Cit.

³⁹ Cfr. Neuman, Elías. Prisión Abierta. S.N.E. Depalma, Edl. Buenos Aires, 1984, pp 17 y ss.

TFSES CON
FALLA DE ORIGEN

Si la legitimación para castigar surge de una delegación divina y natural, donde el Papa y el Rey, no solamente son los representantes terrenales, del Dios vivo, sino que además se constituyen en los pilares y medios idóneos para la expiación del culpable.⁴⁰

Luego entonces, el castigo, tiene un esquema meramente retributivo, cuya racionalidad justifica los intereses y finalidades de un derecho meramente subjetivo, que estructura por un lado, una relación de poder y por el otro, un acto de castigo que refleja una venganza divina y pública.⁴¹

Michel Foucault (1996), determina que el conocimiento de juzgar y establecer la verdad en esta época medieval, se vislumbraba en tres esferas:

1. Conocimiento de la infracción.
2. Conocimiento del responsable, y.
3. Conocimiento de la ley.⁴²

Sin embargo, estimamos que a dichas esferas tendría que agregarse una más, que sería la esfera del conocimiento de los principios de la ley divina. Ya que en su conjunto dichos factores justificaban el modelo del castigo-suplicio.

En consecuencia, las cuatro esferas del conocimiento anunciadas justificaron la función declarada de la pena medieval, en virtud de que su legitimidad se concentra en un conocimiento netamente moral.

⁴⁰ Un ejemplo claro del poder eclesiástico se puede observar con las llamadas "Cruzadas". Las cruzadas, fueron expediciones militares contra los musulmanes, que publicaba el Sumo Pontífice concediendo indulgencias, a quienes concuerrieran, podían catalogarse como expediciones guerreras de carácter religioso, que tenían como fin rescatar los "Santos Lugares", que se encontraban en poder de los musulmanes. Sin embargo, desde el punto de vista militar fueron un verdadero fracaso dichas expediciones, ya que no lograron su objetivo, pero en lo económico permitieron el debilitamiento del feudalismo, siendo un evento que permitió la transición hacia el Renacimiento, en razón de permitir el mejoramiento del comercio, las ciencias, las letras y las artes. Ya que el dominio económico de las ciudades europeas como: Venecia, Génova, Pisa, Florencia, Barcelona, entre otras, mostraban un auge comercial con el Oriente, desde el siglo XII y XIII, con dicho auge económico nace el tercer estado, que será la burguesía. Por último, cabe señalar, que las ocho cruzadas, fueron de los años 1096 a 1270 d. de C. N.

⁴¹ Vid. Foucault, Michel, Ob. Cit. pp.26 a 36. En relación a esto Kantorowitz, refiere que "(...)la teología jurídica de la Edad Media, señala que el rey llevaba un elemento transitorio desde que nace y muere, y el otro pertenece al tiempo, ya que se mantiene como el soporte físico e intangible del reino: existe una dualidad que se compara con el modelo cristológico; así se forma una teoría política de la monarquía ya que se vincula con ciertos mecanismos jurídicos al rey, con la exigencia de la corona, demostrándose en este ritual de coronación, en los funerales, en la coronación de su misión." Esto se observa como una codificación ya que el poder marca todo lo que se somete al castigo, señalándose: "(...) el condenado dibuja la figura simétrica e invertida del rey." Por tanto, es un discurso teórico que funda primordialmente el poder del soberano, que resulta ser divino, en la realización pública del suplicio como castigo.

⁴² *Ibidem*, p.37.

TESTE CON
FALLA DE ORIGEN

Toda esta estructura del castigo, por ello, se esquematiza y se justifica siempre en nombre de Dios. Por ello, la ritualidad de estas penas se ve en un esquema más simbólico que pragmático.⁴³

Rusche-Kirchheimer (1984), proyectan un contenido y significado más profundo del castigo-suplicio, al relacionar este sistema de castigo con el sistema de producción feudal (agrícola y de servidumbre) Donde el cuerpo humano, no tiene ninguna significación para la producción y la economía.⁴⁴

De ahí entonces, que el castigo corporal tienda a intensificarse de manera brutal y cruel, en esta época medieval. Puesto que el cuerpo humano resultaba ser un espacio temporal del alma, considerando que el dolor redime el pecado.

Aun así, esta justificación de pena, presenta matices y rescoldos de venganza privada, si consideramos que dicha venganza, la ejercen principalmente los miembros de la iglesia en forma privilegiada. Dicha racionalidad expiacionista, tiene un contexto que materializa una racionalidad circular de fe, pecado y razón.

En este punto explicativo no solamente se observa a la moral debidamente formalizada, sino también, toda conducta asimétrica, que pusiera en peligro el conocimiento divino del castigo. En consecuencia, todo enemigo del orden eclesiástico era enemigo de Dios, y al ser enemigo de Dios, necesariamente el sujeto cultivaba un saber demoníaco, es decir, un culto al Diablo, en consecuencia la falta de fe, justificaba la razón para imponer un castigo.⁴⁵

Michel Foucault (1996), señala que para la aplicación de la pena corporal, ésta giraba en torno a tres supuestos:

⁴³ Ibidem, p.43 Este sistema de castigo, debe su existencia además a un aparato riguroso de construcción de pruebas y de la creación de una aritmética modulada con base en la casuística, para la aplicación del castigo, convirtiéndose dicho sistema en una maquinaria represiva, de fe, razón y autoridad. Así la búsqueda de la verdad tiene dos sentidos distintos y complementarios, el primero, donde la verdad se identifica con Dios, y el segundo se erige con la razón humana que sistematiza una verdad subjetiva, en juicios objetivos que parezcan lógicos. Desde este punto de vista la obtención de verdad para castigar, necesariamente se produce en forma simbólica, escrita, secreta y con reglas rituales. No debe olvidarse que la atmósfera del conocimiento para un derecho a castigar, se centraba en una idea metafísica (no demostrada) de la existencia de Dios (esencia no-materia) Esto llevaba aparejado un esquema simbólico de sociedad jerarquizada y moralizada, donde al verse de la realidad la imposición del castigo, es el soporte divino, que crea la estructura idónea para castigar el cuerpo (envoltura), y salvar el alma (esencia eterna de enlace entre el cielo y la tierra, de creación y retorno, de comunión directa con Dios)

⁴⁴ La fuerza física, del ser humano, tuvo otra connotación productiva durante la época del mercantilismo-capitalismo, donde se justificó teórica y prácticamente, que el lucro que generaba el trabajo de los penados, era una manera de expiar el pecado con el trabajo.

⁴⁵ No debemos olvidar que en los años sesentas y setentas se atribuyó que muchos jóvenes rebeldes realizaban culto al Diablo. Pero este esquema se correlaciona a una falta de poder para determinar sus propias vidas.

1. Para que se expie la culpa se requiere producir cierta cantidad de sufrimiento.
2. La muerte en suplicio es resultado de una graduación calculada, y
3. La muerte-suplicio, visto como arte de retener la vida en dolor.⁴⁶

Esto justificaba la imposición del castigo-suplicio, en aras de redimir al pecador, con una actividad tan cruel y despiadada para someter el cuerpo y retener en vida al sujeto, con el fin de salvar su alma. Luego entonces, si se busca la reconciliación con Dios, la jurisdicción eclesiástica impondrá un deber ser, no solamente a los clérigos, sino además a los delincuentes comunes donde sus ideas morales se encuentren en duda como serían: los herejes, blasfemos, hechiceros, entre otros.⁴⁷

De tal forma, que este sistema de castigo-suplicio, surge de las propias prácticas que los miembros de la iglesia llevaban acabo hacia el interior de su sistema clerical, donde la, fe, el orden y la disciplina, eran factores que estructuraban su saber-poder.

La falta de estos principios enunciados justificaba la aplicación del castigo físico y mental, sin embargo, dicho castigo también era acompañado del llamado "encierro monasterial". **Este antecedente resulta ser de suma importancia, puesto que la idea de imponer el encierro como parte del castigo, surge precisamente de estas prácticas clericales.**

Así la periodicidad de aplicación del castigo clerical, justificaba su efectividad para redimir la culpa en el mismo castigo, si se hacía en forma progresiva. **Verbigracia: el encierro monástico constituye una penitencia, acompañada de la fustigación corporal, ayuno y lectura, con el fin de redimir la culpa y el pecado.**

El castigo-suplicio, visto de esta manera, tiende a verificar una doble pena, tanto física-mental como privativa de libertad; donde lógicamente podemos ver el antecedente

⁴⁶ *Ibidem*, p.40. Cfr. Zaffaroni. *Op.cit.* p.46 a 59. La racionalización expiacionista, tiene gran auge con el Derecho Canónico, y alcanza su mayor esplendor durante los papados de Gregorio VII, Alejandro III e Inocencio III, dentro del periodo comprendido entre los años 1073 y 1216. El derecho canónico, deja de ser un mero derecho disciplinario y se convierte en un derecho con facultades públicas. Por ejemplo: el castigo que se imponía al hereje, inicialmente se verificaba como una excomunicación, que aplicaba el sistema eclesiástico; posteriormente, la herejía se convirtió en un delito dentro del orden civil, que necesariamente impactaba al orden eclesiástico.

⁴⁷ Cabe señalar en este punto que el papel cruel y brutal que jugó la Santa Inquisición, Tanto Italiana y sobre todo la Española, en el sistema de castigo, permitía mantener un saber-poder, eficaz y efectivo incluso hacia el interior del saber-eclesiástico, es decir, un sistema de castigo exclusivo y privilegiado.

TEFIC CON
FALLA DE ORIGEN

esencial de los sistemas de segregación capitalistas como lo son: Los hospitales psiquiátricos y las cárceles, espacios donde se pretenderá transformar al ser humano.⁴⁸

Por lo tanto, la racionalidad de fe y castigo, se identifica a un criterio determinista, ya que el hombre resulta ser una persona moral, y por ende, al tener el sujeto infractor una concepción del bien y del mal, esto representa una dicotomía del castigo: La pérdida de la fe y la búsqueda de la fe (como principio de intervención y de tratamiento o de curación)

Por lo tanto, este sistema de castigo, es un saber que se auto construye y se auto legitima en sí mismo, ya que se sistematiza en un saber moral, cuya doctrina de justificación de la pena, se esquematizaría en una concepción de prevención general y en una prevención especial.⁴⁹

Sin embargo, esta concepción moral de la mutación del hombre, significa además que al no verificarse la salvación del cuerpo terrenal del pecador, cabe la justificación de la pena de muerte, ya que está, es de naturaleza mutable (si consideramos el eterno retorno al paraíso después de la muerte, en un principio netamente cristiano, donde el proceso final del castigo permite la salvación del alma)

Entonces al motivarse la muerte por una falta de mutación del hombre, estaríamos frente a un antecedente también de una justificación doctrinaria de la pena, como lo es la **prevención especial negativa.**

Así entre ángeles y demonios, la sociedad feudal fue consolidando un modelo de sociedad disciplinario, con base en una racionalidad de mística, fe y razón. Donde la moral sustenta al derecho, y se va forjando una estructura sólida, indisoluble y sumamente flexible. Creándose de esta manera zonas de inclusión o integración social, salvo que a la par se formaliza un sistema mucho más amplio de exclusión social y violencia.

⁴⁸ Heting, Von, Ob. Cit. p.200. Hace referencia que con esta pena cristiana se da nacimiento al sacramento de confesión. Así inicialmente la confesión debía hacerse en público, durante la celebración religiosa, a dicha confesión procedía la penitencia, que incluso implicaba la reclusión monasterial. La semejanza de este sistema de confesión con el sistema celular Filadélfico o Pensilvánico, cuyo origen es netamente religioso, se proyecta como un acto de plena fe religiosa. El encierro monástico es entonces el ejercicio del poder, que moldea conductas con base en un acto de fe y razón, es decir un acto de plena conciencia del ejercicio del saber-poder. Cfr. Del Post. Ibidem, p. 49.

⁴⁹ No debe pasar desapercibido que la idea determinista para la imposición del castigo, se retomara posteriormente, es una concepción positivista-correccionalista de la aplicación de la pena (durante los siglos XVIII-XIX), cuyos efectos serán de una prevención especial positiva, salvo que la cuestión determinista no lo constituye el acto de fe, sino que se verifica en la identificación de sujetos peligrosos y no peligrosos.

Para esquematizar un poco más esta idea, es necesario tener en consideración lo señalado por Carlos García Valdés(1982),⁵⁰ quién hace alusión precisamente al Derecho penal Medieval, mismo sistema jurídico que se caracterizaba por unas notas específicas y determinantes, como son:

PRIMERO. Es un derecho cruel; vindicativo-intimidante. En razón de que en el mismo poder se concentra la violencia, un derecho que provoca miedo.

SEGUNDO. Es un derecho especializado. Se va realizando una construcción científica del derecho, con base en un objeto de estudio, éste es cultivado y practicado por una clase especial, como son los "legistas".

TERCERO. Es un derecho ordálico. Puesto que se funda en ordalías o juicios de Dios, que se sintetizan en un proceso donde se pretende el reconocimiento de la culpabilidad del sujeto infractor, mediante pruebas sumamente irracionales y sobrenaturales.

CUARTO. Es un derecho con un elevado índice de errores judiciales. Precisamente por el sistema de pruebas empleado para obtener una verdad absoluta, donde la confesión, obtenida mediante tortura, funda la culpabilidad del infractor social y religioso.

QUINTO. Es un derecho arracional y desconcertante. Esto es, la aplicación del derecho legitima un castigo físico y mental indiscriminado y cruel sobre personas, animales o cosas. Cuando se trataba de juicios contra animales y cosas, por lo regular se trata de un proceso contra el demonio.

SEXTO. Es un derecho de transición. Se trata precisamente de un derecho que cambia en razón de la transformación de la misma sociedad, por eso es un derecho de violencia y fuerza, y

SÉPTIMO. Es un derecho totalmente corrompido. En una sociedad desigual, antidemocrática y autoritaria, las diferencias de clases justifican la enorme desproporción en la aplicación de la justicia; en especial, cuando el acto de prevaricación, de corrupción y de codicia, envuelven a quién imparte esa justicia, entonces la justicia se somete al poder, a la fortuna y al soborno.

El derecho medieval visto de esta manera, resulta ser una institución que propicio injustas condenaciones. Las asimetrías humanas que se fueron formando en esta sociedad

⁵⁰ Cfr. Ibidem, pp. 14 a 19.

disciplinadora de fe y razón, constituyeron el experimento más aterrador de la capacidad humana para infligir castigo a los supuestos enemigos de la moral laicizada.

La idea de aflicción del castigo, de esta forma se va esquematizando bajo un horizonte de represión, crueldad, brutalidad y corrupción. Los actos de violencia y tortura que inflingen dolor, someten y permiten lograr el arrepentimiento y redimir la culpa del sujeto.⁵¹

La racionalidad de fe y razón, envuelta en una parafernalia divina, proscribe conductas que no atentasen a derrumbar toda la simbología mítica, divina y religiosa, en suma que no pusieran en peligro la identidad moral del grupo. La existencia y dinámica de la sociedad medieval, se justifica únicamente dentro de una legitimación del derecho natural, donde toda prohibición lleva aparejada una reacción violenta. **Entonces la reacción en sí misma, es resultado de un acto de violencia; sin embargo, el ordenamiento, la normatividad o el derecho que proscribe esa reacción legitimada, constituye y encierra actos de violencia. Por lo tanto, la violencia es un acto autoritario que ejerce un grupo determinado y privilegiado, dentro de una relación meramente de derecho subjetivo.**

El castigo-suplicio, visto de esta manera, esquematiza en forma circular la cohesión de fuerzas pero también la escisión de fuerzas, donde se construyen y se crean espacios tanto públicos como privados, que integran y excluyen a los entes sociales.

Luego entonces, se da vida a una herencia que legitima los actos de dominio, a través del establecimiento de un derecho frente a una obligación: donde precisamente existen mayores prohibiciones que derechos. En consecuencia, la verdad latente de este simbolismo construye la idea de un derecho enajenado, donde "el otro", con "los otros" y "del nosotros", crea una atmósfera de conocimiento privilegiado y desigual, que provoca la pérdida de la identidad "del yo" y "del sí mismo". Con ello, se formaliza la idea de un sistema del castigo, materialmente autoritario, represivo y violento en la construcción de la alteridad.

⁵¹ Freud, justifica la existencia de la idea del Tótem y Tabú, en razón de dicha dualidad que se traduce en una prohibición y en una limitación de libertad, sirven de base para construir normas que posteriormente darán origen a la creación del derecho, esta dinámica también dará justificación a la existencia legitimada del poder y derecho a castigar, e incluso de imponer la muerte al violador del tabú. Por eso el tótem da cohesión social, situación que no cambia con el cristianismo, si consideramos el sistema utilizado por la Inquisición.

2.2. LA RETRIBUCIÓN. (RACIONALIDAD UTILITARIA)

Si durante la Edad Media se consolidó y afianzó los lazos de unión entre la Iglesia Cristiana y el Nuevo Imperio Sacro- Romano de Carlomagno, está vinculación política-religiosa, no solamente pretendía la universalización y centralización del poder, sino además, justificó la idea de un pensamiento único, con base en una doctrina de Dios y fe, es decir, una idea de vida extremadamente moralizada.

Es realmente tangible esta idea planteada, si tomamos en consideración los propios sucesos históricos que marcan dicha directriz, por ejemplo: Carlomagno ordenó construir una parroquia al lado de cada castillo feudal.⁵² Con esta idea aplicada en los territorios conquistados, se fue creando un acto simbólico donde concurren el poder político con el poder divino, en un ámbito espacial y temporal plenamente imbricados en una situación de poder y dominio terrenal delegado.

La delegación de poder político de esta naturaleza, implicó la concepción de todo un sustento mítico y divino dentro de un ámbito espacial-temporal, con facultades plenas para gobernar a la servidumbre o a la "*Glebae adscripti*"⁵³.

Sin embargo, estos adscritos a la tierra o siervos, cuya jerarquía social, aún a pesar de ser la clase social más baja, resultaba ser la más importante, esto en razón de que la misma, soportaba toda la carga económica que se requería en esa sociedad clasista.

La idea de construir una parroquia a lado del castillo feudal, justificará a la postre el eje fundamental del estatuto Isabelino de 1601, respecto a las llamadas "leyes de pobres", éste planteamiento se retomará posteriormente, puesto que será un antecedente importante para la aparición de las casas de corrección.

Por el momento cabe señalar que la sociedad medieval en un proceso de transición hacia el Renacimiento tuvo las siguientes características:

- A) La tierra como eje económico.
- B) La producción de autoconsumo.
- C) Una sociedad conservadora.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

⁵² Vid. Gorlich Ernest J. Historia del Mundo, 4ª Ed. Martínez Roca Ed. Barcelona- España.1967, p. 20 s. Cfr. Enciclopedia Histórica Universal Salvat Mexicana. S.N.E. Salvat Española Ed. Tomo II. Barcelona- España. 1980. pp.30 ss.

⁵³ Anderson Perry. Transiciones de la Antigüedad al Feudalismo. 22ª Ed. Siglo XXI Ed. México. 1997. p. 147.

D) Una sociedad estamental (sin movilidad social)

E) El fundamento es la propia sociedad.

F) Visión Teocéntrica (religión.).

G) Valor de uso de la mercancía, y,

H) El factor tiempo es dedicado a la sociedad (no era un elemento fundamental en la persona, por ende, no le importaba el individuo)⁵⁴

Sin embargo, la metamorfosis hacia una sociedad Renacentista, se da en la cúspide de la propia Edad Media, es decir, en pleno siglo XIII. Cuyas transformaciones morales, sociales, económicas, culturales, políticas, jurídicas y sobre todo científicas darán un nuevo giro de conciencia del hombre y del universo, si consideramos que todo cambio y transición hacia una época histórica determinada, nunca es en forma homogénea y general.⁵⁵

Esta nueva reestructuración se desarrollará durante los siglos XIV y XV. Si bien, durante el Renacimiento o Mercantilismo se observan ciertos rescoldos de la sociedad feudal, también lo es, que aquella época histórica, fue desarrollando sus propias características como son:

A. La producción de mercancías se transfiere a la ciudad.

B. La ciudad como enfoque de migración (dinámica)

C. Se mantiene la sociedad estamental (aun cuando se reconoce movilidad, por acuerdo de usos, actitudes y trabajo; se pasa a monarquías autoritarias)

D. Visión antropocéntrica (parte de la idea del derecho que el hombre tiene libertad, es decir, que deriva a una visión iuscéntrica)

⁵⁴ Cfr. Anderson Perry, Ob. Cit. Rusche- Kirchheimer, Ob. Cit. p. 11 y 12. Datos obtenidos también en la asignatura de Política Criminal en Materia Penitenciaria, en el primer semestre de 1998, con el maestro Héctor Campos Padilla

⁵⁵ Cfr. García Valdés. Ob. Cit. pp. 20 y 21. En los siglos XI y XII, la vida literaria pasa de los monasterios a las catedrales, y de las escuelas catedralicias nacen las Universidades, hacia el siglo XIII. En éste siglo, surgen transformaciones en la vida espiritual, filosófica y cultural del hombre de dicha época, sin embargo, también se observa una transformación en las instituciones sociales y políticas, cuya relevancia se centra en dar una mayor legitimidad al poder y a la autoridad civil, por ende, el concepto del castigo y del delito cambia hacia un esquema de dominio estatal, donde el derecho penal se va separando de matices religiosos y morales, y toma una estructura más clara hacia un concepto de orden civil. Por ello, Renacimiento significa "acción de renacer". Esta idea de renacimiento, conlleva implícita la idea de una reinterpretación cultural clásica de la "antigüedad pagana", aunque es "creer entender" de una fase histórica anterior, en muchas de las ocasiones resultaba ser arbitraria.

E. El individuo es fundamental.

F. Se reconoce el esfuerzo personal, económico y político.

G. El eje de la vida renacentista es la libertad. Sin embargo, la libertad plena se ejerce a través de la voluntad comercial, que se verifica precisamente en el acto de intercambio, y con ello, la obtención de ganancia, partiendo de un referente de cálculo de costos y beneficios.

H. El valor de utilidad y ganancia, ejercen supremacía en la vida cotidiana.

I. Se va estructurando la concepción Estado-Nación para conformar esa sociedad de cálculo.

J. La ciencia y la tecnología como valores de progreso, y

K. El factor tiempo es un resultado debidamente calculado y medido, para obtener ganancia y dinero (medir la producción, con el esfuerzo humano-físico y al final conseguir el éxito personal y la felicidad de conglomerado social)⁵⁶

Este auge político y económico permitió el esplendor del renacimiento durante dos centurias, motivando la consolidación del Estado-Nación, además de propiciar y fomentar la expansión colonialista de América y África.

Esto justifica una primera fase de acumulación primaria del capital y el antecedente de la Revolución Industrial.⁵⁷ Sin embargo, la transición del feudalismo al Renacimiento-Mercantilista, y el respectivo sistema político que se produjo, dio las bases para la aparición de las Monarquías Absolutas.

⁵⁶ Datos obtenidos en la asignatura de Política Criminal en Materia Penitenciaria, en el primer semestre de 1998, con el maestro Hector Campos Padilla.

⁵⁷ Cfr. Floris Margadant, Ob.Cit. pp. 195 y 196. Floris Margadant, señala que el Renacimiento es el "juven capitalismo" con tendencias a la expansión y frío cálculo monetario, contrario al espacio económico medieval-gremial, con una idea de estabilidad. Así este mercantilismo permitirá los grandes descubrimientos territoriales y científicos, que permitirán la citada expansión comercial y monetaria. Por otra parte la reforma dentro del ámbito eclesástico con Lutero (1517) y Calvino (1522), justifican verdaderos movimientos de crítica y guerra, que no solamente provoca nuevamente la dispersión del poder político, sino además, la alternativa hacia la elección de una nueva opción religiosa y consagración de un nuevo estado secularizado. Por último, la idea renacentista justifica la idea de un racionalismo puro, con base en el libre albedrío que significa un giro conceptual no solamente social y cultural sino también de carácter científico. Cfr. García Valdes, *Ibidem*, p. 23. Tierno, quien es citado por García Valdes, señala que la idea de superación y progreso del Renacimiento se da precisamente con la sustitución de la concepción erótica, por la de sexualidad; asimismo por la aparición de un análisis introspectivo como método estético y científico; se da además la interpretación de la naturaleza bajo un esquema experimental e inductivo; por ende, la ideología resulta ser más individualista que colectiva; esto motiva la aparición de grandes espacios económicos políticamente definidos, siendo que entonces que la inteligencia y la razón son un verdadero valor de mercado.

La Monarquías Absolutas, introdujeron una serie de características específicas en el control del poder y ejercicio de la autoridad, por medio de la creación de ejércitos debidamente ordenados y disciplinados, así como la formación de una burocracia permanente, sustentadas dichas instituciones, por un sistema de impuestos y de un derecho debidamente codificado, que permitieron mantener económica y jurídicamente un poder legitimado y con pleno derecho a castigar.

Además el derecho permitirá establecer las reglas para la creación de un mercado con pretensiones universales y unificadoras, que a la postre edificaron los cimientos hacia la transición del Capitalismo. Perry Anderson (1996) señala que el Absolutismo: " (...) fue esencialmente eso: un aparato reorganizado y potenciado de dominación feudal, destinado a mantener las masas campesinas en su posición tradicional,(...)"⁵⁸

Está nueva forma de poder nobiliario estuvo determinado por el desarrollo de la producción e intercambio de mercancías, que da origen precisamente a la formación social de la transición anunciada.

Althusser señala que la Monarquía Absoluta, es la nueva forma política para mantener el dominio y explotación feudal, dentro de una economía de mercado. Este argumento se clarifica más considerando que toda formación social depende de un modo de producción dominante, ya que precisamente al producir necesariamente se debe reproducir, "(...) tanto las fuerzas productivas como las relaciones de producción existentes."⁵⁹

En consecuencia, al quedar el poder de los señores feudales amenazado por la desaparición gradual de la servidumbre, necesariamente se dio un desplazamiento de la coerción política, donde se militarizo y se centralizo el poder, este acto da origen al Estado Absolutista.

⁵⁸ Anderson, Perry. El Estado Absolutista. 14^a. Ed. Siglo XXI. Ed. México, 1996, pp. 12. *Ibid.*, citado por Perry Anderson, señala que la Monarquía Absoluta, fue una forma diferente de la Monarquía Feudal, donde la clase dominante continúa siendo la misma. Al respecto no debemos olvidar, que el feudalismo se caracterizaba por el modo de producción agrícola y artesanal, donde existía una unidad orgánica económica-política, pero distribuida, como bien señala Perry Anderson, en una "cadena de soberanías fragmentadas" dentro de la propia organización social. De ahí, que la servidumbre, es la clase que se utiliza como el mecanismo para sacar el excedente económico y productivo de dicha sociedad feudal; sin embargo, también dicha clase social, resultaba ser el ente molecular de explotación económica y de coerción político legal. Sin embargo, a pesar de que el señor feudal prestaba un servicio honorario y caballería al rey, sus reclamos repetitivos en la obtención de la tierra, es decir, el dominio último, se visualizaba en la obtención de la tierra.

⁵⁹ Cit. Anderson, Ob. Cit. pp. 13 a 16. Cfr. Althusser, Louis. Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado. 11^a. Ed. Quinto Sol. Ed. México, 1994, pp. 7 a 9. En el Estado Absolutista, si bien se da una transformación de la renta del trabajo en la renta de los productos, también lo es que este suceso económico no altera en esencia el de la renta de la tierra. Así entre 1450 y 1500, se observan los primeros actos que van desarrollando las Monarquías Absolutas, y en los que se superan las crisis productivas que habían dejado las Monarquías Feudales, esto se debió a la combinación de los factores de producción, donde los avances tecnológicos jugaron un papel importante, por ejemplo, el proceso "trizer" para separar la plata del mineral, el desarrollo de los cadames de bronce, los tipos móviles de las imprentas, la construcción de galeones, así como los descubrimientos marítimos y manufactureros, constituyen la esencia del Renacimiento-Mercantilista.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por ello, refiere Perry Anderson (1994), que si bien, el Estado Absolutista, nunca fue un arbitro entre la aristocracia y la naciente burguesía, también lo es, que dicho sistema político y económico, sirvió de "caparazón político", de la nobleza feudal amenazada.

En consecuencia, el nuevo orden secularizado, nace supeditado por otros factores sociales y económicos, independientemente de que tenga en su estructura matices de una sociedad feudal encaminada hacia una perspectiva burguesa; sin embargo, el orden y autoridad del Estado Absolutista, se vio afectado en forma directa y dual por el capital mercantilista, así como por el malestar y resistencia del campesinado, que fueron moldeando los contornos de ese poder nobiliario.

Estos factores anunciados, permitieron el resurgimiento del Derecho Romano en forma plena. Sin olvidar, que en la Edad Media, ya se había hecho un estudio e interpretación de dicho derecho, por parte de los Glosadores y Postglosadores, para justificar esencialmente la tenencia de la tierra, por parte de los señores feudales, así como para legitimar y reciclar la idea del esclavismo clásico, bajo una concepción nueva, como lo fue la servidumbre.

Perry Anderson (1994), al respecto señala, que la labor de los Glosadores por un lado, permitió reconstruir y clasificar metódicamente el Derecho Romano Justiniano, sin embargo, durante los siglos XIV y XV, los Postglosadores: " (...) más preocupados por la aplicación contemporánea de las normas legales romanas que por el análisis académico de sus principios teóricos, y que en el proceso de adaptar el derecho romano a las condiciones drásticamente transformadas de su tiempo, corrompieron su prístina forma limpiándolo a la vez de sus contenidos particularistas. Paradójicamente la misma infidelidad de sus transposiciones de la jurisprudencia latina universalizó a ésta al suprimir las numerosas partes del derecho civil romano(...)"⁶⁰

La importancia del derecho romano, durante el Renacimiento, trajo aparejado el desarrollo y progreso, de la sociedad mercantilista, donde el capital libre, se legitimaba en dicho derecho, bajo un esquema de protección absoluta, plena e incondicional del "derecho de propiedad privada".

⁶⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 18 y 19. Cfr. Floris Margadant, *Ibidem*, p. 140. Floris Margadant, señala que lo analizado por los Glosadores, al aclarar el "*Corpus iuris*" o derecho justinianeo, son pequeños comentarios que pudieron entrar a la práctica forense del Derecho Medieval, sin embargo, la labor de los Postglosadores, aunque se trata de comentarios de verdaderos poetas, que utilizaban las reglas encontradas para realizar nuevas creaciones poéticas, salvo, que dichos comentarios constituyeron algunos "fraudes" en su interpretación. No obstante ello, se da un triunfo importante del derecho romano durante el Renacimiento.

TFCIS CON
FALLA DE ORIGEN

El derecho romano en la Europa renacentista, tiene una dualidad precisa de justificación, por un lado, económicamente, permitió el desarrollo y expansión capitalista, siendo el instrumento ideal para los intereses de la burguesía comercial y manufacturera de la época. Por otro lado, políticamente, respondía a las exigencias constitucionales de la reorganización de los Estado feudales. Sobre todo, que el citado derecho romano, tenía una perfecta distinción entre el derecho público del derecho privado.⁸¹

Por eso, se establece que el derecho romano, fue el instrumento "intelectual más poderoso", para la integración territorial y centralización administrativa, para el ejercicio del poder político de las monarquías absolutas.

Esto es, que el derecho romano, permitió la transformación del derecho medieval, con el objeto de distribuir el poder entre las clases nobiliarias, pero también entre las clases burguesas poseedoras del comercio y manufacturera.

Sin embargo, la modernización jurídica, trajo consigo otras innovaciones institucionales relacionada con el ejército, la burocracia, el cobro de impuestos, el comercio y la diplomacia.

Señala Perry Anderson (1994), que la monarquía absolutista, puso los primeros cimientos de un ejército profesionalizado, aunque también desempeñaban un papel importante los mercenarios; la práctica de contratación de un ejército mercenario, tenía un fin preciso, el evitar el adiestrar al campesinado en el arte de la guerra, puesto que con ello, no se ponía en riesgo, la relación autoridad-obediencia, además de evitar alguna sublevación social.⁸²

En cuanto a la burocracia civil, en el Estado Absolutista, refleja una maraña de corrupción, en razón de que los puestos públicos significaban un acto meramente de

⁸¹ Cfr. Anderson, Ibidem, pp.21 y 22. Señala Perry Anderson, que el derecho civil (derecho privado), regulaba la propiedad y las transacciones económicas entre los ciudadanos, en tanto, el derecho público, regia las cuestiones políticas entre Estado y súbditos. Por lo tanto, el derecho privado, era "ius", y el derecho público, era la "lex". Así los principios teóricos del "imperium" político romano, son los que ejercen influencia en las nuevas monarquías absolutistas. Luego entonces, al ser derechos contradictorios la propiedad privada y la soberanía imperial, donde prevalece éste último concepto en caso de conflicto; en consecuencia el resurgimiento del derecho romano, justifica las prerrogativas autoritarias para la concentración del poder a favor de la clase nobiliaria renacentista, permitiendo dichos principios la centralización del poder, por ello, el derecho romano, legitimo jurídicamente a la clase aristocrática de la época. Mas aún, advierte Perry Anderson, que la famosa máxima de Lipiano "quo principi placuit legibus habet vicem", que significa "la voluntad del príncipe tiene fuerza de ley", era el fundamento jurídico y legitimador de las monarquías absolutas. Además éste principio se complementaba, con otro, que establecía que los príncipes y reyes estaban "ab legibus solutus" o "libres de obligaciones anteriores"; éste principio resulta ser de suma importancia, puesto que sirvió para quitar privilegios medievales, es decir, por su lado, se ignoran derechos tradicionales y por el otro, se somete a las libertades privadas. Cfr. Elias, Norbert. La sociedad Cortesana, 1ª. Ed. Fondo de Cultura Económica, Ed. México, 1996.

⁸² Ibidem, p. 24.

compra-venta, al que se le denominaba "sistema de honorarios", siendo un soporte financiero, que permitió la monetización de esta economía mercantilista.

Esta venta de puestos públicos, permitió el ascenso de la burguesía mercantil y manufacturera el control de determinados puntos estratégicos de poder, aun cuando la clase dominante continuaba siendo la nobleza.

Sin embargo, paradójicamente esta venta de cargos públicos a la burguesía naciente, permitió paralelamente gravar a los pobres, donde las clases dominantes estaban exentas del pago de impuestos, que a la postre provocaría diversos levantamientos sociales del campesinado.

Así el mercantilismo renacentista, con base en la doctrina burguesa "*laissez faire*", encerraba una consideración formal de separación entre lo político y lo económico, pero además, establecía principios hacia la "abundancia económica" y la "concentración de poder político".

Al respecto, Perry Anderson (1994), refiere que si bien, la doctrina del "dejar hacer y el dejar pasar", justifican una doctrina pacifista, para el intercambio comercial, también los es que resultaba ser una doctrina "belicista", porque justificaba la necesidad y rentabilidad de la guerra, por ello, fomentaba una política exterior de conquista. En consecuencia, otro elemento importante en esta idea política, económica y de guerra, lo constituyó, la diplomacia, que dará origen aun sistema internacional de Estados renacentistas durante el siglo XV.⁶³

La diplomacia, no constituyó un sistema formal institucional, a pesar de ello, si formalizo un sistema de intercambio y presión interestatal, protegido por un principio de "extraterritorialidad", que surgía de las embajadas asentadas reciprocamente en los países extranjeros, donde los embajadores ejercían desde el exterior, relaciones de comunicación e información secreta con sus Estados de origen.

Estas características del Estado absolutista, justifican simplemente una relación de derecho subjetivo, es decir, de poder y dominio, cuya base es la supremacía social de una clase dominante (nobleza), sin embargo, limitado por los mismos derechos de propiedad que surgen de la tenencia de la tierra.

⁶³ Cfr. *Ibidem*.pp. 30 a 32.

La sociedad Absolutista, al estar plenamente consolidada, desarrolló una racionalidad retribucionista del castigo. Está etapa de retribución del castigo, entonces presentaba dos justificantes de poder, que legitimaban un derecho a castigar :

1. El poder eclesiástico, y
2. El poder civil.

El poder eclesiástico, concibió el derecho a castigar, invirtiendo el contenido de la ofensa realizada por el infractor social, siendo que ésta, resultaba ser en agravio de la Divinidad; por ello, la pena se aplicó con una doble finalidad. Por un lado, la pena se aplicará para el arrepentimiento del pecador, y por el otro lado, para lograr la reconciliación con Dios.

El poder civil, que va teniendo mayor injerencia en la toma de decisiones políticas, económicas y jurídicas, dentro del Estado Absolutista, también presenta una concepción dual, en el derecho a castigar. En primer término, se tenía una idea de ajusticiamiento del infractor social, tanto por los delitos como por los pecados cometidos; en segundo término, el castigo tenía una connotación, bajo un principio de justa retribución.

Así, el principio de justa retribución, será el caparazón que legitimará la intervención de la autoridad civil, para castigar al delincuente, bajo esa doble moral laicizada, esto como función declarada; sin embargo, la función latente, de este doble ajusticiamiento y del principio de justa retribución, radica esencialmente, en la idea consolidar las ideas económicas, de la naciente burguesía dentro de la etapa mercantilista-renacentista.

En consecuencia, el principio de justa retribución fue estructurando toda una racionalidad utilitaria a su alrededor; cuyo fin específico, radicaba en reorganizar los espacios y tiempos de toda actividad humana, incluyendo la actividad de los infractores sociales recluidos, para legitimar la utilización de la mano de obra reclusa, que se convirtió a la postre en un medio idóneo de explotación laboral.

Esto es, dentro del poder civil, se va construyendo una concepción del castigo, donde la sociedad civil, se erige como víctima u ofendida, por ende, la pena se aplica como un mal necesario, con la finalidad de reconciliar al criminal con la sociedad y con Dios. Por lo tanto, el trabajo físico y obligatorio en reclusión, aplicado a todas las asimetrías criminales, será el medio útil, que justifique y legitime la aplicación del castigo, es decir, retribuir con trabajo el daño causado por el criminal.

La racionalización del castigo-retribución, por ello, se le conoce como "la fase de explotación oficial del recluso". Siendo que precisamente el trabajo se realiza en reclusión, sin embargo, no debe concebirse bajo un concepto de privación de libertad moderna, sino solamente, debe entenderse dentro de esta etapa renacentista, como una forma de exclusión social del criminal, para resarcir con trabajo el daño ocasionado, y en especial para educar al infractor social hacia una actividad manufacturera, que se requería en esa fase mercantilista, de ahí la importancia, de estos dos principios anunciados, que envuelven y legitiman un derecho a castigar, como son: el de justa retribución del castigo y de utilidad laboral.⁶⁴

Bajo este contexto explicativo, podemos establecer de manera comparativa y afirmativa que la racionalización de la expiación del castigo, legitimaba un derecho a castigar conforme a la premisa "el dolor redime", entonces la racionalización de la retribución del castigo, justificaba ese derecho a castigar, con base en la premisa "el trabajo redime". Luego entonces, la conclusión, nos lleva a verificar, que la justificación del castigo, sufrió un simple cambio de valores, donde la fuerza física humana, adquiere una característica de costos y beneficios dentro de la producción manufacturera, es decir, presenta un valor de utilidad económica, por ende, la característica de la pena será retributiva, correctiva y económica.⁶⁵

⁶⁴ Sandoval Huertas, Ob.cit. p. 49. Se señala que en esta etapa surge el sentido económico de la pena. Vid. Melossi-Pavarini, Cárcel y Fábrica.³ Ed. Siglo XXI Ed. México 1987, p.29 y ss. Rusche-Kirchheimer, Ob. Cit. p.15. Es necesario observar que durante los siglos XIV y XV, el hombre es conceptualizado como una mezcla de espíritu y materia, y su condición como ente viviente, tiende a ser más humana; a pesar de ello, se crea un panorama inagotable de principios del bien y del mal, que concuerdan para describir la naturaleza humana. Sin embargo, las crisis severas que azotan a la Europa del siglo XIV, entre ellas: las pestes, las hambrunas y las guerras, justifican por un lado, la disminución de la población, y por el otro la economía. Luego entonces, los principios mercantilistas no solamente preparaban la transición hacia el capitalismo, sino también, proclamaban un ajuste en el castigo penal, en especial orientado contra las clases bajas. Así el incremento de la Administración de Justicia conforma un régimen dual de penas, tanto pecuniarias como corporales en perjuicio siempre de las clases más bajas.

⁶⁵ Cfr. Sandoval Huertas, Ob. Cit. pp.50 y 51. El ascenso de la burguesía urbana, justificó la creación de una legislación severa para combatir los delitos contra la propiedad. De ahí, que la pena pecuniaria se transformará en un sistema de compensación a favor de la parte ofendida, sin embargo, la actividad Judicial seguía siendo un paraiso de lucro para los jueces. Por ello, Rusche-Kirchheimer, afirman que las penas corporales únicamente se imponían a los pobres, mientras que las penas pecuniarias eran exclusivas de los ricos. Es decir, los privilegios en la administración de justicia dependían de la posición de riqueza del individuo, considerando un principio de justa retribución y de utilidad. Por ello, el otorgar a la mano de obra reclusa, un valor de utilidad en la etapa económica mercantilista-capitalista, permitía justificar que el tiempo del recluso, se destinara a una actividad laboral que se venía desarrollando, y que requería de gente mayormente capacitada en la manufacturación de productos, esto es, una idea de costos y beneficios dentro de la producción, para justificar un castigo. Entonces el sistema de producción económica-mercantilista, pudo observar que la fuerza de trabajo ociosa, que representaban los penados, era indispensable para desarrollar los valores tan marcados dentro de esa sociedad absolutista. La fuerza laboral que representaban estos infractores sociales, jamás sería desperdiciada, puesto que su actividad como fuente de producción, sustentaba la base del nascente capitalismo, entre costos bajos de producción y altos beneficios. Por ende, el delincuente visto como productor de beneficios económicos y productor de bienes materiales, con ello, se fomenta una actividad laboral, pero también se reproduce un sentido hacia valores de utilidad, felicidad y progreso como verdad declarada. En cambio, la verdad latente, se verifica en la explotación del infractor social en reclusión, sin el pago de sus servicios, de ahí, los bajos costos en la producción manufacturera. Sin embargo, se crea sujetos obedientes y disciplinados hacia la actividad industrial, cuya esencia era la obtención de ganancias a bajo costo para unos cuantos, y la formación de ejércitos de consumidores y trabajadores mal remunerados. El principio de necesidad hacia el castigo se ve incluido en la educación para el trabajo, el cual se realiza para el beneficio del producto económico y la salud, de donde se desprende un discurso humanizador y legitimador del castigo con base en principios y valores de justa retribución, utilidad, felicidad, trabajo y progreso. Debe destacarse que la

Sin embargo, esta traslación de valores, para legitimar un derecho a castigar, sigue manteniendo una postura represiva y más autoritaria, en la concepción retributiva del castigo, esto en razón de que no solamente se recluía al criminal para explotarlo laboralmente, sino que además, se castigaba física y mentalmente al individuo, que en más de las ocasiones permanecía en vida dentro de la muerte.

En consecuencia, las ideas mercantilistas dieron origen a una desigualdad social extrema, que justificaron el desarrollo diversas formas de explotación del recluso, además de fomentar la creación de leyes con características deterministas y peligrosistas, cuyas asimetrías sociales, justificaron un derecho a castigar bajo una política criminal excluyente, así el estigma de la "pobreza" significará la etiqueta de "delincuente".

Esta idea es fácil de concebir, si consideramos, que las llamadas "leyes de pobres" tienen su antecedente inmediato en el suceso histórico-político que permitió a Carlomagno unificar su imperio bajo la tutela de la religión Cristiana.

Así esta historia de la pobreza y de exclusión social, se va construyendo a través de la concepción de la idea de "beneficencia social", que precisamente se consolida cuando se construye una parroquia a lado de cada castillo feudal; por ende, cada parroquia tendrá adscritos a sus respectivos pobres, para ejercer sus actos de beneficencia. Pero dicho sistema de beneficencia justificará también un sistema de dependencia social y económica, que constituirá una fuerte carga para la sociedad Absolutista.

Por eso, es de suma importancia y trascendencia el estatuto Isabelino de 1601, que edificó todo un sistema de exclusión social, con las llamadas "leyes de pobres", puesto que da origen a una estructural explotación laboral del recluso.

El estatuto tendrá como fin la creación de un sistema de asistencia social, que será vigente hasta el siglo XVIII. La creación de esta normatividad tuvo como origen el hecho de que los habitantes del feudo al dejar de ser siervos, y convertirse en trabajadores manufactureros, los obliga a tomar cauces de vida en otro contexto con nuevas reglas. Luego entonces, esto motivo la proliferación de más pobres, por la falta de trabajo rural, sobre todo de "mendigos".

racionalidad retribucionista del castigo, se ejecutó principalmente, por la escasez de mano de obra, que aprovechaba la fuerza de trabajo de los penados.

Elo obliga a establecer normativamente que cada hombre es miembro de un limitado círculo social, por eso el ámbito de pertenencia del pobre será la parroquia.⁶⁵

La parroquia tenía dos ámbitos estratégicos de acción, que a la postre justificará la existencia de conflictos dentro del círculo social donde ejerce su competencia. Por un lado la parroquia era el lugar natural donde el pobre plantea sus necesidades y donde deberá ser socorrido; por otro lado, la parroquia se convierte en una unidad de cargas y de contribuciones, cuyo sostenimiento de gravámenes recae en los pequeños comerciantes y agricultores.

En consecuencia, la parroquia siempre ejercerá su actividad bajo la concepción de un interés económico, lo que provocará un anunciado conflicto de intereses dentro del círculo social donde actuaba.⁶⁷

Incluso dicho conflicto se acentuará en forma más grave cuando el sujeto pobre, era expulsado de su parroquia de origen, en razón de que la posible parroquia receptora ejercía un fuerte derecho de resistencia y rechazo para recibir a dicho sujeto. Ello implicaba que el sujeto pobre y excluido perdiera su legítimo lugar comunitario, pero además, se convertía en una excrescencia en su propio círculo.

A partir de entonces, se proclama la Ley de Asentamiento (1662), con la finalidad de zanjar y decidir a qué parroquia pertenecen determinados pobres. Esta situación de competencia y ejercicio parroquial suscita una serie de litigios que perduraron hasta el siglo XIX.

Sin embargo, dichas parroquias fueron abriendo el camino hacia el siglo XVII, para disminuir las cargas a expensas de la moral y de la condición de ser pobre, puesto que con dichas ideas se erigirán las denominadas "*workhouse*" o "casas de corrección", donde Samuel Bentham diseñará los inicios del sistema panóptico, que desarrollará posteriormente su hermano Jeremy Bentham en el sistema penitenciario.⁶⁸

Por lo tanto, el sistema de exclusión social mercantilista edificó diversas formas de explotación del trabajo recluso, donde la pobreza legitima un derecho a castigar en aras del progreso, la felicidad y el consumo, en donde la utilidad será el valor más importante.

⁶⁵ Eduardo Marí, Enrique, La problemática del Castigo, El Discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault, En Ciencia-Política-Sociedad, (Sin datos de fecha) pp. 150 y 151.

⁶⁷ El aumento del pauperismo, acrecentó las dificultades económicas, ello obligó a que las juntas parroquiales (*tratepayers*) procuraran endosar a sus pobres a otras parroquias vecinas.

⁶⁸ Serán las casas donde nadie entrará voluntariamente, por eso el trabajo, la disciplina y el aislamiento tendrán un efecto aterrador para el que era elegido a habitarla.

Las instituciones características de esta explotación laboral reclusa, conforme a su origen y orden cronológico de aparición, las más importantes fueron:

1. LAS GALERAS. Se constituyeron en espacios que se encontraban en las embarcaciones marítimas, para que los delincuentes realizaran el trabajo de fuerza motriz del barco (remeros) Se trataba de un castigo basado más en cuestiones de utilidad económica que de castigo, sin embargo, se constituyó en una pena de muerte lenta y dolorosa: salvo que dicha actividad no solamente permitió explotación de la fuerza física del criminal, sino además, permitió consolidar la expansión comercial y militar naviera de la época, por razones de utilidad económica.⁶⁹

2. LOS PRESIDIOS. Eran instituciones que tenían como finalidad el usufructuar el trabajo de los penados, existieron varias clases de éstos lugares donde se aprovechaba la fuerza de trabajo criminal, salvo que era una actividad que se desarrollaba de dos maneras:

A. La presidios de obras públicas, donde los reclusos eran atados entre sí y bajo vigilancia armada, siendo forzados a trabajar en la construcción y reparación de obras públicas como: carreteras, acueductos, minas, puertos, calles entre otros.

B. La presidios de arsenales, se creó en razón de la superpoblación de sentenciados, y con el fin de aprovechar su mano de obra, se les conmutaba la pena mediante la prestación forzosa de su actividad laboral, y se les empezó a utilizar en la fabricación de bombas de achique o de extracción, que consistía en extraer el agua de la mina de una embarcación o donde se construían las galeras.

C. Los presidios militares, en estos lugares eran obligados los condenados a realizar trabajos las murallas y fortalezas militares. En dichos establecimientos los penados se les consideraba como bestias para el trabajo.

3. LA DEPORTACIÓN. La pena consistía en la realización de trabajos específicos en las colonias, que a la postre se convertirá en una pena privilegiada, por los beneficios que se adquirían después de determinado tiempo de estancia en el país colonizado los deportados. Era una forma de separar al criminal de la sociedad o bien una especie de

⁶⁹ Cfr. Del Pont, Ibidem, p.41. Marco del Pont, cita a Sellin, y éste refiere que los presos eran reunidos en prisiones-depositos y agobiados con cadenas. Incluso John Howard, -también citado por Del Pont- refiere que la comida de las Galeras de Viena, era tosca, y muy pocos, podían vivir en esas condiciones más de cuatro años. Así durante los siglos XVI Y XVII, diversos Estados implementaron la condena de muerte en galeras, sirviéndose de ésta pena, para mantener la preponderancia naviera económica y militar, es decir, bajo un principio de utilidad económica principalmente el castigo retribución se legitimaba como un derecho a castigar; así entre cadenas y látigo, las galeras se erigieron como verdaderos presidios flotantes. Por último, cabe señalar que los condenados a las galeras, se les denominaban "galcoetes".

expulsión del sujeto con un enfoque de segregación social. Sin embargo, la fuerza de trabajo humano utilizada en un lugar diverso a la sociedad de origen, visto esto, no como una readaptación de la sociedad primaria, sino como un enfoque de adaptación a otra sociedad secundaria, para lograr un modo de vida distinto. A pesar de ello, la deportación tenía un enfoque plenamente utilitarista, de expansión y colonización territorial.⁷⁰

4. LAS CASAS CORRECCIONALES. Son instituciones que la burguesía creó con el fin de concentrar a los delincuentes y otras personas asimétricas como: prostitutas, vagos y mal vivientes. La finalidad imperante era inculcarles el hábito del trabajo y con esa excusa, se utilizaba y se explotaba su mano de obra en la manufactura de trabajos en serie.⁷¹ Las casas correccionales darían, más tarde, lugar a nuevos ámbitos de segregación, entre ellos, la prisión.

La sociedad Absolutista del castigo de está manera edificó un sistema del castigo-retribución, con base en principios económicos, siendo entonces un aparato represivo e ideológico del castigo, que funciona precisamente mediante la violencia en la imposición del castigo. Esto es, que la dinámica de producción económica en serie que se estaba desarrollando, justificaba la conveniencia de contratar la mano de obra de los penados o reclusos a bajos costos, sobre todo, que se compensaba por la escasez de dicha mano de obra libre y de alto costo para el ciclo económico, entonces el valor de cambio, asume una importancia determinante para la producción de bienes; así los mercantilistas encontraron en los postulados luteranos y calvinistas del trabajo,⁷² las bases

⁷⁰ La deportación como pena fue creada por los ingleses en 1597, en sus colonias de Virginia y Maryland, posteriormente se llevó a cabo en Australia, asimismo diversos Estados aplicaron esta pena.

⁷¹ Vid. Ruscbe-Kirchheimer, Ob. Cit. p. 61 y ss. Cfr. Sandoval Huertas, Ob. Cit. p. 52 a 55, Melossi-Pavarini, Ob. Cit. p. 29 a 73. Del Pont, Marco, Ob. Cit. 43. Neuman Elias, Ob. Cit. 29 y 30.

⁷² Weber Max, Ética Protestante, 4ª. Ed. Coyoacan Ed. México 1997, pp. 21 a 27 y 44 a 46. Afirma Max Weber, que las ideas luteranas y calvinistas, no solamente rompen con el tradicionalismo religioso, sino también con el tradicionalismo económico. La revolución calvinista se produce precisamente en las sociedades más ricas de Europa como por ejemplo: Alemania, Holanda así como en los Países Bajos sobre todo considerando que a las postrimerías del siglo XV, el auge económico, no permitió la intolerancia del dominio calvinista, aun cuando con el calvinismo, se llega a posturas extremas de puritanismo e intolerancia religiosa durante el siglo XVI, en Ginebra, Escocia y Países Bajos, también lo es que la Reforma, trajo consigo un cambio de ideología, ya que los protestantes presentan una inclinación singular hacia una racionalismo económico-religioso, manifestación o inclinación que no es permitida entre los católicos, y este suceso histórico permite establecer en forma concreta una diferencia marcada entre Estado ricos y Estados pobres, o como señala Max Weber, el mayor "distanciamiento del mundo", se produce con la doctrina católica, es razón de que los altos ideales de la misma, ejercen su influencia "(...) en el espíritu de sus fieles con respecto no sólo después ante los bienes terrenales". Así la doctrina cristiana se vale de esta postura anunciada, para criticar el espíritu material de los protestantes. En tanto los protestantes, no solamente toman esa postura para criticar el idealismo ascético, real o supuesto de la vida del catolicismo, sino que además, afirman que el trabajo es una manera de reivindicarse con los demás y sobre todo con Dios. Para concluir-dice Max Weber- que al analizar el refrán "comer bien y dormir tranquilo", por un lado, el católico prefiere "dormir tranquilo" sin importarle un afán adquisitivo y material que le pueda proporcionar sus ingresos; por el otro lado, el protestante prefiere "comer bien", esto es, que el trabajo le redituara beneficios, por el esfuerzo realizado cada día. La idea del trabajo para redimir el pecado y el delito, encuentra plena justificación con dichos postulados, de ahí la importancia que tuvo la Reforma y la Contrarreforma, en los cambios de concepción religiosa, pero también en la dinámica que le brindó al desarrollo económico, para legitimar toda una ideología de utilidad y progreso, con base en el trabajo, del cual, el derecho a castigar se allegó los principales postulados para fomentar e impulsar dicho desarrollo económico, mediante la explotación del recluso.

argumentativas e ideológicas para el aprovechamiento y explotación del trabajo de los condenados, haciendo de esa fuerza ociosa y desocupada, una utilidad económica.

Por esto pensamos que las casas de corrección, en una concepción específica, es el ejemplo más fiel de la racionalización retributiva del castigo, que permite expiar la culpa por medio del trabajo, como pena-custodia.⁷³ Esto en razón, de que dicha institución permite de manera tangible constatar la verdad latente y declarada de un sistema de castigo y exclusión social de esta naturaleza, donde el poder del Estado para castigar, gira alrededor de un aparato represivo que reproduce, fomenta y legitima la violencia en aras de la economía privada.

No debe perderse de vista que el sistema de castigo anunciado y que se aplica en especial dentro de las casas de corrección, va edificando toda una ideología determinista, al identificar a los infractores sociales como sujetos peligrosos, cuya estructuración reconsideraran y ampliaran los pensadores de la criminología clínica y de la escuela positiva del derecho penal. La calidad de sujetos peligrosos, presentan una concepción ético-jurídico, así el estado peligroso de los sujetos infractores, que ingresaban a las casas de corrección, podían identificarse con males generales (biológicos y hereditarios) o males intencionales (delincuentes) o con males involuntarios (enfermos mentales), o males sociales (mendigos, prostitutas, vagos entre otros) o males familiares (por hijos descarriados, malagradecidos o perezosos) La racionalidad oculta en este discurso legitimador del castigo-retributivo, es evidentemente la utilidad económica, de quienes habían de ser corregidos.⁷⁴

⁷³ Es una concepción más genérica, diremos que la imagen del trabajo recluso-forzado, resulta ser una pena netamente retributivista, cuya característica se da incluso en los modernos sistemas penitenciarios. La racionalidad de la retribución del castigo, se traduce simplemente en el cobro de la pena por la fuerza de trabajo físico desarrollado. Estas actividades en reclusión del sujeto delincuente eran jornadas de trabajo exhaustantes en labores que jamás realizarían los hombres libres. Cfr. Marco del Pont, Ob. Cit. 48. El trabajo forzado se verifica desde las cesteras de Siracusa 400. A.C. en la Antigua Roma. Incluso en varias penitenciarías de Estados Unidos, por ejemplo: la de Sing Sing (1840). Señala Marco del Pont, que la penitenciaría de Alabama servía de alquiler del trabajo forzado de reclusos a favor de la iniciativa privada. Así, el trabajo forzado se puede ver también en la aplicación de las Galeras (Siglo XV) y en la propia Deportación (Siglo XVIII), si tomamos en cuenta que se trataba de penas dures donde existe una pena privativa de libertad indeterminada y el trabajo forzado; sin embargo la muerte del sujeto adivina su sufrimiento, así la muerte tendrá un efecto correctivo como característica de la pena. Vid. Hefing, Ob. Cit. 217. Elias Neuman Ob. Cit. 29. Elias Neuman señala que el trabajo forzado se refería al del remero, del bombero (alusión al que fabricaba bombas), de albañil y de bestia de carga, concluyendo dicho autor que todo esto iba con relación a resolver un problema de índole económico.

⁷⁴ Cfr. Neuman Ibidem. p.21. Del Pont Ibidem. p. 51. Saadov al Huertas. Ibidem 60 vs. Melossi-Pavarini. Ibidem. pp. 25-70. Rasche-kirchheimer. Ibidem. pp 72-75. Las casas de corrección eran administradas por particulares, por ende, dichos particulares a su vez cedían el pago respectivo al Estado. Es importante puntualizar, que dichos establecimientos correccionales surgían, en virtud de las legislaciones contra la vagancia que empezaron a proliferar, incluso se obligaba a los físicamente impedidos al trabajo en reclusión, esto se debió principalmente a la existencia de una mano de obra baja en industria manufacturera. El trabajo manufacturero obligaba al sujeto a realizar cualquier labor ofrecida, con condiciones de salario bajo y una explotación extrema en los establecimientos mencionados. Las casas de trabajo más importantes fueron: Bridgewater (Londres 1552), Rasphaus y Spinhous (Amsterdám, 1595-1597), Casa de Galera (España), Hospicio de San Felipe Neri (Florencia 1653), Hospicio de San Miguel (Roma, 1704), Casa de Fuerza de Gante (Bélgica 1773-1775). No debe olvidarse que el trabajo en las casas de corrección era con el fin de hacer dócil al individuo que se resistía a la nueva ideología capitalista del trabajo

Este mecanismo social de legitimación del castigo, interpretado dentro de una forma de economía, permite establecer que dicha economía industrial actúa como plataforma de una relación de derecho subjetivo, como lo es, el de poder-obediencia. Es decir, que de las simples relaciones anunciadas se generan verdaderos escenarios de poder y sometimiento, pero también se formaliza una relación de autoridad así como una relación de desigualdad. Por último, dada la importancia de las casas de corrección, es necesario esquematizar sus características de acuerdo a tres autores:⁷⁵

CASAS DE CORRECCION	ORIGEN	OBJETIVO	FUNCIONAMIENTO	PENADOS	BENEFICIADOS
EMIRO SANDOVAL	MERCANTILISTA	RETRIBUCION ETAPA EXPIACIONISTA-RETRIBUCIONISTA	TRABAJO PARA PARTICULARES	JOVENES VAGOS MENDIGOS POBRES PROSTITUTAS	LOS PARTICULARES (LA BURGUESIA)
MELOSSI Y PAVARINI	MERCANTILISTAS	CORRECCION APROVECHAMIENTO Y EXPOTACION DEL TRABAJO RECLUSO. PENA-INTIMIDACION.	TRABAJO EN CONDICIONES INFRAHUMANAS.	LOS MISMOS SEÑALADOS POR EMIRO SANDOVAL	EL ESTADO-BURGUESIA
RUSCH-KIRCHHEIMER	MERCANTILISTAS	EXPLOTACION DEL TRABAJO PARA LA EDUCACION	TRABAJO-ADIESTRAMIENTO	LOS SEÑALADOS POR EMIRO SANDOVAL, DARIO MELOSSI Y MASSIMO PAVARINI	EL ESTADO-BURGUESIA

manufacturado. En esencia todas estas casas de corrección tenían las características siguientes: La pobreza era la justificación del delito (factor pobreza = peligro) asimismo el remedio y la cura era la inducción al trabajo obligatorio, que se debía observarse como una ayuda al castigo (para las personas que producían esos males) en cambio, para la clase privilegiada se transformaba en una inversión en el mercado libre de mano de obra barata, cuyo resultado era una acumulación de riqueza, que a la postres sería el fundamento del Capitalismo.

⁷⁵ Cfr. Melossi-PavariniL. Ob.cit. Rusch-Kirchheimer, Ob.Cit. Sandoval, Ob. Cit. Datos confirmados en la asignatura de Política Criminal en Materia Penitenciaria, en el primer semestre de 1998, con el maestro Héctor Campos Padilla.

Con dicho análisis se llega a una conclusión firme, si consideramos que el antecedente inmediato de la prisión moderna, lo son precisamente las casas de corrección, como una forma de privar de la libertad a una persona cuyo fin es la explotación del trabajo del mismo recluso. Además dicho antecedente histórico muestra que el tipo de organización social capitalista, fomenta un sistema segregativo, en aras del progreso económico y de la defensa de la propiedad privada. En consecuencia, dicho sistema económico permite establecer la visión de una lucha por el poder dentro de una lucha de clases sociales.

Luego entonces, el poder derivado de fundamentos económicos relacionados con la propiedad de los medios de producción, significa en sí mismo, un acto de poder-obediencia, en razón de que el Estado actuará en función de la violencia y la ideología que lo legitima.

Así el poder y el derecho a castigar, estarán desde el mercantilismo, vinculados preponderantemente al orden civil. De tal manera, que la burguesía naciente del mercantilismo, con pleno dominio de expansión económica, se erigirá con una porta estandarte de poder autónomo, fuerte y diferente al del Rey y del Papa.

Por primera vez, la estratificación o jerarquización social, se dará con base en la riqueza del individuo, y no con relación a los títulos de nobleza laica o clerical, con ello, se delimita el poder político y jurídico, a favor del poder civil y por encima del poder de la nobleza y del poder clerical, en última instancia se formaliza un concepto diferente de autoridad.

Todo ello, representa un poder estratégico debidamente sistematizado, tanto para quién lo ejerce, como para quién será aplicado ese poder. Sería útil mencionar, que éstas ideas van edificando los soportes de un poder-científico así como de un poder-disciplina, que serán las bases fundamentales de la transición del Estado-absolutista-mercantilista, hacia un Estado-Liberal-capitalista, cuya esquemática del castigo, propondrá un sistema de pena-correctiva durante el siglo XVII.⁷⁶

⁷⁶ Cfr. Duverger, Maurice, Sociología Política, S.N.E. Ariel Ed. Barcelona, 1972, pp. 27 y 28. Vid. Foucault, Michel, Un Diálogo sobre el Poder, Alianza Ed. Madrid 1988, p.230. Foucault, señala en un análisis comparativo que: " (...) ¿puede extrañar que la prisión se asemeje a las fábricas, a las escuelas, a los cuarteles, a los hospitales, todos los cuales se asemejan a las prisiones? (...) "

Luego entonces, no es de dudarse que dichas instituciones de beneficencia social y las llamadas casas de corrección ya anunciadas, venían preparando un camino privilegiado a las instituciones segregadoras, con mucho tiempo de anticipación, para determinar el nacimiento, desarrollo y consumación del capitalismo-prisión.⁷⁷

⁷⁷ Cfr. Del Olmo, Rosa, América Latina y su Criminología, 1ª. Ed. Siglo XXI, Ed. México 1981, pp. 44 y 45. Rosa del Olmo señala, que las casas de corrección, se confunden por lo regular con la prisión, pero aquellas fueron creadas como factorías de explotación de los presos, siendo una manera de utilizar socialmente la fuerza de trabajo inlesable. Justificándose con ello un medio de fomentar y preservar la mano de obra barata y ociosa, así el tiempo de reclusión de estas personas sirve para capacitarlos y entrenarlos, considerando que esta forma de economía era muy importante para su época, ya que permitía realizar la producción y manufacturación de mercancía a bajo costo.

3. LA CORRECCIÓN. (RACIONALIDAD DE PELIGRO)

Los nuevos horizontes que se van erigiendo en cada transición histórica, sin lugar a dudas presentan un rasgo fundamental que permite bifurcar el pasado con el presente, esto produce verdaderas explosiones culturales. Así durante el siglo XII y XIII, como ya se ha apuntado, las ciencias y la filosofía van encontrando su camino dentro de las "universidades", esto es a finales de la Edad Media.⁷⁸

En tanto, el desarrollo cultural, social económico, literario y científico, se van desarrollando durante los siglos XIV y XV, ya dentro del Renacimiento. Esta remembranza resulta ser útil, si consideramos que la sistematización de una ideología de orden y disciplina, en los subsecuentes siglos viene forjándose en forma escueta pero concreta desde el Imperio de Carlomagno.

Sin olvidar que los vientos del cambio también impactaron severamente el ámbito clerical, la Reforma Protestante, encabezada por Martín Lutero (1483-1546), revolucionó de fondo la doctrina cristiana, principal y fundamentalmente al proponer que la fe cristiana, era el único principio válido de la doctrina religiosa, para obtener el perdón y la salvación divina.

Lutero, criticó duramente el poder del Papa León X, en la concesión y la predicación de indulgencias, por los Dominicos, argumentando que dicho acto potestativo no-tenía sustento dentro de la doctrina cristiana, por lo tanto, resultaba ser un acto meramente de renta y lucro a favor del Papa, y no un acto de fe cristiana.

De este principio apuntado surge otras noventa y cinco famosas tesis luteranas, en oposición a la Iglesia romana, entre las que destacan:

- La negación de la autoridad del Papa.
- La negación de los votos monásticos.
- La negación del celibato.

⁷⁸ Cfr. Nirau, Ibidem, p.137. La palabra "*universitas*", significa gremio o asociación. Ramón Nirau, señala que las universidades son las instituciones donde se designa la enseñanza de estudios generales y superiores, que son organizados por los gremios de los estudiantes y maestros. Además en las universidades, enseñaban la mayoría de los filósofos del siglo XIII, es decir, en la Edad Media baja y en transición hacia el Renacimiento.

- La negación del clero.
- La negación del purgatorio.
- La negación de la misa.
- La negación del dogma.
- La negación de los sacramentos (excepto el de bautismo y la eucaristía), otros.⁷⁹

Sin embargo, la esencia absoluta del contenido de esta revolución eclesiástica, se verifica en un cambio de comportamiento moral, que consistía precisamente, en la "conciencia del deber en el desempeño de la labor profesional en el mundo.

Por ello, el trabajo y la actividad profesional, en la vida monacal obliga al cumplimiento de los deberes para justificarse ante Dios. En consecuencia el trabajo implicaba el evidente amor al prójimo y a Dios, luego entonces, la observación de los propios deberes en el mundo, justifica el complacer a Dios.

La importancia de una valoración ética del trabajo y de la actividad profesional, junto con el auge económico de la época, constituyó las bases sólidas, para una verdadera y severa oposición al catolicismo, por eso se justifica la creciente cantidad de representantes de las diversas formas cristianas de religión, que surgen en los grupos mercantilistas. Señala- Max Weber (1997) al respecto- que: " (...) Esa era la ineludible escuela del sacro sentido: por así decir, del trabajo y de lo que derivó en el concepto ético-religioso de profesión: concepto que traduce el dogma extendido a todos los credos protestantes, opuestos a la interpretación que la ética del catolicismo divulgaba de las normas evangélicas en precepta y concilia y que como única manera de regirse en la vida que satisfaga a Dios acepta no la superación de la moralidad terrena por la mediación del ascetismo monacal, sino, ciertamente, la observación en el mundo de los deberes que a cada quién obliga la posición que tiene en la vida (...)"⁸⁰

Sin embargo, se requiere establecer, que si bien, las ideas de Lutero y Calvino, no manifiestan la idea de "progreso" como valor doctrinal, también lo son, que la observación de los deberes se plantea como un acto que legitima una actividad comercial y laboral,

⁷⁹ Principios que motivaron a la postura, que Martín Lutero, fuera excomulgado de la iglesia cristiana, al no retractarse de sus posiciones anticlericales.

⁸⁰ Weber, Ibidem, p 50.

con base en principios mercantilistas, es decir, la detallada norma religiosa de la vida da origen al más agudo espíritu comercial.

Este giro ideológico, religioso-económico, cambiará para siempre la vida y orden social del mundo. Las subsecuentes racionalidades darán nuevos horizontes que repercutirán en la vida social, donde la ciencia y la técnica tendrá un papel preponderante.

Por eso, es destacable, en el orden científico, la revolución, que causo la propuesta copernicana, donde se sitúa al Sol en el centro del Universo, es decir, una propuesta heliocéntrica, frente a la hipótesis helénica y geocéntrica de los aristotélicos. En consecuencia, el círculo histórico que ciñe a la Antigüedad y el Feudalismo, se rompe dentro de una concepción racionalista-científica del universo.⁸¹

El embrión científico fue evolucionando durante el siglo XVI (durante el dominio español), y XVII (con dominio más francés). Sin embargo, durante éstos siglos, se incrementa la criminalidad en Europa, y paralelamente van surgiendo leyes represivas, es decir, con la

⁸¹ La revolución científica, estimamos se inicia con Nicolás Copérnico, era un canónigo polaco, que estudio el movimiento de los Astros, y continua con las posturas de Galileo (1564-1642), Kepler (1571-1630), Descartes (1596-1650) y Newton (1642-1717), convergerán hacia el cambio científico hasta la teoría de la Relatividad (Einstein); Sin embargo, en ese gran cambio científico se encuentra como pilar Galileo, ya que al realizar sus estudios del movimiento pendular, estableció las leyes del movimiento de los cuerpos sometidos a la gravedad. Galileo planteó un principio cuya trascendencia llega hasta la teoría de la relatividad, al demostrar que el movimiento solamente es una relación, en cuyo caso únicamente se puede decir que existe el movimiento, cuando es valorado y medido desde otro sistema, es decir, cuando comparamos dos movimientos. Posteriormente Galileo al mostrarse partidario del sistema solar de Copérnico, en 1633, fue obligado a comparecer en Roma, ante la Santa Inquisición, misma que lo obligó a que se comprometiera de sus teorías. El principio de relatividad de Galileo, motivo el planteamiento de una serie de problemas que sirvieron a la postre a Kepler, para sus tres leyes relacionadas al principio de la gravitación. Kepler señala que las orbitas de los planetas son elipses, uno de cuyos focos ocupa el Sol; además dice que las áreas descritas por los radios vectores de los planetas son proporcionales a los tiempos; por último, señala que los cuadrados de los tiempos de revolución en los planetas son proporcionales a los cubos de los ejes mayores de sus órbitas. En tanto, Descartes, quien desarrolla diversos análisis en el orden teórico, entre ellos, de analítica, de geometría y de álgebra, mismos que le permitieron establecer que el Universo debía calcularse con los números y las matemáticas. Por ello, desarrolla las cuatro reglas del método, y establece que la primera condición para un buen método es el pensamiento, por lo tanto, el pensamiento no se contenta con aproximaciones o con una experiencia dudosa, sino que le permita dar certidumbre completa. Por eso el método cartesiano, se justifica en un principio preciso y concreto, que lo es "la duda sistemática" que quiere decir, el deseo de superar todas las dudas, bajo la necesidad de dudar. En consecuencia, la primera regla va encaminada al uso de "buen sentido de razón", para distinguir lo verdadero de lo falso, bajo un principio de ideas innatas. Si queremos conocer algo debemos evitar la precipitación y la prevención, una vez evitadas estas, debemos proceder con claridad y distinción, por ello, debe ponerse en duda la realidad para alcanzar la verdad. La segunda regla del método, aclara la primera regla, en el sentido de que debe dividirse cada una de las dificultades, en tantas partes como se pueda y sea necesario para mejor resolverlas. Esto es, para que una idea sea clara y distinta es necesario dividirla, para analizar y con ello, ir al encuentro de las partes que integran una cosa así de la intuición se pasa a una deducción. La tercera regla, especifica que todo pensamiento debe ir en orden, empezando por lo más simple y fácil de conocer, y subir por grados hacia lo más complejo; y la cuarta regla del método, justifica la duda sistemática, en el sentido, de que se deben hacer enumeraciones complejas y revisiones tan generales, para estar seguro de que no se omitió nada. Esto nos permitira dar una certidumbre absoluta a la verdad, luego entonces, es necesario dudar más que los exceptivos, y una vez realizado esto, podemos llegar a una verdad, que podrá escapar a toda crítica. En tanto, Newton, empieza por concepcionar los elementos de la mecánica, como son espacio, tiempo y movimiento, con base en los planteamientos galileano y kepleriano, y posteriormente desarrollar sus principios y leyes de la gravedad.

formación de los "burgos", aparece otro tipo de delincuencia, propia de las ciudades, García Valdés (1982), la denomina "delincuencia de la estafa".⁵²

Asimismo, puede afirmarse que el auge de progreso del mercantilismo entra en decadencia debido a las depresiones económicas que originó la propia crisis económica española, que se diseminó en su conjunto en todo el continente Europeo. Éste suceso histórico, trajo como consecuencia, el aumento de la miseria de la mayoría de la población, lo que provocó una migración constante del campesinado a las ciudades, por la falta de trabajo rural y el exceso de la explotación de la tierra, sin embargo, el grave de desempleo en las ciudades era latente, y la poca actividad laboral, se pagaba con un bajo salario, esto correlacionado a una escasez de moneda, y para ahondar más la tragedia las enfermedades y muerte por la peste, pintaban un cuadro social -dice Tomás y Valiente- "inevitablemente negro".⁵³

El panorama se vuelve más sombrío si en el ámbito político, toda Europa, se encontraba escindida en pequeños Estados e incluso en ciudades independientes: el poder político, bajo este panorama, presentaba signos graves de fragilidad, que frecuentemente se vio amenazado por la masa de dolientes pobres, que intentaban detentarlo, con ello, se pone en peligro no solamente la seguridad civil, sino también, el dominio del poder del Estado.

Así el siglo XVII, entre disturbios religiosos, largas guerras y expansión militar, se van colocando los cimientos de la nueva sociedad liberal. El poderío militar, territorial y económico francés, da prosperidad a las artes (esplendor del arte barroco), así como, a la filosofía y al pensamiento, que serán reformulados por los teóricos liberales y moralistas del siglo XVIII, que darán origen a los grandes movimientos sociales, tanto en América (1776) como en Francia (1789) En el ámbito político y filosófico, se ha sembrado la semilla, que dará vida al movimiento liberal, cuyo antecedente inmediato se encuentra en el pensamiento económico fisiocrático del orden natural y del respeto por la libertad y la

⁵² Ibidem, p. 27. Se concia como la Delincuencia de la estafa en razón de que aparece el truhán frente al simple ladrón.

⁵³ Cit. García Valdés. Ibidem, p.28. Tomás y Valiente, señala además que la ciudad, es la del pícaro, el hurtador de bolsos y del bandolero, criminalidad que se desarrolla dentro de un panorama precisamente donde no hay ni trabajo ni comida para todos. Así entre escasez, rapiña, limosnas y asesinatos, la población mas pobre subsiste durante el siglo XVI y XVII. Vid. Heting, Ibidem, p.214. Heting, señala que los "criminales erraban en manadas" agregando, " (...) Había que vérselas con verdaderos ejércitos de sagabandos y mendigos (...)" Aun cuando había acciones frecuentes de limpieza para expulsar, azotar, marcar con fuego, desorejar a dichos criminales, no era suficiente, en razón de que éstos ejércitos de pobres continuamente iban de una ciudad a otra, siendo imposible castigar o ejecutar a todos.

igualdad económica, misma ideología que convergerá con las posturas individualistas,⁸⁴ que permitirán estructurar toda la sistemática del castigo, con la Escuela Clásica de fines del siglo XVIII y principios del XIX.

El enfoque individualista-empirista-liberalista, dará respuesta al excesivo intervencionismo estatal que recomendaron los mercantilistas. Esto se observará como una contrapartida que verifica esencialmente la no-intervención del Estado, ésta abstención, dará origen a la ideología del liberalismo en los principios económicos que rigen el mercado comercial y monetario

Los valores felicidad y utilidad, se sigue constituyendo como los ejes y directrices que darán soporte ha dicho juego económico. Así el Liberalismo se sustenta sobre los principios básicos de libertad económica y política, de igualdad y libertad formal, con los que se pretenderá crear las condiciones necesarias de concurrencia social. "*Laissez faire, laissez passer*".⁸⁵ propone entonces un juego libre y sin prohibiciones, dentro del ámbito económico, ya en ámbito político y jurídico, se sujetará a una cuestión de derecho subjetivo, es decir, de poder y dominio.

En la cuestión del castigo, se siguen poniendo en práctica todo tipo de reacciones penales- al respecto Groote,⁸⁶ refiriéndose a Francia- señala, que los pobres formaban la cuarta parte de la población hacia el año 1556, a dichas víctimas de la escasez, se les había amenazado de mandarlas al patíbulo, posteriormente se les exilio en las provincias (1534), luego condenados a galeras (1561) y por último, se determino que los mendigos de París, serían azotados públicamente, marcados en la espalda, la cabeza rasurada y por ende, expulsados de la ciudad. Éste cuadro descriptivo de crimen y castigo, presenta un contexto similar en toda Europa del siglo XVII, considerando los aspectos político, jurídico y económico, que atravesaban los Estados y ciudades europeas.

Por lo tanto, el derecho a castigar, se plasma en un acto meramente retributivo, salvo que ya se avizora una actitud moderna de observación, que desobedece a las actitudes

⁸⁴ Las ideas individualistas empiristas de Bacon (1561-1626), Hobbes (1588-1679), Locke (1632-1704) y de Hume (1711-1776) Cfr. Nirau, *Ibidem*, p 21 y 212. Ramón Nirau, señala que los empiristas ingleses, coinciden en pensamiento únicamente en la negación del innatismo y la afirmación de que todo conocimiento procede de la experiencia, aun cuando su apreciación sobre la experiencia varía. Así Bacon, afirma que la experiencia conduce a una filosofía de la ciencia y de la felicidad humana, mediante el empleo de la técnica. En tanto Hobbes, justifica una teoría totalitaria del Estado Absoluto; Locke, por su parte, sistematiza, la teoría de un Estado liberal, y por último, Hume, hace una teoría escéptica del conocimiento. Las innovaciones en la filosofía política, en la que contribuyeron éstos pensadores ingleses, durante el siglo XVII, se mezclaran, durante el siglo XVIII, con las ideas de los pensadores franceses, como Montesquieu, Voltaire, Rousseau, que da origen al Declaración de los Derechos del Hombre, fruto de la primera gran revolución burguesa, ya que la segunda será precisamente la revolución industrial.

⁸⁵ Dejar hacer y dejar pasar.

⁸⁶ Cit. García Valdés. *Ibidem*, p. 26.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tradicionales del castigo, puesto que la filosofía liberal va encaminando doctrinas de índole humanista, donde se incorpora una actitud racionalista-iusnaturalista del castigo o como advierte -García Valdés surge- el "internamiento como panacea salvadora".

El castigo a finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII, se caracteriza por mantenerse menos visible o público, es la parte más oculta del proceso penal. Foucault (1996) lo refiere como el lugar " (...) donde se abandona el dominio de la percepción casi cotidiana para entrar en la conciencia abstracta (...) es la centidumbre de ser castigado y no la del teatro abominable (...)", refiriéndose en dicho análisis comparativo al de la fase de expiación del castigo.⁸⁷

Luego entonces, la idea intolerante e irritable del castigo-suplicio, no pasó desapercibida para los pensadores del siglo XVIII,⁸⁸ quienes descubren que la racionalización de fe y dolor que redime del Antiguo régimen, va acompañada de un acto de tiranía bifurcada a una sed de desquite con el placer de castigar.

Así los humanistas-ilustrados elaborarían un principio de justicia criminal que no tuviese como característica el castigo-venganza, sino que atendiera al respeto y dignidad de la persona con base en principios de humanidad y de derecho.⁸⁹

La pena privativa de libertad aparece como consecuencia lógica de la posible abolición de la pena de muerte.⁹⁰

⁸⁷ Ibidem, p. 17.

⁸⁸ Cfr. Margadant. Ibidem, p. 222 y 223. Si el siglo XVII, es la fuente de inspiración de la ola inglesa, cuyo beneficio jurídico, contribuye a la creación del "Habeas Habeas de 1679 y el famoso Bill of Right de 1689, que son derechos ciudadanos frente a la Corona Inglesa, que surgen a la labor de lucha que realizara Eduardo Coke (1562-1634), con la finalidad de obtener prerrogativas del poder judicial frente a la Corona, en materia del control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Coke, escribiera: " (...) El rey se encuentra subordinado, no a los hombres, sino a Dios y al Derecho (...) ". En tanto, el siglo XVIII, es "el siglo de las luces", netamente francés. Montesquieu (1689-1755), siendo que en su obra capital, "El espíritu de las Leyes" hace una aguda crítica a los modelos políticos y de gobierno de su época, dentro de un análisis comparativo, además, propone una división de poderes, como equilibrio político, incluso, hace una severa crítica al sistema de castigo de la época. Voltaire (1694-1778), funda su pensamiento en una moral natural de tolerancia y de razón; también hace una seria crítica al sistema penal arcaico de su época. Rousseau (1712-1778) en su obra el "Contrato Social", permea el espíritu sistemático de su pensamiento, señala que el hombre es bueno por naturaleza, salvo que al entrar en sociedad se corrompe, por ello, es necesario el pacto social, donde se establezcan límites materiales y formales a su derecho de libertad, aquí es donde prevalece el derecho de la mayoría así reunida sobre la minoría, por lo tanto, la sociedad contractual, deberá corregir en último de los casos el exceso de libertad y tiene el deber de castigar. Propugna por un cambio del sistema de justicia, en el que se busque una justicia democrática e igualitaria.

⁸⁹ Ibidem, p. 22. Postulados que se observan formalmente en la declaración de Independencia de Estados Unidos de Norteamérica de 1776, y la Revolución Francesa del 1789.

⁹⁰ Cfr. Beccaria César. Tratado de los Delitos y de las Penas. 4^a Ed. Facsimilar. Porrúa S.A. Ed. México 1990 pp. 278 a 283 y 289 a 291. Beccaria solicitaba la abolición de la pena de muerte y de la tortura, medidas represivas que se venían aplicando contra los delinquentes, argumentando, que la muerte del infractor, no brindaba seguridad, de un castigo ejemplar, tanto para el delincuente como para la sociedad. Vid. De Larrazabal y Uribe. Manuel. Discurso sobre las Penas. 1^a Ed. Facsimilar Porrúa S. A. Ed. México 1982. Quien también manja la idea, que las leyes, deben brindar seguridad y libertad al ciudadano, pero en materia criminal resulta ser una empresa difícil.

Al respecto, García Valdés (1982) señala: "Tres causas concretas de la transformación de la privación de libertad en auténtica pena han de señalarse a mi juicio: en primer lugar, una razón de política criminal; en segundo término, una penológica, y en tercero, una esencialmente económica."⁹¹

La razón de política criminal, se debe principalmente, al desarrollo e incremento de la delincuencia. Por razón penológica, es porque, el acto de suplico-muerte, se encontraba totalmente desprestigiado, puesto que hacia el siglo XVIII, no se había garantizado la disminución de los delincuentes y de los delitos, por ende, tampoco se había garantizado la seguridad de las clases pudientes. Por último, la razón económica, como quedo asentado en el apartado relativo a la racionalidad retribucionista, tenía efectos de explotación reclusa, sin embargo, el internamiento implicaba una mayor intimidación, ya que el castigo era doble, contra la vida y el cuerpo del sujeto infractor.

En consecuencia la invención social de la pena de privación de libertad, surge por necesidad de satisfacer un ciclo económico, entonces se actúa reabsorbiendo el desempleo pero controlando las tarifas, es decir, controlado el mercado de la mano de obra y los precios de la producción mediante la explotación del trabajo recluso.

Si la transformación de la pena-custodia en pena-corrección, tiene éste trasfondo político y económico, entonces el sistema de castigo, se vuelve un sistema represivo con fines de meramente utilitaristas y no de justicia.

Luego entonces, Alessandro Baratta (1989) puntualiza que la justicia penal de Beccaria, tiene un sustento ideológico con base en el principio de "utilidad del bien común", esto es, la necesidad de tener unidos los intereses particulares superando la colisión y oposición entre ellos que caracteriza hipotéticamente el estado natural. Por lo tanto, la idea del contrato social rousseauiana, justifica únicamente la autoridad del Estado y las leyes, en la defensa social, con el fin de brindar seguridad y armonía dentro de la sociedad contractual.⁹²

De esta manera el criterio para graduar la magnitud del delito, se traduce en el daño social, excluyéndose como -señala Zaffaroni (1998)- todo criterio subjetivo, por virtud de

⁹¹ Loc. Cit.

⁹² Cfr. Baratta, Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, 2ª. Ed. Siglo XXI Ed. México 1989., pp. 26 y 27. Sin embargo, advierte Baratta: " (...) El principio utilitarista de la máxima felicidad del mayor número de la idea del contrato social sigue el criterio de la medida de la pena es el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que ella implica. (...) La esencia y medida del delito, están conforme al sistema conceptual del libro de Beccaria, en el daño social. El daño social y la defensa social constituyen así en este sistema los elementos fundamentales, respectivamente, de la teoría del delito y de la teoría de la pena moderna (...)"

TPSIC CON
FALLA DE ORIGEN

la igualdad que surge entre los hombres dentro del contrato social, siendo éste pensamiento el que legitima y justifica la coerción penal.³³

En consecuencia, el delito y la pena son producto de una institución formal, como lo es la ley, asimismo, la imposición de la pena presenta una racionalización en forma retributiva-correccionalista, cuya legitimación se encuentra precisamente en el principio de legalidad y de defensa del orden social.

Se desarrolla así, en el siglo XVIII, una administración de la pena, cuya necesidad, utilidad y eficacia, gira entorno a principios meramente científicos, como son la disciplina, el examen y la técnica, es decir, la eficacia de la pena, se sustentará en un tratamiento científico, con la finalidad de clasificar la personalidad del delincuente peligroso y determinar su posible cura. Surge entonces, una racionalidad de peligro, que justifica y legitima la imposición del castigo y de la pena-corrección.

Durante el siglo XVIII, se sistematiza la filosofía del derecho, y se pretende elaborar un detallado derecho natural-racional, mismo que posteriormente pueda dar origen al derecho natural positivo, cuya esencia, será la justicia formal.³⁴

Ya hacia el siglo XIX, la pena-corrección, será aún más determinista y discriminatoria, ya el estudio y análisis del sujeto delincuente, será con base en un estudio de corte antropológico-biológico-social, cuya ideología dará origen a principios de una prevención especial positiva y negativa, además dicha pena, por primera vez, será legitimada, por profesionales especializados, tanto en las ciencias sociales como en ciencias naturales, terrible mezcla amorfa, que produce un aparato burocratizado y complejo del castigo.³⁵

³³ Zaffaroni, Eugenio, Tratado de Derecho Penal, T.I, 1ª Ed, Cárdenas Edi, México 1998, p 91. Vid. Baratta, Ob. Cit. p. 25. Así Baratta señala respecto a Romagnosi, que este autor tiene como fin de la pena la defensa social, la diferencia con Beccaria sería solamente que la pena al tener una hipótesis utilitarista del pacto social, se determina por un contra estímulo en el impulso criminoso. Por eso el esfuerzo de la sociedad deberá dirigirse a la prevención del delito, con el mejoramiento y desarrollo de las condiciones de la vida social; con dicho principio Romagnosi, plantea un adelanto de lo que serán los sustitutos penales.

³⁴ Vid. Margadant, Ibidem, pp. 232 a 234. El iusnaturalismo, sistematiza una posición más crítica y libre frente al auge interpretativo y de aplicación práctica del *Corpus Iuris*. Así el iusnaturalismo tenía la pretensión de crear un derecho intrínsecamente justo y dinámico. Las primeras codificaciones bajo la influencia iusnaturalista, la de Baviera de 1751 y el Código Prusiano de 1794; sin embargo, la gran época de las codificaciones se inicia a finales de 1800 después del Código Prusiano, con los cinco códigos de Napoleón. Las características de estos nuevos códigos -dice Margadant- es la formulación de normas menos abstractas y se formalizara su contenido, con más principios generales de derecho; asimismo se pretendió sistematizar las normas de tal manera que permitiera la resolución de cualquier problema relacionado con la materia tratada, por último, se pretendió en especial, que dichos códigos, mantuvieran una compatibilidad entre tradición y razón.

³⁵ Cf. Foucault, Ibidem, p. 31. Foucault denomina a dicho sistema como la "mutación técnica". Aun con la intervención de profesionales del castigo, no debe olvidarse, que la desaparición de los suplicios, se dio a partir de 1830, esto es a virtud, de que en un país refractario a ello, como lo fue Inglaterra, se siguió aplicando el castigo corporal y de muerte, por razón de las revueltas campesinas de 1780-1820. Sin embargo, la pena-suplicio, puede tener diferentes matices en la actualidad, si consideramos la tortura y las consecuencias del hacinamiento carcelario, que implican dolor en vida.

La intervención de profesionales técnicos, en el ámbito penal, motivará la emisión de un juicio previo en la decisión del juez. Al respecto Foucault (1996) dice "(...)Desde que funciona el nuevo sistema penal el definido por los grandes Códigos de los siglos XVIII y XIX, un proceso global ha conducido a los jueces a juzgar otra cosa que los delitos, han sido conducidos en sus sentencias a hacer otra cosa que a juzgar. La operación penal entera se ha encargado de elementos y personajes extrajurídicos(...)".⁹⁶

Bajo esta temática podemos afirmar, que la práctica punitiva del siglo XIX, trata de borrar la distancia histórica entre la pena-suplicio de la pena-correctiva, paradójicamente, la pena privativa de libertad supuestamente más humana, resulta ser una forma de poder y dominio de una relación de subordinación, donde está latente la idea de violencia.

Desde luego, se pretende que la violencia se encuentre lo más oculta posible, precisamente encubierta en el discurso legitimador de la imposición de la pena más humana. La verdad obtenida bajo los parámetros de una justicia legal y debidamente formalizada, para legitimar el poder de castigar, y éste no se manche con una pena inflingida.⁹⁷

Se pasa de la racionalidad del castigo-suplicio a la racionalidad del castigo-corrección que deriva necesariamente en una justicia del fraude, misma que se sistematiza dentro del orden científico, cuya "técnica de mutación del sujeto" construirá una verdad formal entre hombres peligrosos y no peligrosos. De ahí que la técnica y la disciplina sean las características del nuevo poder de represión. Una vez ubicado el mal se somete al sujeto a un estudio técnico de su personalidad. Mantener al individuo bajo observación simula un examen profundo, que justifica la imposición de la pena, así

⁹⁶ Ibidem, p.29, los sujetos extrajurídicos son los que califican al delincuente con el fin de integrarlo, calificarlo y castigarlo; donde se observa un determinismo en el sujeto infractor; por lo tanto, se parte de un criterio determinista-positivista, que dará origen posteriormente a la moderna ciencia del derecho penal con Carrara. Vid. Baratta, Ibidem, p.32. Baratta señala que la escuela positivista partirá de los principios racionalistas e inhumanistas con César Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo, para establecer una explicación patológica del delincuente, de ahí que la pena del siglo XIX, tenga las características de un tratamiento científico, para la cura de un mal; en consecuencia, la comprensión del delito, se sustenta en una tesis causal, donde el sujeto está determinado como delincuente por cuestiones antropológicas, biológicas y patológicas (naturaleza hereditaria) que se estructura en un pensamiento determinista y positivista del criminal.

⁹⁷ Foucault, ibidem, p. 82 Foucault llama a esto comunicación de crimen-pena. Ya que el objeto de la necesidad del castigo y el descubrimiento técnico, permite justificar una disciplina, una mirada o un examen, para los efectos de corregir y transformar al sujeto con un saber positivo, que se lleva a cabo en las penitenciarías. Las relaciones de voluntad y propiedad que caracterizan al sistema capitalista, motivan actos de mayor vigilancia y mayor estratificación, todo ello implica una mayor estrategia hacia el desarrollo del orden y progreso, cuyo resultado justifica la inmediata localización de los sujetos peligrosos. Sin embargo, dicho pensamiento no está demostrado materialmente, ni mucho menos, existen evidencias tangibles que permitan demostrar los alcances y resultados eficaces de una transformación científica de corrección del sujeto infractor.

surgen inicialmente los grandes laboratorios de observación de las asimetrías sociales, como son: las Penitenciarias y los Hospitales Psiquiátricos.⁹⁸

Las técnicas de internamiento y de castigo se fueron refinando en nombre del progreso. La idea se manifiesta en la tendencia hacia la observación, que permite perfeccionar la técnica para penetrar en las conductas y hábitos de los sujetos. El criminal se convierte en una pieza importante en las políticas del castigo, para lograr su mutación dentro de la estructura de la sociedad burocratizada.

Se trata de un poder de conciencia moderna que distingue lo normal de lo anormal, así, el lenguaje de la modernidad justificará la racionalidad del castigo bajo un esquema de la racionalidad del sujeto peligroso.

No debe olvidarse que antes de los siglos XVIII y XIX, en el mundo occidental se conoció durante milenios "la medicina espiritual-curativa".⁹⁹

Está medicina tenía como base la búsqueda de la conciencia que producía la enfermedad, pero donde lo normal y lo patológico, no eran conceptos organizadores fundamentales de la sociedad, como acontece en un discurso humanizante de las penas, que se desprende de la ideología correccionalista-positivista.

Un desarrollo de producción capitalista que genera riqueza y utilidad, también fomenta y motiva una mayor valoración moral y jurídica de las conductas y de los bienes que deben protegerse (principalmente los relativos a la propiedad) Así los principios humanistas que los reformadores del siglo XVIII, observaron para la imposición del castigo, no llegaron a convertirse en principios materiales y rectores en la aplicación de la pena de prisión. En

⁹⁸ Vid. Foucault, Michel, *La Vida de los Hombres Infames*, S.N.E., La Piqueta, Ed. España 1990, pp 11 y 12. Foucault, lo refiere incluso como una ontología de la realidad, de la filosofía ilustrada. Cfr. Foucault, Michel, *El Nacimiento de la Clínica*, 17ª. Ed. Siglo XXI, Ed. México, 1997. Vid. Jones Williams R, *La Clínica en tres Sociedades del Medioevo*, En *Revista Diogenes*, verano de 1983, No. 122, UNAM- México, pp. 95 a 110. En consecuencia, el status de la exclusión para el sujeto peligroso, se analizara cuando se trate de verificar algo extraño y fuera de la normalidad establecida. La inclusión se vera en lo normal, en lo que se ubique dentro de los parámetros éticos y jurídicos predeterminados. Entonces la justificación racional sera la de explicar y no de juzgar, esto es lo que llama Foucault (1996) "un conjunto de dicotomías" que al ser fundamentales en la cultura que se distribuye, permite una aparente justificación y fundamento para diferenciar lo normal de lo anormal o patológico de lo no patológico.

⁹⁹ Cfr. Foucault, Ob. Cit. pp.13 y 14. Por el contrario en el siglo XVI, se puede ver debates no del castigo sino sobre Satan o la intervención demoníaca o de brujas o de magos entre otros, que va mas con relación a poderes físicos ilimitados, cuya imaginación mística producira una posible cura o acontecimiento sobrenatural. Vid. Foucault, Michel, *Saber y Verdad*, S.N.E., La Piqueta Ed. España 1991, pp 84 y 85. Foucault, enfatiza que la prisión viene de todas partes, ya que se trata de una invención, de una técnica de vigilancia, de un control de identificación de los individuos, y de la cuadrícula de textos, que surge desde el siglo XVI y XVII, con la organización del ejército, los cuarteles, las escuelas, los hospitales y los talleres, estas instituciones sociales presenta ya ideas sistematizadas de otro de una tecnología del conocimiento especializado, es decir, el poder- saber en su aplicación plena para someter a los cuerpos y a las mentes criminales, por ende, la prisión, resulta ser la última institución que aparece en la edad de las disciplinas.

cambio, con los pensadores del siglo XIX, se retoman las ideas humanistas para dotar con una finalidad más estricta y autoritaria, el derecho a castigar.

De tal manera, que la técnica y la disciplina se proyectan como características de un micro-poder hacia el interior del establecimiento de reclusión, mientras que en el exterior se purificara el discurso del castigo, mediante una ideología jurídica de legalidad formal. La estructura ideológica con base en principios humanistas y en una concepción legalista, da forma a una racionalidad que se denomina como la tecnología-castigo, misma que abre paso a una aplicación de penas, cuyo referente inmediato será la pena de prisión o la medida de seguridad, cuya fórmula jurídica será que el sujeto peligroso da como resultado la prisión, en tanto el sujeto anormal tienen como resultado el hospital psiquiátrico.¹⁰⁰

La pena de castigo durante el siglo XIX, se caracterizará por ser preventiva, utilitaria y correctiva. Sin embargo, si la comparamos con la pena del castigo-suplicio, resulta que la pena castigo-tecnología o castigo-corrección, ésta pena tiene la característica de ser meramente retributiva, salvo que en el siglo XIX, se organizó el poder para castigar de otra manera, con base en el orden, la disciplina, la vigilancia y el progreso que brinda el pensamiento científico.

Asimismo, la tecnología ha organizado celdas, lugares, fábricas, espacios arquitectónicos, para distribuir el tiempo y el espacio, donde se fragmentan las vidas, los cuerpos y los pensamientos, en un sistema integrado, donde se permite la vinculación interrelacionada del poder con el sujeto, en forma múltiple, automática y anónima. Como señala el propio Foucault (1992), en un sistema mecanizado por la disciplina y la técnica, todos los integrantes de la sociedad son vigilados, de ahí que el poder lo atravesase todo, no existe espacio que lo resista; en esta temática se crea un poder de castigar, encubierto y legitimado en una práctica autoritaria y represiva, dentro de un discurso humanista de la pena.¹⁰¹

¹⁰⁰ Cfr. Foucault, Vigilar y Castigar, Ob.Cit. pp.91 a 96. Foucault, afirma que el horizonte de la pena de prisión, se ve envuelto en un legalismo, que justifica un actuar arbitrario e indeterminado del profesional especializado, en la aplicación de la pena, ya que de la construcción del *homo-criminalis*, se edifica a la par que el *homo-economicus*. En virtud de que con la utilización económica de los criminales condenados, se pretendió establecer a un sujeto obediente y dócil, con determinados hábitos, como ya lo habían apuntado Melossi-Pavarini, Rusche-Kirchheimer y el propio Emiro Sandoval Huertas, puesto que la reacción a la infracción, implica necesariamente la formación o el encauzamiento a través de la obediencia, por eso se dispuso del sujeto en cuanto a su tiempo, y se coaccionó su cuerpo mediante la disciplina, la técnica y la vigilancia, para efectos de su obediencia.

¹⁰¹ Cfr. Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*, 3ª. Ed. La Piqueta, Ed. España 1992, pp 125 a 131. Michel Foucault, plantea que los saberes soterrados o sometidos tienen determinados contenidos históricos repletados y enmascarados con supuestas coherencias funcionales y sistematizadas, pero que a su vez nos permiten verificar el enfrentamiento y luchar contra esas organizaciones amañadas funcional y sistemáticamente, con el fin de dilucidar el objeto oculto. De ahí, que dichos saberes tienen la característica de ser calificados como incompetentes e

No cabe duda, que la ideología de la burguesía-liberal, con ayuda del pensamiento humanista y social de los iluministas, pudo percibir a tiempo, que el trabajo forzado de los reclusos (durante la fase retribucionista del castigo), no tenía ya sentido ni razón de ser, en una etapa humanista de la pena o fase correccionalista.

Puesto que el trabajo manual de los reclusos, ya no imprimía la ganancia necesaria, que producía la máquina en la producción de artículos en serie, pero tampoco se podía volver a las penas premodernas (anteriores y posteriores al siglo XII, referentes al castigo-suplicio) debido a los principios humanistas adoptados. Entonces se opta por el hacinamiento de los delincuentes en los presidios; donde solamente se persigue como fin el aprisionamiento del sujeto y su segregación.

Por eso a esta racionalidad se le conoce como correccionalista, pues su único interés es corregir al delincuente en segregación, pero nace con las mismas ideas premodernas del castigo, es decir, bajo un esquema de venganza y retribución, salvo que legitimada con una relación imbricada en principios de legalidad y de la defensa social, que constituyen simplemente una justificación doctrinaria de la prevención especial positiva.

La prisión ha sido ampliamente criticada desde su nacimiento, entonces el origen de su fracaso se esquematiza en sus fines prácticos y no teóricos (la falta de demostración practica de la corrección, resocialización o adaptación del infractor social, aunado a la falta de demostración de la idea determinista del hombre peligroso)

En consecuencia, el giro ideológico hacia una postura humanista de la pena, demuestra simplemente un cambio criminológico en la concepción del delito, del delincuente y de la pena, donde el castigo aún en prisión sigue siendo afflictivo. Entonces la pena privativa de libertad y el cumplimiento de la misma en prisión, es la reacción estructurada del poder-castigo, que necesariamente causa sufrimiento bajo un esquema de pena-corrección a quién se aplica; principio contrario, al que planteaban y pretendían los humanistas como resultado de la pena, ya que establecían que el castigo produjera el menor sufrimiento posible.¹⁰²

insuficientes, en razón de esa cuestión paralela y marginal que los rodea, si se observa a los saberes sometidos versus saberes locales. Pero ambos se ven como saberes sometidos o soterrados.

¹⁰² Este proyecto humanista del castigo pretendió establecer que cuando alguien (la minoría) hubiera tenido la capacidad de delinquir (principio culpabilidad, cuyo argumento dogmático es totalmente criticable actualmente) se le restringirían sus derechos, en especial el de libertad ambulatoria en estricto sentido. Entonces si el sujeto utiliza la libertad en perjuicio de los demás miembros de la sociedad (mayoría) y afecta bienes sociales protegidos, por lo tanto, bajo un principio humanista, el sistema penal legitimará su actuar en defensa social de la colectividad. Por lo tanto, no solamente el sujeto será coaccionado y sancionado, sino que se le coaccionara de una manera adicional, para ser recuperado en bien del tejido social, es decir, se trata de salvarlo del mal que padece endémicamente. Aun

Luego entonces, la prisión, es la mejor evidencia de la incongruencia del discurso con la realidad. La aflicción que se desprende de la pena de prisión y de la misma prisión, resulta en sí misma, demasiado autoritaria y de crueldad extrema para quién la sufre, sin que se obtenga una solución objetiva al problema de la inseguridad y de la prevención del delito.

Por eso, la prisión, resulta ser un artículo sumamente vendible y convincente en la respuesta a la búsqueda de compensación de un agravio frente a la comisión de un delito.

Puesto que en una sociedad capitalista y consumista, la segregación del infractor social, resulta ser un mensaje atractivo políticamente hablando, sin embargo, también es un producto social sumamente rentable, dentro de una estrategia de política criminal estatal, si consideramos, por un lado, la influencia que ejercen los medios de comunicación en la opinión pública, quienes retoman y alientan el discurso para la imposición de penas privativas de libertad más severas y de mayor durabilidad, sin beneficios carcelarios, en especial a determinados sujetos peligrosos (narcotraficantes, secuestradores, terroristas, violadores, homicidas, ladrones entre otros), y por el otro lado, colateralmente la inseguridad que provoca el aumento de la comisión de delitos, justifica entonces la aplicación de la condenas severas, pero también la idea de del rompimiento del esquema de los límites punitivos de legalidad de un sistema humanista de la pena y del castigo.

Un sistema penal de ésta naturaleza, justifica la tentación permanente hacia un autoritarismo, ya que cíclicamente dicho sistema, reproducirá el sentimiento de venganza y violencia en la imposición del castigo.

La prisión ha significado ir más allá de la aplicación de una aflicción, por lo que razonablemente debería abolirse, sin embargo, nadie quiere que sea abolida, porque nacie encuentra alternativas plausibles, si en cambio, la preeminencia en su aplicación es fácilmente demostrable en la actividad cotidiana de la vida judicial. La pena de privación de libertad, será dentro de este contexto una pena personal, necesaria, suficiente, proporcional, adecuada, justa y útil. Sin olvidar la existencia del lastre retribucionista que sustenta el juicio de peligrosidad que se hace en cualquier delito, dentro de una franja de mínimos y máximos de penas, que justifica solamente un efecto admonitorio y coactivo de un sistema penal antidemocrático.

así el castigo se ve con carácter meramente aflictivo, ya que la afectación hacia un bien protegido, no justifica un acto retributivo y aflictivo, de violación estructural de derechos humanos del recluso. La cárcel, entonces, crea y recrea un mundo con reglas "in situ", formando un círculo vicioso en un espacio y tiempo determinado donde se construye una falacia científica de corrupción y represión.

Sin embargo, el tratar de eludir penas cortas para el sujeto peligroso, significa una contradicción que permite la desocialización del sujeto, ya que si la norma penal, mediante una justificación de prevención general, establece una coacción psicológica, y que esta se mistifica en una prevención especial negativa, por la intimidación que pudiere ejercer sobre el sujeto delincuente, también lo es, que la imposición de una pena de privación de libertad severa y prolongada, produce en el sujeto catalogado como peligroso un síntoma de pérdida de respeto a toda regla impuesta, por ello, da lo mismo una conducta leve o grave en la comisión de un delito, cuando la pena de prisión es el marco de referencia del castigo.

Bajo este contexto, es necesario instrumentar políticas criminales serias, tomando en cuenta el lugar donde serán aplicadas, pero esencialmente donde se adecue la idea de la prevención del delito y la imposición del castigo, a una cultura de respeto irrestricto de la dignidad humana del delincuente y la víctima, cuyo proyecto determine que la represión penal y la coacción penal no son la solución al problema de inseguridad social.

Ya que al asumirse una idea terapéutica diferenciada para cada infractor social, justifica un sistema penal, selectivo, represivo, autoritario, discriminatorio, injusto y nada eficaz, por eso la estructura institucional de la prisión, será una estructura total, jerarquizada, cerrada y sumamente corrupta.

De tal manera, que las disciplinas médicas (medicina general, sicología y psiquiatría) en combinación con disciplinas sociales (pedagogía, trabajo social y derecho), serán los nuevos cómplices que legitiman al sistema penitenciario. Dichas disciplinas encubrirán en un discurso humanista de la pena, toda ideología falaz curación, mutación, identificación, adaptación y resocialización del sujeto delincuente.

Luigi Ferrajoli (1995), al respecto afirma, que si la pena asume la forma de tratamiento, la transformación del sujeto delincuente, independientemente de la forma como se obtenga o se pretenda obtener, únicamente refleja métodos y formas para justificar una reeducación hacia valores preestablecidos, y además de estructurar una ideología de poder-dominación, ésta relación de subordinación fomenta necesariamente la mayor aflicción para el condenado en reclusión.

Dicho de otro modo, la racionalidad derivada de la corrección del delincuente, construye una realidad sobre la que se aplica la capacidad de actuar del Estado, justificando además la racionalidad de comportamientos represivos y autoritarios de las instituciones

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

sociales organizadas, que tienen en sus manos el derecho a castigar. Dicha racionalidad que aparece con un concepto preestablecido y que se ve cuestionado por sus propios valores, experiencias y contradicciones, no justifica una lógica en la estructura de sus modelos clínicos que presenta, para dar una solución a la delincuencia existen.

Aún así, se mantiene dicha racionalidad aferrada, a un endurecimiento del castigo sujeto delincuente, con base en una dinámica multidireccional, que alimenta una estructura concreta de poder, que engloban la dinámica dual de poder-autoridad.

En consecuencia, la cárcel y la pena de prisión, serán hasta el momento ideas del castigo que reafirman un poder institucionalizado y legitimado formalmente en la ley, donde el eje central de esta dinámica será el delincuente no el delito.; de ahí entonces, que la cárcel, sea un lugar específico del ejercicio de ese poder superestructural (del Estado), donde se verifica más eficazmente la fuerza de una relación de subordinación y los efectos de una represión, cuando se trata de instituciones totales y cerradas, como lo es, la cárcel. Sin olvidar, que el elemento que da vida a esa relación poder-castigo, son precisamente las reglas de facto que ciclicamente se reproducen en el interior de la cárcel, que permiten precisamente la aparición de relaciones imbricadas de poder.¹⁰³

La descripción de estos fenómenos sociales surgidos en el seno de organizaciones caracterizadas por su rigidez, indica la existencia de cierto margen de acción por el que sus miembros pueden realizar determinadas actividades que parecen tener relación más con sus intereses u objetivos particulares que con los objetivos generales y legales (facultades potestativas que implican mayor poder y autoritarismo); por ello dichas acciones oscilan entre la determinación de la institución total o cerrada y las acciones autónomas, que justifican la aparición de relaciones imbricadas de poder y corrupción, en detrimento de los derechos fundamentales de todo individuo inmerso en la red del sistema penal.

Por otra parte, diremos que una vez que desaparecieron las bases económicas reinantes en el siglo XIX, esto dio origen a la aparición de los sistemas de segregación denominados de Aislamiento celular. Cuyos esquemas son netamente aflictivos y retributivos como se verá a continuación.

¹⁰³ Goffman, Erving. Internados. Amorortu Ed. Buenos Aires-Argentina. 1988.p 19. Señala que las actividades obligatorias en las instituciones totales, se integran en un plan racional, deliberadamente concebido para el logro de los objetivos propios de la institución. Donde la división de tareas y roles, justifica la división de autoridad, de comunicación e interdependencia de los distintos elementos que la conforman, para efectos de la evaluación y del control de resultados de los individuos. Pero esto significa simplemente en opinión propia del suscrito, un acto de corrupción y represión por parte de la autoridad.

4. AISLAMIENTO CELULAR. (RACIONALIDAD DE SEGREGACIÓN)

4.1. SISTEMA FILADÉLFICO. (RACIONALIDAD DEL CASTIGO MONACAL)

El sistema de aislamiento celular denominado "filadélfico", tiene su origen ideológico en la llama "Gran Ley", de 1682, que fue sometida a la Asamblea Colonial de Pennsylvania, con base en los principios propuestos por William Penn, fundador de dicha colonia. Las ideas de éste pensador cuáquero, las obtiene principalmente de su experiencia de encierro y con base en los sistemas carcelarios de la época en Holanda. Luego entonces, este sistema de segregación surge como una reinvencción norteamericana del lugar de reclusión y cumplimiento de la pena de prisión (1790)¹⁰⁴

La severa disciplina religiosa de las costumbres cuáqueras, fue implementada en el sistema filadélfico, recordando un poco el sistema del castigo monacal, donde la meditación, la penitencia y el encierro de los monjes, permitía redimir el pecado y el perdón de Dios. Así el castigo dentro del sistema filadélfico, conlleva la reproducción de una ideológica circular entre pecado, penitencia y perdón divino, es decir, una racionalidad mística de fe, estructuraba el derecho a castigar. En este contexto, los detenidos, eran llevados a una celda individual, la cual abandonaban hasta que hubieran cumplido su pena, siempre y cuando hubiesen sobrevivido a la locura o a la muerte.

Marcó del Pont (1982), afirma, que los presos, de este sistema penitenciario, no recibían visitas, siendo que los paseos de los presos se realizaban en pequeños patios cubiertos de paredes. Asimismo, Fenton,¹⁰⁵ señala que las celdas de castigo, tenían solamente una ventana en la parte superior, ésta, era demasiado pequeña, y por ende, fuera del alcance del recluso. Incluso, afirma Fenton, que estaba prohibido el uso de cualquier mueble u doméstico, con la finalidad de proteger la salud del interno.

Paradójicamente, es absurda una prohibición de esta naturaleza, si la forma en que es llevado el aislamiento en esta prisión celular, produjo severos daños físicos y mentales en la salud de los reclusos.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Cfr. Morris Norval, El Futuro de las Prisiones, 2ª. Ed. Siglo XIX Edic. México a 1989, pp. 20 y 21. Vid. Rusche - Kirchheimer, Ibidem, p.151. Cfr. Del Pont, Ibidem, p.60.

¹⁰⁵ Cit. Del Pont, Ibidem, p.61

¹⁰⁶ La ubicación de tiempo y espacio histórico del desarrollo de este sistema penitenciario, se realiza en el siglo XVIII, recién lograda la independencia de Estados Unidos, y con la influencia de la religión protestante, bajo un régimen de disciplina severa. El sistema filadélfico, conceptualiza el delito como pecado y el delincuente visto como pecador, que se a alejado de la mano de Dios; por lo tanto, Guillermo Penn, busca la suavización de las penas mediante la meditación y penitencia en soledad; por ende, la pena de muerte esta limitada, al igual que los trabajos forzados, las mutilaciones y los azotes. Este sistema penitenciario se estructura inicialmente en la cárcel de Walnut Street en Filadelfia. En dicha cárcel, observa la aplicación de una doble pena en este aislamiento celular. Posteriormente este

En el sistema filadélfico, si bien se permitió el trabajo forzado, como forma de expiación del castigo, también lo es, que dicha actividad se realizaba individualmente. La prohibición del trabajo colectivo, evitaba la contaminación social entre reclusos, pero además, era un principio religioso consabido que el castigo en soledad y en pleno aislamiento, permitía una mejor reconciliación con Dios y la sociedad; en consecuencia, al sujeto infractor tenía que mantener incólumes dichos principios rectores del castigo con base en la meditación y penitencia religiosa a la que estaba sometido. Es importante destacar, que la palabra "penitencia", da origen a la denominación de los centros carcelarios, como "penitenciarías", precisamente por esa forma de implementación del castigo.

Este sistema penitenciario, tenía como fin legitimador de la pena, el generar en el delincuente, un carácter piadoso, que se fomentaba mediante el estudio continuo de la Biblia. Sin embargo, la esencia de esta técnica del castigo, radica en una racionalidad de corrección-resocialización, porqué el enfoque directo del sistema penitenciario hacia el sujeto, supone un tratamiento de carácter espiritual y místico (meditación, oración, arrepentimiento y enmienda, tiene un propósito no solamente religiosos, sino corrección del camino), para lograr la mutación moral del pecador.

Esta doble aflicción anunciada consistía en la privación de la libertad y en la decadencia psíquica y física del sujeto, que a la postre le produciría la muerte o la locura sistemáticamente.

Aquí el principio moral del castigo-corrección se pierde cuando se provoca con un sistema del castigo de esta naturaleza la locura o la muerte del sujeto; por ejemplo: En caso de locura al reincorporarse el sujeto a la sociedad, dada la sistemática del castigo, dicho individuo presentaba por lo regular una pérdida de identidad espacio-temporal, que no le permitía adaptarse a su medio social, entonces el sistema penitenciario producía inadapitados sociales, este resultado va en contra de un principio de utilidad de la pena moderna. Así en el caso de la muerte del pecador, el sistema visualiza su rotundo fracaso, al no lograr la adaptación y reeducación moral y social del recluso en forma definitiva, lo que conlleva a establecer, la inoperancia de la instrumentación de la pena, es decir, que la pena ni es humana, ni es útil, por lo tanto, no previene ni corrige.

sistema penitenciario será trasladado en 1829, a la cárcel de Eastern Penitentiary en Estados Unidos de Norteamérica (debido a enfatizar que el aislamiento celular era nocturno.) e incluso, dicho sistema se lleva a cabo en Europa, por ejemplo: en la Casa de Fuerza de Gante en Bélgica en 1775. A dicha penitenciaría de Eastern Penitentiary (que tenía 760 celdas) siguió la Western State Penitentiary de Allegheny (para 1500 reclusos) se concebía entonces al trabajo como contrario al recogimiento y el arrepentimiento, de ahí la forma característica del cumplimiento de la pena lo era por medio de la meditación y penitencia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En ninguno de los dos casos extremos citados, el sistema filadélfico, cumplía con los fines humanísticos de la pena moderna, por el contrario, justificaba un sistema de segregación totalmente represivo y violento, cuya racionalidad se ubica dentro de un castigo de expiación y retribución.¹⁰⁷

El sistema Filadélfico fue reemplazado rápidamente, pues las circunstancias del mercado al norte de los Estados Unidos (a comienzos del siglo XIX), demandaban trabajo en cantidades mayores y similares que en la Europa Mercantilista; por lo tanto, no podía desaprovecharse la mano de obra reclusa como se aprovechara en el sistema de aislamiento celular auburniano.

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA FILADÉLFICO O PENSILVÁNICO:

1. Reclusión unicelular (una persona en una sola celda las veinticuatro horas del día)
2. Lectura de libros (Esencialmente la Biblia), considerando los principios cuáqueros de religión protestante, quienes dirigían las prisiones.
3. Silencio absoluto.
4. No existe el trabajo en las prisiones, el sujeto debe arrepentirse de sus delitos a través de la meditación y la lectura. (Asume su responsabilidad en silencio, surte excepcionalmente el trabajo como premio, en el interior de su celda)

El castigo dentro del sistema filadélfico no solamente presenta un sentido de racionalidad retributiva, sino además su racionalidad ética-moral del castigo, tiende a estar relacionado a principios deterministas con el infractor social, en cuanto a la existencia del bien y del mal (principios de carácter religioso-moral), entonces la racionalidad del castigo en aislamiento celular o en reclusión de soledad plena, efectivamente produjo cambios en la identidad del delincuente como lo era la locura, pero además produjo el exterminio del sujeto, porque en muchos de los casos provocaba la muerte.

Así bajo principios de corrección ético-moral, el sistema filadélfico, se desarrolló entre postulados meramente deterministas, inmersos en una ideología de justificación de prevención especial positiva. Pero los efectos extremos del castigo, cuya consecuencia,

¹⁰⁷ Vid. Rusche-Kirchheimer, Ob.Cit. pp.152 ss. Neuman, Ob. Cit. p.104. Cfr. Von Hefing, Ob. Cit. 226 y 227. Melossi-Pavarini, Ob. Cit. p.201 ss. Se señala por Melossi-Pavarini de la existencia del trabajo del recluso, pero en forma individual en cada celda, por ende, el trabajo se convertía en un premio con un fin educativo.

originaba la muerte y locura, nos orienta hacia una diversa justificación del castigo, como lo es la **prevención especial negativa, luego entonces, el castigo únicamente busca la expiación del delito, independientemente de sus resultados.**

Por último, para sintetizar esta idea del sistema filadelfiano, Enrique Eduardo Mari señala: " (..)del *solitary confinement*, el aislamiento es absoluto, diurno y nocturno. El peligro de "contaminación" entre los presos y otros encarcelados y el mundo externo se debe impedir por todos los medios: fuera de los cuatro muros de la celda el encarcelado podrá moverse, por exigencias de la administración, solamente "vendado" o "encapuchado". El detenido pierde su noción objetiva, física y el tiempo se hace concienical. El trabajo también existe pero se llega a él por inducción obligada, sin fines económicos, expresa sencillamente un menor grado de expiación."¹⁰⁸

El sistema filadelfico será entonces un verse así mismo, la luz de la conciencia interior, que reafirma el contenido ético-religioso del propio aislamiento celular. Sin embargo, este tipo de sistema se asemeja al "*ergastulum*" la forma canónica de la cárcel, donde el trabajo no es el dato esencial para redimir la culpa, sino el silencio, la meditación y la oración.

¹⁰⁸ Ibidem. P. 156.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.2. SISTEMA DE AUBURN. (RACIONALIDAD EL RETORNO INDUSTRIAL CARCELARIO)

Como ya se adelantó, el desaprovechamiento de la mano de obra reclusa durante el siglo XIX, trajo consigo una serie de cuestionamientos de índole social y económico para su utilización. Además colateralmente surge la problemática a la que se enfrentó el sistema económico capitalista en Estados Unidos, respecto a la utilización de la mano obra esclava (negros y chinos), cuyos antecedentes se encontraban en intereses de carácter político-racista, que arrastraba a los productores capitalistas, a mayores conflictos, para la elaboración y comercialización de sus productos, por las disposiciones legales existentes en esa época.

Los inmigrantes no satisfacían la demanda de mano de obra, por ello, se tuvo que recurrir nuevamente al trabajo de los reclusos.

El auge económico de la zona norte de los Estados Unidos, motiva la creación del sistema auburniano, que facilitaba el trabajo de mano de obra de los reclusos, con una mezcla de altos salarios, como estrategia económica. Dicho sistema se instaló a partir del año 1820 en toda la Unión Americana, en cambio el sistema filadélfico, se extendió por toda Europa.

El sistema auburniano presenta ciertas características similares con el sistema filadélfico, por ejemplo: el aislamiento celular se reproduce en la misma forma que el filadélfico, salvo que dicho aislamiento es nocturno, en razón de que en el día se realiza un el trabajo colectivo en los talleres. El trabajo en reclusión, por lo tanto, esta debidamente organizado, lo que permitirá a la postre un desarrollo técnico del trabajo industrial penitenciario.

Con la introducción de maquinaria al sistema auburniano, se desarrolló en forma más efectiva y productiva la labor del recluso, de esta manera se transformó la cárcel en una verdadera nave industrial capitalista, totalmente rentable, que favorecería a la empresa privada y al propio Estado (pues permite la manutención pública del establecimiento carcelario)¹⁰⁹

¹⁰⁹ Cit. Rusche-Kirchheimer. Ibidem. Cfr. p. 153, 155 a 157. Rusche-Kirchheimer afirman, que en el sistema auburniano, que se mantuvo la teoría cuáquera del silencio obligatorio en el lugar de trabajo de los reclusos, para evitar su contacto e inducirlos a una reflexión moral; pero esta práctica de trabajo, se convirtió en una actividad habitual, de orden y disciplina dentro de la empresa privada, como un principio básico de utilidad en la producción. Se hace referencia al respecto, que la Guerra de Secesión de los Estados Unidos, motivo una demanda de ropa y calzado militar, que se pudo satisfacer por la mano de obra penitenciaria.

Estos cambios responden al avance del capitalismo, cuyo objetivo se centra en el incremento de la producción y la ganancia de los capitales invertidos como verdad manifiesta, en tanto, la verdad latente, se estructura en una idea de adiestramiento del recluso bajo un principio de costos y beneficios.

Bajo una racionalidad de producción y adiestramiento, se va creando la idea del trabajo organizado recluso, sin embargo, se reproduce un sistema de castigo con base en la técnica y disciplina carcelaria, se verifica entonces el poder formal e institucionalizado en la imposición del castigo.

Al trabajo recluso se le adicionaba otros castigos, como los corporales. Esto implica una racionalidad de imponer un castigo sobre castigo. No solamente vemos una racionalidad retributiva, sino también una racionalidad ética-jurídica, es decir, vemos un castigo que se aplica bajo principios de corrección social y adiestramiento hacia el trabajo, el sentido de mutación criminal justifica la idea de una prevención especial positiva, como fin de la pena.¹¹⁰

No todo podía resultar verdaderamente feliz, ya que la oposición que surge a este sistema de aislamiento celular, se verifica en un plano laboral y económico, donde la mano de obra barata reclusa, originó que los trabajadores libres, realizarán severos reclamos y demandas en contra del trabajo de los reclusos en las postrimerías del siglo XX.

Dicho suceso obstaculizó el desarrollo de la cárcel o prisión, como una verdadera empresa productiva; por ejemplo: se limitó a los reclusos el uso de maquinaria adecuada para la realización de su labor, asimismo, en el ámbito de comercialización de los productos elaborados o manufacturados, se puso la condición que únicamente el Estado, podía adquirirlos. Este sistema tuvo una duración breve y además muy pocas cárceles se convirtieron en fábricas.

Luis González Plascencia, sintetiza la ideología del sistema auburniano, como la industrialización de la prisión, teniendo el sustento de la capacidad laboral de los internos, y cuyas características son:

a) State use: Completo control del Estado, en el trabajo interno.

¹¹⁰ Cfr. Sandoval Huertas, *Ibidem*, pp 92 y 93. Heting, *Ibidem*, p. 229. Cabe señalar que Elam Lynds, gobernó el sistema carcelario de Auburn, posteriormente gobernó la cárcel de Sing Sing, siendo que éste director penitenciario, justificaba el castigo corporal de los reclusos, precisamente para justificar principios de orden y disciplina carcelaria, ya que hacía referencia "que sin azotes no era posible gobernar". Sin embargo, esta sistemática del castigo, fu haciendo más dura y severa, como por ejemplo: de los golpes, que dejaban huella visible, se pasa al castigo de los chorros de agua, cuya ejecución no deja huella corporal, si en cambio, se produce el mismo dolor infligido.

- b) **Public Work:** Control del Estado, trabajo a favor de la comunidad.
- c) **Public account:** Control del trabajo, mediante una empresa pública, trabajo desarrollado en el interior de la prisión.
- d) **Piece price:** Control del Estado, suministro de materias primas por parte de una empresa privada.
- e) **Contract system:** Contratación libre de internos por parte de una empresa privada, y
- f) **Leasing:** Control privado de la prisión.¹¹¹

Así este sistema penitenciario se construye en forma contingente, donde a partir de determinadas bases económicas, se pretende determinar un tipo de delincuente para obtener un resultado, cayéndose nuevamente en un sistema determinista, selectivo y diferenciado, por ende, corrupto y represivo.

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA AUBURNIANO.

1. Reclusión unicelular solamente en las noches.
2. Trabajo como unidad diurna, ese trabajo no tiene interés declarado como productivo, sino que se trata de un trabajo aflictivo.
3. Se destaca una disciplina férrea (dentro del castigo se produce otro castigo, por ejemplo: el apando que era una celda de castigo o de segregación dentro de la misma segregación, o en su caso los azotes o torturas corporales de otra índole)
4. Estos castigos resultan ser aflictivos.¹¹²

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹¹¹ González Placencia, Luis, Las Consecuencias del Peligrosismo frente a los Derechos Humanos. Consideraciones Preliminares para una Discusión en torno a la Prevención Especial Positiva. (Documento sin datos bibliográficos) p. 131.

¹¹² Cfr. Cuervo Calvo, Ibidem 22 a 35. Señala que existen diversos textos modernos y especializados donde se establece la idea que la pena resultaba ser siempre aflictiva independientemente de su naturaleza y fase histórica de análisis.

4.3. SISTEMA PANÓPTICO. (RACIONALIDAD DEL OPERADOR MÚLTIPLE)

El panorama histórico del castigo comprendido del siglo XVII al siglo XIX, se puede sintetizar bajo características específicas que a saber son:

1. El apoyo en un derecho monárquico, como una situación preventiva, utilitaria y correctiva del derecho a castigar.
2. El proyecto de los juristas reformadores, recalificando a los individuos como sujetos de derecho, y,
3. El proyecto de institución carcelaria. Basado en coerción de los individuos, como apoyo al juego social simbólico del castigo.¹¹³

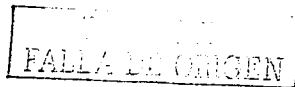
Así el proyecto de la institución carcelaria se viene perfeccionando a través de estos tres siglos, siendo su punto más álgido durante el siglo XIX. Éste siglo proyecto una realidad formalizada que fabrica el castigo-corrección, con base en la estructura disciplinaria que se desarrolló con la tecnología arquitectónica utilizada como una representación ideológica del poder a castigar.

Sin embargo, John Howard,¹¹⁴ al realizar su informe de las condiciones de las prisiones del siglo XIX, pone en alerta, el grado de "promiscuidad", existente en las cárceles, además haber confirmado la falta de clasificación de los internos e internas; Howard, mantiene una postura crítica dentro del evolucionismo del sistema carcelario, argumentando que la prisión es la sanción más inhumana que ha existido, en razón de que las penas eran tan altas que muchos de los sentenciados no terminaban su condena, por las condiciones, en las que la pena se ejecutaba.

A pesar de ello, durante el siglo XIX, se hace un redescubrimiento del cuerpo humano, como objeto y blanco del poder. El castigo-corrección permite lograr la manipulación y educación del infractor social (en la obediencia, el orden y en el hábito del trabajo) con base en la disciplina, la técnica y en especial mediante la observación. Esta idea de racionalidad anatómica del castigo, es controlada por una estrategia de racionalidad de

¹¹³ Cfr. Foucault, *Ibidem*, 189 a 198. Cfr. Eduardo Mari, *Ob.cit*, pp. 133 y 134. Vid. Del Post, *Ibidem*, p.51. Señala John Howard, que la falta de separación de los reclusos, permitía observar, una mezcla de sexos, además la falta de separación y clasificación originaba que en las mismas celdas se encontraran reclusos los criminales normales, pero a parte otro tipo de asimetrías humanas, como lo eran los locos y los idiotas. A este panorama se tenía que correlacionar otros males, como por ejemplo: las enfermedades, entre las que más muertes producía era la viruela. Incluso dicho pensador, ya afirmaba, que el vicio y la maldad que genera la cárcel, inmediatamente se difundía hacia el exterior de la institución penitenciaria. Podemos entonces afirmar, bajo esta temática, desde este momento, que la cárcel, crea, desarrolla y fomenta, una historia faba, del tratamiento carcelario.

¹¹⁴ Rusche-Kirchheimer, *Ob. Cit*, p.157



técnica-política, con el fin inmediato de corregir, controlar y explicar en un método empírico el funcionamiento del cuerpo humano en relación con su medio interactuante.

Foucault (1996), denomina a dicha técnica como la formadora y creadora de "cuerpos dóciles",¹¹⁵ que permite observar el poder disciplinario como una estructura que endereza conductas. Asimismo, una vigilancia jerarquizada de esta naturaleza, presupone la instrumentación de un dispositivo de coacción y violencia. Por lo tanto, la observación y la vigilancia continúan permitiendo controlar toda actividad humana, más en espacios cerrados y totales, como lo es la cárcel.

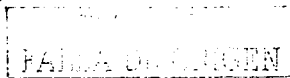
Creándose de esta manera los grandes observatorios humanos, que hacen visible lo que esta dentro y fuera de la arquitectura penitenciaria. Aquí en dichas instituciones penitenciarias y hospitales psiquiátricos, donde se encuentran empotrados los anormales, los enfermos o los delincuentes, se crea un sistema de disciplina y orden, mediante una racionalidad panóptica.

El sistema Panóptico, fue desarrollado por Jeremías Bentham (1748-1832), para ello, dicho pensador utilitarista, diseño a través de un esquema arquitectónico sencillo, funcional y práctico, un medio de control y de observación humana, sumamente coactivo y eficaz para mantener la disciplina y el orden, dentro de un sistema carcelario, con la finalidad de corregir al infractor social. Con el sistema panóptico, no solamente se reformuló la ideología del control y de orden existen en esa época, sino que se proporcionó además al poder-castigo, un saber especializado que lo dotaba de un conocimiento de todo lo existente. La instrumentación práctica del sistema panóptico, permitía la observación de la actividad de determinados hombres, el efecto debía producir una impresión de aseguramiento de determinadas acciones, conexiones y circunstancias, donde nada pudiera ser ignorado ni deseado fuera de ese control continuo que se ejercía con la mirada, es decir, todo movimiento era vigilado.¹¹⁶

La idea de Bentham resulta ser sencilla, si se le ubica dentro de un plano carcelario, donde se priva a determinados individuos de su libertad, con el fin de prevenir delitos y corregir a los delincuentes; sin embargo, también el efecto de la mirada, permitía

¹¹⁵ Cfr. *Ibidem*. 139 y 140.

¹¹⁶ Cfr. Bentham Jeremías. *El Panóptico*. S.N.E. La Piqueta. Ed. España. 1990. p.30 a 33. Cabe señalar que dicho autor hacia una comparación de este sistema panoptico al señalar que si un niño al ser educado, y cuyo objetivo se centraba precisamente en que dicho niño se viera así mismo. Por lo tanto, con referencia al hombre, será con el fin de velar todas sus acciones, colocándose en una posición en la que se pueda influir sobre el y como se quiera; esto visto como una interacción con objetos e ideas. Cfr. Foucault. *Ibidem*. pp 199 a 203. Foucault, hace referencia concreta a esa vigilancia e inspección constante, que se observa en el registro patológico del individuo, así se centraliza su visualización, en cuanto a una enfermedad. Por ejemplo: cuando se declaraba en una zona la peste, donde todos los movimientos se encontraban controlados, y se prescribía a cada quién en su determinado lugar; así la disciplina hace valer un poder de análisis concreto del problema. Vid. Eduardo Marí. *Enrique. Problemática del Castigo*. (Discurso de Jeremías Bentham y Michel Foucault). 131 a 136, y 159 ss.



contener a otros delincuentes peligrosos, a través del terror e intimidación que produce la misma reclusión. Es decir, el sistema panóptico, simplemente reproducirá **justificación de prevención general y de prevención especial negativa dentro de éste sistema.**

El principio fundamental y único, para estructurar dicho sistema es entonces la inspección para corregir, así también, la inspección continua del sujeto es para neutralizar; luego entonces, dicha racionalidad se presenta una doctrina de justificación de **prevención especial positiva y negativa.**

Foucault (1996), hace un estudio sencillo pero minucioso del sistema panóptico, y lo describe como "la máquina maravillosa", que a partir de deseos diferentes fabrica efectos homogéneos de poder, creando un principio básico de sometimiento. Como se ha venido apuntando, la racionalidad del castigo, históricamente ha venido produciendo un simple traslado de valores, para legitimar el derecho a castigar, sin embargo, la ideología de disciplina, de orden y de progreso, refleja una idea moderna de la pena- utilitarista, cuyo esquema se dibuja dentro de una relación de derecho subjetivo, es decir, de poder y dominio.

Si el sistema panóptico, se legitima en la función y aplicación de la pena, mediante la justificación de una prevención general positiva o negativa, o de una justificación de prevención especial positiva o negativa, dicho sistema, no puede encuadrar dentro de la ideología humanista de la pena, puesto que un sistema de esta naturaleza, presenta una realidad ecléctica, sumamente violenta y represiva para infractor social. Es decir, éste sistema mistificado del castigo, permite un ejercicio del poder, en forma desmedida, ya que la mixtura ideológica de justificación y legitimación, fomenta y desarrolla una violación estructural de los derechos del infractor social, hacia el interior del sistema carcelario.

Por lo tanto, el sistema panóptico, crea un método meramente empírico, en un ámbito naturalista de observación, donde los animales son sustituidos (en un zoológico) por los individuos, y el laboratorio de experiencias humanas, podrá al fin transformar científicamente al sujeto infractor; en este punto opera necesariamente la **prevención especial positiva** como medio de justificación del castigo, por ende, el sistema panóptico se convierte en un eficaz aparato de control mixtificado y mistificador.¹¹⁷

¹¹⁷ Cfr. Ibidem, 205 a 208. Además se señala Foucault, que el panóptico tiene como base primordial: la arquitectura y la geometría, creándose con ello diversos procesos: La inversión funcional disciplinaria, la enjambrazón de los mecanismos disciplinarios y la actualización de los mecanismos de disciplina. Por ende, la disciplina no se identifica con ninguna institución, ni con algún aparato ya que en sí misma es un modo de poder.



La idea panóptica, también produce la interdependencia entre las estructuras jurídico-política- social, y las técnico-disciplinarias de la institución carcelaria, para esquematizar un sistema de castigo, bajo una tónica de racionalidad del castigo justo, sin embargo, el castigo sigue siendo meramente formal y represivo, en otras palabras, es un castigo jurídico-retributivo.

Siguiendo el punto de vista, sustentando brillantemente por Eduardo Marí, quien afirma, que el sueño del iluminismo, se centraba en diseñar un modo del castigo, con la finalidad de abatir la tiranía y la crueldad del despotismo del Antiguo régimen, por ello, todo acto de poder debía ser transparente. En consecuencia, la transparencia era el contrapoder del oscurantismo.¹¹⁸

Por eso, el iluminismo soñó con una organización de la prisión, con materiales y piedras transparentes como el cristal. El cristal, era un material de entre todos los existentes, el que poseía la cualidad de reflejar una pureza e inocencia sin igual, colateralmente dicho material poseía la dureza de la piedra, está mezcla de elementos y características, permitirían al observador, tener una mirada clara, de lo que estaba observando. La frase "dejar pasar la luz", tenía un significado de poder y control, ya que el sistema panóptico, precisamente se conceptualiza bajo el lema sencillo " la mirada lo atraviesa todo", como bien afirma Michel Foucault (1996)

El saber-poder, dentro de la prisión, justifica un acto de abuso de poder, por ello, Enrique Eduardo Marí, afirma que: " (...)el poder tendría que reconvertir la prisión en un operador múltiple de efectos útiles." ¹¹⁹

Cuya finalidad se centra en hacerse dueño de todo lo que puede suceder a un cierto número de hombres, bajo un establecimiento que crea mayor seguridad y economía para trabajar, al mismo tiempo es un verdadero sistema que se estructura en una idea de reforma moral. Que permitirá asegurar al recluso una buena conducta para que en el futuro se provea de su propia subsistencia cuando se encuentre en soltura, bajo un régimen ético-moral estricto.

¹¹⁸ Ibidem Página. 131.

¹¹⁹ Cfr. Ibidem. Pág. 132 y 133. Esto solamente se lograría con la consolidación de la sociedad contractual y el purvenir del mismo racionalismo. Por eso la prisión sería el indicador del modelo global del castigo dentro de una sociedad contractual. El efecto de este nuevo proceso racional del castigo se fomenta con base en la educación, la reforma moral, la adquisición de hábitos de trabajo asalariado, de consecución del castigo bajo el modo de encasillamiento de la conducta y guía de la voluntad, claridad de la administración y productividad. Así Bentham (1990), responde a estas exigencias del iluminismo en su propuesta de construcción de las prisiones con un modelo sencillo de arquitectura denominado el panóptico. El poder de la transparencia es el nuevo poder del panóptico.

Sin embargo, el sistema panóptico, también tenía fines utilitaristas. La cárcel panóptica es un diseño que no tiene un objeto de ciencia penitenciaria, sino como ya se dijo, de una ciencia política que permite proporcionar medios más seguros y beneficios, para quien participa de este modelo. De ahí que el principio de inspección, justifique la idea utilitarista de que centenares de hombres se encuentren bajo la dependencia de uno solo. Este principio crea una presencia universal del poder-saber y del poder-dominio, en un recinto cerrado, áspero y sórdido; el sistema panóptico, se erigirá como "el ojo universal" del orden y la disciplina social.

Esto implica que el panóptico, así visto, sea un aparato utilitarista y retribucionista del castigo.

De esta manera el propio discurso produce un movimiento de redefinición o de reinterpretación de la teoría del poder y de la pena. Donde el producto agregado resulta ser la tecnología a un discurso teórico de la pena humana, donde el sistema panóptico, se estructura en una máquina espiritual, que permite entender el contexto social sin dejar de ser un aparato material, luego entonces, en la práctica resulta ser un sistema de castigo que produce aflicción, sin dejar el lastre retribucionista, que se formula en el sentimiento de venganza estatal, que se explica en la continua búsqueda de la compensación del delito, mediante la segregación, **ya que precisamente en este acto se vincula la comunicación poder-venganza dentro del castigo.**

Es fundamental en este modelo panóptico, el principio de economía, puesto como lo señala Bentham, para reformar las cárceles, es necesario por un lado, evitar todo exceso de severidad e indulgencia, pero también por el otro, quitar la exageración en los gastos. **El primer caso sería un principio de deber de humanidad, entre tanto el segundo se sujetaría a un principio de economía.**¹²⁰

Por ello, en el sistema panóptico se desarrollan tres reglas:

Primera. Regla de dulzura, que implica que la condición ordinaria de un preso condenado a trabajo forzado, no debe estar acompañada de malos tratos corporales, perniciosos o peligrosos para su vida o salud, de ahí que surja el principio de humanidad.

Segunda. Regla de severidad, que consiste en un enfoque ligado a la clase social que incumbe al proletariado. Esta clase baja es la que provee mayoritariamente la población penal. Esto implicaría que al ofrecerle trabajo forzado a este tipo de personas, fomentaría

¹²⁰ Cfr. Ibídem. 140 a 144. De este modo Bentham (1990), llega al punto central del sueño iluminista, donde la transparencia de la máquina que reforma sujetos, se asegura con el funcionamiento de un solo carcereño.

un estado de tentación, por ello a los hombres flacos y desgraciados, se les debe hacer sentir en la prisión más mal que en su casa; con la finalidad de desactivar acciones delictivas. De ahí que el panóptico no solamente sea una institución de corrección, sino también, un modelo de organización social, donde existe una vinculación de principios de economía y de humanidad. Por lo tanto, siempre se deberá hacer una distinción entre el lenguaje como disciplina-castigo, del lenguaje como disciplina-trabajo, y

Tercera. Regla de economía, que consistía en la minimización de gastos con base en una utilidad privada. Donde la penitenciaría debiera ser una escuela que se subordina a la educación del infractor con fines de educación industrial.

Paradójicamente una práctica carcelaria con estas reglas anunciadas, permite justificar la idea de un castigo aflictivo y retributivo, es decir, la idea humanizante del castigo dentro del sistema panóptico, simplemente se cataloga como un sistema mistificador y encubridor, donde se violan estructuralmente los derechos de los reclusos, por lo tanto, es un sistema sumamente violento.

CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PANÓPTICO.

1. La arquitectura penitenciaria exige que la edificación sea circular, en cuyo centro existe una torre de vigilancia, y
2. La idea más importante del panóptismo, es que el sujeto observado, no sabe a ciencia cierta, cuándo está siendo vigilado, inspeccionado o mirado. Cabe hacer la aclaración, que dentro de esta estructura arquitectónica, no se podía observar al mismo tiempo a todos los reclusos, pero en esto estriba la dinámica del sistema de castigo, hacer creer que esta siendo observado. Es decir, se crea una incertidumbre en el poder-observación, convirtiéndose esta relación de poder-arquitectura, en una fórmula ideal e inimaginable de ser siempre observado. Esto justifica sistemáticamente una aflicción psicológica del sujeto, dentro del modelo de castigo panóptico, que resulta a su vez un sistema mixtificado y mistificador de carácter correctivo-técnico, para lograr una curación, pero también represivo-coactivo, que justifica el acto de venganza del castigo como una retribución estatal.

No será sino cien años después del nacimiento de la prisión, cuando los saberes de las ciencias sociales comiencen a consolidarse, no dentro del materialismo dialéctico que escolta al nacimiento del positivismo, sino en el positivismo mismo. El **positivismo** dará lugar a una serie de disciplinas entre las cuales se encuentra la Criminología Tradicional, para dar otro cause explicativo al castigo.

Así, el Estado liberal intervencionista nace fundándose en el derecho de la criminología positivista, puesto que la política criminal que habría de establecerse en este período a través de una transformación en la nomenclatura para erradicar plenamente los sentidos premodernos de aflicción, del arrepentimiento y de las celdas unicelulares, afianza netamente una ética de ciencia positiva con base en la corrección del sujeto.

Si anteriormente prevalecía e imperaba la idea convencionalista del castigo, ahora la resocialización del delincuente toma su lugar. Sin embargo, la ejecución de una pena de prisión siempre estará envuelta en una parafernalia curativa, donde la prisión, seguirá siendo una institución social, total, represiva y segregadora.

5. LA RESOCIALIZACIÓN. (RACIONALIDAD CIENTÍFICO-PREVENTIVA)

El positivismo filosófico desarrolla una nueva actitud cultural, social, política, jurídica y científica del castigo frente a una actitud premoderna, que no deja de ser tal, si tomamos en cuenta sus resultados dentro del castigo. Supuestamente, **somos modernos en muchos aspectos menos en lo referente al castigo.**

La ciencia a pesar de ser una construcción ideológica de la modernidad, se constriñe necesariamente para dar fundamento a las políticas criminales del Estado, quien sabedor del fuerte apoyo ideológico que brinda un saber científico, da rienda suelta a sus programas de corrección y resocialización de los delincuentes a finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX.

Consecuentemente la idea de la **resocialización** puede tener sus antecedentes en el pensamiento de **Franz Von Liszt** y la **New Penology** norteamericana.¹²¹

El punto de partida de la propuesta de Liszt, se traduce en la imposición de la pena, no por el concepto mismo del delito, sino por el hecho de sancionar al autor del delito, es decir, bajo un concepto de retribucionismo pleno. Pero además, se pretende imponer la pena, previa investigación que se realice de la categoría del delincuente peligroso.

De esta manera, la pena es una **prevención mediante una represión**, por lo tanto, prevención y represión son conceptos que se enlazan y que no pueden ser opuestos, dentro de los principios planteados por Von Liszt.

En esta transición ideológica el derecho penal, tenía que atender a los resultados y contenidos de investigación que arrojaban los estudios antropológicos, biológicos y sociológicos, que se practicaban a los delincuentes, para motivar en primer término la categoría del delincuente, y con ello, obtener un resultado determinista del sujeto infractor, para que en un segundo término, se pudiera especificar el tipo de pena o medida de seguridad a la que era acreedor, justificándose así el fin de la pena.

La pena entonces requería de tres finalidades específicas:

Primera. Corrección. La pena se aplicará al delincuente, si éste es capaz de corregirse y necesitado de corrección.

¹²¹ González Placencia, Luis. Las consecuencias del Peligrosismo frente a los Derechos Humanos. Consideraciones preliminares para una discusión en torno a la prevención especial positiva. Sin datos de fecha. p. 130. Cfr. Ferrajoli, ibidem. pp 267 y 268.

Segunda. Intimidación. La pena se aplicará al delincuente cuando no requiera corrección,
y

Tercera. Inocuidación. La pena se aplicará al delincuente que carece de capacidad de corrección.¹²²

Esta concepción permite observar una mera orientación positivista de la defensa social, para justificar el fin de la pena dentro del derecho penal, cuyo sustento se observa en la subjetivación del delito, así como en la diferenciación de la pena, de acuerdo a la personalidad del reo, como bien lo señala Luigi Ferrajoli (1995)¹²³

Con ello, se creó un modelo de derecho penal con instrumentos flexibles y multifuncionales, que se desprendían de la estructuración ideológica de Liszt, como son la corrección, la neutralización y la intimidación; estos tres fines diferentes y alternativos, permitían particularizar y adaptar la pena al tipo y extensión que requiera el caso concreto.

Los principios sustentados por Von Liszt, no solamente tienen una amplia coincidencia con los postulados emanados del pensamiento criminológico de índole antropológico-biológico-sociológico. Si no que además, refleja una clara influencia del positivismo determinista-peligrosista, cuya sustentación era precisamente la clasificación de los delincuentes, con el fin formalista de justificar la aplicación de la pena. Lo que implica concebir una teoría del delito y de la pena, en una tesis naturalista, racionalista y dualista (pena y medidas de seguridad), es decir, un modelo positivista-conservador, pero sumamente represor, si consideramos la facultada potestativa en la aplicación alternativa del castigo.

Sin embargo, estas ideas han sido científicamente insostenibles, por su déficit de verificación empírica; así la idea determinista y peligrosista del sujeto infractor, resulta ser indemostrable en el fin de la pena. Por otro lado, la pena refleja una idea clasista, en razón de que al clasificarse a los sujetos en delincuentes y no delincuentes o en

¹²² Cfr. Bacigalupo, Enrique, Manual de Derecho Penal (Parte General), Reimpresión, Temis Ed. Bogotá-Colombia, 1989, pp. 14 y 15. Para Von Liszt, los delincuentes debían clasificarse como: Santos o instintivos; locos; habituales; ocasionales y pasionales. Esta clasificación es muy similar a la propuesta por Enrico Ferri. Pero no debe olvidarse en esta línea de pensamiento, que incluso las finalidades de la pena en cuanto a su resultado, y en combinación, con la clasificación o categorías de los delincuentes, que proponía Von Liszt, tiene su sustento ideológico conforme a lo planteado por Cesare Lombroso, respecto a la antropología criminal.

¹²³ Cfr. González Placencia, *Ibidem* p.131. Asimismo González Placencia señala además que el Programa de Marburgo-Liszt, orientaba su criterio hacia una discriminación e individualización de las penas, según las condiciones de cada delincuente, de ahí que la pena, tenía su fin múltiple, dependiendo de las condiciones del propio sujeto delincuente.

peligrosos o no peligrosos, se estructura una doctrina extrema de exclusión e inclusión social, por ende, de control social y de control punitivo totalmente antidemocrático.

Dicha construcción ideológica del castigo, resulta ser una concepción irreal y artificiosa, que carece de toda solidez científica.

Entonces, si el derecho penal no tiene fines, ya que presenta una carga intrínseca de valor instrumental, por lo tanto, el derecho penal resulta ser paradójico frente a los derechos de los ciudadanos, y no frente a la propia aplicación del derecho penal. Esto da como resultado, que el derecho penal sea un derecho sumamente aflictivo, esto visto desde la teoría de los derechos.

Una vez teniendo este antecedente de la resocialización, en el pensamiento de Franz Von Liszt, por otro lado, surge la **New Penology**, que resulta ser un modelo de pensamiento, que surge dentro del propio sistema de producción industrial, de finales del siglo XIX, y principios del siglo XIX. La ideología de la **New penology**, es claramente observable, en los sistemas unicelulares y penitenciarios filadélfico y auburniano. **Donde la fuerza de trabajo se reintroduce en la cárcel, y se produce un sistema de explotación del trabajo, pero también refleja una orientación plenamente correccionalista como medio para la resocialización.**¹²⁴

Enrique Bacigalupo (1989), refiere que a partir de la década de los años sesenta, se transformo la fisonomía de la corrección, como fin de la pena, así la prevención especial experimento serios cambios.

Por un lado, se abandona la clasificación de los delincuentes, respecto a una definición de fines preventivo-individuales, surgiendo entonces una estructuración con base en los conocimientos pedagógicos-sociales. Así la pena, se define en una forma más uniforme, bajo un concepto de resocialización.

La idea de resocialización significará la oportunidad de recuperar al infractor, quien no es responsable de sus actos, porque ha sido determinado para delinquir, entonces se trata de poner de manifiesto la corresponsabilidad de la sociedad en el delito. Abandonándose con ello, la concepción antropológica-biológica que se venia sustentando, por su falta de verificación científica.

Además, la resocialización, implicaba que durante la ejecución de la pena se sometiera al sujeto a todo un sistema de tratamiento, aquí se concentra toda una racionalidad

¹²⁴ *ibidem*.132.

preventiva en el castigo. Puesto que con la individualización de la pena se sustituye el concepto de sanción por el de resocialización-corrección, es decir, la pena-prevención en pleno auge.

Sin embargo, no debe olvidarse el rotundo fracaso que representa la idea del tratamiento multidisciplinario, al que es sometido todo recluso dentro del sistema penitenciario en la actualidad.

Así, el tratamiento carcelario por un lado, se ve afectado en cuanto a su eficacia, por prácticas de dudosa calidad científica, y por el otro, por las relaciones de poder que se generan entre los participantes de un sistema carcelario, quienes motivan la formación de relaciones de corrupción, discriminación autoritarismo y represión, como se vera con mayor detalle en el capítulo cuarto de este trabajo.

La práctica del tratamiento multidisciplinario carece de legitimidad, por ello, su práctica, estructurara una violación derechos fundamentales del recluso.

Estas posturas analizadas tienen orientaciones plenamente correccionalistas en un plano teleológico y pragmático, en especial las ideas de Von Liszt, que confían la función preventiva de la pena, en la propia individualización de la pena.

Luego entonces, dicho sistema de función preventiva de la pena, en un análisis comparativo con la modernidad, presenta un serio dilema, difícil de resolver. En virtud, de que ambas explicaciones ideológicas, tratan de justificar el mundo del ser y del deber ser, sin embargo, hacen un uso excesivo de racionalidad, para explicar una multiplicidad de fenómenos, situaciones y circunstancias, relativas únicamente al mundo del deber ser, excluyendo toda actitud relativa al mundo del ser.

Todo ello, simplemente pretende normar y parametrar dentro de una estructura del deber ser, lo que se produce dentro del mundo del ser, en muchos de los casos sin una explicación y verificación lógica.

Esto origina cambios continuos en la secularización de los valores y del mundo del deber ser, esta dinámica pretende justificar una verdad formalizada antidemocráticamente, misma que se lleva a cabo, sin importar, a que costo se tenga que sacrificar la existencia del "yo mismo" en un plano específico del ser.

Bajo estas posturas del derecho penal, la concepción del mundo, debe tener una forma positivista, científica y conservadora, que determine una estructura social debidamente

jerarquizada, ordenada y predeterminada a ciertos fines específicos de utilidad. Salvo, que este discurso moderno y humanista, cada vez representa el esquema de una tentación de proyecto autoritario inmerso en un liberalismo conservador y protector de un sistema económico antidemocrático, corrupto y represivo.

Si este modelo de sociedad positivista—contractual, conlleva tantas vicisitudes a la vida humana, entonces la búsqueda del orden y progreso, legitimara cualquier exceso y violación de los derechos de cualquier ciudadano. Cabe cuestionarse ¿dónde queda el proyecto de sociedad moderna frente al proyecto de una sociedad premoderna? Y más aún, retomando la idea del castigo ¿dónde queda el ideal humanista-moderno de la pena frente al ideal del Antiguo Régimen de barbarie de la pena?

La respuesta a estos cuestionamientos se plantea en un simple cambio de apreciación de la racionalidad que la explica, conformando y adecuando los términos y contenidos, para hacerlos entendibles a determinada sociedad en tiempo y lugar históricamente hablando, **sin embargo, la esencia del castigo se supedita a un acto de venganza, salvo que actualmente, legitimado por un supuesto Estado de derecho.**

La pena de prisión ejecutada en el interior de la cárcel, con base en un estudio que determina la peligrosidad del sujeto infractor, y el posible tratamiento, que deba aplicarse al mismo, no solamente se formula por un grupo de personas especializadas en una ciencia multidisciplinaria, interdisciplinaria y transdisciplinaria, sino que también, este grupo privilegiado de profesionistas, genera una racionalidad que legitima y construye los fundamentos esenciales de un **sistema de profilaxis criminal.**

En consecuencia, el laboratorio carcelario, al decidir el tratamiento para la cura y resocialización del sujeto, únicamente constata la continúa práctica, del fin y función de la pena, con base en los principios correctivos de la pena de Franz Von Liszt.

Seguimos viendo racionalidades explicativas del castigo, de carácter meramente preventivo no del delito sino del delincuente.¹²⁵

¹²⁵ Cfr. Foucault, La Vida de los Hombres Infames, Ob. Cit. p.50 y 51. Michel Foucault, advierte que desde el siglo XVIII, se hicieron severas críticas al sistema de prisión, en especial cita dicho autor el Código Criminal de José II de Austria, donde se especificaba que la prisión, era una institución que se formaba al margen de la ley, porque ésta no penetraba en las cárceles. Además en el interior de la cárcel, se creaba una comunidad homogénea de criminales, que se solidarizaba hacia el exterior; así, mientras que en el interior se creaba una fábrica de ejércitos de enemigos del Estado, hacia el exterior se fomentaba un serio problema de delincuencia y seguridad social. La prisión vista de esta forma, era una institución que generaba privilegios a los reclusos, en razón, de que en el orden práctico proporcionaba alimento y vestido a los pobres, si tomamos en cuenta el determinismo social de la época, ya que la idea de ser pobre implicaba ser delincuente. Por eso concluye Foucault, diciendo que la cárcel al ser denunciada desde su origen como un fracaso, seguía siendo un instrumento del castigo al margen de la justicia, donde se envía y recibía a la prisión a todo delincuente y a los no delincuentes. Cfr. Ferrajoli, ibidem, p. 267.



Por último, resulta ilustrativa la afirmación de Rosa del Olmo (1981), quien puntualiza, que la ideología del pensamiento único, en materia de criminalización de conductas y de adopción de políticas criminales, se fomentó y se fomenta desde los Estados Unidos de Norteamérica. Dicho país, con su idea de Seguridad Nacional, fue estructurando y sistematizando los principios rectores del sistema del castigo en el ámbito local. Posteriormente se pasa aun plano internacional, y por último, a un esquema de criminalización transnacional.

El proyecto de criminalización Norteamericano, pretendió unificar criterios de un control social y punitivo, más severo, cuya argumentación era propiamente la existencia del Estado Nacional, so pretexto de garantizar la seguridad nacional, internacional y transnacional.

Esta serie de propuestas buscaban dar soluciones a problemas locales, sin embargo, se pretendió fueran ratificados universalmente con la finalidad de dar una uniformidad a las políticas criminales; este objetivo se logró específicamente con la política de organización de congresos internacionales, que dio inicio con el convocado por la Asociación Nacional de Prisiones de los Estados Unidos en 1870, también conocido como el Congreso Nacional sobre la Disciplina de las Penitenciarías y Establecimientos de Reforma. A éste le siguieron una serie de congresos sobre Criminología, Derecho Penal y Penitenciarismo.

Mismos congresos que facilitaron el encauzamiento de criterios reguladores para los países participantes, sin atender, en muchos casos, a las circunstancias específicas del país donde se iban a ser aplicadas dichas políticas. Desde luego, que nunca se consideraron aspectos específicos de cada sociedad (en cuanto a su cultura, costumbre o las formas de vida o del medio ambiente, donde se iban a aplicar dichos programas preventivos), **formándose y creándose así programas homogéneos para sociedades heterogéneas.**¹²⁶

La institucionalización del control social y del control punitivo en el ámbito internacional e incluso transnacional, crea y forma de manera real y tangible la llamada "cultura de la emergencia", en materia de política criminal y seguridad social.¹²⁷ Aquí estriba el fracaso de esta racionalidad preventiva del castigo.

¹²⁶ No debe olvidarse que en la actualidad existe la tendencia del "pensamiento único", cuya globalización sigue influyendo en las políticas criminales de los países periféricos, que provienen principalmente de los Estados Unidos. Por ejemplo: las políticas contra el narcotráfico y el terrorismo.

¹²⁷ Cfr. Del Olmo Rosa, América Latina y su Criminología. 1ª. Ed. Siglo XXI Ed. México, 1981, pp.49 a 51.

A raíz de dichos congresos, se verificó también una transformación interesante en el personal penitenciario, donde el orden punitivo sufrió serios cambios; así, vemos que ya no existen administradores de prisiones, sino que la ciencia entra como guía, a través del personal interdisciplinario con saberes que se vinculan con lo multidisciplinario.

Saberes que en sí mismos, resultan ser contradictorios y paradójicos, puesto que en los mismos se verifica una mezcla y combinación de ciencias sociales y naturales que resulta ineficaz e imposible de ser implantada en el interior de la cárcel, en razón de que no puede comprobarse y verificarse empíricamente sus resultados. **Seguimos regidos por una criminología clínica con precedentes antropológicos, psicológicos y sociológicos**, que demuestran enfoques parciales del conocimiento y, por ende, determinista en el estudio del ser humano.¹²⁸

Por lo tanto, **la resocialización del delincuente**, se convierte en un tratamiento progresivo y técnico, vinculado a un saber especializado y privilegiado, pero insostenible científicamente hablando, por lo tanto, el tratamiento visto de esta forma no puede justificar la recuperación del sujeto infractor a la vida social.

La idea de la resocialización, al ser guiada por las disciplinas que operan al interior de la cárcel, únicamente justifica la necesidad de nuevos tipos de cárceles y de modelos punitivos, acordes a la necesidad del tratamiento del sujeto delincuente, así llegamos a una conclusión real y objetiva en el sentido de que **la función declarada de las penas resocializantes tiene la ejemplaridad del castigo; ello representa una justificación de prevención general negativa, pero al esgrimir fines de la seguridad social o de la defensa social, se observa una justificación de prevención general positiva como fundamento para reprimir al infractor y para proteger la custodia de valores socialmente aceptados.**

Sin embargo, la idea de **resocialización y neutralización**, proyectan orientaciones correccionalistas, que se justifican en **una racionalidad simplemente de prevención especial ya sea positiva o negativa.**

En consecuencia, este sistema de función y fin de la pena resocializante, se manifiesta como **una forma ecléctica de justificación en imposición de pena**, lo que origina un sistema de control punitivo, más aflictivo y autoritario, por ende, menos garantista.

¹²⁸ Desde luego, debe enfatizarse que la postura del "hombre delincuente", rige la ideología del sistema penal moderno, considerando que este pensamiento positivista, en especial con Lombroso y Ferri, constituyen los cimientos que permiten la graduación de penas, en razón de que se incluyen todavía condiciones tanto personales como sociales de los delincuentes, para la imposición de una pena justa y útil. Este tipo de sistematización e instrumentación de la pena, entonces dará cabida a un sin número de tipos de delincuencia.

La resocialización da origen a la aparición de una serie de regímenes progresivos, que a continuación detallaremos.

Aún cuando en la práctica no ha sido posible cumplir con el cometido propuesto para la readaptación y resocialización del sujeto delincuente, se puede observar una serie de **"Regímenes Progresivos" que surgen durante esta fase resocializante.** Elías Neuman (1984) estudia de manera concreta,¹²⁹ estos regímenes que tenían como fin inmediato crear una graduación de la pena que oscilaba de una rigidez extrema hacia su flexibilidad, cuyo fin mediato sería que a través de una auto-vigilancia y disciplina-técnica, se lograría estructurar un sujeto responsable y adaptable a las necesidades de la sociedad. Se pasa progresivamente del aislamiento celular, a un trabajo en semi-libertad, posteriormente al trabajo en libertad. Cuyo efecto gradual del cumplimiento de la pena, tendrá como fin inmediato la resocialización del sujeto ya en plena libertad.

Los regímenes progresivos son:

1. Régimen Maconochie o "Mark Sistem". Se lleva a cabo en Australia en el siglo XIX, por Alexander Maconochie, con los deportados Ingleses. Se llamaba "Mark Sistem", ya que se iban entregando a los penados vales por su buena conducta y trabajo realizado; a mayor número de vales o marcas y dependiendo del crimen cometido, podían obtener su libertad. De aquí, se desprende un orden y tratamiento progresivo del penado, consistente en primer término, en aislamiento Celular, en segundo término se pasaba al trabajo en común (en silencio con reclusión nocturna), y en tercer término, podía darse al penado la libertad condicionada, con ciertas restricciones, sin embargo, era el paso firme a una libertad definitiva.¹³⁰

2. Régimen Irlandés. Lo desarrolla Walter Crofton (1815-1897), y la característica principal es que la tercera etapa de progreso se realiza fuera de la prisión, los penados por su elección se contratan en labores agrícolas o industriales generando la auto-vigilancia y disciplina entre los sentenciados. Desde luego, que no deja de ser un sistema del castigo, sumamente retributivo e incluso fiel reflejo de la explotación del trabajo carcelario.

3. Régimen Montesinos. Surge aproximadamente en el año de 1834 con el Coronel Manuel Montesinos (España) Se trata de un régimen de confianza hacia el penado, pensado en tres etapas progresivas, la primera, con la utilización de grilletes, con un

¹²⁹ Cfr. Ibidem, pp. 112 a 132.

¹³⁰ A partir del régimen progresivo de Maconochie, varios países adoptaron dicho sistema, entre ellos están: Irlanda, Italia, Holanda, España, Francia, entre algunos, la justificación de esta adopción, fue principalmente por los resultados que se obtenían en la disciplina de los penados.

número de eslabones correspondiente a la punición impuesta. Una segunda etapa, consistía en la realización de trabajo sin la utilización de hierros y, por último la tercera etapa, es la de libertad intermedia, que era la realización del trabajo fuera de la prisión. Régimen que impuso además la educación para la cura del sentenciado.¹³¹

4. Régimen Reformativo. Se implanta en el reformativo de Elmira New York (1876) Se manejaban penas indeterminadas, así la permanencia del sujeto debía estar avalado por un estudio intersubjetivo (tratamiento), que permitiera comparar la conducta del penado con parámetros de readaptabilidad.¹³² La incertidumbre era alta puesto que la apreciación era meramente subjetiva y potestativa, en causada en la vigilancia y la disciplina.

5. Régimen Borstal. Su aplicación se da en Londres (1901), dicho sistema va enfocado a una aplicación para la reeducación en reclusión de los menores infractores, con sentencias determinadas en un tiempo establecido, que oscilaban entre nueve meses hasta tres años, por lo tanto, también es un régimen que se maneja a través de grados de progreso, como son:

Ordinario. Se aplica en penas de reclusión menores, que tenían un periodo de duración hasta tres meses de reclusión; incluso se combinaba con una actividad o trabajo común, sin juegos y en silencio.

Intermedio. Se desarrolla con aprendizaje profesional, permitiéndose una actividad de juegos entre los infractores.

Probatorio. Se realiza mediante una actividad de ciertos premios y privilegios a los menores infractores, por ejemplo: la entrega de insignias y el derecho a recibir correspondencia cada quince días.

Especial. Se realiza una actividad más libre de los menores, ya que estos trabajan sin vigilancia, teniendo derecho a correspondencia semanal o visitas familiares, y

¹³¹ Cfr. Serna Alonso Justo, De la Gestión Penitenciaria a la Dominación de Clase. El Ejemplo de Manuel Montesinos. En Poder y Control. En Revista. Hispanoamericana de Disciplinas Sobre el Control Social. La Cárcel entre la Utopía y La Realidad. No. 3. PPE. Ed. Barcelona 1987. pp. 18 a 37. Siendo importante destacar que el mito que se enmarcaba en la idea resocializante de Montesinos, se centro en un poder de clase social y político envuelto en una administración fraudulenta y corrupta.

¹³² Por ejemplo para obtener la libertad no era suficiente cumplir la pena impuesta, sino que el sujeto tenía que demostrar que había aprendido su oficio. Pero además, se identificaba la conducta del sujeto de acuerdo al color de su uniforme, que implicaba una categoría.

TRONCO
FALLA DE ORIGEN

Especial de estrella. La actividad con el menor infractor, se convierte en un sistema meramente premial, ya que los menores obtenían el grado máximo, y podían ser capitanes o inspectores del lugar de reclusión.

6. Régimen All' Aperto. Tiene su antecedente mediato en el Código Italiano de 1898, así su antecedente inmediato se vislumbra en el Séptimo Congreso de Budapest (1905), en el congreso de Bruselas, Bélgica (1926) y en el Haya (1950), donde es aprobada y recomendada su aplicación. La característica esencial de este tipo de régimen progresivo era llevar a los reclusos a trabajos públicos y labores agrícolas fuera del establecimiento penitenciario, con ello se obtiene la experiencia del trabajo cerca de la comunidad, actividad con la que debería mejorar su conducta; éste sistema fue adoptado principalmente por Suiza, Alemania y Dinamarca.¹³³

7. Régimen de Prisión Abierta. El objetivo sustancial radica en la ausencia absoluta de materiales físicos, que delimiten la conducta del recluso. Así el principio subjetivo o moral estriba en un tratamiento penitenciario basado en la confianza. Resulta ser un paso anterior a la libertad condicional o definitiva. Por lo tanto, la elección del infractor social, resultaba ser rigurosa; sin embargo, no se deja apreciar como un sistema premial, supeditado a una labor potestativa de la autoridad carcelaria, cuyos conocimientos subjetivos de identificación y clasificación humana, carecen de toda validez y legitimación científica, y si por el contrario, se justifica un sistema de castigo sumamente premial y corrupto, donde las relaciones de poder, determinarían la clasificación de los penados más aptos a ser propuestos a éste beneficio y derecho de libertad. El sistema de régimen de prisión abierta, fomenta un sistema de castigo de represión y explotación continua de los penados, donde los derechos más elementales a favor de los reclusos se ven violados estructuralmente, entre unos de ellos, el derecho de correspondencia, de visita íntima y familiar, de salud, de alimentación entre otros.

El régimen de prisión abierta, únicamente dará pauta a nuevos establecimientos penitenciarios, cuyos fines son esencialmente preventivistas y resocializadores, es decir, un simple cambio en la forma de aplicar el castigo, sin embargo, la racionalidad imperante seguirá siendo el de utilidad exacerbada y propuesta desde el siglo XVIII, salvo que en la actualidad, con mayores medios de instrumentación técnico y científico, para legitimar el fin de la pena preventiva y útil.

¹³³ Actualmente, dicho sistema es resurgido como una opción penitenciaria, para lograr la readaptación del recluso, ya que posee dos modalidades importantes, la primera relacionada a trabajos agrícolas y forestales, en tanto, la segunda, se relaciona al trabajo de obras públicas, sin embargo no existe una reglamentación minuciosa y concisa, para evitar que el trabajo en dichas condiciones no resulte ser otra parodia retributiva del castigo, donde la explotación del trabajo del recluso se diluye en intereses estatales y privados, en perjuicio de los penados.

La ambivalencia o el doble discurso que se observa en este tipo de cárceles, motiva a establecer su inoperancia práctica, que por ende, acarrea un sistema de corrupción visible, verbigracia: El caso Montesinos. Régimen donde se realizaba la parametración de personalidades peligrosas, (para efectos de inocuización o neutralización plena) y de personalidades posiblemente adaptables (con beneficios y privilegios de la cárcel abierta) esto debió traer aparejado una serie de componendas y de relaciones imbricadas en privilegios y corrupción para las autoridades carcelarias. Desde luego, éste ejemplo de corrupción, es un cuadro vuelto a pintar con la misma técnica y colorido, fácil de observar en nuestras actuales cárceles.

Se concluye entonces, que la función declarada de las penas resocializantes, también se esgrime en una ejemplaridad del castigo como la vinculación de todos los castigos aplicados, resultando más aflictivo dicho sistema; si consideramos que la amalgama de paradigmas teóricos y científicos, que se produce con un derecho penal de la seguridad social o defensa social colateralmente ejecutando la pena de prisión mediante el tratamiento penitenciario, sirve únicamente para controlar, ordenar y disciplinar en el interior de la cárcel, pero éste juego conductual y premial en la ejecución de la pena, no funciona hacia el exterior del sistema, por lo tanto, el dilema que crea un sistema de esta naturaleza, es una ficción del castigo y de la resocialización como fin útil y preventivo de la pena.

La cárcel , ha develado que es una institución injusta y poco utilitaria, por ello, su crisis y fracaso, se verifica no en su idealización, sino en su forma de operar y estructurarse materialmente dentro del sistema penal. Por ello, resulta que la pena de prisión ejecutada en el interior de la cárcel, resulta ser una pena paradójica no frente al derecho penal, sino frente a los derechos fundamentales a quienes se les aplica, por que resulta ser una violación estructural de derechos humanos y fundamentales del recluso.

Sin embargo, la necesidad de la pena de prisión, se sigue justificando en principios de justicia y utilidad, por ello, si aumentan estadísticamente determinados delitos, se procede a agravación de las penas de prisión, esto motiva por ende, que aumente la población carcelaria lo que con lleva necesariamente a que se aumenten los espacios carcelanos; entonces el resultado de esta política criminal da origen al endurecimiento del sistema penal.

Sí bien, no existe una alternativa plausible a la pena de prisión y la prisión misma, entonces las penas deberán aplicarse bajo un principio de proporcionalidad a la entidad del resultado ocasionado y no en cuanto a la personalidad del delincuente.

En nuestros días, la pena de prisión deberá ser ejecutada bajo una sistematización y estructuración con base en un respeto irrestricto de los derechos personales e individuales de todo recluso, donde prevalecerán los derechos que dignifican la calidad humana, independientemente del estado de segregación en que se encuentre dicho sujeto. De lo contrario, se verificará una estructural violación de derechos humanos o derechos fundamentales del individuo en reclusión, fomentando un sentimiento de venganza y un acto de violencia, con lastres meramente afflictivos y retributivos en la imposición de la pena de prisión.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

6. MOVIMIENTO DESESTRUCTURADOR DE LOS AÑOS SESENTA.

(RACIONALIDAD DESLEGITIMADORA)

6.1. EL REALISMO DE IZQUIERDA. (RACIONALIDAD DESMISTIFICADORA)

A finales de los años sesenta y principios de los setenta, se pueden verificar el clímax del fenómeno institucional y burocrático existente en el ámbito mundial. Donde los mecanismos y estructuras políticas, sociales, culturales y jurídicas se regían por una idea positivista, formalista, conservadora, debidamente jerarquizada (vertical), por ende, dicha sociedad cerrada y elitista, constituyó un sistema total y debidamente integrado, donde se fomentaba una estructura autoritaria y represiva, envuelta en discursos democráticos y liberales.

Sin embargo, las décadas supracitadas, también se vieron escandalizadas por los diversos movimientos sociales y estudiantiles, que permitieron con sus discursos y propuestas, el señalar que el sistema social, económico, político, jurídico y educativo, que se fomentaba desde el Estado organizado, así como sus respectivas instituciones que las legitimaban, padecían ya de un mal endémico, puesto que sus estructuras presentaban serias crisis de credibilidad, por ende, de legitimidad.

En especial, si los reclamos principales se sustentaban en la falta de oportunidades, así como de nuevos estilos de vida que fomentara a la naciente generación de individuos, que conformaban dicha sociedad. Dichos reclamos se esgrimían en una idea que permitiera el acceso al aprovechamiento activo, y que práctica y materialmente del desarrollo técnico y económico de la época llegase a todo el colectivo social.

Sin embargo, en un sistema cerrado, los estilos de acción y vida, se sustentaban en políticas represivas y conservadoras de un sistema decadente, clasista, desigual y racista, que fomentaba la llegada de la "generación en crisis" tanto social, así como en forma especial la de carácter económico, en beneficio de una elite minoritaria perjuicio del grueso de la población.

El crecimiento del descontento juvenil y de los grupos de personas consideradas rebeldes,¹³⁴ descarta la posibilidad de un problema de poder, más bien justifico un

¹³⁴ En el año de 1968, surgen estos movimientos estudiantiles, tanto en Europa como en América, otro de tipo de movimiento social lo conformaban los hippies y pacifistas, entre los cuales proliferó el uso de drogas prohibidas, también se genero otro tipo de sustancias artificiales para su consumo, que provocó su cambio en la política criminal camuflada a situaciones de salud, en este caso el relativo a las drogas permitidas y prohibidas.

problema de búsqueda de identidad, de crítica y de reestructuración del sistema como lo señala Stanley Cohen (1988)¹²⁵

Estos descontentos sociales también se reflejaban en el estilo de acción de la sociedad. Ya que sino existe una sociedad que pueda progresar, con base en el establecimiento de nuevos estilos de acción y de vida, utilizando racionalmente el desarrollo de la ciencia, de la técnica y de la economía para el beneficio del conglomerado social, entonces nos encontramos frente a una sociedad bloqueada, como bien lo señala Michel Crozier (1970)¹²⁶

Michel Crozier (1970), plantea que está sociedad bloqueada, de finales de los años sesenta, presentaba sutiles mecanismo psicológicos y sociales que regulaban las relaciones humanas, asimismo las interinstitucionales, por ello, su aparente contradicción en cuanto a su estructura y función, contribuyó a mantener el llamado *status quo*, del sistema institucional y burocrático de dicha sociedad conservadora.

En consecuencia, la crisis de credibilidad por la que atravesó dicha sociedad, en esta década, justifica una ruptura temporaria del orden burocrático, y se sustituye únicamente por otro. Donde solamente vemos un cambio de racionalidad, ya que simplemente se adapta el mismo sistema, pero ahora conforme a las exigencias del momento.

Por eso, fue que en el campo Universitario, donde las ideas y demandas, se estructuraron dentro de un sistema debidamente integrado, puesto que el enfrentamiento ideológico existente, necesitaba otro adversario con similares características. Michel Crozier (1970), señala que los movimientos que surgen de las universidades, no tenían tintes revolucionarios en sus objetivos políticos y sociales, sin embargo, sus medios de expresión reflejaban subversión y rebeldía. Estos movimientos estudiantiles, justificaron un enfrentamiento directo con el Estado o lo que se ha denominado el "enfrentamiento con la sociedad bloqueada". Donde se puso en tela de juicio el sistema de relaciones humanas, el estilo de acción y modo de gestión, así pasado el tiempo las ideas se han vuelto más radicales.

Podemos afirmar entonces, que estos sucesos históricos, originaron la aparición de la cultura de la "vuelta al orden", éste planteamiento resulta ser netamente conservador, si consideramos las posturas vanguardistas y radicales que surgieron en estos años

¹²⁵ Cfr. Cohen Stanley, Visiones del Control Social, 1ª. Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU) EdL Barcelona 1988, pp. 56.

¹²⁶ Vid. Crozier, Michel, La sociedad Bloqueada, Úsica Ed. Amorrortu, EdL Argentina, 1970, pp. 23 ss.

sesenta y setenta, que se consideran como planteamiento rompedor de esquemas jerárquicos.

Por lo tanto, cuando las estructuras de poder se encuentra debidamente consolidadas e integradas, producir un desorden, se constituye como un acto u objetivo revolucionario, ya que genera nuevas propuestas diferentes a las ideologías ya existentes, con ello, se rompe con los símbolos sagrados y las políticas dominantes.

Sin embargo, el objetivo revolucionario, también puede producir nuevamente orden y jerarquización social. Por ejemplo, no debemos olvidar los periodos de transición analizados en cada etapa histórica, que nos permiten observar periodos de gestación, nacimiento y desarrollo de una determinada ideología de poder, que pretende sobreponerse a otra ideología de poder existente, como han sido los grandes acontecimientos revolucionarios de social, religioso, científico, político y económico, que necesariamente producen nuevos ordenes sociales.

Respecto al sistema de castigo, y en especial a institución carcelaria, durante los años sesenta y setenta, se origina un lenguaje fuerte y con severas críticas al sistema penal. Se retoman términos como: control social, descarceración, desestructuración, despenalización, desmedicalización entre otras. Con ello, después de los sesenta, se trataría simplemente de invertir la ideología plasmada en el siglo XVIII.¹³⁷

Stanley Cohen (1988), nos describe cuatro movimientos o ideologías desestructuradoras dentro del sistema penal estatal:

PRIMERA. Opuestos al Estado. Movimiento que llamaba al Estado, para que abandonase sus funciones de control o innovase su función, a fin de hacerla menos burocrática. Se trata de un reclamo por la descentralización y desformalización del sistema.

SEGUNDA. Opuestos al Experto. Movimiento provocado por una falta de confianza hacia los profesionales y expertos. Buscaba la desprofesionalización, desmedicalización y deslegalización del sistema carcelano.

TERCERO. Opuestos a la institución. Movimiento que fomentaba la poca credibilidad de las instituciones, por ende, se fomenta un cambio de estructura, y se exige el

¹³⁷ Respecto al discurso humanizador del sistema penal y asimismo de la pena, donde se justificaba como más humana racionalmente hablando la pena de prisión.

reemplazo de las medidas segregativas, por otras medidas alternativas, entre ellas, la desaparición de las instituciones carcelarias, y

CUARTA. Opuestos a la mente. Eran aquellos movimientos en contra de las ideologías resocializadoras y de los tratamientos individualizados, por lo tanto, pretendían invertir la lógica positivista. Fomentaban una esquematización del derecho penal de acto y no de actor. Era un volver a la justicia humanista.¹³⁸

De éstos movimientos anunciados, el de la **descarcelación**, dentro del sistema penitenciario, toman suma relevancia, entre los escritos críticos de la época, así Stanley Cohen (1988) afirma, que surgen tres corrientes importantes:

PRIMERA. El Proceso accidentado. Está corriente corresponde a una visión de carácter correccional, tanto del surgimiento de la cárcel, como del sistema del control del delito. Caracterizándose por su benevolencia, altruismo, filantropía y humanitarismo.

SEGUNDA. Las buenas (pero complicadas) intenciones. Esta corriente establecía soluciones funcionales a cambios inmediatos, pero con consecuencias desastrosas. Simplemente evidenciaba la unión de un concepto de resocialización con la práctica del encarcelamiento. Una forma ecléctica de la función y fin de la pena, salvo, que toda doctrina ecléctica resulta ser más aflictiva y represiva, y

TERCERA. La disciplina y mistificación. Esta corriente se estructura como un modelo explicativo del cambio correccional, que se esquematiza como la corriente más radical y pesimista, del movimiento de izquierda.

Con estas posturas se proyecta una idea del sistema de control nuevo, donde se verifican las historias del fracaso en referencia a las necesidades del orden capitalista naciente, así como de la historia, que se funda en la economía política. Sustentando dicha corriente que toda la teoría del cambio social es de índole materialista.¹³⁹

¹³⁸ Cohen, Ob. Cit. p. 57.

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 41 a 55. Debe señalarse que también Tesorio Engle Fernando. En el Control Social de la Droga en México, S.N.E. Incauce Ed. México 1991, pp.17 ss. Hace un recuento similar con base en Stanley Cohen, describe dichas lecturas como: las de la inequidad, del fracaso y la lectura del éxito. Siendo que en las lecturas de la inequidad se observan bajo principios y fundamentos del sistema, donde se establece que los esquemas trazados por esta sociedad conservadora son los adecuados para el progreso y el orden. Por cada, pretenden demostrar el avance y la superación de la humanidad, en razón de que las penas bárbaras y primitivas, fueron suplantadas por penas más humanitarias. Por ello, este sistema de penas humanas representa ciertas exigencias como son: la profesionalización de los operadores sociales, otorgamiento de recursos financieros adecuados y dotación de recursos materiales. Las lecturas desmentidas del fracaso, cuyo representante es David Rotman, establece que las instituciones sociales de carácter segregativa como: la prisión, el asilo, los psiquiátricos, son instituciones totales en su contenido y sistema, sin embargo, también reflejan la existencia de unos microcosmos complejos, donde se reproducen las relaciones sociales. Por ello, se establece que estas instituciones no han cometido errores, sino que han

Estalla, entonces, la crisis del sistema punitivo y carcelario, y se da lugar, al enfoque de los movimientos realistas de izquierda. Salvo, que con relación a sus propias objetivos, se verifica simplemente una **desmistificación de los sistemas penales y de segregación, en cuanto a los fines pretendidos de resocialización y readaptación del delincuente.**

Aun cuando muchos de sus postulados tienden a ser de imposible realización, la presencia de la crítica alternativa, a un sistema de castigo total y conservador, permite evidenciar el **fracaso de una práctica autoritaria del castigo que el proceso humanizador de las penas ha encubierto y legitimado.**

Se aprecia entonces la existencia de una crisis del sentido y los contenidos del sistema de castigo, en virtud de que las funciones declaradas no son en realidad lo que se había dicho.. Entonces, aludiendo a Berger-Luckmann (1993), el proceso de creación de la realidad en una vida cotidiana, no presenta una interacción estructural, temporal, espacial y lógica, para los integrantes del conglomerado social.

Esta cuestión de historicidad, simplemente construye edificios, con formas inalterables, creando un proceso institucionalizado con fuerza de facticidad; por eso, el mundo que se declara como tal, en su contenido y en su significado, presenta un fuerte grado de crisis de sentido y de credibilidad, en consecuencia sumamente represivo y antidemocrático.

Los sistemas penales se incorporan a las crisis institucionales de los años sesenta y setenta, que se mantiene de forma cíclica y autoritaria hasta nuestros días. Siendo que parten de una interpretación no democrática de las categorías que afirman la capacidad punitiva del Estado, (interpretación de las normas y doctrinas del derecho positivo)

Siguiendo a Habermas (1991), la argumentación antidemocrática señalada, se refleja en una verdadera falta de consenso en esa edificación monotética del derecho a castigar. El fin y los contenidos verificados en la razón de Estado y las razones jurídicas, permiten observar simplemente significados simbólicos de orden y progreso, que se ven afectados por la falta de legitimación plena. **Esto se debe esencialmente a un exceso de**

fracasado. Dicha lectura entonces, nos permite, fundamentar la crisis del sistema. Por último, las lecturas del éxito, que se desprende de las obras de Rasche- Kirchheimer con su libro denominado "Penas y Estructura", así como la de Melossi-Pavarini con "Carcel y Fabrica", así como, la Michel Foucault "Vigilar y Castigar", son lecturas que nos permiten verificar, que los sistemas de penas en general, no fracasan en cuanto a sus funciones declaradas, sino por que han cumplido, ejemplarmente con esas funciones declaradas. En ese orden de ideas, se justifica que sus objetivos de progreso van en otro sentido a los expuestos, estas lecturas nos llevan a una cuestión de criminología crítica, donde se describe el velo que oculta esas funciones latentes del control penal.

IMPRESO EN
FALLA DE ORIGEN

racionalidad que proyecta la modernidad en la cuestión ideológica del poder público, que implica en un momento dado, su propia crisis y desaparición.¹⁴⁰

Por eso el movimiento desestructurador resulta ser importante, ya que permitió verificar esta crisis ideológica humanizante de los sistemas punitivos y carcelarios modernos, que posteriormente originará la aparición del nuevo realismo de derecha en Estados Unidos.

El impulso desestructurador —como Cohen lo refiere— es la modificación del lenguaje del control social para invertir la dirección que el sistema había adoptado en el siglo XVIII, con dicho movimiento se atacó radicalmente la idea de encarcelamiento, al grado de proponer la descarceración.¹⁴¹

Podría considerarse que el sistema penal sufrió transformaciones debido a éste movimiento, pero si bien se consiguieron ciertas victorias, el balance arroja efectos disfrazados, el movimiento se convirtió en una historia de **doble sentido**, especialmente porque la crítica no solía ser acompañada por alternativas factibles.

En consecuencia **la modernidad ha planteado de siempre un diálogo de discursos y proyectos, y todos van orientados a un proceso simultáneo de subjetivación**, que busca solamente mantener el orden, sin tomar en cuenta la consecuencia. Este panorama de supuesto cambio, trajo un nuevo caparazón de protección del poder y del control social y punitivo.

Sin embargo, **no debemos ser pesimistas, porque esto implicaría impotencia e irreversibilidad hacia un proceso construido, aunque, en materia de castigo, el optimismo resulta ser demasiado irónico, cuando en el mundo, la economía y el dinero, son la perplejidad final.**

¹⁴⁰ Cfr. Habermas, Jürgen, *Escrios sobre Moralidad y Eficacia*, 1ª. Ed. Paidós, Ed. Barcelona, 1991, 75 a 83. Cfr. Habermas, Jürgen, *Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, 5ª. Ed. Península Ed. 43 a 45. Al respecto plantea Habermas, que en términos de la teoría de la argumentación, debemos verificar primeramente cual fue la formación de la voluntad parlamentaria del legislador, que compenetra discursos relativos a objetivos políticos y discursos relativos a las fundamentaciones morales, que se plasman en el contenido de las políticas de control social y punitivo; pero a esto es necesario sumarle, en segundo término, cual de esas decisiones ha sido tomada por acuerdo parlamentario o las que han sido tomadas por simple negociación; en tercer término, es necesario reconstruir como se dará la institucionalización por vía de procedimientos jurídicos, la imparcialidad de las decisiones del poder legislativo, por eso, es necesario que el sistema se democratice aún más, para el efecto de que los presupuestos de la comunicación relativos anunciados sean legítimos debe participar la formación discursiva de la voluntad de la colectividad.

¹⁴¹ Cfr. Cohen, Ob. Cit. pp. 58 a 60. Se enfatiza por éste autor, que el orden cognitivo tiene su sustento con base en que las cárceles y los reformatorios juveniles, en una concepción de sentido común son insuficientes, por ende, si previene así resocializan (versión blanda) sino que empeoran las cosas, por que fortalecen vínculos criminales (versión dura) En cuanto al orden teórico con base en creencias sociológicas y políticas, donde la teoría del etiquetamiento permite justificar que el deviado en un sistema es difícil retornarlo a la vida normal, la devoción es un producto del sistema del control por eso la prevención y caración debe realizarse en la comunidad. Por último, el orden ideológico se convirtió en una retórica, pero también en una ideología crítica a la centralización y burocracia del sistema penal, esto provocó el desencanto de la resocialización.

TESIS EN
FALLA DE ORIGEN

6.2. EL NUEVO REALISMO DE DERECHA (RACIONALIDAD DESVALOR)

La crisis de legitimación que surgió en los años sesenta, motivó la aparición del movimiento desestructurador con nuevas propuestas y diferentes justificaciones para el sistema penitenciario; en Estados Unidos surge el Nuevo Realismo de Derecha, en Alemania Occidental, se relaciona con los postulados que proponen la Teoría de la Prevención- Reintegración.

Estas dos nuevas propuestas se enfocan más hacia los fines de la pena, que al castigo en sí mismo. Coinciden en señalar que la práctica carcelaria no ha cumplido sus objetivos, principalmente el concerniente a la resocialización.

El problema no se centra en criticar la resocialización en cuanto a su contenido y significado, sino precisamente el lugar en que ésta se lleva a cabo, **la crítica se centra en la institución carcelaria, en la propia prisión.**

Con este objetivo se inició un combate contra los problemas que se visualizaban en los contenidos y objetivos del sistema penitenciario por ejemplo: contra el hacinamiento, la corrupción, la violencia, las relaciones ilícitas de poder, la falta de profesionalización y escasez de recursos económicos.¹⁴²

Esta nueva realidad propondrá objetivos a corto plazo, la despoblación o despresurización carcelaria, y a largo plazo, la desaparición de la cárcel. Luego entonces, pugnará por medidas alternativas a la cárcel, ya a mediados de los años setenta, se busca el **trabajo a favor de la comunidad, arresto domiciliario, los sustitutivos a la pena de prisión**, entre otros.

Dichas posturas son criticables en razón de que los fines de la pena de prisión, si bien es cierto que dicha institución crea nuevos delincuentes, **también lo son que respecto a una prisión abierta o semiaabierta, se produce un estado de desigualdad por la corrupción imperante tanto entre el personal carcelario como entre los internos, quienes por el fin de obtener un beneficio, generan una táctica de intereses y relaciones imbricadas de poder y dominio.**

Estos es, **se genera un problema de poder y autoridad**, por ende, se genera una ruina absoluta de las medidas alternativas a la prisión, una falacia más del sistema penitenciario.

¹⁴² Movimientos como este fue calificado por Stanley Cohen (1988) como *lecturas pesimistas*, que establecen que el sistema carcelario no cumple los sus objetivos que persigue.

La formalidad legal de igualdad, lleva implícita una legalidad material desigual, que se erige en una ilegalidad formal y material, ya que al conceder beneficios a determinadas personas con ciertas características o dentro de algunos parámetros de personalidad, permite de manera desigual acceder a algunos segregados, a los beneficios de los sustitutivos de la pena de prisión, así simplemente se propicia y se genera una cultura de corrupción y de autogobierno en los sistemas carcelarios, en aras de una resocialización y readaptación, en una relación de sumisión.

Volvemos entonces a una idea subjetiva poco demostrable, empíricamente hablando, en la práctica diaria se observa por un lado, que la cárcel como institución total se reafirma como el castigo ideal de un sistema autoritario y sin garantías, como bien refiere Luigi Ferrajoli (1995), y por el otro lado, los principios readaptador y resocializador de la pena, siempre presentarán una crisis de existencia pues su finalidad no podrán ser demostrada en la individualización de la pena-castigo. Por el contrario las cifras estadísticas demuestran una mayor cárcel y una menor readaptación.

Así, el adjetivo "*mayor qué*" paradójica e irónicamente parece ser el factor determinante en los discursos de política criminal, en razón de que en los sistemas punitivos y carcelarios modernos, castigar significa readaptar y resocializar, mediante *mayor* hacinamiento, *mayor* violencia, *mayor* corrupción, *mayor* número de internos, *mayor* número de cárceles; desde luego, para dar eficacia al fin útil de la pena es necesario tener, *mayor* número de delitos, *mayor* número de bienes tutelados, *mayor* delincuencia y un aumento desmesurado en penas de mayor duración, es decir, *mayor* graduación de penas. Objetivamente significa *mayor* represión y *mayor* autoritarismo, luego entonces *mayor* control social y punitivo, en la aplicación de un derecho penal máximo; en contra sentido, podemos observar la aparición del adjetivo "*menor qué*", en una especie de interrogante que se construye fragmentariamente en una menor libertad, *menor* igualdad, *menor* respeto a los derechos, menor garantismo, *menor* democracia, por ende, *menor* Estado de Derecho.

La situación se vuelve más dramática si tomamos en cuenta que el crecimiento del sistema carcelario nos lleva a reconocer que no existe hasta el momento un parámetro fehaciente que determine quién o quiénes son realmente readaptables, que motive una estrategia de resocialización y de reinserción social.

Si los medios y fines de la pena moderna se dirigen a retribuir, reparar o reprimir al delincuente, estamos ante una visión imposible de materializar y delinear objetivamente.

Puesto que esto elude simplemente a justificar el problema externo de ¿cómo castigar? y no del ¿por qué castigar? Mucho menos del ¿por qué prohibir?) como refiere Luigi Ferrajoli (1995)

Por el contrario, estos postulados justifican que el proceso humanizador de las penas en la modernidad invirtiera su esquema para encubrir y legitimar una práctica autoritaria del castigo en aplicación de un derecho penal máximo.

Resulta evidente que los postulados revolucionarios de los años sesenta y setenta, son realmente anacrónicos, sin embargo, se vuelve, al orden y a la realidad, bajo otros valores, que permitieron la construcción de un mundo más complejo, donde las ideas revolucionarias, son contradicciones internas de un capitalismo acelerado, por ende, la ideología del cambio, entre proyectos y diálogos, no hace más que morir.

TESIS CON
FALLA DE CENSO

CAPÍTULO

2



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

98-A

CAPITULO 2.

DOCTRINAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA PENA.

(RACIONALIDAD DE MEDIOS Y FINES)

Partiendo de que la función y finalidad de una pena debe constreñirse al ámbito histórico, social, político, jurídico y económico donde se desarrolla tal y como lo señalan Rusche-Kirchheimer (1984), Juan Bustos Ramírez (1988), y Luigi Ferrajoli (1995), los cuales refieren que las doctrinas de la justificación de la pena establecen un poder de una comunidad para ejercer violencia programada sobre unos de sus miembros.¹⁴³

Entonces, podemos observar que la concepción de las sociedades premodernas consideradas dentro de la etapa del castigo como sociedades de venganza de sangre o de racionalidad privada, tienen una concepción retributiva del castigo, con un valor axiológico intrínseco, no como un medio, sino como un deber meta jurídico en la imposición del castigo; cuyos fines en si mismos simplemente son el castigo, la compensación, la reacción, la reparación o la retribución de la ofensa.

Estas ideas sustentaran el Estado absoluto, el cual tiene una íntima relación con la estructura social, económica y política de la sociedad feudal, y que a su vez implicaba una dependencia jerárquica personal. Este sistema del castigo, en consecuencia, se regirá por delitos de "Lesma Majestad", lo que reconoce que "(...) el hombre hecho a semejanza de Dios, lo que se castiga es su rebelión contra el soberano y del estado de Dios en último término (...)"¹⁴⁴

Sin embargo, la doctrina de este derecho dividido para castigar que tenían los reyes absolutos, tiene un sustento importante de origen teológico cristiano, precisamente con base en la epístola de San Pablo que señalaba: "(...) Todos han de estar sometidos a las autoridades superiores, pues no hay autoridad sino debajo de Dios (...)"¹⁴⁵ Por eso quien resiste a la autoridad, se resiste a Dios, trayendo como consecuencia la condenación; así, las autoridades no se tienen para los que obran bien sino para los que obran mal. Y los ministros de Dios o autoridades tendrán que vengar el castigo de quién obra mal; por

¹⁴³ Bustos Ramírez Juan. Control Social y Sistema Penal. 1ª. Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias. Ed. Barcelona 1987. p. 53. Cfr. Ferrajoli Ob.cit. p.253.

¹⁴⁴ Bustos Ramírez. Ob. Cit. p.54.

¹⁴⁵ Loc. Cit.

lo tanto, el castigo implica el sometimiento por conciencia. El mal con mal se paga, de ahí que la justificación retribucionista del castigo legitime externamente la pena, puesto que miran hacia el pasado (*quia peccatum*).

Por otra parte el Estado absoluto, es un Estado de transición al capitalismo, el **Estado liberal-burgués**, retomará las ideas del fundamento racional como unidad formal del Estado, colateralmente diseñará los aspectos de la autonomía de la sociedad civil en el co-pacto social, con el fin de salvaguardar los derechos de propiedad, de la vida, de la libertad y de las posesiones de sus agremiados, dándole un toque mágico en el discurso de igualdad y de libertad social, así como de voluntad soberana del pueblo hacia la democracia, postulados con una carga ideológica netamente liberal.¹⁴⁶

De esta manera, **el estado burgués se identifica como la naciente sociedad soberana del pueblo frente al absolutismo**, conformada por comerciantes y banqueros, los cuales al no ser de las clases aristócratas, constituyeron un cuerpo social independiente, con el cual incluso, el rey y sus siervos, se vincularían en forma material. Luego entonces, **el producto de las grandes revoluciones sociales del siglo XVIII, son los derechos humanos en el ámbito de garantías fundamentales**, los cuales toman relevancia cuando el estado liberal-burgués, erige como su principio de lucha la libertad y la igualdad social, conceptos que amalgaman múltiples libertades e igualdades.

La libertad e igualdad así vistas, presentan límites formales y materiales, que se proyectan hacia la concepción de un Estado liberal-guardián en donde dichas limitaciones se establecen como perjudiciales para el convenio social, sin embargo, se pretende que esas libertades limitadas no se vean afectadas con las conductas delictivas de la minoría desviada, surge aquí la estructuración de las escuelas clásica y positiva del derecho penal.

La esencia del fin de la pena en esta transición es con base en el pensamiento de los ilustrados, es decir, con principios laicos y de plena racionalidad, pero mantienen concepciones esencialmente autoritarias.

El **Estado capitalista** aparece como acorazado con toda una carga ideológica de utilidad, progreso, orden, disciplina, vigilancia y reeducación en donde la ejecución de la pena, tiene como fin la explotación de la mano de obra, ya sea en galeras, en presidios, en deportaciones o en el trabajo desarrollado en la casa de corrección, sin perder sus

¹⁴⁶ En las ideas de Nicolás Maquiavelo (1469-1527), Thomas Hobbes (1588-1615), John Locke (1632-1704), Jacobo Rousseau (1712-1778).

características retributivas éticas-jurídicas en la imposición de la pena. El Estado intervencionista, **se caracteriza por ser un sistema político-económico que preconiza la continúa intervención estatal, en la economía y en la situación social de los súbditos, desde luego, dicho sistema que realiza y crea tendrá una serie de disfunciones, que darán origen al Estado guardián, de aquí se parte hacia un deslinde metodológico entre lo económico y lo político, es decir, se verifica una verdadera distinción en el proceso de acumulación y de reproducción capitalista, que se tradujo en problemas de legitimación.**

La intervención del Estado, se da precisamente en el mercado productivo y pretende lograr su regulación, con el fin de justificar su defensa, que se traduce en un discurso humanista de la defensa social del castigo.

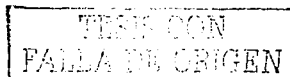
El **positivismo**, erige la estructura para legitimar la intervención del Estado, en la imposición del castigo, con ello, se legitima el sistema penal y carcelario moderno. En consecuencia, la ciencia fundamentada en el orden, la disciplina y el progreso, permite la existencia de la sociología como súper ciencia del mundo del orden, puesto que el actuar social se equipara a un deber ser social perfecto.

Luego entonces, **esta legitimación científica tiende a separar necesariamente lo político de lo jurídico, pero siempre en relaciones imbricadas, para justificar la razón de Estado y las razones jurídicas**, en la imposición de la pena, en forma autoritaria. No es de extrañarse que el positivismo realice el control, sobre la base de la definición científica y sociológica de la existencia de los hombres no peligrosos y los hombres peligrosos. Estos postulados tratan de establecer que el discurso de la defensa social, tiene su legitimación propiamente con la intervención estatal, para limitar la libertad e igualdad formal de los individuos, para someterlos a un mundo del orden en aras del bien social.¹⁴⁷

Atendiendo a lo anterior, podemos verificar la **existencia de la intervención estatal autoritaria en la aplicación de un sistema punitivo de máxima represión.**

De ahí que el discurso humanista de las penas sea el legitimador del estado autoritario en la práctica del castigo. Ahora bien, Iñaki Rivera Beiras (1998), señala

¹⁴⁷ Producir esa clasificación desigual e ilegítima entre hombres peligrosos y no peligrosos justifica esa crisis del Estado moderno, si tomamos en cuenta por ejemplo, los efectos que produjo dicha intervención en el Estado fascista y nazi, donde también se esquemático a los hombres por su biología-genética-cultural, lo que motiva a observar un sistema político sumamente represivo, es un volver al orden absoluto.



que la pena implica que se trastocuen problemas de libertad, de seguridad y de dignidad de los ciudadanos.¹⁴⁸

Esta idea simplemente confirma que los diversos criterios que sustentan las doctrinas de la justificación de la pena, siempre se concretan a la justa retribución, la intimidación y la defensa social, cuyo único fin se centra en la amputación del órgano enfermo. Las doctrinas de la justificación de la pena, son heterodoxias que forman parte del ritual ideológico liberal-burgués.

Jackobs, refiere que la pena resulta ser concretamente una infracción de la norma, así la pena, es la medida de una reacción, es decir, una autolegitimación externa del fin de la pena.

En torno a la legitimación de la pena se debe plantear el cuestionamiento siguiente ¿Cuál es el fundamento del castigo penal? En cuanto a la función de la pena se plantea la siguiente interrogante ¿Cuál es la finalidad del castigo penal?. Tales cuestionamientos dieron origen a dos grupos de doctrinas que fundamentan el castigo penal y que son: Las doctrinas de justificación absoluta y las doctrinas de justificación relativas de la pena.

Puede decirse que las doctrinas absolutas o retribucionistas miran hacia el pasado o "quia peccatum" en tanto, las doctrinas relativas o utilitarias miran hacia el futuro "ne peccetur", por ende, la aplicación de la pena determina un carácter natural y legítimo al poder de castigar, quedando asentado que la misma legitima el monopolio de la violencia estatal y represiva que se ejerce con la pena.

Luigi Ferrajoli (1995), afirma que los modelos de justificación de la pena, siempre presentan requisitos metaéticos, puesto que se justifica su legitimidad, en sí mismos. Lo esencial sería entonces, no darle un fin externo al derecho, para que el medio, no se traduzca en un mal referente a un costo humano y social.; por lo tanto, debe plantearse una separación real entre la moral y el derecho en la aplicación de la pena, es decir, donde no se pueda apreciar un concepto del mal o del valor implícito en todo castigo.

Asimismo, se tendría que establecer un parámetro en donde los medios sean congruentes con los fines, por eso la justificación de las metas del derecho penal,

¹⁴⁸ Cfr. Rivera Beiras Iñaki. El Problema de los Fundamentos de la Intervención Jurídico Penal. I°. Ed. El Signo, S.A. Ed. Barcelona 1998. (introducción)

deberán ser alcanzadas empíricamente con las penas, lo que implica tener una homogeneidad entre fines, medios y penas.¹⁴⁹

¹⁴⁹Cfr. Ferrajoli, Luigi. El derecho Penal Mínimo. En Poder y Control. Revista Hispano-latinoamericana de Disciplina Sobre el Control Social. No.0, PPU, Edil. Barcelona, España 1986, pp. 28 a 30. Cfr. Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razon. S.N.E. Trotta Edil. España, 1995, pp. 247 y ss. Cfr. Moscón, Giussip. La Justificación de la Pena: La Cárcel y el Derecho penal Mínimo en la Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo. C.N.D.H Edil. 1995, p. 26. Este autor señala que la pena resulta ser idónea cuando alcanza sus fines, en este sentido si busca reeducar o retribuir, solamente sus objetivos propuestos justifican su aplicación. Kant, señala que la significación de medios y fines, en la actualidad se manifiestan en forma incongruente, donde los fines de la pena son inalcanzables, de ahí que el fin deba ser acorde con su medio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1. DOCTRINAS DE JUSTIFICACIÓN ABSOLUTA O RETRIBUCIONISTA.

(RACIONALIDAD ÉTICA-JURÍDICA)

Las doctrinas absolutas o retribucionistas de la pena se distinguen porqué miran hacia el pasado (*quia peccatum*), por lo tanto, legitiman extemamente la pena apriorísticamente hablando, ya que no se condiciona por fines extrapunitivos, de ahí, que su justificación de la pena, sea en si misma. Un es esquema simple de devolver mal con mal, girando siempre bajo tres ideas justificantes:

1. La amenaza.
2. La expiación, y
3. El reequilibrio entre pena y delito.

La característica de la doctrina de justificación absoluta de la pena, se contempla dentro de una visión ideológica de venganza de sangre o "*vendetta*", ésta formulación dice Jackobs,¹⁵⁰ observa como una primera limitación de pena, al aludirse: "Ojo por ojo, diente por diente, mano por mano", en consecuencia se trata de un sistema de justificación de la pena de carácter talional verbigracia: El Código de Hamurabi.

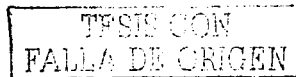
El tema de la venganza es muy socorrido por diversos autores en los manuales de derecho penal, de los cuales se desprende una conclusión concreta, en el sentido, de que la venganza tiene un **sustento retribucionista**, con base en principios ético-morales. Pero curiosamente la justificación de la pena, se centra en argumentaciones con valores absolutos, es decir, **tienen un valor axiológico intrínseco, luego entonces, dicha justificación no es un medio sino un deber ser meta jurídico.**¹⁵¹

Mir Puig (1985), advierte que la **retribución se puede observar desde el ámbito religioso, ético y jurídico**. En este entendido, el retribucionismo religioso de origen cristiano, determina su postura de justificación de la pena moderna, con el mensaje que realizara Pío XII en el VI Congreso Internacional del Derecho Penal, donde se afirmaba, que la concepción del juicio final, encierra un principio de retribucionista del castigo.

De tal manera, que si la doctrina de la justificación absoluta de la pena, gira en torno a la venganza, a la expiación y al reequilibrio de la pena y el delito, entonces la

¹⁵⁰ Cit. Rivera Beiras. Ob.Cit. p. 15

¹⁵¹ Código de Hamurabi. Ob. Cit. p. 17. Cfr. Ferrajoli. Derecho y Razón. Ob. Cit. 253 a 257.



fundamentación ética de la pena, con base en las posturas kantianas, simplemente justifica el valor moral de la ley penal, que se ve infringida por el culpable, por ende, sé inflinge el castigo para reordenar y reestructurar lo dañado por el delincuente. Asimismo, si la pena es un fin en sí mismo, no es ético y admisible fundar el castigo en una utilidad social, y con ello, determinar la pena bajo un principio de justicia.

Todos éstos postulados kantianos permiten concretizar que **la ley penal es un imperativo categórico, que se debe cumplirse**, la falta de cumplimiento origina la exigencia incondicional de la justicia, mismo valor absoluto que está libre de todo utilitarismo en protección de la sociedad.¹⁵²

Roxin (1992) **señala que Kant, no busca ésa utilidad de la pena respecto al autor, sino que lo importante de la pena es la proporcionalidad con relación a la pura y estricta justicia (medios y fines)**

Ferrajoli (1995), afirma que el postulado de Kant, **resulta ser insostenible como retribución de la pena, ya que al existir un nexo entre culpa y castigo, simplemente se manifiesta una idea iusnaturalista**, donde se hace una confusión entre derecho y naturaleza, entonces ahí, la justicia penal se vuelve absurda.¹⁵³

Por otro lado, lo postulados de justificación absoluta de la pena, en una **concepción jurídica, con base en los postulados de Hegel**, se erigen por la necesidad de restablecer el orden social, debido a la violencia que genera el delito, entonces lo que se va a restablecer es el orden jurídico que resulto ser negado por la voluntad especial del delincuente.

En consecuencia, se habrá de negar ésta negación, a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general, y con ello, justificar un sentido dialéctico de la pena. **Surge la necesidad de reparar el derecho con una violencia contraria que restablezca el orden legal violado.**

¹⁵² Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal (parte general)* 2ª. Ed. PPU, Ed. Barcelona 1985, p. 36. Kant, ejemplifica su postura de enfrentamiento de valores absolutos, respecto a un suceso concreto, relativo al de disolver y dispersar una isla en el mundo, donde los habitantes de la misma, como acto final deberan castigar y ejecutar, al último avejido que se encuentre en prisión, con ésto se establecería la conciencia de todos, en cuanto al valor de los actos, aun cuando fuese innecesario para la sociedad el castigo, puesto que con este acto se restablecería el orden alterado, de ahí su justificación retributiva de carácter ético-moral del castigo.

¹⁵³ Cit. Rivera Beiras, Ob. Cit. p.19. Cfr. Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, S.N.E. PPU, Ed. Barcelona España 1992, p. 10. Vid. Pavarini, Massimo, *El Sistema del Derecho Penal entre el Abolicionismo y Reduccionismo* en revista Mexicana de Justicia México 1996, p. 221. Pavarini refiere que la venganza se observa como una pena legal, misma pena que se encuentra amalgamada en un duro núcleo de la sociedad, y en ésta se refleja como una retribución del bien contra el mal. Vid. Zimmerling E. Franklin, *La Utilidad del Castigo*, S.N.E. Editores Asociados, Ed. México 1977, p. 47. Roxin afirma que este tipo de teoría absoluta de la pena se encontraba a principios de los años sesenta en Alemania. Por eso la pena so-tenía fines de carácter social, sino en un valor de justicia.

Jackobs, plantea en torno a esta idea hegeliana, que la pena se funda en un concepto de derecho y tiene una similitud con el sistema penal Alemán, que proyecta una justificación de prevención general positiva. El sentido hegeliano se sustentaba en la siguiente dialéctica:

La tesis: surge a través del delito como negación del derecho.

La antítesis: la pena surge como negación del delito, y

La síntesis: por último, la pena a su vez como negación del delito es la afirmación del derecho. ¹⁵⁴

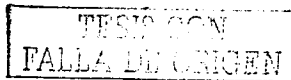
Frente a esta uniformidad de valores los **postulados de Kant y Hegel, no son vertientes diferentes del retribucionismo**, ya que se mezclan ideológicamente en un contenido del valor moral que representan sus concepciones, sin embargo, su diferencia estriba precisamente en que por un lado, los postulados kantianos, tienen una interpretación normativista de la naturaleza de tipo ético, y por el otro, lo postulados hegelianos tienen una interpretación de tipo jurídico, pero ambas posturas ideológicas nos llevan a una subjetividad de concepción naturalista y ontológica, cuyos fines y medios se representan tanto por la moral y el derecho.

En síntesis, podemos afirmar que **la doctrina de justificación absoluta de la pena, no asigna función alguna a la pena, por lo tanto, su fin estriba en la realización de la justicia.** El contenido ideológico de esta doctrina de justificación, se centra en una filosofía de política liberal, que ve la proporcionalidad de la pena en cuanto al delito realizado, mismo principio que será su único límite.

Iñaki Rivera (1998), refiere que las teorías absolutas de la pena intentaban resolver el problema respecto a la interrogante ¿por qué punir? Pero esto implicaba mirar hacia el pasado; mientras que las teorías relativas de la pena, tienden a resolver el interrogante ¿Para qué castigar?. Es decir, que se orientan hacia el futuro.

Ferrajoli (1995), centra la idea principal respecto a las doctrinas absolutas, en el sentido de exponer que las mismas, no tienen fines extrapunitivos, sino que únicamente presentan un valor intrínseco asociado a su imposición, por eso la pena constituye el bien

¹⁵⁴ Mir Puig. Ob.Cit. p.37. Cfr. Hegel. Filosofía del Derecho. 2ª. Ed. UNAM. Ed. México 1985. pp. 47 a 51 y 104 a 111. Cfr. Ferrajoli. Ob.cit. pp. 254 y 255.



y un fin en sí misma; aquí es donde la confusión real del derecho y la moral se vuelve a encontrar en un plano y contenido misticado.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Rivera Beiras, Ob. Cit. p. 26. Cfr. Ferrajoli, Ob. Cit. 256 y 257. Vid. Rodríguez Mourullo, Gonzalo, Significado Político Fundamento Ético de la Pena y de la Medida de Seguridad, Reus Ed. España 1965, pp. 9 y 10. Gonzalo Rodríguez Morallo menciona que la idea de la retribución se utiliza como expiación del pecado donde la moral sigue unida al derecho, de ahí que la pena sea retributiva proporcionalmente a la culpabilidad, dando con ello la aplicación de una pena justa. Vid. Scheerer, Sebastian, La prisión en la Teoría de la Prevención-Integración. En la Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo, C.N.D.H. Ed. México 1995, p. 33. Scheerer afirma que el criterio retributivo no solamente es peligroso para la seguridad de los valores individuales sino además es perjudicial en la política criminal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. DOCTRINAS DE JUSTIFICACIÓN RELATIVAS. (RACIONALIDAD FUTURA)

2.1. DOCTRINAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA PREVENCIÓN GENERAL.

(RACIONALIDAD DE SIMPLE LEGALIDAD)

Luigi Ferrajoli (1995), señala que es necesario que exista un balance del valor con el fin perseguido con la pena, es decir, **debemos considerar ¿el cuándo punir? Asimismo, el medio y el coste la pena justifica ¿el cómo punir?**

Estos principios nos permiten establecer una primera postura respecto a las doctrinas de justificación relativas, éstas son todas aquellas doctrinas utilitarias, que consideran a la pena como medio para la realización del fin utilitario de la prevención de futuros delitos, en consecuencia, son doctrinas que miran hacia el futuro (*ne peccetur*) Por eso, dichas doctrinas se adecuan al fin perseguido, porque son externos al derecho mismo.

Por otra parte, Mir Puig (1985), señala que la teoría de la prevención asigna a la pena una misión de prevenir los delitos, esto va implícito como un medio de protección de determinados intereses sociales, de ahí que su función sea utilitaria. Desde luego, que las doctrinas utilitarias, no puede estar sustentada en principios religiosos-morales o de cualquier otra índole ideología. En síntesis, la pena es necesaria y útil, para el mantenimiento y protección de bienes sociales, es por ello, que Luigi Ferrajoli (1995), Rivera Beiras (1998) y el propio Mir Puig (1985), afirman que las doctrinas de la prevención miran hacia el futuro.¹⁵⁶

Las doctrinas de justificación preventivas reciben el nombre de relativas, porque la pena es en prevención de delitos, dicha prevención se dará en forma concreta y distinta al principio absoluto de Justicia. Por lo tanto, la relatividad en cuanto a la prevención depende de las circunstancias específicas del hecho delictivo.

Con Feurebach, surge la doctrina penal Alemana, asimismo, parte de su contenido la prevención general, incluso son partidarios de dicha doctrina Filangieri y Bentham, quienes van más allá en el contenido de los principios de la prevención general, ya que

¹⁵⁶ Rivera Beiras, Ob.Cit. p.39. Mir Puig, Ob.Cit. p. 26. Ferrajoli, Ob.Cit.p. 253.

afirman que la misma, es el medio para prevenir y evitar que surjan delincuentes en la sociedad.

En este entendido la pena señala Mir Puig (1985), va dirigida como una amenaza a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan, entonces, opera como una coacción psicológica. La coacción psicológica es una intimidación negativa, pero que debe tener también un contenido de afirmación positiva del derecho, si tomamos en cuenta, que tiene principios que afirman una convicción jurídica fundamental.¹⁵⁷

Baratta (1986), considera que la ideología legitimadora del sistema penal, se amalgama con el principio liberal de legalidad, esto motiva una secularización y sucesiva positivación del derecho. Luego entonces, el carácter instrumental del derecho es inadecuado en las estrategias de legitimación de la pena.

Así la idea de la justicia colateral al derecho a castigar e imponer una pena, en un sentido racional, permite que el principio de utilidad clásica, sustituya a un principio cuya connotación resulta ser demasiado agresivo para el discurso formal y legitimador de la pena, como lo era, el de retribución.

El principio de legalidad resulta ser un límite negativo y formal que legitima al derecho penal en la individualización del fin útil de la pena; siendo que a la postre esta legitimación se centrara en instancias científicas de la pena.¹⁵⁸

Bajo esta temática analizada, diremos que las doctrinas de la prevención general, van inmersas en la generalidad de sujetos a quién se dirige el mensaje, ya sean en la previsión o en la infracción de la pena.

La doctrina de la prevención general a consideración de Baratta (1986) es una creencia reformulada en las proposiciones de Durkheim que matizo la pena como un factor de estabilización social. Por ello, las doctrinas de la prevención general tienden a subdividirse en doctrinas de la prevención general negativa, y doctrinas de la prevención general positiva.

¹⁵⁷ Cfr. Ferrajoli Ob. cit. p. 259. Ferrajoli señala que existe una confusión importante en el fin general justificador de la pena, mismo que no puede ser otro que la utilidad como fin de la pena, siendo que por eso mira hacia el futuro; asimismo otro problema se centra en la distribución de la pena, que tiene su sustento ideológico en una plena retribución, independientemente de que el discurso formal y legitimador lo excluya y niegue.

¹⁵⁸ Cfr. Baratta, Alejandro. Viejas y Nuevas Estrategias en la Legitimación del Derecho Penal. En Poder y Control. Revista Hispano latinoamericana de disciplinas sobre el control social. No. 0. PPU. Ed. Barcelona 1986. pp. 77 a 79.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo tanto, mientras la **prevención general negativa tiende a ser de carácter intimidatorio**, también lo es como señala Luigi Ferrajoli (1995), **son las únicas que no confunden el derecho con la moral o con la naturaleza**, en otras palabras, no fija su mirada en el delincuente sino en todos los asociados.

Por lo tanto, es evidente que está doctrina de prevención general negativa de la pena se rige con postulados iluministas, en el sentido de que la intimidación va dirigida a la generalidad por la imposición misma de la pena, así la ejemplaridad del castigo se refleja en el efecto mismo de la pena impuesta. Además la pena dirigida a la generalidad se refuerza en la misma amenaza de la pena que contiene la ley. **La doctrina de prevención general positiva, por el contrario, tiende a afirmar el derecho penal, luego entonces, resulta ser estabilizadora o integradora**; al respecto Amin Kaufmann, señala tres aspectos importantes a la prevención general positiva:

PRIMERO. La pena tiene una función informativa de lo que está prohibido y de lo que debe hacerse.

SEGUNDO. La pena tiene la misión de reforzar y mantener la confianza en el orden jurídico, y

TERCERO. La pena tiene la tarea de crear y fortalecer la actitud de respeto al derecho por parte de los ciudadanos.¹⁵⁹

Por su parte Roxin (1992),¹⁶⁰ afirma que la prevención general tiene por lo común una tendencia al terror Estatal, mientras que Jeschek, señala que la característica de la intimidación es parte del derecho penal absolutista. Aún cuando se enfoca en límites de la proporcionalidad, no se puede delimitar la pena. Por eso señala Mir Puig (1985) y Luigi Ferrajoli (1995), que dichos postulados contradicen las valoraciones sociales, asimismo no constituyen una base sólida de legitimación respecto al uso de la pena.

En este sentido el único fin de la pena, será la prevención de delitos futuros que protege a la mayoría no desviada, cuya efectividad solamente se dará en la prevención general negativa.

¹⁵⁹ Cfr. Mir Puig, Ob. Cit. p. 41. Cfr. Baratta, Ob. Cit. pp. 83 a 84. Baratta destaca que la prevención general negativa es el mensaje transmitido de la ley y la infracción de la pena se ve como un contenido disuasivo dirigido a crear una contra motivación en los potenciales transgresores. Mientras que la prevención general positiva tiene un contenido expresivo, es razón de que la pena misma tiene una función de declarar y afirmar valores, así como reforzar reglas sociales, para que exista una integración del grupo y con ello se restablezca la confianza institucional.

¹⁶⁰ Cfr. Ibidem. pp. 41 y 42.

Roxin (1992) sostiene que el delincuente deberá responder de los hechos en la medida de su culpabilidad, esto bajo principios de legalidad y seguridad jurídica, con el fin de salvaguardar el bien social. En términos operativos no se debe negar la existencia de la funcionalidad de los deberes públicos, ya que en su caso, no se reconocerían por el delincuente, por ello, estos reconocimientos van implícitos en la pena; de ahí, que los principios de legalidad e igualdad, no se verifiquen en forma aislada con el desviado, sino colateralmente con los demás no-desviados sociales.

Este tipo de justificaciones doctrinarias de la pena, seguirá presentando netos rescoldos retribucionistas en el fin de la pena útil. Porque, a pesar de que se rija por un principio de proporcionalidad penal, también lo es, que no existe lógica de limitación en el deber de castigar, ya que en la función de disuasión de la pena, se permite elevar las penas indefinidamente, por ejemplo: No se respeta el principio de culpabilidad de autor, esto es, entre más grave sea el mal, más grave será el efecto intimidante.

Con estas posturas justificadoras de las penas, simplemente volvemos a un camino encubierto y legitimante del castigo. Los postulados anunciados, producen una multiplicación de argumentos que ocultan el elemento cancerígeno que envuelve toda una racionalidad del castigo, donde la prevención general, ya sea positiva o negativa, contiene como medio y fin justificador de la pena, una racionalidad estrictamente legalista.

Este tipo de racionalidades incrementa la perplejidad, el cansancio, el aburrimiento y la incredulidad en las propuestas historicistas, canónicas, jerárquicas y juricistas de la pena, ya que sus postulados se van encontrando en forma circular en explicaciones metafóricas incluso en las doctrinas justificadoras de la pena moderna.

Estos ciclos de ajuste y desajuste o de integración y desintegración que se verifican en las propuestas explicativas y descriptivas del castigo y la pena, constituyen verdaderos juegos ideológicos y culturales, que evidentemente son formulados por participante ya sea económica o profesionalmente interesados, es decir, el grueso de la población queda fuera de la opinión explicativa y descriptiva antes dicha.

Resulta entonces, ilustrativo lo que hemos venido constatando, respecto a la afirmación de Jürgen Habermas (1991), en el sentido de que la conciencia moral y la acción comunicativa, necesariamente deben ser ponderadas en un análisis de toma de decisiones, con la finalidad de darle cauce democrático a la formación discursiva de la voluntad colectiva. Sin embargo, dicho autor, no justifica, el cómo evitar que en

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estos juegos de toma de decisión política y social, el dinero como garantía única y los intereses detrás del mismo, permitan que comulguemos una idea democrática de ésta naturaleza. La creencia única del mercado económico y financiero, legitima las formas de poder, justificándose de esta manera el pensamiento único, con base en un nuevo dios económico, lo que implica, que ir contra él, justifica el ser excomulgados y expulsados del sistema.

Evidentemente el pesimismo y la perplejidad final nos resultan falsas, cuando somos empujados hacia alternativas diabólicas del castigo, que representan expectativas y oficios de violencia y represión estatal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.2. DOCTRINAS DE JUSTIFICACIÓN DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL.

(RACIONALIDAD DE READAPTAR O INOCUIZAR)

Las doctrinas de la prevención especial, responde de igual manera a un proyecto ideológico de corte ilustrado-liberal, así la pena pretende actuar sobre la conducta del delincuente, es decir, miran en forma directa al sujeto infractor, para que en el futuro no cometa delitos.

A diferencia de las doctrinas de justificación de prevención general, que operan en el momento de la conminación legal, las doctrinas de la prevención especial operan en la ejecución de la pena.

De ahí que la utilidad de estas doctrinas de la prevención especial de la pena se desarrollará a lo largo del siglo XIX, durante el auge de las ideas positivistas.

Al respecto Michel Foucault (1996), señala que en esta época es cuando se enfoca la personalidad del criminal bajo un saber científico: se trata entonces de clasificar y medir a los sujetos incorregibles y los enfermos del resto de la sociedad normal.¹⁶¹

Si partimos de la idea de que todo delincuente es un ser antropológicamente inferior, desviado, degenerado, para resolver el problema, la pena enfocará defensas adecuadas para la sociedad, frente a la peligrosidad del sujeto; luego entonces, la pena y principalmente la medida de seguridad, serán el medio para curar al enfermo o en su caso segregarlo y neutralizarlo por ser un sujeto peligroso.

Así Franz Von Liszt, difundió la prevención especial para establecer las categorías de los delincuentes en una etapa correccionalista, sin embargo, ésta ideología presenta una concepción moralista de la enmienda, lo que refleja una legitimación del castigo similar al de la Edad Media. Los postulados de la prevención especial al ser retomados dentro de una concepción de la defensa social, del derecho penal, únicamente justifican un sistema penal retributivo, es decir, que la justificación de la culpabilidad con la doctrina de prevención especial no ofrece una fundamentación material distinta a la doctrina absoluta o retribucionista de la pena, si bien, el juicio de reproche se fundamenta con criterios distintos en ambas posturas, también lo es, que el libre albedrío y el principio de poder actuar de un modo distinto exigible al sujeto infractor, son principios netamente retribucionistas.

¹⁶¹ Foucault., Ob.Cit. p. 29

Luigi Ferrajoli (1995) e Iñaki Rivera Beiras (1998), señalan que Franz Von Liszt, establece tres posibles efectos de la prevención especial:

Primero: la intimidación del infractor que no necesita corrección.

Segundo: La inocuización del autor no susceptible de corrección, y

Tercero: la corrección del delincuente susceptible de corrección necesitado de ésta.¹⁶²

Mir Puig(1985), afirma que la intimidación hacia el delincuente es por medio de la corrección y de la inocuización, entonces el objetivo de la pena es la protección de bienes jurídicos. Por eso, la intimidación de la imposición de la pena no opera frente a la colectividad, sino frente al delincuente.

Debe enfatizarse que las doctrinas de la prevención especial tienen su origen en un pensamiento filosófico liberal-penal, y van enfocadas principalmente a la corrección y disciplina del sujeto. Por lo tanto, se desarrolla la prevención especial negativa y la prevención especial positiva, donde la primera se refiere concretamente a la eliminación o neutralización del delincuente, en tanto que, la segunda se proyecta a la reeducación de reo.

Así la prevención especial negativa, debe producir una influencia sobre el infractor de la ley, de tal modo, que le impida por medio de la coerción física, cometer otros delitos; se trata según Jackobs, de establecer la utilidad en la pena a través de la neutralización del trasgresor.¹⁶³

Este tipo de doctrinas justificadoras de la pena es la expresión penal y criminológica del determinismo positivista-penal, donde se considera al hombre como un animal carente de libertad, sujeto a las leyes de la necesidad natural. Luego entonces, la pena de muerte, así como las medidas de reclusión, se deben realizar sin disfrute de beneficios bajo un sentido de prevención especial negativa. Además, la doctrina de justificación de la prevención especial negativa de la pena, intrínsecamente legitima la aplicación de modalidades en cuanto a la ejecución de penas privativas de libertad, el someter al delincuente-peligroso a sistemas de encierro y segregación total como son las cárceles de máxima seguridad y aplicación de un sistema de aislamiento celular entre otros.

¹⁶² Cfr. Ferrajoli, Ob. Cit. pp. 267 y 268. Rivera Beiras, Ob. Cit. p. 30. Cfr. Mir Puig, Ob. Cit. p. 43.

¹⁶³ Beiras Ob. Cit., p. 31. Cfr. Ferrajoli, Ob. Cit. pp. 264 y 265.

El fin de la prevención especial negativa, se centra no solo en prevenir que el sujeto vuelva a cometer otros delitos, sino también en que la idoneidad de la pena se cumplirá con la cadena perpetua o la pena de muerte.

De tal manera, que la cárcel únicamente neutraliza y la venganza estatal se radicaliza en el lugar de segregación, pero éste sistema de reducción a encarcelamiento, se agrava con relación a la característica peligrosa del sujeto. Sin embargo, dicha concepción de la pena justifica una vez más una experiencia y práctica del castigo dentro de una "historia del fracaso", si tomamos en cuenta la cantidad de delitos que se cometen continuamente. Las cárceles de máxima seguridad tendrían su expresión determinativa en esta teoría de prevención especial negativa.¹⁶⁴

La prevención especial positiva surge a mediados del siglo XIX, la pena era aplicada con la finalidad de obtener la enmienda, corrección, readaptación y resocialización del sujeto delincuente.

La imposición de la pena, bajo ésta concepción justificadora tiene objetivos preventivos y resulta ser un paradigma ilustrado de las ciencias sociales y naturales. Por ende, el delito como patología y la pena como tratamiento serán los pilares de ésta doctrina de justificación de la pena científica.

A consideración de Octavio de Toledo y Ubieta, ésta doctrina de prevención especial positiva, tiene sus raíces en los postulados de la escuela positiva italiana, siendo que a través del desarrollo de un conocimiento con apoyo en las ciencias naturales y con base en un método experimental, permiten cimentar los caminos de un determinismo biológico y social del hombre, quitando a éste, todo contenido de voluntad o de libre albedrío.

Se rechaza concretamente que la pena tenga un objetivo retribucionista, y se pretende reemplazar el sistema del castigo, por las medidas seguridad para evitar los delitos hacia futuro; con ello, se pretendía corregir o en su caso inocular al delincuente. Es decir, su premisa será la peligrosidad y no la culpabilidad.¹⁶⁵

La doctrina de la prevención especial al introducir las medidas de seguridad dentro del sistema de castigo, quiebra el principio según el cual "no cabe responsabilidad sin culpabilidad". Es decir, si se reinterpreta el principio de culpabilidad, bajo esta postura justificadora de la pena, se estableciese, que la culpabilidad sirve para excluir la

¹⁶⁴ Cfr. González Vidaurri, Alicia y otro. Discurso y Cárceles de Máxima Seguridad. En Grandos Chaverri. El Sistema Penitenciario entre el Temor y la Esperanza. Orlando Cárdenas Ed. México 1991. pp. 159 a 165.

¹⁶⁵ Vid. Rivera Beiras. Ob. Cit. pp. 36 y 37.

responsabilidad objetiva por el resultado, luego entonces, al formular un nuevo principio de responsabilidad más amplio que el de culpabilidad, donde la responsabilidad penal solamente puede derivar de la responsabilidad subjetiva, ya sea con o sin culpabilidad. Tal postura, resulta ser sumamente grave, que pudiera conducir al terror estatal en un sistema de castigo, supuestamente inmerso en legalidad.

Por otro lado, si el fin de la pena, es impedir la reincidencia del sujeto, desde luego, conforme a los lineamientos que se han venido plasmando, el fracaso de esa postura es rotundo, ya que si la legitimidad de la pena se sustenta en la objetividad del cumplimiento externo de la misma en beneficio de la sociedad, en consecuencia cual será la legitimación de la repetición de los actos delictivos en dicho sistema del castigo.

En este sentido Juan Bustos Ramírez(1987), advierte que el desarrollo de estas dos posiciones fundamentales en torno a la pena es asumido por un Estado capitalista, donde ha perdurado el Estado-Autoridad, en otras palabras, existe una simple relación poder y dominio.

Por su parte Baratta (1986), refiere que las teorías de la pena se mixtifican en el significado de la realidad social, asimismo en un criterio diverso, señala que dichas posturas de acuerdo a su función pueden ser por un lado, **teorías ideológicas**, que producen una generalidad de los ciudadanos en el aparato del sistema penal, y por el otro lado, **teorías tecnocráticas**, que son conocimientos acerca de los verdaderos mecanismos que se ponen en movimiento del sistema penal, es decir, para una sociedad tecnológica se implementan instrumentos del castigo de carácter tecnológicos, que constituyen verdaderos espacios de poder-saber. Así, en ese sentido la **teoría de la prevención especial positiva y prevención general negativa pertenecen al género de las teorías ideológicas.**¹⁶⁶

Si las doctrinas retribucionistas confunden dos problemas esenciales, uno que va referente a fin general justificador de la pena, que simplemente resulta ser de carácter utilitario ya que mira hacia el futuro; y otro el de la distribución de la pena, que tiene su fundamento en bases retributivas, por ende miran al pasado. En ese orden de ideas dicha confusión es mas severa, si se traslada a una distinción entre la razón legal y la razón judicial de la pena; siendo que existe entonces una confusión a la pregunta ¿por qué castigar? Con la pregunta ¿cuándo castigar?.

¹⁶⁶ Cfr. Baratta. *Viejas y Nuevas Estrategias en la Legitimación del Derecho Penal*. Ob.Cit. pp. 84 y 85.

Ya el primer cuestionamiento, resulta ser una legitimación externa, en tanto el segundo cuestionamiento presenta una legitimación interna. **En similar situación de confusión se encuentran las doctrinas de la justificación relativa o utilitaria de la pena, salvo que responde con precisión a la pregunta ¿cuándo castigar? no responden a la pregunta ¿por qué castigar?. Es decir, que tanto las doctrinas retribucionistas como las doctrinas utilitarias confunden preguntas y respuestas e incluso jamás se da respuesta a la pregunta ¿por qué prohibir? Y simplemente la presuponen en la respuesta a la pregunta ¿por qué castigar?**

La mixtura de los fines de la pena **solamente se crea modelos de derecho penal máximo**, como lo advierte Luigi Ferrajoli (1995)

Entonces el problema se centra simplemente en estas doctrinas utilitarias en distinguir como fin de la pena, la calidad y la cantidad de la pena, que deba imponerse al infractor social, luego entonces, se justifica única y exclusivamente un principio de proporcionalidad, que colateralmente justificaría el principio de la igualdad penal.

Por eso la prevención especial positiva, como doctrina de justificación de la pena, actualmente, con su diversidad de propuestas dentro del tratamiento científico, justifica y justificará un sistema determinista del castigo, que generará necesariamente una violación estructural de derechos, puesto que la cárcel, lugar donde se aplica el tratamiento al recluso crea: hacinamiento de delinquentes, corrupción al interior de las instituciones, problemas carácter sexual, violencia intramuros, relaciones de poder entre los propios internos.

Se puede precisar que **la readaptación social implica adaptación**; siguiendo la línea planteada por Berger- Luckmann (1993), la adaptación viene a ser una adecuación del sujeto que interacciona su vida cotidiana con los medios simbólicos, de contenido y significativo de carácter instruccional que permite objetivizar la conducta adecuada y aceptada en una colectividad. Luego entonces **la inadaptación implicaría un ir en contra de las conductas generalizadas**; por eso, el lenguaje instrumental como reacción contra aquellos que se salen de un término medio de conducta, incluyendo el de tolerancia, se justifique en bien común de la generalidad, entendiéndolo éste en un sentido tomista de apreciación, de ahí surgirá una serie de conceptualizaciones que permitirán enmendar al sujeto, como los referentes a resocialización, rehabilitación, readaptación y la corrección.

ESTE FON
FALLA DE ORIGEN

Luigi Ferrajoli (1995), plantea que las doctrinas tanto de la prevención general y especial, son predilectas de los regimenes autoritarios, donde se practica castigos ilimitadamente represivos, paternalistas, persuasivos, y manipuladores, en consecuencia un sistema del castigo poco garantista.¹⁶⁷ Sin embargo, este sistema de corrección pretende la transformación técnica y científica del sujeto en forma demasiado optimista. Resulta relevante la teoría de la prevención-integración, que defienden Jackobs, otro es Hassemer (1986) y Santiago Mir Puig (1995)¹⁶⁸

Esta teoría de prevención-integración, se le conoce también como "teoría de los sistemas", misma que se origina en los años de 1940, como un intento de superación de la contraposición entre el paradigma mecanicista de explicación de la realidad y del paradigma holístico. El concepto del sistema señala que el mismo es un conjunto de objetos más las relaciones entre los objetos y sus atributos; así los objetos son las partes del sistema y los atributos sus propiedades, por ende, las relaciones son las que posibilitan la noción de sistema en la medida en que mantienen las partes unidas en el sistema.¹⁶⁹

Jakobs, realiza toda una reestructuración de la teoría jurídica del delito de la pena, efectuando una fundamentación preventivo-general positiva del Derecho penal, tomando los principios luhmanniana de la teoría de sistemas, así el derecho como conjunto de normas que crean expectativas de conducta, entonces la pena será la sanción jurídica, que se sistematiza como un elemento que permitirá la estabilización de la expectativas de las conductas sociales.

¹⁶⁷ Ob.Cit. 273 y ss.

¹⁶⁸ Cfr. Neuman, Elias. Prisión Abierta. Depalma Ed. Argentina 1984, pp. 88 y 89. Roxis Política Criminal y Estructura del Delito. Ob. Cit. p. 28. Sánchez Galindo Antonio. El Derecho a la Readaptación Social. Depalma Ed. Buenos Aires Argentina 1983, pp. 12 y 13. Al final podemos destacar que se manejan discursos de resocialización, neutralización e incapacitación, esto con relación a principios alternativos de la defensa social cuyo fin es defender al colectivo respetuoso de la ley, contra el delincuente que daña.

¹⁶⁹ El concepto de sistema se articula sobre la base de otros elementos auxiliares: estructura, como organización interna de sus elementos y función, como la conducta e interrelaciones del mismo con el exterior. Rivera Beiras señala que Luhmann, se ocupó de investigar el Derecho a través del campo sistemático, el interior de un sistema social, la convivencia esta organizada con procesos interactivos entre sus miembros que se denominan <<expectativas>> cada individuo escaparía así de lo demás se comporten conforme a las reglas sociales (expectativas de conducta) y viceversa (expectativas de expectativas) Cuando la expectativa es incumplida o violentada se produciría una frustración en el sujeto expectante de que se transforma en un <<conflicto social>>. Al producirse la frustración señalada, dicho sujeto tienen dos posibilidades, según esta teoría: a) adaptar sus expectativas a la frustrante realidad (para no volver a frustrarse en el futuro) o b) mantener sus expectativas modificadas. Aquellas expectativas en las que el conflicto surgido por su frustración se resuelve a costa del sujeto expectante, son denominadas por Luhmann como "cognitivas". El derecho en esta visión, viene a implicar la institucionalización de un sistema de expectativas, regulando la convivencia social disminuyendo el riesgo de conflicto que se originaría de no poder prevase las actuaciones de otros y sus reacciones frente a las propias. El derecho contribuye a la creación y mantenimiento de consenso. La solución del conflicto social producido por la frustración de las expectativas normativas, pasarían a ser canalizada mediante el mecanismo de imposición de sanciones, la declaración expresa de la frustración de la expectativa, partiendo de que el conflicto se resolviera "costa del sujeto" frustratorio.

TRABAJO
FALLA DE ORIGEN

Por otro lado, cabe citar a Winfried Hassemer (1986),¹⁷⁰ quien señala que respecto a la acogida en el caso alemán, la teoría de la prevención-integración, se debió a la creciente criminalización que se originó a través de la opinión pública.

Esto permitió la exigencia en la aplicación de penas draconianas, desde luego, que este resultado, tiene una estructura en donde se sujeta a la opinión pública, realizar un acto valorativo a la generalidad, así la pena existe por el reflejo del interés que se le da a la protección de bienes jurídicos considerados como los más importantes para la vida social. Sin embargo, Baratta (1996), establece que la concepción de prevención-integración solamente justifica un cambio valorativo de las viejas doctrinas de la justificación.¹⁷¹

Estos argumentos eclécticos de la teoría de prevención especial, siguen manteniendo incolume el tratamiento científico para moldear conductas, cuyo parámetro es la peligrosidad como característica principal del sujeto que delinque, **por ejemplo: los sujetos relacionados al fenómeno de la droga tienen un grado de máxima peligrosidad en la mayoría de los casos.**

En síntesis puede decirse que existen cuatro instrumentos que parten de la doctrina de justificación utilitaria, que determinan las estrategias de mutación científica de un sujeto delincuente, asimismo dichos instrumentos se constituyen en la base legal de un derecho penal para castigar, y estos son:

PRIMERO. Existe una regularización completa en materia de prohibición.

SEGUNDO. Existe una regulación de la propuesta terapéutica para efectos de socialización.

TERCERO. Existe un sistema alternativo de asociación de medidas, para que en el caso de rechazo se lleve a cabo una conminación de reacción más coactiva y violenta, y

¹⁷⁰ Cfr. Hassemer, Winfried, Prevención en el Derecho Penal Poder y Control, Revista Hispanoamericana de disciplina sobre el control social, No. 0, PPU, Edil. Barcelona 1986, pp. 93 a 113.

¹⁷¹ *Ibidem*, No existe nada de novedoso en la teoría de Jakobs, como señala Baratta (1986) y Ferrajoli (1995), ya que estos autores coinciden que en realidad los antecedentes de la misma, se encuentran en las posiciones durkheimistas; esto es, que Durkheim ya señaló hace más de un siglo, en su famosa obra «La división del trabajo social», que las funciones de la pena son similares a las mencionadas en el derecho preventivo de Jakobs: puesto que Durkheim, señala en que la pena no deja de desempeñar un papel útil. Solo que ese papel no lo desempeña allí donde ordinariamente se le ve. Asimismo no sirve, o no sirve muy secundariamente, para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores, en consecuencia este doble argumento da eficacia a la pena, sin embargo, resulta ser una justificación dulce y, en todo caso, mediocre. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social y conservar en toda su vitalidad la conciencia común, de tal manera que el castigo bajo esta tematica tiende a presentar un cuadro aflictivo y retributivo de la prevención-integración.

CUARTO. El sistema de adaptación o resocialización constituye un sistema de ejecución forzosa acompañada de medidas de seguridad y corrección.

Los instrumentos anunciados simplemente justifican un sistema y lenguaje legitimador, donde se integran los conceptos **resocializador, integrador, neutralizador y readaptador de sujeto**. De tal manera que el derecho penal preventivo en esta circunstancia se determina con dudas y objeciones, su lenguaje técnico, disciplinario y científico llevan implícito la necesidad de la pena.

Baratta (1986), al respecto afirma que con dichos postulados únicamente se vislumbra un cambio de valoración en las teorías de las penas con enfoques tradicionales; en este sentido, Roberto Bergalli (1996), enfatiza que la crítica del sistema social y del sistema jurídico penal, radica esencialmente, en que los postulados de las doctrinas de justificación de la pena se establece con relación a los mismos presupuestos de la pena. En consecuencia, la polarización de saberes en cuanto a los fines de la pena, tiende a polarizar el saber jurídico penal. Aunque actualmente caemos en torno a la figura del bien jurídico, para legitimar el fin de la pena, sin embargo esto evidencia las corrupciones político-criminales, que enmascara los fines de la pena.¹⁷²

De tal manera que con un discurso declarado humanizado en el sistema penal, se demuestra la falsedad ideológica en la que se encuentran inmersas las doctrinas que justifican los fines de la pena, luego entonces, se verifica que existe un mal funcionamiento en las instituciones de control penal que oscilan entre dualidades tales como: **favoritismo, corrupción, burocratización y parcialidad judicial**; retomándose nuevamente la idea que en materia de justificación de penas se vive, en una **ideología exageradamente racionalista, con un lenguaje tecnificado y especializado que fomenta la historia de la emergencia y de la desmesura penal, que da cabida nuevamente esa dicotomía: de neoretribucionismo-autoritarismo.**

En otras palabras, vive una desmesura por la utilización de un lenguaje legitimador, donde la creación de bienes jurídicos justifican una auto legitimación temporal del derecho a castigar; **de ahí, que la crisis de significado y de contenido de esas argumentaciones doctrinales que justifican el fin de la pena, tengan un horizonte de referencia subjetiva y poco o nada objetiva de verdad**; se crea con ello la historia de la metamorfosis, que cambia en el momento en que la secularización de valores da forma a la justificación de la pena. **La crisis de justificación y legitimación se verán**

¹⁷² Ob.Cit. pp. 73 a 76. (introducción)

advertidas en una argumentación decisionista al individualizarse la punición, una especie de concepto de nihilismo de la ley.¹⁷³

Por lo tanto, si existe una cerrazón auto referencial de la ley, entonces ésta se justifica en una capacidad de producir fuerza por medio de la misma fuerza, por eso el derecho legitima violencia; así la ley, se constituye en una auto reproducción y auto legitimación ciclica del sistema de prohibición y del deber ser. Al mismo tiempo la ley es protección y es represión; volvemos entonces a una nueva dicotomía de ineficacia de la ley con reafirmación de su propia validez espacial-temporal.

Si la moderna penología considera que el fin de la pena en un sistema democrático de derecho, es la regulación y protección de los bienes jurídicos del colectivo social, entonces, la conceptualización del bien jurídico, funda y legitima la pena, esto es, se convierte en el elemento o "*conditio sine qua non*" de la pena, como bien señala Bustos Ramírez (1987).¹⁷⁴ De esta manera, el filtro punitivo en materia de política criminal actual, transita dentro de una confusión entre derecho y moral, entre validez y justicia, entre legitimación interna y justificación externa de la pena..

Sin embargo, la concepción ecléctica positivista-penal, como lo es, la defensa social, la pena resulta ser la auto constatación del sistema neoretribucionista del castigo. De ahí que la pena se constituya en una función de protección de bienes jurídicos tutelados, así el sistema penal bajo la concepción de protección de bienes jurídicos, justifica un sistema abierto que crea un sistema de penas desmesuradas.

Esto es controvertible si consideramos que existe una desigualdad material de individuos ante el sistema y que únicamente se vislumbra la igualdad formal ante la ley. En este entendido, si el límite de la pena es la culpabilidad, y éste principio de la teoría del delito presenta una crisis de contenido y significado, luego entonces, su falta de constatación material o verificación objetiva, resulta ser evidentemente un juego subjetivo sin ningún contenido real, es decir, resulta ser una historia falaz, así los diálogos y argumentos de la pena moderna se diluyen entre relaciones de poder y dominio.

Por lo tanto, juicio individualizado de la pena, nos lleva a un reflejo de una decisión desmesuradamente racional, técnica y especializada, con el propósito de calcular

¹⁷³ Cfr. Bergalli, Ob.Cit. Vid. Bergalli Roberto, Y otros. Control Social Positivo. S.N.E. María de Jesús Bosch, S.L., Ed. Barcelona España 1996, p. 106. Cfr. Resta Eligio, La Desmesura de los Sistemas Penales, Poder y Control. Revista Hispánico-latinoamericana de disciplinas Sobre Control Social, No. 6. PPU, Ed. Barcelona 1986, pp. 137 a 143.

¹⁷⁴ Ob.Cit. pp. 33.

proporcionalmente la pena justa en un código de motivos, dentro de un marco meramente decisionista, represivo y antidemocrático.

Al existir una regulación desmedida de bienes jurídicos tutelados, el mecanismo de emergencia del sistema penal, corrobora la justificación intrínseca del fin de la pena, que no lo es el carácter de una pena más humana, sino que el análisis nos lleva a una yuxtaposición de contenidos y significados, en los medios y los fines perseguidos con la pena: si consideramos cuales son los bienes jurídicos más agudamente protegidos, por ejemplo: la vida, el patrimonio social, la propiedad y la posesión. Entonces éstas posturas anunciadas, permiten visualizar y esquematizar el continuo desarrollo del Estado liberal-burgués, simplemente más agresivo, porque el dinero es el nuevo dios y el nuevo poder de dominación.

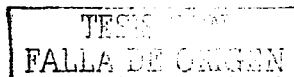
En este entendido, la prisión resulta ser un tema, visto como ilegalidad dentro de la legalidad, puesto que si la cárcel nace como un depósito de delinquentes, actualmente sirve para hacinar criminales y no criminales, luego entonces, estos conceptos siguen vigentes en el discurso legitimador del Estado. El sistema visto de esta manera vuelve a ser simplemente un sistema formal, documentado, individualizante, permanente, áspero, sórdido y sumamente autoritario, donde se recicla la materia humana para su inclusión y exclusión social.¹⁷⁵

Esto permite justificar y actualizar la crítica que se formulaba sobre las prisiones desde 1845, y que hoy tiene plena vigencia, en el sentido de que la cárcel es una institución fracasada.

Si tomamos en consideración que la criminalidad se extiende, se multiplica y se transforma; provocando inseguridad y reincidencia, entonces, se afirma plenamente que la cárcel fabrica delinquentes. En consecuencia, si ni la pena ni la cárcel tienen efectos correctores entonces de que sirve seguir manteniendo incómodos los principios y fines de la pena útil; por el contrario, si la pena preventiva y útil, genera serios costos sociales y económicos al Estado, porqué seguir justificando los fines de la pena, bajo un concepto de pena más humana, si los medios y fines de la pena, se estructuran en una violación de derechos humanos.

Por ello, se advierte, que los principios que rigen en reclusión, son verdaderos postulados de violación estructural de derechos, como son:

¹⁷⁵ Cfr. Foucault, Vigilar y Castigar, Ob.Cit: pp. 240 a 264.



- La detención penal (principio de corrección).
- Los aislamientos de los detenidos de acuerdo a la gravedad del delito (principio de clasificación).
- Las penas como modificadoras de la individualidad (principio de modulación de las penas).
- El trabajo como transformado y socializador del detenido (principio del trabajo como obligación y como derecho).
- La educación del detenido por parte del poder público (principio de educación penitenciaria).
- La prisión controlada por personal especializado para la formación del individuo (principio del control técnico de la detención), y
- La prisión con medidas de control y de asistencia para la readaptación definitiva (principio de las instituciones añejas).¹⁷⁶

Estos principios se sustentan en la **dominación-observación como una más de las dicotomías que persisten en la economía del poder.**

Los principios sustentados permiten observar que para los efectos de castigar o imponer una pena son totalmente contradictorios, si se sustentan: entre la justicia y la utilidad, porque resulta ser principios esencialmente represivos y violentos. La experiencia aproximada de trescientos años de prisión, **revela que la prisión ni ha sido justa, ni mucho menos útil. La cárcel, será una institución que siempre estará en crisis; ya que si fue producto del capitalismo como sistema de producción, es causante de una discriminación y de injusticia social permanente.**

Nils Christie (1993), señala que **el capitalismo** resulta ser con base en su desarrollo industrial, el producto o resultado que da vida al holocausto, es decir, la racionalidad tecnificada que **desde su nacimiento lleva impregnado un racismo social**, que al estar cerca de las minorías siempre pretenderá destruirlas. Así la ley y el orden serán la

¹⁷⁶ (fr. Ibidem, pp. 274 a 278)

garantía básica de seguridad en un llamado a reflexionar sobre los límites de este pensamiento ideológico de las doctrinas justificadoras de la pena.¹⁷⁷

Siendo que somos parte de una sociedad donde nadie es inmune a un régimen totalitario y represivo, independientemente de que se hable de un Estado Democrático de Derecho, **si detrás de la dogmática penal y de la política criminal actuales, se encuentra un espíritu todavía de carácter Darwinista y Spencerista, considerando el enfoque de selección, determinismo y positivismo que envuelven el mito de la corrección del delincuente.** De tal manera, que el actual utilitarismo penal, resulta ser un utilitarismo a medias como lo señala Luigi Ferrajoli (1995), donde la utilidad de la mayoría, sujeta la propia autolegitimación y aplicación hacia un derecho penal máximo, en donde el derecho penal se utiliza para prevenir delitos, pero también para transformar personalidades o para definir alternativas de neutralización, que se constituyen en simples instrumentos y técnicas de amputación y saneamiento social.

De toda esta amalgama de ideas que se relacionan con los fines de la pena, es importante destacar que **no se debe confundirse, el efecto retributivo con el fin retributivo de la pena, asimismo no debe mezclarse el efecto preventivo con el fin preventivo de la pena;** por ello, Ferrajoli (1995), afirma que **las doctrinas normativas que justifican el fin de la pena y las teorías explicativas de la función o motivación de la pena,** simplemente se circunscriben en una argumentación de valores.

Por ello, se confunden los modelos de justificación y los esquemas de explicación, además de contravenir la ley de Hume. En razón de que no se pueden derivar conclusiones prescriptivas o morales, de premisas descriptivas o fácticas, ni a la inversa. En consecuencia, si del deber ser, se deriva el ser, se incurre en una falacia iusnaturalista, puesto que lo contrario sería la normativista.

Es necesario diferenciar las doctrinas de justificación de las teorías de la explicación. Así, **las teorías de la explicación** solamente son corroboradas con la observación y la descripción, respecto al hecho que sucede, en tanto, **las doctrinas normativas** solamente pueden ser confrontadas con valores. Entonces, **los modelos de justificación de la pena** tendrían que salirse de estas dos falacias argumentativas, para no convertirse en una ideología apriorística de justificación, ya que tanto las doctrinas normativas del fin, como las teorías explicativas de la función, son simples ideologías.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Cfr. Christie, Nils. *La Industria del Control del Delito*. S.N.E. 1°. Ed. Del Puerto. S.R.L. Buenos Aires- Argentina, 1993. pp 15 a 23

¹⁷⁸ Vid. Ferrajoli. Ob. Cit. pp. 325 y 326.

Con estas premisas supracitadas, la idea del contrato social y del derecho a castigar se ha sobrepasado, en la supuesta democracia neoliberal, puesto que el supuesto proceso humanizador de las penas, simplemente está encubierto en una ideología ecléctica del positivismo, como lo es la nueva defensa social, dentro del derecho penal.

Asimismo los discursos del saber criminológico, interactúan en las políticas criminales actuales, dando argumentos que legitiman, explican y justifican con estructuras ficticias de validez cognoscitiva, un orden institucional que lleva implícito un carácter meramente instruccional de represión y violencia, que se conjuga en la Razón de Estado y en las razones jurídicas, como un simple deber de castigar, donde el derecho de los ciudadanos resulta ser estructuralmente violado, así la verdad confrontada demuestra, la existencia latente de que el fin de la pena moderna, no es preventiva ni es útil, por ende, jamás será humana y mucho menos justa.

Desde luego que una racionalidad de esta naturaleza en las doctrinas de justificación del fin de la pena, tiende a bifurcar una racionalidad formal con una racionalidad con arreglo a valores, cuyo objeto y fin se sintetiza en la búsqueda del orden social y progreso técnico, sin embargo, dichos principios van en contrasentido al principio de libertad individual. La racionalidad formal, permite la proliferación de ideologías deterministas, por ende, de clasificación y selección social, por ello, el factor económico, resulta ser de suma importancia en toda dinámica de la vida social.

Este factor económico tiene como único fin el controlar y ordenar todo bajo un esquema de cálculo técnico, así este elemento de la racionalidad económica, traspolado a la cárcel, justifica una racionalidad idónea para reafirmar el contenido simbólico del sistema de castigo, como medio para corregir, resocializar, inocuizar o readaptar al delincuente. Por lo tanto, el esquema humanizador de las penas, se ve encubierto en postulados de valor, es decir, las relaciones de los hombres se identifican estrechamente en postulados económicos, morales y éticos, cuyos argumentos se disipan precisamente en valores de cambio y valores de uso, de ahí entonces, que la justificación en la continua y desmesurada amplitud bienes jurídicos tutelados que protege el derecho penal, se vea afectada necesariamente en esquemas y postulados de valor económico.

La fuerza irresistible de la racionalidad, plantea la lucha continua de la defensa sostenida por las doctrinas normativas y teorías explicativas de la función o motivación de la pena que circundan los principios que rigen los esquemas del sistema punitivo, donde paradójicamente una fuerza racional se enfrenta a otra, con los mismos medios de



defensa (de carácter racional), en consecuencia, una lucha de esta naturaleza origina la crítica más severa de las doctrinas de justificación de la pena, ya que al justificarse con sus mismos postulados doctrinarios sin una verificación empírica y científica, la condena y el fracaso del fin de la pena, resulta evidentemente demostrable.

El exceso de racionalidad se constituye en una exaltación de instrumentos y medios que justifican fines inalcanzables de la pena, esos factores sirven únicamente a postulados y concepciones de dominación y represión, bajo un esquema de razón de Estado y de razones jurídicas. El mantener una racionalidad de cálculo tecnificado, solamente produce la cuadrícula total de la vida de personas y de conductas, e incluso de las instituciones. El pretender obtener la felicidad de todos y la mayor utilidad de todos a cualquier costo humano y económico, propone un juego mítico entre el bien y el mal, sin embargo, las reglas del juego con base en la defensa social, se presentan como una continua tentación al autotantismo.

La racionalidad así vista siempre provocará un dolor infligido, una amenaza o una angustia para el ciudadano, la razón de Estado y las razones jurídicas que envuelven al derecho a castigar, no solamente se desarrollan y auto construyen, sino que además, se auto justifican y se auto legitiman en forma circular, una especie de conocimiento infinito, donde su prueba de auto confirmación, es precisamente aceptar la resistencia de su propia prueba, lo que no es válido cognoscitivamente hablando, entonces una ideología explicativa y normativista de esta naturaleza, simplemente es argumentativa y encubridora de una verdad. La indemostrabilidad de los postulados da origen a su fracaso.

La pena moderna, se verifica con una racionalidad técnica más depurada para castigar, en este sentido, si lo moderno en cuanto a su conceptualización será afín a la que se utilice por los contemporáneos de un hecho histórico determinado en tiempo y espacio, entonces, el concepto moderno de la pena, simplemente se justifica por su aplicación en tiempo y espacio histórico en una conjugación presente o futura; es decir, lo moderno es un concepto vigente en cualquier momento de tiempo y espacio como lo refiere Habermas (1985).

Evidentemente que el fin moderno de la pena sigue teniendo una característica de aflicción no como una pena antigua, sino como una privación de derechos para adaptarse a una lógica racional en una época moderna con espacio y tiempo determinado, así el

concepto de aflicción tiene el trasfondo de moderno según el momento histórico que quiera observarse.¹⁷⁹

Es necesario buscar una conciencia colectiva y reestructurar la secularización de los valores morales y éticos, para justificar las ideas comunes a la medida de cada sociedad, y no con base en políticas prestadas, de lo contrario seguiremos cayendo en una espiral punitiva moderna totalmente represiva y antidemocrática, donde el castigo seguirá siendo meramente retributivo, independientemente del término que lo califique e identifique con un adjetivo de moderno y humano.¹⁸⁰

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

¹⁷⁹ Habermas Jürgen, Escrito sobre Moralidad y Eficacia, 1ª. Ed, Paidós, EdL España 1991, p. 11

¹⁸⁰ Cfr. Bustos Ramírez, Ob.Cit. p. 65. Vid. Luhmann, Niklas, Organización y Decisión, 1ª. Ed. Gernika S.A. México 1998, pp. 19 a 29 y 31 a 37, Ferrajoli L. Loc.Cit.

DOCTRINAS DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA PENA

CARACTERÍSTICAS	DOCTRINAS ABSOLUTAS	DOCTRINAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL	DOCTRINAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL
EXPONENTES MODERNOS	KANT, HEGEL Y BINDING	FEUREBACH, BENTHAM Y FILANGIERI	LOMBROSO, FERRI Y GAROFALO
PENA DIRIGIDA	PASADO	FUTURO	FUTURO
JUSTIFICACION	EN SÍ MISMA	DE UTILIDAD	DE UTILIDAD
FIN DE LA PENA	EL ORDEN	PREVENCIÓN DEL DELITO	PREVENCIÓN DEL DELITO
FUNDAMENTO	CULPABILIDAD	SEGURIDAD SOCIAL	PELIGROSIDAD
APLICACIÓN DE LA PENA	DELINCUENTE	LA SOCIEDAD	DELINCUENTE
CRITERIO SANCIONADOR	JUICIO DE REPROCHE	INTIMIDACIÓN	LA PERSONALIDAD, TRATAMIENTO Y PRONOSTICO
PENA	CASTIGO	AMENAZA	CORRECCIÓN Y PREVENCIÓN
PRESUPUESTO DE LA PENA	CULPABILIDAD Y LIBRE ALBEDRÍO	NO EXISTE	POSITIVISMO Y DETERMINISMO
LÍMITE DE LA SANCION	CULPABILIDAD ABSOLUTA	VOLUNTAD DEL ESTADO	PELIGROSIDAD

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

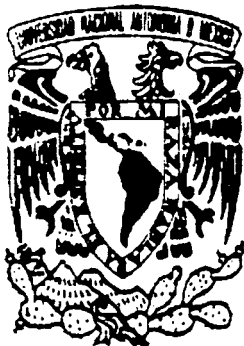
CRÍTICAS A LAS DOCTRINAS DE LA PENA

DOCTRINAS ABSOLUTAS (LA PENA JUSTA O RETRIBUTIVA)	DOCTRINAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL (PENAS ÚTILES)	DOCTRINAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL
NO HAY BASES CIERTAS PARA JUSTIFICAR EL DERECHO A CASTIGAR.	TEORÍA POCO HUMANITARIA.	LA PELIGROSIDAD ES UNA NOCIÓN IMPRECISA Y VAGA.
NO HAY BASES CIERTAS PARA PODER ESTABLECER EL GRADO DE CULPABILIDAD.	SE CORRE EL PELIGRO DE LLEGAR AL TERROR ESTATAL.	CONDUCE A UN DERECHO PENAL DE AUTOR.
EL LIBRE ALBEDRÍO NO ES COMPROBABLE.	NO EXISTEN LÍMITES DE APLICACIÓN DE PENA.	NO HAY CRITERIO DEFINIDO PARA CUANTIFICAR LA PENA O MEDIDA DE SEGURIDAD.
ES POCO RACIONAL LA IDEA COMPENSADORA DE LA LEY DE TALIÓN.	EN HECHOS INSIGNIFICANTES SE PUEDEN IMPONER PENAS ALTAS.	EXISTE INCONGRUENCIA E IMPOSICIÓN DE PENAS ALTAS A SUJETOS CON PRONÓSTICO DE CONDUCTA DESFAVORABLE QUE HAYAN COMETIDO DELITO LEVE O ESCASO INJUSTO PENAL.
NO SE ENTIENDE CON QUE REGLA O CON QUE CRITERIO SE IMPONE UNA PENA.	ES IMPOSIBLE DE VERIFICAR SUS EFECTOS.	NO SE JUSTIFICA QUE EL ESTADO IMPONGA TRATAMIENTO A UN INDIVIDUO EN CONTRA DE SU VOLUNTAD.
	CADA DELITO EVIDENCIA EL FRACASO DE ESTA DOCTRINA.	SE SANCIONA LA REINCIDENCIA AUN CUANDO SE DEN CASOS IRREPETIBLES.
	SE UTILIZA AL CONDENADO COMO INSTRUMENTO DE MOTIVACIÓN DE OTRAS PERSONAS.	
	SE CASTIGA NO POR LO QUE SE HIZO, SINO POR LO QUE LOS DEMÁS PUEDEN DEJAR DE HACER.	

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO

3



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

129-A

CAPÍTULO 3.

EL DISCURSO DEL SISTEMA PENAL. (RACIONALIDAD DE LA VERDAD DERRUMBADA)

1. SISTEMA PENAL Y JURISDICCIÓN.

(RACIONALIDAD AUTOEXCLUYENTE)

El sistema penal, se encuentra severamente afectado y profundamente cuestionado en su legitimidad, por una serie de situaciones que se circunscriben en los problemas sociales, y que sin tener una entidad punible han sido absorbidos por este sistema penal, siendo éste como una escapatoria, una fuga del ámbito en el cual esos problemas tienen que ser tratados y se intenta solucionar dentro de la actividad penal conforme a las reglas que establecen los estados modernos y con ello procurar una resolución de los conflictos sin que exista necesidad de la esfera punitiva.

Con base en ello, las ideas filosóficas y políticas, así mismo las teorías sociales y las estructuras económicas han constituido un elemento relevante para los efectos de justificar esos sistemas penales aun cuando se ha venido señalando los problemas a resolver, que no son auténticos problemas punibles y punitivos.

Por eso lo que se ejerce en la modernidad desde, a través y con el sistema penal, se constituye en un control social y control punitivo. Sin embargo, el sistema penal no tienen nada que ver con esa expresión del control social, que tiene un origen, una historia, en otro ámbito cultural, es decir en otro desarrollo sociológico y en otro marco de teoría social que para nada se vincula con el ejercicio del control punitivo que ha venido ejerciendo el Estado moderno y en especial los llamados Estados Sociales, mismos que se encuentran en crisis actualmente.

Una cosa es el control que se ejerce desde el Estado con el acuerdo consensual de las grandes mayorías sociales pero con el ejercicio de castigo y la represión, y otra cosa es el control social que arranca de una historia demasiado feliz, pero que se tergiversa, en la que la sociedad, la participación activa y la vida comunitaria entre otras llena su contenido de un conjunto de valores compartibles que se ejercen en una actividad disciplinadora, controladora de esa supuesta democracia.

A partir de las teorías sociales, políticas, filosóficas y económicas se llega a establecer la estructura de los sistemas penales sobre la sociedad, estructurándose como verdaderas formas de realización que han permitido construir un determinado pensamiento criminológico, es decir, una forma de reflexionar sobre el objeto completo y articulado que se denomina criminalidad.

Sin embargo, cabe señalar que también no todas las teorías de la criminalidad, que se analizaran en los subcapítulos siguientes, permitirán la conformación y construcción de la modernidad, pero si han creado elementos de juicio y objetos de conocimiento para elaborar un sistema del pensamiento criminológico, y de ahí entonces, la necesidad de realizar las pertinentes argumentaciones de las ideas más concretas sobre el iluminismo, positivismo, funcionalismo, interaccionismo simbólico y marxismo, con el fin inmediato de confluir un objeto de conocimiento, que necesariamente han elaborado elementos particulares para dar vida a las sociedad moderna, donde el sistema penal se ejerce como una actividad disciplinadora, es el instrumento controlador más eficaz, autoritario y represivo que existe dentro de un supuesto Estado Democrático o de la sociedad democrática o del Estado Social anunciados.

Así el conjunto de principios que han asentado una idea de bienestar se ha ido degradando y deteriorando, lo cual ha influido visiblemente para que el sistema penal, haya pasado hacer utilizado como un primer instrumento de sujeción y de control legal de las grandes mayorías.

Estos conceptos tradicionalistas anunciados en el delito y en la pena, y en las mismas formas de castigar surgen de un discurso iluminista-racionalista, con un velo que encubre las penas modernas denominadas como humanas, pero con una falta total de respeto de los derechos fundamentales de los individuos, donde estos derechos siguen en el juego oscuro, sin tomar real eficacia en el contenido de las actividades diarias, donde precisamente se relacionan los sujetos sociales con las instituciones sociales y estatales.

En este sentido Alessandro Baratta (1980) señala: "(...) el sistema penal no es únicamente el complejo estático de normas, sino más bien un complejo dinámico de funciones (procesos de criminalización) al cual concurre la actividad de las diversas instancias oficiales, desde el legislador hasta la de los órganos de ejecución penal y de los mecanismos informales de la reacción social (...)." ¹⁸¹

¹⁸¹Cfr. Baratta, Alessandro. Criminología y Dogmática Penal. Pasado y Futuro del Modelo Integral de la Ciencia Penal. En Papers. Revista de Sociología. No. 13. p. 26.

Sin ningún afán de ser absoluto y totalizador en los criterios sustentados, también lo es, que al haber afirmado que los sistemas penales contemporáneos, desarrollan su propio nivel de actividad, no debe pasar desapercibido que este sistema penal constituye un espacio selectivo, ejecutor, represivo, racista, antidemocrático y plenamente autoritario, es decir, constituye una racionalidad explicativa, instrumental y de autoexclusión.

Todos éstos calificativos del sistema penal, justifican única y exclusivamente la creación, aplicación y ejecución de las normas jurídicas, donde la actividad represora que ejerce el sistema penal, resulta ser una actividad legitimada por medios valorativos e idealmente determinados por el propio Estado. Roberto Bergalli (1993), señala que estos procesos de creación de la ley penal y su aplicación, surgen de un mandato meramente constitucional, donde no solamente se pueden detallar los procesos de creación, elaboración y aplicación, sino también observar la existencia de sujetos que gestionan dentro de las instituciones que fomentan la intervención directa de esos procesos aludidos y relativos al sistema de leyes penales, que se denomina subsistema penal público.¹⁸²

Así los sistemas penales contemporáneos, se ven vinculados a sujetos débiles, por ejemplo: en cuestiones de género. Esto conlleva a meditar que el problema se vuelve de carácter cultural, donde el otro, los otros y nosotros juegan un papel con diversas reglas en el campo material a un cuando se sustenten en un campo formal de igualdad; sin embargo, estos sistemas penales se van expresando con una voracidad y con una amplificación inusitada de los que los ilustrados pensaron e idearon de dicho sistema, e incluso para lo que debería servir. Este nuevo encuentro sirve de estructura para ubicar y condicionar al sistema penal donde su control resulta realmente difuso y no muy puntual con relación a sus aspectos concretos, así como técnicos y jurídicos creándose un estado de ficción legal amparado en una estrategia democrática y liberal.

Al respecto Baratta (1989), advierte que el sistema penal entra como un subsistema específico en los llamados procesos de socialización y educación, donde el Estado así como los aparatos ideológicos institucionalizan por medio de una red capilar, donde se puede observar los modelos de comportamiento y de conocimiento y de cada estatus social le corresponde, y que esto vendría a ser un acto complementario del control social. Por eso el derecho penal se ve absorbido por este control difuso del proceso que

¹⁸² Bergalli, Roberto. Sistema Penal e Intervenciones Sociales. Algunas Experiencias en Europa. Hacer Edt. Barcelona. 1993, p. 240.

enmarca la socialización y la educación del individuo, y que penetra esencialmente en el alma de todo sujeto. En consecuencia una visión de esta naturaleza crea mecanismos de discriminación, selección y marginación, que en comparación a los procesos educativos (escolares), crean una gran similitud con el sistema del control punitivo.¹⁸³

Esquematizar que la función del sistema penal resulta ser seleccionadora y por ende se transforma en una función marginadora, justifica entonces que el sistema penal es un sistema de falsa conciencia y únicamente refleja una sociedad estructurada verticalmente donde esos mecanismos y procesos de selección, marginación y discriminación, permiten conservar y construir cíclicamente los grados de escala social, de ahí entonces que el sistema penal sea un sistema cerrado y limitado.

Si en el proceso de discriminación que se verifica tanto en el sistema penal como en el sistema educativo, se advierte colateralmente una desigualdad material que se relaciona concretamente con la posición del estatus social, también lo es que ambos sistemas muestran el carácter simbólico del castigo, donde necesariamente se adiciona un valor que es "de mal y de culpa" a una minoría estigmatizada y a su vez permite la integración de la mayoría, mediante la convalidación de modelos de comportamiento. Luego entonces, el análisis refleja el fracaso del sistema penal pero también del sistema educativo.

Dichos sistemas entonces presentan un modelo demasiado simplificado, que configura una estructura tridimensional, esto es, el derecho representado por la norma, la criminología representado por el hecho y el control social, representado por un sistema de valores, siendo que dichas estructuras tienen a auto justificarse y auto legitimarse de manera circular.¹⁸⁴

En consecuencia el concepto de sistema penal resulta ser un concepto problemático, del cual no se pretende proponer una solución pero si se ha pretendido en las líneas supracitadas el establecer el modo más útil de aproximación al problema. Siendo que en los países penféricos se debe buscar y pugnar por una aplicación del derecho penal ajustándolo a sus propias reglas garantista como lo señala Alicia González Vidaurri y Augusto Sánchez Sandoval (1994)

¹⁸³ Cfr. Baratta Alessandro, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, 2ª. Ed. Siglo XXI, EdL México 1989, p. 177 y 178. Este autor hace una magnífica comparación entre el sistema educativo escolar y el sistema penal, donde la desigualdad en la distribución de los recursos para acceder a los llamados chances sociales, resulta ser realmente similar en ambos sistemas que crean a su vez los principios de socialización y estratificación social.

¹⁸⁴ Vid. Mir Paig, *Ibidem*, p. 10 y 11.

Esto viene a correlacionar otro aspecto que se desprende del sistema penal, que sería propiamente el concepto de Jurisdicción, mismo que resulta ser también un concepto difuso. Debe aclararse en este punto, que el ámbito en que se está desarrollando la jurisdicción dentro de la modernidad, resulta ser con visiones meta normativa, a un cuando se utilice conceptos de normas positivas para la explicación de ciertos puntos, también lo es que el sistema penal ni los problemas sociales que encara pueden resolverse con un concepto valorativo-normativo, es decir, que no puede estudiarse desde su interior como un sistema de organización, si no que se debe observar y analizar desde la situación exterior y con ello poder explicar con una visión mas objetiva las categorías, instrumentos, problemas y cuestiones que atañen única y exclusivamente a las personas, porque son las únicas que se ven involucradas a una cuestión criminal y no como se observa que su concepción al ser interna pierde de vista que los programas que se elaboran desprotegen la calidad humana a quienes va dirigido.

Por eso es importante ver la cuestión criminal por quién la elabora y los emisores a quienes va dirigida, para dilucidar la conciencia asumida y compartida en la actividad de las instancias que aplican el sistema penal donde el papel decisivo genera imágenes y construye realidades que parecen verdad, pero por su carácter simbólico ejercen una presión decisiva con otros elementos para que el convencimiento social sea el efectivamente idóneo que requiere esos programas para reprimir supuestamente los actos de litigio.

La labor desmistificante o de quitar el velo que cubre las imágenes con que se presentan estas instituciones y llegar al ejercicio de su función material que realmente cumplen, antes de describir sus consecuencias simbólicas a un cuando esta permite establecer la dialéctica que existe entre los que se dice y lo que hacen estas instituciones del sistema penal, de aquí se parte para establecer que su estrategia determinada un uso de sistema penal orientado hacia fines que no son meramente humanísticos si no afines manifiestos de un sistema penal autoritario y represivo.

Con todo lo que lleva una situación sociológica específica de organización en cuanto al Estado en particular, así dentro del sistema penal debemos distinguir dos planos o niveles:

PRIMERO.- Abstracción y Estática, y

SEGUNDO.- Concretización y dinámica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si partimos del hecho que el sistema penal no es conjunto de cosas y que se encuentran debidamente determinadas como se desprende de los manuales penales, ya que partiendo de esta dinámica el sistema penal tendría que ser el derecho penal, es decir el conjunto de descripciones normativas, de acciones y de elementos que componen la acción, para ayudar a definir las conductas delictivas y las cuales, son las consecuencias jurídicas que conllevaría esto, por lo tanto para los juristas del sistema penal, establecen que este surge de los libros, de ahí entonces que un penalista haga una estructura hegemónica y controladora de los pensamientos de lo que se dice debe ser el sistema penal.

La desmitificación del sistema penal debe partir precisamente de lo que se entiende por sistema, pero no como lo entiende la sociología sistémica, si no como lo entendieron los que primeramente hablaron de sistemas, incluyendo en este caso lo referente a disciplinas sociales y disciplinas biológicas y así tampoco estas ideas concordarían con las nuevas ideas de sistema.

Lo que semánticamente quiere decir sistema, es precisamente que es un conjunto de piezas que articuladas entre sí están orientadas a la obtención, al alcance de un objetivo o fin concreto, esta idea surge necesariamente de una vieja idea que se maneja dentro del organicismo Spenceriano, donde no se advierten organismos vivos si no organismos sociales que funcionaban sobre la base de una articulación sistemática con distintas piezas que lo componen. Cuando una de esas piezas o elementos esta afectado o enfermo el tratamiento y la cura implican el apartamiento de la pieza, esta idea organicista se observa como permanente en todas las propuestas sistemáticas anteriores como en las actuales. Concluyéndose entonces que lo que dicen los penalistas resulta ser el sistema penal, este simplemente resulta ser una enésima parte de lo que realmente debe entenderse por sistema.¹⁸⁵

Esta acepción de la palabra sistema, es en la que inicialmente nos permite inscribir una concepción para entender la misma, de ahí entonces que se parta de los dos planos la abstracción o estático y un plano de la concretización o dinámico.

En consecuencia el desarrollo de las organizaciones políticas modernas así como el derecho, juegan un papel fundamental e indispensable para dar forma al derecho como fuerza, como ejercicio legítimo de la fuerza de la coerción, pero en especial como un instrumento que emite mensajes a través de un lenguaje específico que se convierte en mandato y prohibiciones para los receptores de ese mensaje. Por ejemplo: una relación

¹⁸⁵ Cfr. Bergalli, Roberto. *Control Social Positivo*. 1°. Ed. Bosch, S.L. Ed. Barcelona. 1996. pp. 54 a 57.

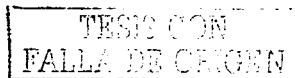
en la concepción de Tótem y Tabú, que se tiene como algo explícito y manifiesto que da un sentido de solidaridad y convivencia participativa e incluso en la pena.

Todas estas formas de obediencia analizadas podemos observar, entonces, son actos que se constituyen en verdaderos mandatos y prohibiciones, que se formalizan dentro de una relación subjetiva de derecho, lo cual nos da como resultado un proceso articulado entre quién emite el mensaje o quien produce la norma o quien crea el derecho, para un determinado receptor del mensaje, entonces, se maneja en una fórmula abstracta general y universal el concepto de mandato-obediencia. Así el concepto de ley que tenemos en nuestra tradición cultural, tanto continental como propia, puede llegarse a concretar cuando realiza la acción que esta prevista como punible o como sancionable, por eso el mandato-prohibición-abstracto, ha sido en todas las culturas escritas u orales, totémicas o simbólicas, bajo un concepto de derecho en razón de que se emite un mensaje, una autoridad que ha de ser obedecido y que se configura como un mandato o una prohibición legítima, con ordenes religiosas, mágicas y políticas, finalmente punibles y jurídico-penales.

El primer nivel de producción y de creación de derecho es un nivel que tiene que estar muy predeterminado si el sentido de racionalidad jurídica, que priva en la forma de organización política, da un mensaje que explicita entonces como se concretizara en las organizaciones políticas modernas y en las formas de expresión democráticas del ejercicio del poder dentro de un marco jurídico institucional que se le denominaría constitucional de derecho, en razón de que esta sustentado por una norma fundamental donde se organiza, se crea, emite, y transmite el mensaje al conjunto social de una manera muy clara y precisa, como en su momento lo estableció Kelsen (1986)

Luego entonces, aquí no solamente el mensaje se expresa en términos de mera abstracción, sino que es necesario que se apoye en otra diferente abstracción, que implica un proceso de orientación de cómo se va a interpretar legítimamente, para facilitar el momento de la concretización del mensaje, (no solamente tenemos al derecho penal, sino también al derecho procesal, dentro de un mundo de del deber que se bifurca concepto de jurisdicción para dar plena legitimidad a dicho proceso de interpretación), esto con la finalidad de llegar al enjuiciamiento del eventual autor de la manifestación que se toma como punible.

Por lo tanto, surgen aquí también las instancias que predispone la constitución encargada de aplicar estos mensajes a la persona concreta, en este sentido dicha instituciones están precisamente encaminadas a observar que las determinaciones escritas se



adecuen a la estructura y organización interna, pero además estas estructuras serán formalmente aplicadas a los sujetos para su tratamiento.¹⁸⁶

La policía es la primera institución que empieza este proceso, así va actuado y empieza a discurrir el procedimiento penal, en personas individualizadas y en situaciones determinadas, mostrando objetos y elementos que constituyen formas de prueba para la concretización, es aquí con la actividad policial que se inicia la concretización de un principio fundamental de la organización jurídica institucional y que se relacionan al principio de legalidad (se configuran desde el momento en que el Código Penal describe las acciones que pueden ser punibles tratándose de principio de legalidad abstracto) pero además también se configura cuando en la instancia o en la persona predispuestas se verifica que la regla se adecua a la acción y que por ende se aplique la punibilidad por el Juez, Tribunal o el Juzgado. Es cuando la legalidad se materializa y desciende de su abstracción para ser un principio de legalidad restringida.

Es cuando se señala que la jurisdicción empieza su actividad, el *iuris decidere*: decir el derecho, en este caso concreto y puntual y en una situación muy predeterminada, entramos entonces al juego de las reglas predispuestas, donde la jurisdicción se verifica en una escena donde no se observan necesariamente sus aspectos técnicos, ni tampoco sus marcos de actuación puntual, sino más bien podemos observar que la escena se desarrolla en su dimensión cultural y sociológica, y esta en interrelación con el sistema político.¹⁸⁷

Incluso el principio de territorialidad que era un principio básico inmovible de la tradición jurídica penal, es un principio que esta al borde de la quiebra. Así el principio del juez natural (que no solamente se había pensado y elaborado con la tradición iluminista, sino que además modernamente) aun cuando tiene expansiones, el juez natural a orientado nuestra formación de juristas. Pero este principio que rige y controla y que ha gobernado formas de organización de los llamados estados-naciones entra en conflicto

¹⁸⁶ Por eso los policías tienen que estar sujetos a disposiciones legales por el carácter de actividad que ejercen, de ahí que esas disposiciones sean especiales por que afectan a derechos y garantías fundamentales. Por eso debe costarse con una ley orgánica de cuerpos y de fuerza de seguridad.

¹⁸⁷ Cuando se habla de sistema político no se está hablando del conjunto de instancias, de momentos, situaciones o actores que componen el funcionamiento de la sociedad política de los Estados modernos, sino que estamos hablando de una parte del sistema político que se le puede denominar subsistema político, que lo constituyen los actores políticos en la organización de la tradición parlamentaria, representativa y democrática en la que se predetermina y se inscriben las actuaciones de los sistemas penales, es decir el sistema de partidos, que configuran la administración incluso del llamado poder ejecutivo, y es aquí donde se muestra el núcleo de la jurisdicción porque es ahí donde se producen serias transformaciones no en las estructuras sino en el aspecto cultural, en forma instituida e inesperada para la cultura jurídica. Ya que en la jurisdicción los protagonistas se constituyen no en las instituciones ni en los aparatos sino en esas corporaciones cuyos hombres y mujeres que los conforman aparecen investidos de jurisdicción.

con la creación de las grandes organizaciones supranacionales o supraestatales que hoy rigen los destinos no solamente de occidente sino de toda la humanidad.

Este es el signo de una época que se ha acabado, un periodo histórico y político pero fundamentalmente cultural que se va viendo destruido, con ideas y expresiones imperiales que representan continuamente amenazas de invasión, pero esto simplemente demuestra que estos símbolos o representaciones, muestran sociedades que se organizan a través de estados-naciones, cuyas estructura interna, si bien pretender mantener la paz social también lo es que imponen un determinado sistema de dominación que refleja un concierto general con base en instituciones que parecen inamovibles por medio del ejercicio de la jurisdicción.

Pero dicha institución se esta haciendo añicos, si vemos que la forma de organización política de los estados-nación, pasa a ser de los estados supranacionales o supraestatales, misma que no se adecua a los tiempos que vive cada Estado en particular, y si por el contrario, se modifica de manera tan acelerada que no deja salir del holocausto social, cultural, económico, político y jurídico en la que se encuentran los Estados dependientes.

La justicia universal resulta ser entonces una justicia más o menos internacional respecto a los genocidios atribuidos a los derrotados en una contienda, pero es una expresión que surge de la posguerra mundial que conceptualiza la idea tradicional de jurisdicción (tan cuestionada de los tribunales penales internacionales en los juicios de Tokio-Nuremberg), donde se trataba y se anunciaba que alguna instancia debía de encargarse de institucionalizar de alguna forma dicha justicia, pero donde se violaran los principios de la tradición jurídica penal, (puesto que esos tribunales internacionales, violaron principios básicos como el de aplicación de una ley retroactiva, y de la territorialidad de jurisdicción del juez natural) Surgiendo de esta manera una organización internacional con base a la reunión de diversos países, que en su calidad de aliados incorporaron su justicia internacional en contra de los derrotados y estructurando la organización de la Naciones Unidas.

A partir de está época se a intentado en distintos momentos instalar el tribunal penal internacional desde el acuerdo de Roma de 1948, el cual a tenido sus dificultades, en razón de que el Consejo de Seguridad, que lo conforma Estados Unidos, no ha querido ratificar en razón de que puede poner en peligro su soberanía, por ende como organismo supraestatal, no puede permitir una instancia que este por encima de su jurisdicción

espacio-temporal, y menos que deba aplicarse dentro de su territorio nacional, ya que pondría en riesgo su supremacía.

Estos problemas que suscita la jurisdicción, no pueden ser debatidos en el marco de un manual de derecho procesal; si no que debe de estar en un marco más amplio ya que hasta el momento las sociedades y los Estados se sujetan a relaciones interdependientes, y esto condiciona y determina la forma de organización política interna que a su vez se ve estructurada por un proceso de acumulación de riqueza, que es la que presiona para que se produzca este proceso de transfronterización, a esto sencillamente se le denomina globalización en todos los ordenes de vida e incluso en la impartición de justicia. Si bien, la globalización es un concepto dentro de un lenguaje económico, es decir, va con relación a un campo de movimiento de riqueza o de capital, también lo es, que el mismo concepto incide y repercute sobre la forma de organización política y jurídica, sobre todo, en la manera en que culturalmente estamos compelidos a asimilar este proceso.

La jurisdicción resulta ser un término confuso donde indistintamente se utiliza entre los constitucionalistas, administrativistas y en otras actividades del órgano ejecutivo y legislativo. Donde el ejercicio de la jurisdicción al crear esta confusión en la organización del Estado moderno constituye el desarrollo y la justificación del poder del Estado en el ejercicio de sus funciones. Una de tantas de esas funciones que el poder político genera es en el campo concreto de la resolución de conflictos donde se plantea la capacidad jurisdiccional. Esto refleja el eterno problema que se ha venido planteando con relación a la impartición y administración de justicia.

Cuando se aplica un determinado ordenamiento jurídico preestablecido para dirimir situaciones de conflicto ocurre que en ese momento se aplica un determinado poder (en un sentido de poder político) en consecuencia, sé esta ejerciendo una función y esto nos obliga a retrotraer el análisis al origen de la actividad jurisdiccional del estado moderno, cuyos orígenes necesariamente son confusos.¹⁸⁸

Este origen de designación de actores del ejercicio de esa jurisdicción, justifican un tema debatible cuando con relación al poder judicial, los encargados del ejercicio de la jurisdicción (Jueces y magistrados) no son elegidos por una elección popular, sobre todo

¹⁸⁸ Cfr. Bergalli, Ob. Cit. pp. 55 y 56. Señala este autor que John Locke, es de los primeros pensadores libera que plantea la necesidad de actividad jurisdiccional dentro del Estado moderno, salvo que lo vinculaba al poder ejecutivo, ya que los jueces eran nombrados por la corona, por lo tanto, eran jueces de la corona. Incluso Montesquieu, asignaba esa jurisdicción a los parlamentos. Bajo esta temática vemos ese juego de pertenencia del ejercicio de la jurisdicción al ejecutivo o al legislativo, y esto genera un esto de indeterminación del origen político del ejercicio de la jurisdicción dentro de un plano histórico.

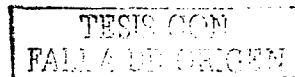
si se parte de una perspectiva donde el ejercicio del poder del Estado dentro de un análisis de Estado moderno, en especial de un Estado democrático y constitucional de derecho debieran responder a la voluntad soberana. Pero si los jueces y magistrados en las organizaciones constitucionales no responden a ese régimen y no responden al mismo origen preestablecido, entonces es cuestionable su legitimidad democrática en el ejercicio de la jurisdicción.

Este problema se vuelve más fuerte puesto que si los jueces y magistrados adecuan el ordenamiento determinado para decir el derecho, en tales circunstancias el ejercicio de la jurisdicción no corresponde al poder judicial, sino que este sería la capacidad última y final de decidir el derecho, con un carácter irrevocable, así en un momento determinado la toma de decisión tan terminante, no permite que se con un conflicto dentro de un ámbito jurisdiccional.

Bajo estos argumentos simplemente se observa que el ejercicio de la jurisdicción, se ejerce en función de una administración de justicia, que representa la expresión de un conjunto de instancias y actores que responden a un aparato, sin embargo, dicha jurisdicción resulta aún más difusa cuando el poder ejecutivo y legislativo se reservan facultades jurisdiccionales. Así el concepto de aparato se verifica en una situación represiva dentro de la jurisdicción por personas que ejercen esa jurisdicción. Pero el carácter irrevocable de la decisión al resolver el conflicto, estriba en un carácter depositario del ejercicio de la jurisdicción que se deja en manos del poder judicial, esto crea una ambigüedad en el uso de los conceptos que se fomentan en un origen histórico, si consideramos que la jurisdicción es parte de la organización del Estado, donde las constituciones sociales han establecido y dispuesto la asignación del ejercicio de la jurisdicción a una norma fundamental, ulterior a la consideración de otros niveles de ejercicio de poder.

Aquí estriba el punto débil y de mayor cuestionamiento del reconocimiento de legitimidad del ejercicio de la jurisdicción en la administración de justicia, donde la división de poderes resulta en concepto diferente a la diferenciación de funciones. Sin embargo, esto solamente justifica una teoría tripartita del poder del Estado y satisface el origen del Estado liberal, aunque también satisface la idea de que un tercero resuelva los conflictos y las demandas que se plantean al Estado, por eso es de que el Estado, sin esa capacidad de ejercer la jurisdicción (poder judicial) quedaría también con una falta de legitimidad.

En consecuencia el sistema penal se idea por los ilustrados con dos objetivos concretos:



PRIMERO: Eliminar la venganza privada (alguien tienen que asegurar el resultado del conflicto a algunas de las de las partes en litigio con la idea de un estado de supraparte)

SEGUNDO: Limitar la intervención del Estado (precisamente donde la Intervención únicamente es requerida para mantener la convivencia pacífica)

Luego entonces, el ámbito de intervención punitiva a través del sistema penal se desarrolla en las distintas formas estatales que se observaron como lo es, el Estado liberal, el Estado intervencionista, el Estado totalitario, el Estado social o de bienestar, el Estado democrático o el Estado constitucional de derecho. Así el ejercicio de la jurisdicción ha ido ubicándose en distintas parcelas de actividad estatal, hasta adquirir un redimensionamiento a partir de los años cincuenta hasta nuestros días, con una capacidad interventora mayúscula, que se concentra en el llamado estado social. Por ello el poder del ejercicio de la jurisdicción se convierte en una función de poder genérico político del Estado, para intervenir en la resolución de conflictos donde no solamente se asume una función propia del Estado social en la producción y la riqueza, que fomentan procesos de mayor conflicto, sino que además se observa la capacidad jurisdiccional en la expresión social del Estado, aquí la redistribución de la jurisdicción ocupa una actividad meramente funcional, cuyos efectos materiales por un lado son de mayor represión y autoritarismo, y por el otro lado, la falta de respeto a los derechos fundamentales provoca un perjuicio estructural en la vida y actividad de cada individuo social.

En consecuencia, el sistema penal y la jurisdicción, al ser términos complementarios, permiten la proliferación de una especie de moralina y eticidad, en las posturas políticas, jurídicas, sociales y culturales, que envuelven a un sistema de castigo determinado; así el trasfondo ideológico opera precisamente con un contenido histórico simple, cuya tradición argumentativa se centra en representar el papel "del bueno y del malo", una especie de lucha mítica "del eterno retorno". La continúa búsqueda del orden, como un contrasentido que provoca el desmoronamiento de la humanidad.

Eso plantea un problema gravísimo, en razón de que el sistema penal lo engloba todo, por ende, las normas darán formalidad y legalidad a la intervención del sistema, y éste permitirá que el poder político y jurídico, siga inmerso en una estructura inmóvil, que fomentará aún más la debacle en la historia del castigo y de la humanidad. Puesto que el desmoronamiento del mundo, se debe precisamente al sistema político y económico, que seguirá produciendo la "historia de la enajenación y de la miseria".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2. ESCUELAS PENALES. (RACIONALIDAD LEGITIMADORA)

Mir Puig (1985), advierte que es necesario hacer una distinción entre Derecho Penal, que se constituye en el conjunto de normas relativas a delitos, penas y medidas de seguridad, de las disciplinas, que tienen como objeto de análisis y estudio, a las normas. Las disciplinas entonces pueden tener como estudio el contenido interno de las normas (normativo) o en su caso el estudio de la relación jurídico-penal con los demás fenómenos sociales.¹⁸⁸

El estudio interno o normativo, da nacimiento a la expresión "Ciencia del Derecho penal" o "Ciencia Normativa", e incluso, dicho estudio se le conoce comúnmente como "Dogmática jurídico-penal"

La dogmática jurídico-penal, como medio de participación en la creación del derecho positivo vigente, refleja también la lucha entre las doctrinas justificadoras y legitimadoras del poder y deber de castigar.¹⁸⁹

Las escuelas penales, si bien han generado un discurso eminentemente jurídico, también presentan justificaciones a matices criminológicos y de política criminal.¹⁹¹

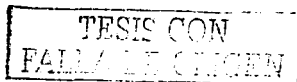
Bástenos para constatarlo, un recuento sucinto, de las posturas de las escuelas penales más importantes. En torno al derecho penal existe un enfrentamiento doctrinal y teórico entre diversas escuelas penales, cuyos paradigmas más sobresalientes son de carácter clásico y positivista, a éstas dos posturas, deben agregarse las relativas posturas eclécticas, que dan origen a la escuela de la defensa social.

Pareciera, en un primer análisis, que las racionalidades de justificación del derecho penal fueran opuestas, en un a especie de contrasentido, pero no es así, por el contrario, son posturas complementarias para erigir el sistema de reacción penal. por ello, únicamente nos ocuparemos de los postulados de la escuela clásica, de la escuela positiva y de la escuela de la defensa social, esto en razón de que las demás escuelas del derecho penal que se desarrollaron a finales del siglo XIX y mediados del siglo XX, son meras posiciones eclécticas del positivismo y de la defensa social, de carácter estructural-

¹⁸⁸ *Ibidem*, p.9.

¹⁸⁹ Cfr. Mir Puig, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. 1ª. Ed. Ariel. S. A. Ed. Barcelona, 1994 pp.12 y 13.

¹⁹¹ No debe olvidarse que la estructura tridimensional del derecho penal, se constituye precisamente de la norma (dogmática penal), del hecho (criminología) y del sistema de valores (control social y política criminal). Cabe destacar que la Política Criminal, no es una disciplina teórica sino una orientación del Derecho Penal, es decir, se refiere a su conjunto de criterios empleados por el derecho penal en el tratamiento de la criminalidad. Actualmente esta estructura tridimensional se ve complementada por la Sociología jurídica.



funcionalista, así como funcionalista-sociológica, que caen en argumentos explicacionistas y normativista del derecho penal.

La **escuela Clásica**, se erige sobre una estructura ideológica de la filosofía-liberal-clásica del siglo XVIII. Al respecto, Zaffaroni (1988), opina que jamás hubo una "escuela clásica" y que su denominación fue por mera comodidad de Enrico Ferri, quien llamó "clásico" a todo penalista que no compartía sus puntos de vista.¹⁹²

En la escuela clásica de la filosofía liberal de los siglos XVIII y XIX, sobresalen las obras de Beccaria, Feurebach, Bentham y Carrara. Los postulados de éstos pensadores reflejan la **ideología del contrato social, la división de poderes y el libre albedrío**, que se convertirán en el sustento estructural doctrinario de la escuela clásica del derecho penal. **Para esta doctrina existe una mayoría respetuosa de la ley, en consecuencia una minoría desviada, asimismo presupone el libre albedrío de los sujetos adscritos al pacto social, además asume la tendencia de los hombres a considerarse libres e iguales ante la ley, por lo tanto, los responsabiliza de sus conductas.** La reacción ante el delito tendrá como referente el daño causado y la necesidad o utilidad de la pena para la prevención del delito: **el límite a la reacción es el grado de culpabilidad, esto da nacimiento a las penas imbricadas en los códigos penales, que dan origen a los llamados "códigos motivacionales", que reconocen la capacidad y posibilidad de un sujeto para disponer de su libertad y conducirse con apego al orden legal.**

Estos criterios de la ilustración, se recogen bajo el **esquema de un derecho natural-racional, cuyo principal objetivo es la búsqueda de las normas dictadas por la recta razón**, como señala Mir Puig (1984), esto suponía que el jurista tuviese una suprema decisión sobre la validez o invalidez de la norma jurídica.

El **método de estudio de la escuela clásica será deductivo y se centrará en aspectos teóricos y abstractos del derecho penal**; por otro lado, no debe olvidarse que la **vertiente iluminista, que postulaba el utilitarismo y el pragmatismo, dará origen a la criminología positiva como disciplina autónoma, asimismo los postulados eclécticos darán origen al nacimiento de la Política Criminal, como lo advierte Juan Bustos Ramírez (1983)**

La escuela clásica del derecho penal, sostuvo que la pena era un mal que debía eliminarse, como puede verse en los argumentos de Kant, Hegel y Carrara. Otra vertiente

¹⁹² Cfr. Baratta, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Ob.Cit. pp. 35 a 55. Cfr. Bustos Ramírez, Juan, *es Pensamiento Criminológico*, Vol. I, S.N.E Temis EdL. Bogotá-Colombia, 1983, pp. 15 a 32.

la considera como una cuestión racional de la organización social como se advierte en los pensadores Schopenhauer y Feueurbach. Para **los primeros** o **los retribucionistas de la pena**, ésta tiene un fin en sí misma, que será el propio hombre criminal. El fundamento del castigo está en el abuso que ejerce el hombre dentro de sus facultades de libre albedrío, por ello, la medida y las dimensiones del abuso, se toman confusas en su argumentación explicativa, en consecuencia se crea una confusión entre fin y fundamento del castigo y de la pena. **Los segundos** postulan la idea de la prevención general, donde el hombre es el medio para que la pena se erija dentro de una racionalidad de organización social, así la pena, surge como una coacción psicológica, que despierta en el individuo la conciencia de una racionalidad utilitaria, es decir, la amenaza de la pena, permite al individuo social realizar una comparación entre los beneficios que le podría generar la comisión del delito y las desventajas de la pena, en otro orden de ideas, provocaría en el hombre un verdadero juicio de valor entre lo bueno y malo de su conducta.

Los argumentos o postulados de la escuela clásica del derecho penal, **esquematizan el llamado derecho penal de acto**, que se inclina por sancionar a los sujetos infractores por sus actos, no por lo que son; ello implica que el Estado solamente podrá ejercer el poder de castigar, cuando se violente ilegalmente el orden jurídico-normativo. Pero la **Escuela Clásica del derecho penal**, señala Baratta (1989), tiende a abstraer el hecho del delito, por lo tanto, le quita existencia ontológica al delito, ya que simplemente éste, es reducido a la concepción de un ente jurídico; es importante advertir argumentación, puesto que en dicho punto ideológico, el paradigma positivista, invertirá el plano de concepción del delito.

Por lo tanto, los postulados más importantes de la **Escuela clásica del derecho penal**, se resume de la siguiente manera:

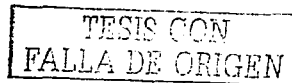
PRIMERO. El delito es una infracción normativa, de la ley del Estado.

SEGUNDO. La responsabilidad será moral, por fundarse en el principio de libre albedrío, y

TERCERO. La pena se erige como una necesidad de reacción-coacción, para el reestablecimiento del orden jurídico-social.

Las críticas a la Escuela clásica del derecho penal, son:

PRIMERA. No existe un fundamento objetivo para justificar el derecho a castigar.



SEGUNDA. No existe un fundamento cierto para establecer el grado de culpabilidad.

TERCERA. No existe un fundamento para demostrar la existencia del libre albedrío.

CUARTA. No se sistematiza un estudio del delincuente.

QUINTA. No existe fundamento en la imposición de la pena (meramente talional), puesto que sigue manteniendo un carácter retributivo, y

SEXTA. No existe un estudio que estructurara medidas preventivas del delito y del delincuente.

El naturalismo-racionalista, de la Escuela clásica dará origen a otros estudios de carácter científico dentro de la antropología y la psiquiatría, que darán origen a otro estudio del delito, la pena y el delincuente, como serán los postulados de indole positivista.

La Escuela Positiva del derecho penal, presenta una bifurcación con los postulados iluministas, de racionalismo-natural, principalmente en lo referente a las teorías racionalistas, utilitarias, y científicas, que permitirán erigir su estructura ideológica y argumentativa.

Con los principios comteanos, los positivistas, construyen una ciencia ideológica con base en un principio absoluto, de donde va a surgir la invariabilidad o carácter dogmático de las leyes científicas. Así, todos sus postulados positivistas estarán colateralmente precedidos de un principio absoluto, que es el mundo social, donde la capacidad de conocimiento del hombre es limitada y por ende, el objeto resulta ser absoluto. De ahí entonces, que la observación prevalece sobre la imaginación, aquí el método de estudio se invierte y produce un cambio en la concepción racionalista-naturalista propuesta por los iluministas.

Los positivistas relegan a la ideología un estado inferior del pensamiento y postulan a la ciencia como vértice del orden social-racional, por ello, el positivismo es la fuente ideológica de la sociedad burguesa industrial como bien señala Bustos Ramírez (1983)

Bajo la filosofía positivista el lema "orden y progreso", se constituyen en fines y valores que permitirán estructurar el nuevo paradigma ideológico. En consecuencia los fines solamente se lograrán con base en una reforma institucional y del sistema de ideas de los postulados clásicos, sin embargo, únicamente se reestructuraran y ampliarán los mismos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La contribución específica de los positivistas es haber reformulado las argumentaciones clásicas, con base a una crítica concreta, que se enfocaba a la crisis ocasionada por la ideología ilustrada, no el campo material sino el intelectual, esto motivo a proyectar la ideología argumentativa de los positivistas, hacia otro plano de control más eficaz y represivo.

La ideología positivista trata entonces de reorganizar la actividad humana, por medio de una definición científica y sociológica del sistema social, así el fenómeno natural-humano, se erige con base en un dogma causalista, cuyo origen procede netamente del derecho natural, en el que se identifica el nexo causal con la utilización del método científico, como medio para obtener la existencia de hombres no peligrosos o normales y diferenciarlos de los hombres peligrosos o anormales, salvaguardando con ello su postulado de orden y progreso. La ley de la invariabilidad de las leyes naturales con un objeto de estudio absoluto, cae dentro de una ideología metafísica que venía postulando la filosofía iluminista- liberal.

La influencia del positivismo en las ideas jurídico-penal, no se hace esperar, puesto que el objeto de estudio absoluto y observable dentro del derecho penal, se estructurará y se sistematizará, en el estudio de "la norma" (Binding) Con los postulados de esta nueva escuela penal (Von Liszt), se explica el delito a partir de leyes naturales y causales, sin embargo, se utiliza argumentos de carácter sociológico, natural, normativo y psicológico para describir el fenómeno criminal y al criminal. **La dogmática penal, con base en estos argumentos surge con posterioridad y establece dogmas normativos de carácter natural y social.**

La corriente positivista del pensamiento jurídico, centra sus postulados en la siguiente forma:

PRIMERO. Supone la existencia de una mayoría social respetuosa de la ley, y frente a la existencia una minoría desviada (postulado semejante a la escuela clásica del derecho penal)

SEGUNDO. Establece un determinismo natural de los sujetos (cambio de paradigma al postulado clásico de libre albedrío de los sujetos), es decir, todos los sujetos son igualmente libres, pero no son igualmente normales.

TERCERO. Es imposible que se exija a los sujetos anormales asumir la responsabilidad de su actuación, surge el principio de imputabilidad penal (principio complementario del

de culpabilidad, esencial en la escuela clásica del derecho penal) que considera la capacidad de entender y querer.

CUARTO. El delincuente será el principal protagonista.

QUINTO. El delito se esquematiza como un fenómeno natural-humano, producto de factores individuales, físicos y sociales.

SEXTO. La responsabilidad penal resulta ser legal y social (se invierte el paradigma clásico de la responsabilidad moral), y

SÉPTIMO. La pena es para la defensa social, por ende, resulta ser preventiva, útil y determinista, considerando que se estructura con base en la personalidad del delincuente; en consecuencia la conjugación del binomio delito-delincuente, nos dará como resultado la justificación de la pena.

La existencia del determinismo biológico, psicológico y sociológico (Lombroso, Ferri y Garofalo) sustentará el análisis del principio de imputabilidad, enfocado a la búsqueda de la etiología de la delincuencia, proponiendo un sistema educativo y curativo, en sustitución del supuesto castigo- represivo de la ideología clásica penal.

Lo anterior constituye el derecho penal de actor, que sanciona a los sujetos por su calidad específica de anormales o peligrosos, no tanto por sus actos. Se invierte el paradigma clásico y se sustituye la pena por medidas de seguridad pre-delictuales (medicina preventiva) y post-delictuales (medicina curativa), nace la pena útil.

Los seguidores de la corriente positivista estiman indispensable descubrir la personalidad del delincuente a fin de pronosticar su conducta, estableciendo un grado de peligrosidad y realizando un tratamiento reeducativo o resocializador que lo cure de su "enfermedad". Esta postura niega que el infractor tenga conciencia y que su conducta posea significación social o ideológica (contrario al principio clásico de libre albedrío)

Para este sistema se requiere una infraestructura curativa y educativa, de tal suerte que la cárcel se toma en una institución necesaria y útil, para alcanzar los medios y fines propuestos en este paradigma positivista.

Coadyuvaran en este proceso de consolidación ideológica-positivista, tanto la sicología como las teorías psicoanalíticas, que abordaran el estudio de la criminalidad desde una

óptica etiología-psicológica del sujeto criminal, proponiendo terapias para combatir las causas criminógenas.¹⁹³

Ahora bien, si la escuela positiva del derecho penal, invirtió los paradigmas propuestos por la escuela clásica del derecho penal, respecto a cuestiones formalistas de la ley y la realidad, no menos cierto es, que al pretender hacer un sistema penal más humano, estudiando profundamente la personalidad del delincuente, fue formando un sistema de inclusión y exclusión social determinista y desigual y sumamente represivo.

Así las críticas que envuelven al paradigma positivo-penal, se resumen de la siguiente manera:

PRIMERO. EL determinismo del sujeto-peligroso o del sujeto-anormal, resulta ser indemostrable. Es decir, es un término vago e impreciso.

SEGUNDO. La clasificación social y criminal de los sujetos, no deja de ser de origen meramente clasista y artificiosa, donde se identifica una relación simplista de derecho subjetivo de poder-dominio.

TERCERO. El sistema penal positivista tiende al terror estatal, al implementar un sistema de inclusión y exclusión social, mediante la concepción del delito natural y la responsabilidad de autor del delito, con base en el sujeto peligroso y anormal.

CUARTO. La pena y la medida de seguridad no tienen fundamento lógico para ser cuantificadas, bajo un principio de utilidad y humanidad del castigo.

QUINTO. Los resultados y efectos del tratamiento científico del sujeto-peligroso o del sujeto-anormal, no son científicamente demostrables, así el fracaso de la pena preventiva y útil del castigo, estriba precisamente en que no previene la comisión de delitos ni la reincidencia criminal de ahí que carezca de utilidad la pena, y

SEXTO. El sistema penal resulta ser demasiado represivo, autoritario y desigual, en razón, de que en hechos insignificantes se impone penas altas, atendiendo al pronóstico de la personalidad del sujeto.

¹⁹³ Cfr. *Ibidem*, pp. 44 y ss. Es importante destacar que Baratta relaciona la obra de Freud de "Totem y Tabú", abordado dos analogías, una es referencial al Totem, como neurosis, que sería una enfermedad individual, y una segunda, con el tabú, como formación social; siendo que éste se asocia como una forma secundaria de pena, sin embargo no deja de ser castigo espontáneo; pero ambas dicotomías que se encuentran colateralmente al castigo nos llevan a establecer formas de aislamiento y de medidas preventivas del sujeto enfermo.

Luego entonces, éste sistema penal, simplemente resulta ser una racionalidad explicativa dentro del derecho a castigar, cuyos efectos del castigo se sigue sustentando en una ideología aflictiva y retributiva, ya que al fomentar la cultura del tratamiento científico del sujeto peligroso y anormal, necesariamente legitimará el principio de reclusión del sujeto como medio para alcanzar su objetivo y fin del castigo y de la pena.

Un orden y progreso que conlleva una idea de predominio de la ciencia y la tecnología, siempre plateará la ansiedad permanente de un relativismo fértil de confirmación de un contrato social antidemocrático, donde la concepción del delito, del delincuente y de la pena, se construye en una violación estructural de derechos del individuo social, por lo tanto, se debe buscar la estructuración y sistematización también de un contrato natural y no solamente social, donde se mantenga la dignidad humana y respeto a los derechos humanos, como principios básicos del orden y del progreso en todas las actividades de la vida humana, con ello, se permitirá una reconciliación con el pensamiento humanista que permitirá legitimar las ideas del castigo.

La exposición mas elaborada del positivismo se da con la llamada escuela de la "nueva defensa social", sus más destacados expositores son Marc Ancel y Filippo Gramática.¹⁹⁴

La escuela de la defensa social también admite la posible peligrosidad de los sujetos, y apela a que la reacción contra el delito no debe ser retributiva, sino establecerse en función de la resocialización y reeducación del sujeto infractor en defensa de la sociedad.

No postula una diferencia entre penas y medidas de seguridad, sostiene que la reacción social pueden imponer tanto penas como medidas de seguridad, lo que resulta ser más represivo. Se rige bajo los siguientes principios:

A. Principio de legitimidad (el Estado está legitimado para reprimir la criminalidad).

B. Principio del bien y del mal (el delito se constituye como un daño para la sociedad que es el bien).

C. Principio de culpabilidad (expresión del ánimo subjetivo en contra de los valores estatuidos).

D. Principio de fin o de la prevención la pena (se presenta como una dualidad retribución-prevención).

¹⁹⁴ Cfr. Baratta, Ob. Cit. pp.35 a 45.

E. Principio de igualdad (la reacción social ante una violación a la ley debe ser igual para todos los criminales).

F. Principio de interés social y del delito natural (se observa como el interés y los bienes tutelados a favor de la colectividad).¹⁹⁵

Baratta establece que tanto la escuela clásica como la positivista, pese a sus evidentes contradicciones, realizan un modelo de ciencia penal integrada, y aunque sus concepciones del hombre y de la sociedad son totalmente diferentes, ambas forman parte de lo que el autor denomina "ideología de la defensa social".

Luego entonces, el delito resulta ser un ente jurídico conceptual de la propia realidad, ajeno a toda crítica y valoración subjetiva.

En función de tales ideas se puede establecer que ambas escuelas penales reflejan una fidelidad social y un compromiso político, puesto que ambas omiten cuestionar la ley. Mientras la escuela clásica enuncia dogmas y planteamientos de trasfondos filosóficos; la escuela positiva individualiza el problema de la criminalidad, interesándose en las causas de éstas; pero ambas corrientes, con su propio estilo y fundamentos, justifican la función de la ley y del derecho, justifican el sistema de justicia penal moderno.

El concepto de "ideología de la defensa social" como ideología penal se ha esgrimido en un sentido donde las propuestas de las escuelas jurídico penales reflejan una falsa conciencia que legitima las instituciones sociales, atribuyéndoles funciones como la imparición de justicia, la restauración del orden jurídico, la resocialización, la terapéutica criminal y la prevención social, que son totalmente diferentes a las que ejercen: el control social, la reafirmación del poder y el mantenimiento de un estado de cosas.

La ideología de la defensa social referida por Baratta, contrapone un punto de vista social, político y crítico, argumentando que el debate entre los fieles seguidores de las escuelas penales ha desviado la atención del verdadero contenido de la ideología penal y ha sido adecuado para someter la ideología de todo un sistema social.

Los planteamientos de la ideología de la defensa social indican que las escuelas penales conducen el destino de la justicia social por dos vertientes básicas: la clásica y la positivista, pero su única diferencia reside en la actitud metodológica respecto de la

¹⁹⁵ Cfr. Ibidem, pp. 36 y 37. Señala Baratta que la diferencia de las escuelas positivista y las teorías de la criminalidad de la escuela clásica, reside en su actitud metodológica respecto a la explicación de la criminalidad.

explicación de la criminalidad y de la reacción estatal contra la misma, **resultando ser ideologías cómplices del sistema de justicia moderno hasta hoy conocido.**

Ahora bien, las ideas de las escuelas clásica y positiva, han mantenido vigente sus postulados, así la disputa por su predominio tanto en Europa como en América, dieron origen a otras corrientes eclécticas entre ellas, se encuentran las escuelas de la **Terza Scuola, de la Política Criminal, la Neoclásica, la Finalista y la Científico Social.**¹⁹⁸

La Terza Scuola, nace en Italia a finales de siglo XIX, se le considera una variante del positivismo crítico, entre sus exponentes más sobresalientes se encuentran Emmanuel Carnevale, Bernardino Alimena y Gian Battista Impallomeni.

Para ésta escuela, el derecho penal, es una ciencia autónoma, sin embargo, mantienen un criterio determinista en la concepción del delito ya que lo concretizan desde un punto de vista antropológico y sociológico. Por lo que hace a la imputabilidad, es resultado y fundamento cierto de la voluntad, puesto que ésta se identifica con la dirigibilidad del sujeto al exteriorizar su conducta, es decir, se retoma el principio de la coacción psicológica. Por lo tanto, el derecho a castigar y la pena, siguen teniendo un carácter retributivo, de prevención y de utilidad, independientemente que se nieguen por sus exponentes tales fines de la pena, ya que argumentan que la pena deberá ser más humana, sin embargo, si se tiene los cimientos de los postulados de la defensa social, necesariamente la mezcla ideológica que conforma ésta ideología resulta ser un castigo más retributivo y represivo, que humano y justo.

La Escuela de la Política Criminal, Es una corriente alemana de finales del siglo XIX, también conocida como escuela sociológica, cuyo exponente más sobresaliente es Franz Von Liszt, con su llamado plan de Marburgo (1881), mismo que ya quedo explicado en el capítulo segundo del presente trabajo. Desde luego, que los postulados de Von Liszt, tienden a justificar un mero derecho penal instrumental bifurcando de elementos y métodos más coactivos y retributivos en la imposición de la pena y en la legitimación de un derecho a castigar. Así la pena sigue presentando matices preventivos, utilitaristas y deterministas, por ende, el derecho penal, de ésta escuela, resulta ser menos garantista y más autoritario y represivo.

Por lo que hace a la **escuela Neoclásica,** se desarrolla a principios del siglo XX en Italia, es conocida como escuela de la dirección técnico-jurídica, sus exponentes más sobresalientes son Arturo Rocco, Vicenzo Manzini y Francesco Carnelutti.

¹⁹⁸ Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal. 11ª Ed. Temis Ed. Bogotá-Colombia, 1990. p. 19.

Sus postulados doctrinarios se centran principalmente en el desarrollo de la dogmática penal, ya que establecen que la ciencia penal es el derecho penal positivo vigente, por eso el delito es una concepción de naturaleza jurídica. Además la responsabilidad se centra en retomar el principio de libre albedrío (escuela clásica), manteniendo una clasificación de sujetos imputables e inimputables. Luego entonces, el sistema de castigo sigue manteniendo una condición y fin dual de la pena, ya que se incluyen las penas normales acompañadas de las medidas de seguridad; por lo tanto, es un sistema penal cuyo fin de la pena es netamente retribucionista, preventiva y útil.

Con la **Escuela Finalista** de mediados del siglo XX, en Alemania, se desarrolla un cambio de paradigma conceptual en la teoría del delito, con la llamada teoría finalista de la acción, de Hans Welzel.

Hans Welzel, sistematizó su doctrina con base en postulados filosóficos Hönlgswald y Hartmann, principalmente considerando que toda acción humana implica una dirección final de suceso causal, así la acción humana resulta ser actividad final humana.

La escuela finalista presenta un contrasentido teórico diverso al contenido de los postulados causalistas de Franz Von Liszt (conducta), por lo tanto, la acción humana final, resulta ser un elemento causal determinante que motiva necesariamente un cambio en el mundo fáctico

El enfrentamiento doctrinal en la teoría del delito, surge entonces, entre el fin y la causa, es decir, entre el finalismo y causalismo, que hasta nuestros días, mantiene una lucha por el predominio de una u otra doctrina dentro de los sistemas penales. Luego entonces, los finalistas presentan a la acción como un elemento básico del tipo, e incluso, en éste ubican al dolo, que presenta ya una voluntad de acción, que provoca un resultado, originando el enlace causal, desde el tipo penal. En consecuencia, el dolo se desplaza del ámbito de la culpabilidad al de tipicidad.¹⁹⁷

¹⁹⁷ Los finalistas, conciben al delito culposo, cuando el agente quiere, como es el delito doloso, un resultado determinado y utiliza los medios que servirán para producirlo, sin embargo debido a su conocimiento insuficiente de las leyes causales, consigue sin su voluntad, un resultado antijurídico y típico. Esta escuela tiene gran auge en Alemania, España, Argentina, Chile, particularmente en las últimas décadas, incluso en México, a principios de los años noventa, sin embargo, actualmente se presenta en nuestro país como un remedo de doctrina eclectica.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por último, la escuela Científico-Social, Surge en Alemania, a finales de los años setenta y principios de los ochenta, cuyos exponentes son Hassemer, Elicheid y Jakobs. Es una doctrina sumamente ecléctica, que no concibe a la culpabilidad como un principio básico, para la imposición de la pena, puesto que no puede ser demostrado científicamente. por ello, proponen un principio de proporcionalidad de la pena, sin embargo, sus postulados se edifican en cuestiones igualmente indemostrables, si en cambio, más represivas y autoritarias. Por lo tanto, la función punitiva, si bien, es de carácter preventivo, también lo es que la pena resulta ser integradora, bajo principios de defensa social, que puede caer en el terror estatal, ya que el fin de la pena es de una prevención general del delito.

Esta postura ideológica, no solo encierra una amenaza continua a la limitación de la libertad ciudadana, sino que deja sin derechos de defensa al ciudadano frente al poder del Estado, siendo una doctrina penal, sumamente autoritaria y nada garantista, cuya estructura es una relación meramente subjetiva de derecho penal.

Se puede extraer en conclusión, que la racionalidad legitimadora que produce los postulados de las escuelas penales, tiene un funcionamiento meramente moralizador y secularizador de la ética social, puesto que al existir argumentos represivos ideológicamente abolidos y reemplazados por otros supuestamente más humanos, el fin del derecho a castigar e imponer una pena al infractor social, presenta solamente un intercambio teórico permite naturalmente afirmar, que existe un reencuentro criterios abolidos, que producen en la realidad una doble valoración, en la estructuración y sistematización del castigo.

Es decir, una verdad declarada (sistema penal más humanizado) y una verdad latente (sistema penal más autoritario y represivo), bajo un signo de arbitrariedad cultural (cultura de intercambio) y de arbitrariedad de poder y dominio (sostener la relación dominio-sumisión)

CARACTERISTICAS DE LAS ESCUELAS PENALES.

ESCUELA PENAL.	EXPONENTE.	CONCEPTO DEL DELITO	GRADO DE CULPABILIDAD	JUSTIFICACION DE LA PENA.	CARACTERISTICA DE LA PENA.	POSTURA CRIMINOLOGICA.
CLASICA	FILANGIERI, BECCARIA, BENTHAM, FETTERBACH, ROMAGNANI, CARMIGNANI, CARRARA.	ENTE JURIDICO INFRACCION A LA LEY	LIBRE ALBEDRIO CULPABILIDAD DE ACTO	NECESIDAD DE RESTAURAR EL ORDEN JURIDICO RETRIBUTIVA	RETRIBUTIVA, AFLICTIVA, LEGAL, REPARADORA, DIVISIBLE, INTIMIDATORIA, PROPORCIONAL AL ACTO DELICTIVO	POSITIVA
POSITIVA	LOMBROSO, FERRI, GAROFALO	ENTE CIENTIFICO-SOCIAL ES UN FENOMENO NATURAL-HUMANO	PELIGROSIDAD CULPABILIDAD DE ACTOR.	DE UTILIDAD	PREVENTIVA, CURATIVA, EDUCATIVA, DETERMINISTA, PROPORCIONAL AL SUJETO PELIGROSO, CORRECTIVA	POSITIVA Y TRATAMIENTO CIENTIFICO
DEFENSA SOCIAL	FILIPPO GRAMATICA (DEFENSA SOCIAL) MARC ANCEL (NUEVA DEFENSA SOCIAL)	ENTE JURIDICO ES UN DAÑO, UNA OFENSA DE INTERESES FUNDAMENTALES	PELIGROSIDAD CULPABILIDAD DE ACTOR	DE UTILIDAD	RETRIBUTIVA, NECESARIA, PREVENTIVA, EDUCATIVA, DETERMINISTA, PROPORCIONAL AL SUJETO PELIGROSO	POSITIVA Y TRATAMIENTO CIENTIFICO
TERZA SCUOLA	CARNEVALE, ALMENA	ENTE JURIDICO, ANTROPOLOGICO Y SOCIOLOGICO	IMPUTABILIDAD PELIGROSIDAD CULPABILIDAD DE ACTOR	DE UTILIDAD	PREVENTIVA, HUMANA, CURATIVA, EDUCATIVA, DETERMINISTA, PROPORCIONAL AL SUJETO PELIGROSO	POSITIVA Y TRATAMIENTO CIENTIFICO
POLITICA CRIMINAL O SOCIOLOGICA	FRANZ VON LISZT	ENTE JURIDICO ABSTRACTO-SOCIAL (DOGMATICO)	IMPUTABILIDAD DIRIGIBILIDAD PELIGROSIDAD CULPABILIDAD DE ACTOR	DE UTILIDAD	PREVENTIVA, REEDUCADORA, RESOCIALIZADORA, DETERMINISTA, NEUTRALIZADORA	POSITIVA Y TRATAMIENTO CIENTIFICO
NEOCLASICA	ROCCO, MANZINI, CARNELUTTI	ENTE JURIDICO, PLENAMENTE DOGMATICO	IMPUTABILIDAD PELIGROSIDAD CULPABILIDAD DE ACTOR	DE UTILIDAD	RETRIBUTIVA, PREVENTIVA, EDUCADORA, READAPTADORA, PROPORCIONAL A LA PELIGROSIDAD	POSITIVA Y TRATAMIENTO CIENTIFICO
FINALISTA	WELZEL.	ENTE ETICO-JURIDICO LIGADO A PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL	IMPUTABILIDAD CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DETERMINACION DE VOLUNTAD CULPABILIDAD DE ACTO	DE UTILIDAD	PREVENTIVA, NECESARIA, PROPORCIONAL AL ACTO, EDUCATIVA, RESTAURADORA, UTIL, ETICA-SOCIAL, REHABILITADORA, RESOCIALIZADORA	POSITIVA Y TRATAMIENTO CIENTIFICO
CIENTIFICO-SOCIAL.	HASSEMER, JACKOBS, ELLSCHHEIM.	ENTE SOCIAL-JURIDICO	CULPABILIDAD DE ACTO	DE UTILIDAD	RESOCIALIZADORA, NEUTRALIZADORA E INTEGRADORA.	POSITIVA Y TRATAMIENTO CIENTIFICO

**TESIS DE ORIGEN
MUY CLARAS**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

3. LA CRIMINALIZACIÓN. (RACIONALIDAD DE LA DESVIACIÓN)

La modernidad tiene la característica de normar la realidad dando cause a un proyecto que supuestamente presenta causas claros, sin embargo, el Estado moderno, ha asumido un papel de intervención punitivo extremo dentro de la sociedad civil, cuyo enfoque meramente disciplinario, tiene como fin la modificación y transformación de sujetos y vidas, siendo que esto se logra con una capacidad de integración punitiva, desde una lectura de reglas "únicas", es decir, la secularización del "ethos" y la secularización de las formas organizativas de la vida social, se instrumenta a través del derecho y las políticas criminales más convincentes y audaces, que darán transparencia de sentido y contenido a toda una ideología de inclusión y exclusión social, e incluso, que legitiman la estructura de la segregación social.

La cultura de la emergencia política, jurídica, económica y cultural, que se origina desde el siglo XIX, hasta nuestros días, tiene un significado de destrucción, y en concreto, pretende disolver toda forma espontánea de vida social, por ende, fomenta la idealización de toda vida social, por medio, de una estrategia política de secularización moral, que se ha incrementado de manera alarmante desde el nacimiento de la burguesía.

La política de moralización resulta ser un instrumento técnico, que se logra a través del Derecho Penal; es decir, asegurarse que todo pase por este filtro de capacidad punitiva del Estado moderno, simplifica la secularización del "ethos".

El explicar y analizar la vida social sobre determinados límites y estrechos filtros punitivos, que se encuentran en las normas, reproduce la idea de una cultura de "razón de Estado y de razones jurídicas", que están en función de una idea moralizante arbitraria de dominación y poder de una clase social; entonces la desviación se realiza con base en la condena moral que se fomenta desde las clases dominantes y de la necesidad de mantener una relación subjetiva de dominio y sumisión, que reflejan la verdadera organización y capacidad punitiva del Estado, para ejercer el deber de castigar, en un contrasentido al derecho de castigar.

La visión monocorde en la concepción de Estado, justifica una idea circular, instrumental y vinculante que tiene con el derecho y la vigencia de la ley. Luego entonces, la capacidad punitiva estatal se instrumenta desde el sistema penal, que necesariamente se ha construido bajo formas de organización social efectivas e idealizadas en las normas jurídicas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así, la modernidad al construirse bajo un mundo industrial, comercial y científico, transforma la visión del mundo y de los hombres de manera contundente en un esquema de racionalidad formal (en un proyecto técnico de orden y progreso) En consecuencia, esta racionalidad formal se ve inmersa en una racionalidad con arreglo a valores de carácter absoluto, por ejemplo: los éticos-morales o los éticos-jurídicos.

El exceso de racionalidad se esquematiza en instrumentos técnicos-científicos para ejercer una relación mejor y mayor de dominación-sumisión.¹⁹⁸

En consecuencia el derecho penal moderno, se asienta en una racionalidad y estrategia procedimental, instrumental y sumamente moralizante. Lo que fomenta una positivación continua del contrato social en forma antidemocrática, mostrando con ello una dirección opuesta al postulado liberal-iluminista de la sociedad contractual, donde el fomento a la educación y democracia ciudadana se diluyen en un proyecto arbitrario de poder-dominio.

Bajo esta temática existen factores que no nos permiten ser libres, en cambio la parametración de la organización institucional y de la vida social, se idealiza mediante factores materiales y formales, de índole político, jurídico, económico, cultural y sobre todo moral, que nos determinan hacia un proyecto de cuadrícula social totalmente autoritario, violento y represivo.

La modernidad va creando una espiral donde la mayoría de los ciudadanos, caemos en un determinismo ético, que cuadrícula todos los proyectos de vida social (conductas, vidas, deseos o preferencias), idealizando un proyecto de vida social único, así en un contrasentido ideológico liberal-humanista, la vida social se ve limita en sus derechos y libertades, cada vez más con instrumentos formales y materiales, que circunscriben al ciudadano en un mundo del deber ser, paradójicamente dotado de condiciones, prohibiciones y obligaciones preestablecidas, donde los derechos del ciudadano no existen, y si en cambio, los pocos derechos existentes se violan de manera estructural, con base en una razón de Estado y por razones jurídicas.

La racionalidad moderna inmersa en una racionalidad normativa, legitima únicamente un deber de castigar, que origina la destrucción de una sociedad y de sus derechos, así las formas de vida se diluyen en un discurso racional de poder.

¹⁹⁸ Por eso los sistemas de segregación social, como la prisión y los manicomios, resultan ser los ejemplos más sobresalientes de la estrategia política de moralización estatal moderna.

En este sentido, es necesario tener en cuenta los argumentos esgrimidos por Habermas, quien señala que la **teoría de acción comunicativa** sirve para establecer la relación de la comunicación vital para justificar y determinar el elemento cognitivo, práctico-moral y expresivo del sentido común. De tal manera, **que los participantes de esa acción comunicativa, en sus respectivas argumentaciones, deben partir de circunstancias iguales y libres, en un proceso cooperativo de la búsqueda de la verdad, que sería la esencia de esa racionalidad formal aludida, asimismo, esta sería una forma de legitimar las interacciones de la condición humana moderna.**¹⁹⁹

Las reconstrucciones racionales pueden explicar los casos desviados, en la medida que se realizan las diferenciaciones entre las pretensiones de validez y pueden trascender las fronteras tradicionales para reflejar nuevas pautas analíticas, que nos brindarán un resultado que represente efectivamente un proyecto teórico y científico en beneficio de todo el colectivo social.

Habermas, a partir de estas conceptualizaciones, señala que la moral resulta ser un punto de vista en las estructuras, por lo tanto, debe revisarse dicha moral, teniendo en cuenta las tradiciones, la dependencia de órdenes que se pretenden legitimar y verificar el autocontrol que se ejerce sobre los individuos a través del "yo". Además, debe considerarse una relación entre moralidad y eticidad en un contexto mas amplio, donde se ponderen democráticamente las formas organizativas de la vida o los proyectos de vida social con la participación del colectivo social.

Ahora bien, la característica del racionalismo moderno dentro del castigo, necesariamente se verifica en un contexto de cultura de expertos y profesionales, con ello, se confirma una tradición cultural y jurídica, en razón de que la aplicación científica que legitima el fin del castigo y de la pena, permite aislar componentes cognitivos de los componentes estético-expresivos, asimismo de los componentes práctico-morales. Al respecto, Habermas, señala que esta racionalización al crear una cultura de especialización, formula una cultura de justicia formal y absoluta. Sin embargo, diríamos que resulta ser una cultura de justicia antidemocrática y sumamente represiva.

¹⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 67 a 90. Incluso pone como ejemplo la teoría de la justicia de Rawls, cuyos argumentos van encaminados a resaltar una idea democrática, que deben considerarse como una aportación ideal para determinar una intervención social o PARA efectos de idealizar un proyecto de vida social, es decir, se debiera tomar en cuenta en la discusión organizativa social a los ciudadanos en general. Cfr. Habermas *Libres, Conciencia Moral y Acción Comunicativa*, Ob.cit. pp. 39 a 55. Habermas, advierte que la comprensión de significados debe verse con relación a quien interpreta y justifica sus determinadas afirmaciones, ya que esto nos llevara a determinados valores y a determinadas normas, por ende, a determinadas estrategias políticas de moralización.

Esta diferenciación de valores que se deduce de un proyecto científico, va formando un síndrome insoluble, donde las perspectivas reflexivas se median con la teoría, para justificar un modo de vida, sin verificar el mundo de la vida de "la praxis".²⁰⁰

En consecuencia para la existencia de un Estado democrático de derecho, es necesario revivir los ideales de una "conciencia colectiva", que implica organizar la vida social mediante la existencia de actos universalmente aceptados y reprobados por los miembros de la sociedad.²⁰¹

El Estado y el derecho penal, en una forma monocorde de visión utilitarista, contractualista, convencionalista, clasista y racionalista, seguirán proyectando la legitimación y fundamentación de las prohibiciones y las penas como instrumento de tutela de los ciudadanos en forma desigual y arbitraria.

Estos principios consideran que el derecho penal protege a todos por igual formalmente, aún cuando el derecho penal es una rama jurídica, que está arraigada a un concepto de justicia en la población en general, en razón, de que tutela y protege bienes jurídicos, también lo es, que en una argumentación de la defensa social, la racionalidad aludida encierra una gran mentira, que se oculta en su discurso legitimador del derecho penal, ya que dicho pensamiento encubre la violación de derechos en una idea humanizada del castigo.

Por lo tanto, las normas penales, comúnmente describen conductas de acción u omisión y establecen sanciones, si el sujeto activo debiendo actuar no actúa o debiendo abstenerse no se abstiene, entonces se esquematiza una racionalidad formal que se estructura en la ideología del delito y la pena.

De tal manera, que sólo podemos hablar de delito cuando un determinado comportamiento está descrito en la ley (principio de legalidad), donde se declara que el delito es un comportamiento fuertemente rechazado por los miembros de la sociedad, aunque no toda conducta establecida como desviada es delictiva, sino únicamente las que son gravemente reprobadas y que se incluyen en el catálogo jurídico-penal; por eso

²⁰⁰ Cfr. *Ibidem*, pp.78 y 79. Es decir que la formación de la moral va de la mano con una diferenciación en el terreno de lo práctico, ya que las cuestiones morales se determinan por una racionalidad universal y evaluativa, sin tomar en cuenta las morales locales. De esta forma los juicios morales atendidos a principios universales adoptan formas históricas con evoluciones de forma de vida ética que permiten organizar las formas de vida social. Cfr. Foucault Michel, *Microfísica del Poder*, 3ª. Ed. La Piqueta, Ed. Madrid, España, 1992, pp. 128 y 129. Podemos relacionar estos argumentos que se vienen planteando con lo señalado por Michel Foucault, en el sentido, de la falta de reconocimiento de los saberes de erudición, muestra inmediatamente su descalificación; sin embargo, dicho autor, determina que los saberes sumarios o soterrados frente a los saberes del sector especializado, que produce una descalificación social se circunscribe a un principio de racionalidad que denomina como la genealogía del poder, es decir, el origen y la razón de ser del poder dentro de una relación de dominio-sumisión.

²⁰¹ Cfr. Durkheim, Emilio, *De la División del Trabajo social*, Schapire Ed. Buenos Aires 1967, pp. 72 a 75.

se considera formal y jurídicamente, que la penalización de éstas conductas, tiene como objeto prevenir la realización de otros delitos y hacer útil la reclusión y tratamiento del sujeto, para reinsertarlo socialmente.

El derecho penal se proyecta como la razón estatal única y última, para reaccionar frente al sujeto infractor, ya que considera que todos los intereses que protege son importantes, sin embargo, se requiere de políticas criminales que legitimen esa capacidad punitiva..

A pesar de ello, la falacia argumentativa que envuelve una racionalidad explicativa y normativista de esta naturaleza, cuyos fundamentos se centran en principios de libertad e igualdad formal (todos somos iguales ante la ley y sobre todo ante la ley penal), no sólo implica, que la ley proteja igualmente a todos, sino también, que se aplique de manera igual a los infractores de la norma, sin embargo, esa libertad e igualdad no se verifica en lo material, esto provoca un síntoma de malestar social y en especial fomenta una crisis de credibilidad institucional, ya que el derecho no solamente prohíbe y limita libertad y los derechos de la mayoría de los ciudadanos, sino que el derecho se muestra como un instrumento de dominación y violencia estatal legitimada, bajo un esquema de Estado de derecho. Dicho instrumento de acción, tiene como principio esencial la arbitrariedad cultural, que se legitima en una racionalidad de transferencia de sentido, es decir, se justifica en la estrategia política de moralización de la vida social, como un simple cambio argumentativo y explicativo de la modernidad.²⁰²

Este marco de referencia nos permitirá entrar al análisis sucinto de los aspectos fundamentales en los que gira la concepción de la desviación social.

Los postulados criminológicos que explican la realidad existente entre delito, delincuente y pena, se circunscriben a los siguientes argumentos: el hombre racional, el hombre delincuente, la conducta social delictiva y la organización social donde se lleva a cabo; el problema del delito, del delincuente y la reacción social, entonces se deberán confrontar bajo posturas filosóficas, políticas, científicas, jurídicas y sociológicas.

Partiendo de una idea más moderna del castigo, diremos que los iluministas, dan origen en su análisis a una dualidad existente entre razón y libertad, como esencia del hombre. Sin embargo, no desarrollan postulados de una doctrina criminológica específicamente hablando, ya que su análisis del delito y del delincuente, se centra en una reestructuración filosófica del sistema penal, con base en los avances científicos de

²⁰² Cfr. Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Porrúa S.A. Ed. México 1985. pp. 17 a 21.

la época. Estos instrumentos ideológicos serán las armas argumentativas que servirán para criticar, atacar y abolir las prácticas inhumanas del castigo, que se había desarrollado de manera aflictiva, retributiva y corrupta durante el Antiguo Régimen Absolutista.

Los iluministas, estructuran sus postulados con base en la ley natural-racional, misma que se construye a postulados de razón y libertad del hombre; es decir, se parte de un concepto teórico de Estado natural-racional, para posteriormente dirigirse hacia una concepción de Estado secundario, que dará origen a la sociedad contractual (el pacto social), donde la libertad e igualdad social se pierden en aras del contrato social.

Esta concepción clásica del pensamiento filosófico-liberal, verá al delincuente enfrentando al contrato social, y se le catalogará como un traidor, ya que rompe los compromisos contraídos con la sociedad contractual, debido a que conserva su libertad originaria y natural (conciencia de elegir entre leyes naturales y leyes positivas), puesto que conserva su libre albedrío.

De ahí, que la idea de la criminalización clásica, presente una legitimación filosófica con base en el derecho natural-racional, que permitirá someter a las posturas existentes a una severa crítica política del problema, cuya conclusión específica será en el sentido, de abordar el problema de la criminalidad, como un problema de carácter jurídico y de organización de la política criminal.

Dicha postura natural-racionalista, dará a origen a tres corrientes explicativas, que reformularán la concepción del derecho a castigar, como son: el derecho natural, la racionalidad del hombre, y de los valores utilitaristas y pragmáticos.

El derecho natural y la racionalidad del hombre, como corrientes explicativas han quedado debidamente explicadas en líneas supracitadas, por ser postulados esenciales de la concepción iluminista-clásica del derecho penal. Por otra parte, la doctrina de los valores utilitaristas y pragmáticos, serán fundamentales sus postulados en razón de que los mismos darán nacimiento a la criminología positivista (clínica), como disciplina autónoma.²⁰³

Debe destacarse que el pensamiento iluminista, se correlacionará de manera evidente con el problema de la criminalidad, que manejaron los positivistas.

²⁰³ Cfr. Bergalli, Roberto. Bustos Ramírez, Juan. Miralles Teresa. Pensamiento Criminológico. Vol. I. S.N.E. Temis. Ed. Bogotá-Colombia. 1983. pp.27 y 28.

La acción específica de las teorías utilitarias, racionalistas, científicas y pragmáticas, de los iluministas, se desarrolla más hacia un campo del orden y progreso, que permite la reestructuración de las instituciones y de la ideología del Antiguo Régimen. Luego entonces, **la ideología positivista**, solamente fomentará un enfrentamiento de carácter intelectual con la ideología clásica, puesto que los postulados de ésta, serán retomada por los positivistas, mediante una argumentación de razón objetiva, es decir, la imaginación y los ideales desbordados de los proyectos clásicos liberales, serán subordinados a un conocimiento más técnico, práctico y científico.

Este cambio relativo, se ha efectuado, sin embargo, bajo el signo de una alianza total entre la idealización del orden y disciplina (argumento clásico) y la materialización técnica científica de la organización social del orden y la disciplina (argumento positivista), por ello, se afirma que la desviación social se realiza sobre la base de la condena moral que se origina de una relación de dominio- sumisión, con un control social y punitivo más violento.

El positivismo criminológico, centrará todo su análisis en el estudio del hombre-determinado, bajo un contexto de criminología diferenciada, es decir, realizando una clasificación naturalística entre los hombres normales o no peligrosos, de los hombres anormales o peligrosos, cuya transferencia del sentido, será precisamente de una justificación moral-jurídica (orden clásico), a una justificación moral-científica (antecedentes biológicos, antropológicos, psiquiátricos y psicológicos del delincuente)

El problema de la criminalidad bajo la concepción del positivismo criminológico, si bien, se pretende resolver el problema de la criminalidad conforme a una racionalidad científica, también lo es, que esto no acarrea otro problema, en el sentido de que si únicamente la racionalidad se delimita al estudio del objeto y no a la del sujeto, entonces el resultado se vera afectado por otros elementos que circundan la investigación, y que motivan agregar algo más lo observado en la misma.

Por ello, el análisis positivista presenta forma simple y estática de estudio, esto es, bajo un concepto de dogma meramente causalista. Luego entonces, un análisis de esta naturaleza necesariamente se rige por un principio de **la ley de la invariabilidad de las leyes naturales, que tiene sustento en un objeto absoluto de estudio.**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al respecto, Bustos Ramírez (1983), afirma, que con los postulados positivistas, se cae nuevamente en una cuestión metafísica en el conocimiento criminológico, cuestión ideológica que tanto criticaron a los iluministas-clásicos.²⁰⁴

El sujeto delincuente, dentro del positivismo criminológico, surge así por una infinidad de causas o factores aislados, tanto de origen endógeno y exógeno, que deberán clasificarse para ir conformando los principios absolutos que determinan la producción del delito y la aparición del hombre delincuente.

Por eso, los positivistas dieron suma importancia al método empírico, en razón de que el análisis y clasificación del delito y los delinquentes les brindaba datos estadísticos, que les permitía conocer las cifras de la criminalidad.²⁰⁵

Por eso al nacimiento de la criminología positiva surge para aplicar y legitimar el control social y punitivo estatal, bajo un instrumento de acción de la defensa social. La acción específica de intervención la brinda y legitima la criminología positiva, ya que la ciencia positiva fundamenta el orden, en tanto, la disciplina lo organiza, es decir, se legitima los factores de orden y progreso con la criminología positiva.

El positivismo postulará una nueva fe en el método científico, mismo que interpretará los fenómenos (no en forma sobrenatural) como resultado de una relación de causa-efecto, mismas leyes que gobernarán la realidad natural y social.

Massimo Pavanini (1996), resume las críticas al positivismo criminológico de la siguiente manera:

A. La criminología positiva como ciencia normativa. Si el delito es una realidad fenoménica, que tiene una dimensión ontológica, luego entonces, la criminalidad es una realidad natural, que preexiste a las definiciones legales de criminalidad. Esto es que la criminología positivista es una ciencia normativa, en razón de que presenta en cuanto al delito y al delincuente determinismos éticos-sociales, que debe aceptar el criminólogo positivista.

²⁰⁴ *Op. Cit.* p. 32 a 35.

²⁰⁵ Sin embargo, no es suficiente el método empírico para justificar una idea estadística de la criminalidad. Puesto que la criminalidad real siempre presenta un espacio oculto, como lo es la cifra oscura. Por eso las estadísticas oficiales son unas y entre tanto las que surgen de otros órganos fuera del control establecido, no coinciden entre sí respecto a sus datos referidos. Pero también existe la llamada cifra parda que hace referencia a la criminalidad relacionada en sostentar al sistema social, y que es de carácter ecunómico, esto se relaciona a la idea Edwin H. Sutherland (1999) respecto al delito delincuentes de cuello blanco.

B. La criminología positivista identifica la objetividad científica con el "statu quo" legal. Si se parte de un objeto de estudio en la criminalidad con base en las definiciones sociales y legales, se produce un análisis netamente etiológico del delito y del delincuente, es decir, lo que interesa son las causas del crimen, donde el eje central será entonces el delincuente no el delito. Por lo tanto, se pretenderá la modificación positiva del comportamiento humano. Por ello, la criminología positivista se ve inmersa en un monopolio del saber especializado que se correlacionan al poder- saber, lo que implica una ideología conservadora aplicada para el estudio del delito y del delincuente.

C. La criminología positivista produce una doble reducción: violador de la norma penal-criminal y criminal-detenido. Esto es, la criminología positiva crea y fomenta mecanismos e instrumentos de selección criminal, bajo un esquema de universal inclusión y universal exclusión.

D. La criminología positivista justifica la investigación de la diversidad. Efectivamente el criminólogo positivista fomenta la investigación individual del criminal; así la investigación con base en un método científico, producirá un esquema de determinismo natural dentro de la criminalidad. Desde luego, que el análisis anunciado se interpreta desde un punto de vista etiológico, donde los factores biológicos, antropológicos y sociales del sujeto criminal, darán el resultado objetivo del factor discriminante y que hace diferente a los criminales del resto de la sociedad, y

E. La criminología positivista recrea el mito terapéutico y correccionalista. Se presenta ingenuamente en la criminología positivista la idea de actuar sobre las causas que generan la criminalidad, y se pretende eliminar o en último de los casos reducir la criminalidad. Sin embargo, la modificación, transformación, reformación y readaptación del delincuente, se realiza por un método científico y terapéutico, que es la panacea del poder-saber, pero también del poder-dominio.²⁰⁸

Sin lugar a dudas, la ideología continuadora de positivismo criminológico, lo es el funcionalismo. La teoría del estructural-funcionalismo pone énfasis en la conducta social delictiva y trata de estudiar el problema de la desviación desde un punto de vista de la dinámica social.

El estructural- funcionalismo, desarrolla la idea de la desviación, a partir de la "acción", de Parsons (1987), que a su vez, se apoya en las ideas de "la acción social" de Max Weber (1989)

²⁰⁸Cfr. Pavarini, Massimo. Control y Dominación. (Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico) 5ª. Ed. Siglo. XXI. Ed. México. 1996. pp. 95 a 104.

Weber (1989), cuando explica las relaciones políticas y de poder, establece que el concepto de poder entendido dentro de la estructura social, debe observarse como una capacidad de ligación coactiva para la realización de determinados fines, de donde se desprenden distintas formas de dominación legítima y que necesariamente se relaciona al ejercicio del poder, como son:

A. La dominación legal racional, es una forma de poder que se sustenta en un principio de legalidad, en cuanto al ordenamiento de derechos de mando para el ejercicio de la autoridad.

B. La dominación tradicional, forma de poder que descansa en la santidad de las tradiciones, y

C. La dominación carismática, es una forma de poder que se sustenta en características personales de un individuo, se observa en el heroísmo o ejemplaridad de una persona que va a la extracotidianidad.²⁰⁷

Asimismo, los fenómenos culturales, la legitimidad y la racionalización están imbuidas de un saber técnico y especializado, como ha quedado apuntado; pero esto implica además que la sistematización del conocimiento, su legitimación y racionalización, pongan en peligro la libertad de un individuo, esto es, que estos perfeccionamientos nos llevan hacia conceptualizaciones universales, es decir, a determinismos éticos. De ahí se desprende que la racionalidad que envuelve a las formas de dominación anunciadas- según Weber- son específicamente cuatro:

PRIMERO. Racionalidad con arreglo a fines, que son expectativas de comportamiento, que se refieren a condiciones o medios para el logro de fines propios.

SEGUNDO. Racionalidad con arreglo a valores, que esta ligando determinadas creencias con un valor ya sea ético, estético, religioso o de otro tipo.

TERCERO. Racionalidad efectiva, es la racionalidad llamada emotiva, que se relaciona a los estados sentimentales, y

CUARTO. Racionalidad tradicional, que se vincula a una costumbre arraigada.²⁰⁸

²⁰⁷ Cfr. Weber, Max. Política y Ciencia. S.N.E. Legislató Ed. Buenos Aires-Argentina. 1989, pp. 7a y 9. Cfr. Serrano Gómez, Enrique. Legitimación y Racionalización. I. Ed. Antropos. Ed. México. 1994, pp. 11 y 12, de 21 a 28.

²⁰⁸ Cfr. Weber, Max. Economía y Sociedad. S.N.E. Fondo de Cultura Económica. México. 1980. p.20. *ibidem*. pp. 68 a 70.

La racionalidad con arreglo a fines y la racionalidad con arreglo a valores, son las que se adecuan más al modelo neoliberal actual, siendo que esas dos racionalidades se observan en el desarrollo teórico de Parsons (1987)

Talcott Parsons (1987), establece que para existir un sistema social, debe tener cuatro elementos funcionales:

PRIMERO. Adaptación: el sistema satisface sus exigencias situacionales.

SEGUNDO. Capacidad para alcanzar metas: fines y medios establecidos.

TERCERO. Integración: debe regularse las interrelaciones de las partes que forman el sistema, y

CUARTO. Latencia: mantener los patrones de conducta. Todo funcionado como sistemas y estructuras pluralizado donde se vinculan estas cuatro funciones.²⁰⁹

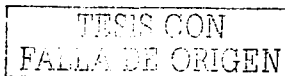
El sistema Parsoniano, permite un sistema de interacción, donde el status-rol, es un componente estructural del sistema, ahí que los actores del sistema sean entes pasivos en el proceso de socialización, por lo tanto, las normas y valores son aprendidos para una socialización, donde las normas y los valores suelen ser estáticos.

Si los sistemas sociales constan de combinaciones de sus componentes estructurales para realizar el proceso de institucionalización, entonces el sistema legal, es un elemento o componente esencial o primordial en un sistema social; esto en razón de que el gobierno es el único legitimado para utilizar la fuerza física socialmente organizada como instrumento de coacción, pero también resulta ser un elemento de integración en una sociedad diferenciada, de ahí, resulta importante que el gobierno sea el único que puede actuar en pro de la colectividad, para alcanzar sus metas y fines.

Estos argumentos son importantes, porque sistematiza la idea planteada en el funcionalismo, en el sentido de cómo se ocupa sistema de controlar a cada uno de los actores del sistema social, es decir, se pretende mantener integro el sistema, a través de instrumentar dos acciones importantes como son: la socialización y el control social.

Por eso el concepto de desviación, es motivado en un comportamiento del actor en el sistema social, con el cual se contraviene las normas institucionalizadas, siendo

²⁰⁹ Cfr. Parsons, Talcott. El Sistema de las Sociedades Modernas, S.N.E. Trillas Ed. México, 1987, pp 13 a 41.



que el instrumento de acción y reacción será el control social, mecanismo que es motivado dentro del sistema para contrarrestar esa tendencia a la desviación.

Sin embargo, la desviación es el comportamiento que realizan diversos actores o el actor social del sistema, con el fin de perturbar el equilibrio del proceso interactivo el control social para que se contrarreste esa desviación como lo advierte Parsons (1987)

El funcionalismo es un avance del positivismo donde se elimina una concepción natural y causalista de los factores de criminalidad, y pretende ubicar a la criminalidad dentro de un proceso global de acción social, de norma y de control, a pesar de ello, presenta serias deficiencias en el contenido de la criminología.

Los instrumentos de acción para explicar la desviación, se presentan como una simple transferencia de sentido, en la que se enfrenta al hombre con la sociedad con términos y conceptos diferentes, y su explicación lleva un enfoque determinista y etiológico, el cual no cambia su contenido como lo sostienen los positivistas.

Darle de esta manera una amplitud excesiva a la criminalidad donde entra cualquier disidencia, implica la legitimación de un estado totalitario de derecho ya sea de consenso o de mayoría, por ende el proceso de norma social y de desviación tiene un carácter neutral y abstracto, y al ser encubierta esta realidad, se advierte que la desviación surge de una asignación que refieren los aparatos de control social y punitivo del Estado.

Nuevamente se vuelve a plantear en esta postura funcionalista, que el concepto de desviación presenta un signo de una alianza total entre la imposición de un arbitrario control cultural y de un arbitrario control de dominación de una clase social, quien determina los bienes jurídicos y las conductas desviadas que constituyen el enfoque piramidal o vertical de la criminalidad, de ahí, el papel tan importante que juegan dentro del sistema los instrumentos de acción y reacción social, como son los aparatos de control social y punitivo, para la protección de esos bienes jurídicos tutelados.

Con Robert K. Merton (1992), el funcionalismo se vuelve relativo y crítico, esto porque, existen consecuencias que favorecen a la adaptación, pero también existen factores que permiten las disfunciones. Podemos encontrar consecuencias que aminoran el poder de adaptación o de ajuste al sistema o las consecuencias afuncionales que están a fuera del sistema.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Esta falta de adecuación, motiva una falta de medios legítimos para realizar los objetivos fijados dentro del sistema social, el actor o los actores no adaptados se dejan llevar por medios no legítimos en sus ansias por conseguir los objetivos.

Por lo tanto, si se parte de la idea que todos los objetivos en una sociedad debidamente estructurada, **esta en función igualitaria para sus miembros, también lo es, que las posibilidades estructurales no están repartidas en forma igualitaria para todos los miembros del sistema social.**

Esto crea un estado de limitación y tensión en la estructura social, a la que se denomina anomia. Por eso el sujeto adopta frente a una situación similar, un estado de anomia, que será un comportamiento delictivo.²¹⁰

Entonces la tensión que surge en la estructura y función del sistema, se da principal y esencialmente entre los objetivos culturales (éxito económico) y los medios legitimados y limitados.

Pero resulta ser un criterio determinista y limitado hacia la desviación, ya que establecer, que la anomia conduce a la desviación, implica que las personas que no puedan alcanzar el éxito económico postulado en un estado-capitalista, sean candidatos a dicha desviación, donde las clases bajas estarían estereotipadas y predestinadas a la desviación social; al respecto, Juan Bustos Ramírez (1983), opina que el funcionalismo es la ideología de la burguesía industrial desarrollada.

Luego entonces, una ideología de este tipo en explicación de la desviación, tendrá miseria y debilidad de argumentos, puesto que sus postulados ejemplifican la estrategia política extrema de la moralización de la sociedad, que desencadena un sistema de burguesía-capitalista, donde la verdad circula por los aparatos políticos y económicos, lo que produce un poder político y poder económico que atraviesa todo el cuerpo social, sin embargo, la verdad entre uno y otro poder, se sustenta en una multiplicidad de imposiciones, que perjudican la libertad e igualdad de la mayoría social.

²¹⁰ Cfr. Bergalli, Bustos Ramírez, Miralles, Ob. Cit. pp.133 a 135. Bergalli señala que la teoría de la anomia tiene su antecedente en los postulados de Emile Durkheim (1858-1917), cuando desarrolla el estudio del suicidio. Así la interpretación semántica de anomia significa "ausencia de normas". Este concepto después es tomado por la sociología norteamericana y desarrollado por Merton. Siendo que actualmente la teoría de la anomia, no se concreta únicamente a observar el fenómeno de la falta de normas, sino que además, observa las condiciones en que se origina dicha ausencia de normas. Es decir, con el desarrollo que realiza Merton de la teoría de la anomia, no solamente se concebirá a las situaciones anómicas, que se produce por las brechas que generan la necesidad social y las posibilidades de satisfacción, sino además por el vacío que se produce cuando los medios socio-estructurales existentes no sirven para el alcance de los fines culturales previstos. Por ejemplo, la teoría de la anomia y sus seguidores se dejan influenciar por las convicciones habituales de una sociedad norteamericana, cuya ideología se presenta en el llamado "sueño americano o americano dream". Sin embargo, detrás del éxito y bienestar planteado, se observa el desmoronamiento de los fines sociales y culturales, a los que está prohibido dicho sueño, por razones socio-estructurales.

TEORÍA DE LA
FALLA DE ORIGEN

Por ello, la verdad en las sociedades modernas se encuentra en el discurso científico y en las instituciones que las producen, esto demuestra la mutua implicación que existe entre poder y saber.

Roberto Bergalli (1983), advierte que la teoría de la anomia, reposa sobre la idea de aquellos a quienes la sociedad no provee de caminos legales (falta de oportunidades) y para alcanzar el bienestar se verán presionados mucho antes que los demás para realizar actos reprobables para lograr su fin (cometer delitos contra la propiedad) Sin embargo, dicha teoría- afirma Bergalli- aporta pocas razones del origen de la desviación, porque invierte parcialmente la perspectiva positivista, en el sentido de no buscar las causas de la desviación en cuestiones patológicas individuales y sociales; aunque mantiene un carácter etiológico del comportamiento reprochable, en un sentido, determinista del sujeto delincuente, ahora por causas normales que se producen en las estructuras sociales.

Massimo Pavarini (1996), realiza diversas críticas a la teoría de la anomia, las cuales se resumen de la siguiente manera:

A. La teoría de la anomia deja al descubierto el concepto de sociedad competitiva.

En razón de que esta teoría no revela el origen real del proceso anómico; no se sabe cuáles son las causas reales que una determinada sociedad da acentuación a determinadas metas finales en consonancia con una atenuación de las normas institucionalizadas e instrumentales; en consecuencia sino existe un modelo explicativo, entonces lo anómico se produce como un fenómeno natural y ahistórico, por lo tanto, la estructura social será dominada por la competencia.

B. La teoría de la anomia proyecta la ingenua fe en las reglas del juego. Al estar debidamente ideologizada la teoría de la anomia con postulados del éxito económico y de la competencia, la sociedad en general cree que las reglas de competencia están garantizadas (igualdad formal), para lograr la relativa movilidad vertical, sin embargo, varios miembros de la sociedad se darán cuenta que dichas reglas no están garantizadas para alcanzar las metas finales. Luego entonces, el "mito del éxito económico a través de la competencia", no solamente mantendrá los postulados de una sociedad libre sino además, de un "status quo", lo que produce simplemente una "conciencia de clase", tanto en el sector social como en el económico.

C. La teoría de la anomia, es una teoría limitada de alcance medio. Esto es, que la teoría de la anomia fue utilizada para una limitada y específica criminalidad, porque la

teoría de la anomia separa las variables cultura y estructura social, sin entender, que ambas variables son interdependientes. Ahora bien, considerar un tipo de criminalidad, con base en el éxito económico, y las que atenta contra la propiedad, justifica un modelo de teoría explicativa de alcance medio.

D. La teoría de la anomia, es la absolutización de la ideología de la clase media. La teoría de la anomia presenta un modelo utilitarista del actuar humano en la dualidad de medio-fin. Pero este proceso propone simplemente un juego económico, cuyo sistema de valores se centra en el éxito y la riqueza, lo que no lleva a la secularización de un sistema absoluto y universal de valores que propone la clase media, bajo un concepto de homogeneidad de valores, y

E. La teoría de la anomia, presenta una equivocación en la identificación entre contracultura y subcultura de las clases subalternas. La teoría de la anomia se interesa en el comportamiento desviado de las minorías, tanto juveniles y de la clase obrera, sin embargo confunde los valores de la cultura obrera, con el desajuste que provoca una interpretación de comportamiento desviado de las clases subalternas.²¹¹

El interaccionismo simbólico o la teoría de la reacción social, que se desarrolla por la escuela de Chicago, a finales de los años cincuenta y principios de los sesenta, sin embargo, su antecedente inmediato se encuentra con Mead (1934), quien con base en el conductismo psicológico, realiza un estudio de la conducta del individuo, con base en la experiencia del mismo individuo, cuyo resultado sería la conducta es igual a comportamiento.

Mead, se adentra en los procesos de significación y comunicación que existe entre los individuos, mismos que se verifican dentro de la estructura social, por lo tanto, dichos procesos resultan ser recíprocos y continuos, y no unilíneales.

Ahora bien, los interaccionistas de la década de los cincuenta y sesenta, como Lemert, Becker, Goffman, Erikson, Kitsuse, entre otros, desarrollan sus ideas en los Estados Unidos, con base principalmente en los movimientos sociales que surgieron a principios de los años sesenta, por ejemplo: de los hippies, de igualdad de derechos de los negros y mujeres entre otros, movimientos, que pusieron en crisis la supuesta sociedad

²¹¹Cfr. Pavarisi, Ob. Cit. pp 112 a 115.

consensual y funcionalista de la época; lo que motivo el nacimiento del estudio del concepto de la conducta desviada.²¹²

Los interaccionistas dan un giro copernicano a los estudios criminológicos, en razón de que niegan el paradigma etiológico y patologista de la criminología positivista y funcionalista de los años cincuenta.

Niegan por ende, que la desviación tenga que circunscribirse a cuestiones biológicas y psicológicas del individuo, luego entonces, su estudio se encamina a observar que en los procesos de control (labelling), tanto en su aspecto jurídico así como en el aspecto político, son los planos importantes que se deben estudiar dentro del control social, con la finalidad de definir la conducta desviada.

Massimo Pavarini (1996), señala que el paradigma interaccionista afirma que la criminalidad: " (...) como cualquier otro acto desviado, no tiene nada de objetivo y natural sino que más bien es una definición que está implícita en el juicio que se da a algunos comportamientos. El criminal por eso no es sino aquel que es definido tal; en efecto, más allá de esta definición, quien es encasillado como criminal es completamente similar a los otros, a los no criminales. Asistimos así a un completo trastocamiento del paradigma positivista."²¹³

Aun cuando los interaccionistas solamente se ubicaron en un análisis micro social, y por lo tanto, su resultando de análisis resulta ser limitado, dicha apreciación nos muestra que si una persona percibe el comportamiento de otra persona como una acción plena, la propia persona actora, planifica su propio curso de acción, aquí es cuando la norma pierde su preeminencia.

Entonces al entender nuestras interacciones sociales, no se realiza por el estudio de las reglas, sino por las actuaciones del otro, con el fin de determinar nuestra siguiente acción social, es decir, las interacciones siempre están sujetas a cambio, siendo que para determinar la actuación de un individuo, no solamente se debe ver en un plano individual

²¹² Álvarez Gómez, Ana Josefina. El interaccionismo o la Teoría de la Reacción Social como antecedente de la Criminología Crítica. En Serie de Estudios Jurídicos de la Universidad Autónoma de Querétaro. (Sin datos de Edición y Fecha) p 15. El concepto de desviación, engloba todas aquellas conductas de desvío que no podían ubicarse dentro de las definiciones legales o psiquiátricas, por ejemplo: surgen grupos homosexuales, drogadictos, hippies, rebelión, feminismo, negrismo, e incluso de prostitución entre otros, por lo tanto, conductas que atentan contra el "STATUS QUO", establecido. Por ello, los interaccionistas llamarán también a este proceso de desviación como la "criminalidad sin víctimas".

²¹³ Ibidem, p.127. El paradigma interaccionista destaca la relatividad del comportamiento criminal, cuya orientación va encaminada a una perspectiva de sociedad pluralista. Los interaccionistas permiten observar la falta de consenso general que existe sobre la secularización de la ética social respecto a lo que está bien o mal, así entre lo que es justo o lo que es injusto. Desde luego, en dicho proceso lo único que existe es la interacción de las definiciones criminales que se atribuyen a ciertos comportamientos criminales.

objetivo, sino que debe observarse cómo se ha interpretado tal situación el sujeto, así como se determina desde su propia perspectiva dicho actor tal situación.

En este contexto debemos estudiar entonces, cómo los sujetos encasillados reaccionan a dicho etiquetamiento de desviados, por las definiciones que otros determinan, es decir, los "procesos de criminalización."

Los teóricos de la reacción social, establecen que la conducta desviada aparece por tres momentos a saber:

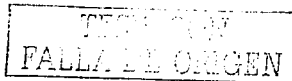
PRIMERO. El momento de la definición, que es precisamente cuando los grupos sociales determinan conforme a sus intereses cuales son las conductas que deben ser catalogadas como desviadas, se da entonces el momento de la **criminalización primaria**, que sería por un proceso meramente legal, sin embargo, existen definiciones informales que provienen del público en general o de la sociedad civil.

SEGUNDO. El momento de la aplicación de la definición general o abstracta, resulta ser el momento más importante, en razón de que se designa la etiqueta de desviado al sujeto en concreto. El proceso de etiquetación va desde un simple rechazo social hasta la reclusión del sujeto; asimismo este momento genera la **criminalización o desviación secundaria**. Este momento desarrolla la formación del "self", cuando el sujeto asimila la etiqueta que se le asigna, y

TERCERO. El momento del tratamiento, que se dará a la persona etiquetada, ya sea a través del rechazo social o de la reclusión.²¹⁴

Sin embargo, el concepto de desviación resulta ser sumamente criticable, en cuanto a su conceptualización, ya que no es un término óptimo para señalar el problema. Ya que el término desviación encierra una concepción estadística asimismo implica la existencia de normas compartidas por la sociedad, porque el concepto de sujeto desviado conforme a las normas y la opinión general será tomada como un ser diferente, raro y peligroso. Por lo tanto, tal concepto, resulta ser negativo y discriminatorio.

²¹⁴ Cfr. Álvarez Gómez, Ob.Cit. pp. 19 y 20. Los interaccionista señalan que la etiqueta dentro de la reacción social es el punto fundamental y crucial, porque la etiqueta es definida como un hombre estereotipado con base a alguna información específica o prejudicial; según Payne, la etiqueta crea expectativas de comportamiento, hace al individuo más visible, luego entonces, la etiqueta produce subculturas. Al respecto Pavarini dice: si un individuo se considera violento y es tratado como tal, terminará por creer realmente que es violento y comportarse de modo violento. Desde luego que el interaccionismo permite deslegitimar aun más los aparatos de control social de tipo institucional; además agrega Pavarini, que si la criminología positivista reafirma un modelo de sociedad consensual, la criminología interaccionista orienta una interpretación de sociedad de tipo pluralista, que invita a una orientación de mayor tolerancia a la diversidad, es decir, una política criminal menor intervencionista. Cfr. Pavarini, Ob. Cit. 128 y 129.



Massimo Pavarini, señala que el enfoque encasillador del **"labelling approach"**, presenta ciertos equívocos, como son:

A. Su escepticismo, que presenta un tono "qualunquista", en razón de que si bien niega el paradigma positivista, también lo es, que al negar la cuestión fenoménica de la criminalidad, llega al grado de negar la explicación estructural de la sociedad en sus aspectos social, político y económico. Transforma entonces a la criminalidad desviada como un juego formal de recíprocas interacciones, donde la criminalidad es un mero accidente, porque son escépticos de toda interpretación de la criminalidad.

B. Su tolerancia (hasta la indiferencia), fomenta toda una ideología de la etiquetación o del encasillamiento del proceso de criminalización, ésta resulta ser una hipótesis neoliberalista (una práctica de *lassair-faire*), es decir, una invitación a la abstención de la intervención social dirigida; sin embargo, si la desviación no es un fenómeno social, también lo es, que las contradicciones socioeconómicas, permitirán caer en otra conceptualización de desviación o encasillamiento.

C. Su exasperado subjetivismo, establece una concepción de sociedad pluralista, con visión atomista, es decir, una sociedad como "conjunto caótico de pequeños grupos", donde las relaciones se observan desde la perspectiva de encuentro de individuos y no de grupos, por ello, la atención se fija en el proceso de criminalización, donde se excluyen las razones y causas de tipo político estructural, ya que la criminalización se resuelve en su representación de quién lo sufre, de ahí su tendencia meramente subjetivista, porque no se somete a una comprobación científica.

D. Su representación, de la vida se circunscribe a una visión ahistórica de la sociedad. El subjetivismo interaccionista no conoce límites en tiempo ni espacio, y debe funcionar siempre, lo que provoca un riesgo y síntoma de falta de cambio en los conceptos sociales y en perjuicio de la criminalización.

E. Su estrategia se mantiene en la astucia y en la mentira, de una consolidación de la ideología burguesa, si consideramos que una persona se debe poner la "máscara" que le imponen los otros, justifica y legitima una idea funcionalista que se estructura en la producción, consumo y venta de las técnicas de promoción. Desde luego, que una idea de esta naturaleza, se funda no en un valor o en una utilidad de lo que se produce, sino en lo que se vende, por lo tanto, "la imagen de sí mismo", en el proceso de criminalización, es la que se vende, y se convierte en un proceso de apariencia, forma, juego y representación. En consecuencia el castigo, se impone por lo que se pueda

aparentar, es un juego de adecuación de conductas esperadas, una criminalización de expectativas, que impone un arte de saber venderse (el venderse estará al alcance de unos cuantos no de todos).

F. Su ideologización marginal de la criminalidad, se centra en el estudio de los sujetos que se concentran en las ciudades urbanas y socialmente desarrolladas, por ejemplo: bandas juveniles, drogadictos entre otros. Siendo que su concepción romántica de marginalidad, resulta ser benévola dentro de un concepto de diversidad, porque su inconformidad no resulta ser dañosa para la sociedad, sin embargo, acentúa resentimientos victimistas, y estructura necesariamente una sociedad etarminista, y

G. Su visión de sociedad total, es el modelo ideal como objeto de estudio, ya que la sociedad se representa como una institución total (cárcel, manicomio, internados), una especie de microcosmos de interacciones. Es decir, comparar a la sociedad con una institución total, implica imponer las mismas necesidades de adaptación para el individuo. Sin embargo, esto revela una ideología de clase media burguesa (neocapitalista), que refleja una indiferencia agnóstica hacia la política y a los problemas sociales.

En conclusión, la criminología interaccionista da solamente respuesta al problema de la criminalización en dos interrogantes: ¿Lo qué sucede? Y ¿Cómo sucede? Dejando acéfalo el planteamiento ¿Por qué sucede? .²¹⁵

²¹⁵ Cfr. *Ibidem*, pp.136 a137. Cfr. *Habermas Louis, C. La Criminología Crítica y El Concepto del Delito*. En Poder y Control Revista Hispano-latinoamericana de Disciplinas Sobre el Control Social, No. 9, PPU, Edici. Barcelona, 1976, pp. 126 y 127. Cabe señalar que Habermas, advierte que el delito no tiene una realidad ontológica, y con ello pretende la abolición de la justicia criminal en este sentido debe abandonarse una perspectiva catastrófica de la realidad social y formar una postura sanosópica de esa realidad social. En consecuencia, señala Habermas, más explícita que la llamada criminalización primaria es la producción y definición de normas, que tiene como objetivo la protección de bienes, señalando que las conductas que los afectan (siempre y cuando cumplan los requisitos jurídicos) serán consideradas como criminales, por lo que es necesario ubicar la normatividad penal en función de la forma de vida social predominantemente; destacándose la existencia de correlación de fuerzas que impera en el sistema social, por ende, debe ver que intereses se plasman en el orden jurídico penal. Por esta razón, se advierte la manifestación de la capacidad de proyectar un orden como ejercicio de poder, y no de un consenso o convergencia de voluntades. Así, la prescripción de conductas es autoritaria, en razón de que es impuesta con base en una estructura política y económica; esto manifiesta intereses de clase hegemónica, fabricando el mito de que el derecho penal protege igualmente a todos. Al prohibir ciertas conductas y permitir otras en función de los intereses de clase. Al respecto Habermas (1976) señala: "(...) que los procesos de criminalización primaria están influenciados por factores que cada quien que ver con el carácter negativo a las que se supone tienen remedio, si con la existencia de recursos que pudiera, en los hechos y bajo ciertas circunstancias ofrecer un remedio para situaciones constitutivas del problema." Mientras en lo referente a la criminalización secundaria la medida se observa bajo la temática del mundo industrial, es decir, la características de segregación en todos sus ámbitos y contenidos de explicación social, da pauta a que cada uno de los integrantes de la sociedad, dependa de la opinión que sobre de ellos, establece la sociedad donde viven y de los medios de comunicación. Luego entonces Habermas refiere: "Esta dependencia de la información de los medios de comunicación masivos es particularmente fuerte en los casos en que se criminalizan determinadas actividades. El riesgo de criminalización ubiga a las personas a ocultar tales actividades (...) ellas deben someterse al marco interpretativo que les ofrece su más poderoso interlocutor." Considerando que aquello que merece noticia es lo que esta previamente seleccionada y estereotipada; esta condice al mundo a una justificación con relación a la justicia criminal. Por lo tanto, la desviación secundaria justifica la formación del sí mismo (*self*) cuando el sujeto además la etiqueta que se le asigna, siendo que esta es fundamental y crucial, creándose con ello expectativas de comportamientos. En consecuencia al crearse conductas etiquetadas se producen subculturas.

Luego entonces, si la criminalización secundaria, va en referencia a proyectar un orden como ejercicio del poder, al permitirse y prohibirse ciertas conductas, entonces la exclusión y el rechazo vienen del grupo dominante, por que se protege intereses o bienes jurídicos privados, entonces la criminalización del subversivo, implica una reacción social en su contra, que se traduce en una relación simple de poder y dominio.

Es aquí donde Denis Chapman y posteriormente Baratta, echan por tierra dentro del mito de la igualdad del derecho penal, el postulado de que la ley es igual para todos los autores de delitos, demostrando que ésta se destina selectivamente en perjuicio de los grupos más marginados de la sociedad en los diversos ámbitos, ya sea económico, político-jurídico e ideológico.

Aunada a la escasa o nula posibilidad de imponer o influir en la construcción de las normas penales por los sectores económicamente pobres, de tal manera que al ponerse en práctica las leyes penales se encuentran visible un simple acto de autoritarismo y represión, por ende, de desventaja y discriminación social.

Entonces el paradigma funcionalista de las teorías interaccionistas se verifica en la interpretación de la conducta desviada, situando su definición en cuestiones legales y sociales, es decir, en valores éticos predeterminados por el grupo dominante.

Por otro lado, las teorías del conflicto hacen solo un cambio de ubicación de su análisis con base en el esquema macro social, siendo que su estudio lo centran en las relaciones de poder, que surge entre capital y trabajo; es decir, la posibilidad de ejercer el poder o ser excluido del poder, esto resulta ser un estudio meramente político; pero además ser un esquema de estudio macro social, resulta ser demasiado abstracto, sin enfrentar al individuo con la sociedad, así dicho análisis es limitado ya que se ubica en plano meramente industrial abarcando únicamente la masa social disciplinada y no a la masa social marginada.

Los criminólogos marxistas, utilizan dicho método para la crítica del sistema capitalista mismo que da origen a la criminalidad, entonces la lucha de clases da margen a diversos análisis y planteamientos para la justicia de clases; al igual para comprender los procesos de control y de estigmatización criminal.

La perspectiva criminológica marxista con su interpretación materialista de los procesos de criminalización, no se aleja de los análisis de los teóricos del conflicto y la reacción social, siendo que únicamente refleja la contradicción entre trabajo y capital, cayendo

también en ideas escépticas y románticas de origen determinista y de posible metamorfosis social.

En ese orden de ideas, **La National Deviance Conference (Conferencia Nacional de la Desviación) propicio que el estudio de la criminología se transformaran en estudios de sociología de la desviación.**

La National Deviance Conference, reestructura varias posturas criminológicas y de entrada descarta la idea positivista y determinista del individuo criminal, argumentando que el individuo no solamente es racional sino además libre (ideas clásicas). Asimismo, esquematiza su crítica en un sentido de que no es necesario que se estudien las causas de desviación, desde los esquemas y objetivos oficiales. Porqué dichas posturas dan origen a una versión idealista y romántica de la delincuencia, donde los teóricos del "labelling approach", simplemente pretenden ver al desviado como un producto politizado por ende, la criminalidad es politizada, por eso el acto desviado se representa como una oposición política, misma que debe descodificarse. Pero este criterio-argumentan- resulta ser ambiguo ya que por un lado, se constata la existencia de la desviación, y por el otro se auto justifica la desviación por ser un acto meramente represivo del Estado, es decir, que el Estado crea la desviación, quedando en un postulado meramente teórico, que simplemente permitió observar temas ignorados por la criminología oficial.

La National Deviance Conference, permite dar origen a los postulados de **La nueva criminología con un contenido marxista, desarrolla una crítica de las anteriores teorías criminológicas.**

Los nuevos criminólogos críticos diseñaran sus postulados contra las teorías del etiquetamiento, señalando que éstos descuidan la desviación primaria, olvidando los factores estructurales del capital socialista que motivan la desaparición de la delincuencia. Asimismo, **critican a la fenomenología y a la etnometodología** ya que no deben partir y atender explicaciones concebidas con sujetos sino simplemente con relación a cuestiones de motivación e intención ya que los fenómenos cotidianos son los que interactúan en la práctica y orientan las actuaciones. En este sentido su programa se plasma en los siguiente puntos:

- A. Señalar los orígenes del acto desviado.
- B. Buscar el acto en si mismo o la racionalidad del acto.
- C. Origen inmediato de la reacción social.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

D. Orígenes mediatos de a reacción social.

E. Influencia de la reacción social.

F. Naturaleza del proceso de desviación.²¹⁶

La criminología crítica, estructurara toda su ideología de la desviación con base en una teoría y método marxista, es decir, bajo el contenido del materialismo histórico.

Asimismo, enfocaran su estudio a las funciones que cumple el Estado, las leyes e instituciones para mantener el sistema capitalista; la desviación entonces debe ser estudiada desde un ámbito de lucha de clases.

Los criminólogos críticos establecen, que con la operacionalización de las normas penales, se acentúa aún más el carácter discriminatorio de éstas, distribuyéndose de manera inequitativa la asignación del calificativo de "criminal", generalmente para integrantes de las clases subalternas, acentuando la marginalidad de aquellos a quienes se les otorga ese adjetivo.

Elena Larrauri (1992), afirma que los nuevos criminólogos simplemente invirtieron el paradigma de estudio criminológico; por ello, se esquematiza las siguientes críticas:

PRIMERA. Los criminólogos críticos utilizan un determinismo patológico, salvo que no se proyecta hacia el delincuente, sino a la economía, y ésta es la causa del fenómeno de criminalización.

SEGUNDA. Los criminólogos críticos al haber tomado las bases del funcionalismo únicamente reiteran el contenido de las funciones manifiestas y latentes, donde las funciones latentes tienen un origen de verdad, y las manifiestas son las encubridoras del sistema represor o del control del delito, que se utiliza para defender los intereses de la clase dominante y para conservar los privilegios, y

TERCERA. Los criminólogos críticos al introducir el método marxista en el estudio del delito y de la criminalización, no puede crear una esfera de justicia; esto no crea una nueva criminología, pero sí permite verificar que en proceso de criminalización se ven encubiertas ideas que legitiman un estado represor y autoritario en el control del delito y

²¹⁶ Vid. Larrauri Elena, La Herencia de la Criminología Crítica, 2ª. Ed. Siglo XXI Ed. México 1992, pp. 101 a 112. Aun cuando debe advertirse que la criminología crítica no establece ideas puntuales a la alterнатividad específica de las situaciones que critica. Por ende constatando este criterio de definición criminológica únicamente se observa una efervescencia política, social y jurídica en la que se analiza cada una de estas teorías.

**TESIS
CON
FALLA DE
ORIGEN**

del delincuente, que evidentemente se reflejará dicha situación en la imposición del castigo.²¹⁷

En conclusión, la criminología crítica, señala Massimo Pavarini (1996), que: " (...) se detiene en los umbrales de un nudo teórico que devela un equívoco sobre el que se funda la misma conciencia criminológica, en la sociedad burguesa: aceptar el status quo legal como presupuesto inimpugnable y poder así desarrollar un conocimiento de la diversidad criminal o bien contraponerse a este poder y con ello deslegitimar todo saber criminológico como no científico (...)"²¹⁸

²¹⁷ Cfr. *Ibidem*, pp.116 a 129.

²¹⁸ *Ibidem*, p.172.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4. MODELOS DE SOCIEDADES: (RACIONALIDAD FUNCIONALISTA)

A pesar de la pluralidad de matices que históricamente pueden visualizarse en cuanto a las teorías criminológicas, siempre existen ideas que gravitan en torno a un número limitado de hipótesis, mismas que se sintetizan en ideologías que pueden estructurarse dentro de los mismos modelos de sociedad. Así podemos constatar la existencia de tres paradigmas como son:

PRIMERO. Modelo Positivista: Que se refiere a un modelo consensual de sociedad con una ideología conservadora.

SEGUNDO. El modelo Interaccionista: Que percibe un modelo pluralista de sociedad con tendencia a una ideología liberal, y,

TERCERO. El modelo Crítico: Que es una concepción y perspectiva de modelo de sociedad conflictual con una ideología de corte socialista.

Cada uno de estos modelos constituye un conocimiento que trata, determina y resuelve un problema bajo su propia perspectiva. Por eso cada una de las teorías criminológicas que justifican la interpretación de las formas de desobediencia al orden y a la autoridad, y por ende las formas de relación contra las mismas, siendo de esta manera que se sujetan a los paradigmas o modelos ya preestablecidos.

Por lo tanto el sistema penal es una compleja discreción de poder social y la legitimidad de este se encuentra caracterizada por su propia racionalidad. El poder entonces se muestra dentro del sistema penal como un ejercicio de poder planificado racionalmente, de ahí que si actúa en forma racional y coherente resulta ser legítima. Pero la controversia que se suscita en la legitimidad y racionalidad, justifica la existencia de una problemática difícil de dilucidar, si consideramos la actuación del sistema penal. Para ello es necesario verificar el juego que se centra alrededor de la legitimidad considerando dos principios fundamentales que son:

1. Principio De Legitimidad Penal, que exige el ejercicio del poder punitivo y a través de las instancias del sistema penal, pero que estos estén dentro de los parámetros y limite previamente establecidos por la ley, y,

2. El Principio de Legalidad Procesal, que exige las instancias del sistema penal ejerzan su poder para intentar criminalizar a todos los autores de un delito con forme también a ciertos parámetros formales de la ley.

Llegándose entonces a la conclusión que de la estructura de cualquier sistema penal en ningún momento respeta la legalidad procesal.

La estructura del discurso jurídico penal al formalizar un número increíble de hipótesis, sustentadas dentro de un deber ser permite que el sistema legal intervenga represivamente en forma natural y mecánica. Aún así el sistema penal dentro de la estructura social del poder resulta ser con plena capacidad operativa sumamente inferior a las demás instancias de poder estructuradas dentro del aparato del Estado. Donde el sistema penal resulta ser la capacidad operativa de las agencias que ejercen el poder programado.

El poder programado se incrementa hasta el grado de cubrir con todo el ejercicio programado legislativamente, esto determinara y producirá el efecto de la criminalización, donde varias veces la población sería criminalizada ²¹⁹

Siendo que en este aspecto se trata de realizar un acto de deflación penal, es decir la reducción de poder punitivo estatal que se ejercen por las agencias del control penal para reducir por un lado el ejercicio de la coacción y de la violencia manifiesta como resultado de una reacción. Al respecto Zaffaroni (1990), señala que el sistema penal es un embuste, donde se oculta la verdadera intención del poder que se ejerce, para efecto de criminalizar. Asimismo el hecho de no ejercer el poder criminalizante programado en toda la extensión de la palabra justifica que no existe una catástrofe de índole social.

Por eso el sistema penal esta estructurado y montado sobre una idea de legalidad procesal, donde el mismo aparato permite su no-funcionamiento y si por el contrario existe un ejercicio de poder con una extrema arbitrariedad y selectividad que se orienta a la población más vulnerable.

En este caso, la racionalidad para ejercer el castigo se vuelve circular donde su auto constatación se realiza con sus propios elementos, al igual que la justificación que se desprende del derecho a castigar. Por ejemplo: En la cárcel los internos serán siempre los mismos donde existan las personas paupérrimas, extranjeras, negras o de clase étnica, por eso se dice que a la cárcel llegan todos lo fracasados.

²¹⁹ Vid. Zaffaroni, Eugenio Raúl. En Busca de las Penas Perdidas. Temis Edí. Bogota, Colombia, 1990, pp. 16 y 17.

El criterio de selectividad, así como el margen amplio de arbitrariedad de las agencias penales justifica no solamente la violación de derechos fundamentales, sino que además el mismo se ven transgredidos por los inherente mecanismos que la propia ley establece. Esto refleja un sistema penal marginal y corrupto, ya que la problemática que se le planteada, no tiene solución en la forma que pretende el sistema penal.²²⁰

El sistema penal en este sentido fue inventado con fines precisos y concretos, cuyo fin pretendía que nadie violentara la legalidad. Pero actualmente estamos hablando de otra cosa, donde los actos de violencia justifican la realidad criminalizante de nuestra sociedad.

Pero esto se debe a la existencia misma de la conflictividad y complejidad de la realidad social, y que esta circunstancia ya no depende del sistema penal, sino que depende de los mismos modelos de sociedad que se han establecido donde la distribución de la riqueza y de la justicia social principalmente resulta ser formalizadas en una supuesta igualdad, donde materialmente la desigualdad es manifiesta.

La política criminal puede registrarse por la política que establece el Estado o inherente de la otras políticas que determinan el aparato estatal. Ya que la política criminal es uno de los tantos instrumentos que el estado contemporáneo puede utilizar para controlar determinando precisas situaciones.

Al respecto debe verificarse la política, como un reflejo de las actividades que ejercen actualmente la policía o el ejército militar, pretendiendo justificar actos de prevención con relación a los llamados delitos de delincuencia organizada, como pueden ser: el tráfico de drogas, el terrorismo, secuestro, robos entre otros esta situación y **estrategia política resultan ser negativas**, puesto que en un Estado democrático de derecho, que esta supuestamente legitimado por la voluntad popular, el ejercicio del poder supera los límites de contención establecido y refleja todo **un actuar de criminalización**, donde se verifica una circunstancia de violencia sobre violencia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²²⁰ Por ejemplo: La política criminal de México, se sustenta en la creación de Códigos Penales, con mayor tentación al autoritarismo, ya que se opta por medidas de carácter coercitivo, más aún es evidente que dichas medidas de control y coerción estatal tratan de reforzar particularmente la intervención policiaca e incluso la militarización de las instancias de seguridad pública. Sobre todo, considerando que frente a estos medios de control estatales existe paradójicamente una crisis de credibilidad en las instituciones, provocando con ello, simplemente un sintoma de endurecimiento político y reforzamiento del autoritarismo dentro del sistema penal.

Ya que la política criminal observada resulta ser **simplemente de mano dura y de cero tolerancia.**²²¹

Por eso el sistema penal se extiende y justifica legalmente la existencia de Tribunales excepcionales o en su caso la proliferación de cárceles de máxima seguridad, porque el sistema penal en sí mismo, no puede soportar esta complejidad de problemas que se presentan a diario para su resolución, de ahí entonces que el sistema penal al igual que las otras instituciones establecidas ya sean formales e informales, se encuentren dentro de un círculo de autolegitimación, lo que provoca a la postre su falta de credibilidad, en consecuencia esto fomenta la crisis por la que atraviesa del sistema penal, así como toda institución estatal.

Aquí resulta importante destacar que la historia del orden, proyecta necesariamente la existencia de los sistemas normativos, y que todo ello nos lleva a un simple acto de ajusticiamiento. Pero el acto de ajusticiamiento no significa evitar la contaminación de los demás, es decir que no solamente puede visualizarse este ajusticiamiento en un acto de ejemplaridad.

En esta secuencia se observa que la potestad de justiciar, también permite ensanchar los márgenes de impunidad, y al aplicarse significativamente dichos márgenes, necesariamente se incorporan a esa selectividad la mayoría de los habitantes de un conglomerado social. Pero esto crea verdaderas crisis de sentido, donde el individuo normal no sabe hacia donde va, ya que se pierde el sentido de realidad con este cambio constante de conciencia social.

Esto es importante destacarlo, porque la insensibilidad que muestra el sistema penal y la política de criminalización, justifica simplemente la existencia de un problema real que es la pérdida de la identidad del individuo y del grupo, aunado a ello la pérdida de la conciencia social.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²²¹ El proceso gradual del endurecimiento que se observa dentro de las instancias penales y el reforzamiento del autoritarismo señalado, se verifica desde las reformas de 1993 realizadas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como a las correlativas Constituciones de los Estados miembros de la federación y de las leyes secundarias. Esto también reformuló la política criminal de nuestro país, con la creación de nuevas instituciones de coerción como lo fue: Coordinación Nacional de Seguridad Pública (1994), necesariamente derivando esto a la creación de nuevas leyes como: La relativa a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (1996) La reformulación de la concepción de seguridad pública y nacional, justifico necesariamente en forma más clara una estrategia de control social y positivo más violento, represivo y autoritario, salvo que legitimado por la misma ley. Así entre campañas de endurecimiento de las penas, de impunidad y ausencia del Estado de Derecho, se hace un redimensionamiento y reformulación de la política criminal en México.

Esto sigue estructurándose bajo un discurso funcionalista-positivista, que implica la existencia de una sociedad jerarquizada, por ende clásica y desigual.

Stanley Cohen (1995) realiza una brillante metáfora que permite observar que el sistema de control de la criminalización o de la desviación se sustenta en una idea de red de pesca gigante, que cada día crece y se expande en el océano de la vida social y afirma: "(...) Extraña y compleja en su aparición y movimientos, la red es arrojada por todo un ejercito de pescadores y pescadoras, trabajando todo el día e incluso toda la noche de acuerdo a regla y rutinas más o menos conocidas, sujetos más o menos a un control de autoridad superior, y sabiendo más o menos lo que están haciendo. La sociedad es el océano-inmensa, problemática, llena de corrientes imprevisibles, rocas y otros peligros. Los desviados son los peces. Pero a diferencia de los peces verdaderos y aquí es donde la metáfora empieza a desmoronarse, los desviados no se pescan, se almacena, limpian, empaican, cocinan y degustan. El sistema que recibe a los desviados recién pescados tienen otros objetivos en mente. Después de un proceso de clasificación, los desviados son mantenidos vivos (congelados) y procesados (¿deberíamos decir castigados, tratado y corregidos?) de formas extraordinariamente diversas. Entonces, aquellos que están "listos" son devueltos al mar (dejando sólo aquellos que han muerto o que se dejan morir en el interior del sistema) De vuelta al océano (frecuentemente con señales y etiquetas de las que es difícil desprenderse) los peces quizá nadan libremente el resto de sus días. O más frecuentemente quizá, son de nuevo atrapados en la red. Esto puede suceder una vez tras otra. Algunas criaturas desdichadas están toda su vida pasando indefinidamente por un ciclo, reciclados, pescados, procesados, y devueltos al mar (...)".²²²

Siguiendo la metáfora que plantea Stanley Cohen (1985), el sistema de control de la desviación siempre ocupa un espacio indefinido en toda la sociedad tanto real como social. Asimismo el tamaño y densidad del mismo crea una situación de identidad, visibilidad y penetración continua.

En la referencia al tamaño y la densidad, el sistema formal del control de la desviación continuamente crece, creando con ello un incremento en el número de desviados, en el sentido que los mismos son seleccionados y atrapados dentro del sistema. Esto produce dentro de la idea metafórica supracitada, que las redes resultan ser más anchas.

²²² Cfr. *Ibidem*, pp. 71 y 72.

Asimismo existe un incremento de la intensidad de la intervención de los desviados (antiguos y nuevos), donde las redes se observan, más densas. Por último los sistemas de control originales continuamente se van complementando y reforzando en vez de remplazarse, lo que crea un sistema cada día más represivo y autoritario donde las redes resultan ser también distintas para esa selectividad del sistema de criminalización.

Stanley Cohen (1985), señala también que la no-reducción de los porcentajes de encarcelamiento y la expansión concomitante de todo el sistema, permite observar que dentro de esta red existen personas que son atrapadas en forma equivocada, resultando que las poblaciones encarceladas de esta manera, no hubiesen existido, sino se hubiesen reforzado con nuevos programas el sistema de control de desviación.²²³

Por lo tanto, las estadísticas indican que el tamaño de la red y su densidad son fascinantes en razón de que el sistema crece, se reproduce y se multiplica, con ello no solamente se asegura una clientela constante, que hace más atractivo el éxito del programa, sino que además, esa red continuamente necesitara de más instancias para operar, con claros síntomas de endurecimiento político y reforzamiento del autoritarismo, cuyo modelo de sistema penal actual, se observa con medidas de carácter coercitivo, creándose en consecuencia un esquema cuya problemática no contiene una verdadera solución a los conflictos que se le plantean.

Por el contrario, se observa una manifiesta limitación de derechos con el crecimiento del sistema de control o de desviación, esto necesariamente produce más clientes, pero sobre todo nuevos clientes de ese sistema penal autoritario, represivo y antidemocrático.²²⁴

Si a este proceso gradual de criminalización se suma la ideología del tratamiento terapéutico con un acento preventivo, la supuesta estrategia final de la resocialización del sujeto seleccionado por el sistema de desviación, se convierte en una falacia.

²²³ Cfr. *Ibidem*, pp. 81 a 83.

²²⁴ Por ejemplo: La puesta en marcha del programa denominado Respuesta Inmediata Máxima (Rima) en 1995 durante la regecía de Óscar Espinosa Villarreal, que tenía como fin la detención de personas sospechosas, que incluso se denominó Ley Espinoza. La autorización de cateos de vehículos de motor privados y del servicio público, sin ningún fundamento legal, justifica el carácter represivo y violatorio de derechos fundamentales de los ciudadanos. Lo incongruente de todo esto, es que dichos programas se han ido incrementando en todo el territorio nacional, siendo común actualmente observar dichos operativos, que más de las ocasiones se realiza con actos de prepotencia y con uso excesivo de violencia, justificándose con ello esa violación estructural de derechos humanos y derechos fundamentales de todo ciudadano, con programas de política criminal de esta naturaleza.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Puesto que la estrategia implementada por las autoridades carcelarias en el tratamiento terapéutico al cual se sujeta a un desviado, resulta ser una práctica arbitraria, potestativa, autoritaria, represiva y corrupta. Ya que el estudio de personalidad y de peligrosidad del sujeto delincuente, no permite establecer la distinción del delincuente y del no delincuente.

Más aún si los mecanismos de selección tradicionales del sistema de justicia criminal siempre están determinados por criterios que en ningún momento se encuentran relacionados con el delito u ofensa.

Entonces los márgenes de error en el sistema de selección, resultan ser evidentes, mostrando únicamente la rigidez de la estructura organizativa que envuelve al sistema penal, y en especial al sistema carcelario. En un sistema de cambios frecuentes que se generan con dinámicas que crecen y se reproducen dentro de la misma organización (para efectos de auto legitimarse y auto justificarse en su existencia y su operatividad) esto permite la reformulación y reestructuración del sistema, que a simple vista reflejan lo paradójico y contradictorio del sistema, pero en un análisis profundo, podemos observar un redimensionamiento político y jurídico, con una idea clara, la de reforzar el control social, punitivo y político dentro de una concepción Estado-sociedad, dentro de un esquema plenamente autoritario, es decir, en un modelo positivista de sociedad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

MODELOS DE SOCIEDADES.

MODELO POSITIVISTA.	MODELO INTERACCIONALISTA.	MODELO CRÍTICO.
<p>-Modelo consensual de la sociedad.</p> <p>- Ideología conservadora.</p> <p>-El funcionamiento de la sociedad se funda sobre el consenso de la mayoría en torno a algunos valores generales.</p> <p>-La ley refleja la voluntad colectiva, existe un consenso de sus integrantes en cuanto a los valores imperantes. La ley es de forma escrita.</p> <p>-Quien viola la ley representa una minoría puesto que la mayoría está de acuerdo con las definiciones del bien y el mal, de lo justo y de lo injusto.</p> <p>-El pequeño grupo que viola la ley debe tener algún elemento en común que lo diferencia de la mayoría que lo respeta.</p> <p>-En conclusión una sociedad con una ideología de corte conservador y por tanto, causalista- funcionalista.</p>	<p>-Modelo pluralista de sociedad.</p> <p>- Ideología liberal.</p> <p>-Hipótesis pluralista que reconoce la existencia de una multiplicidad de grupos sociales con intereses diferentes y a veces en conflicto.</p> <p>-La ley existe precisamente para regular los acuerdos en general existen, entre estos grupos sociales, aunque se presentan con definiciones distintas y a veces en conflicto, la ley tiene entonces un valor puramente neutral.</p> <p>-Se reconoce solo la necesidad de encontrar algún mecanismo de resolución pacífica de los conflictos.</p> <p>-Los individuos; así, se ponen de acuerdo sobre una estructura legal que permita resolver los conflictos sin perjudicar irremediamente el bienestar de la sociedad.</p> <p>-El sistema legal, por tanto, no es un valor sino un conjunto de reglas naturales.</p> <p>-La ley constituye el conjunto de reglas del juego que permite disciplinar los conflictos; no favorece ningún interés en conflicto.</p> <p>-La ley garantiza sólo que los conflictos entre las personas se pueden resolver sin dañar el interés de la colectividad por una existencia pacífica.</p> <p>-Así, la sociedad esta compuesta de diversos grupos sociales debido en esencia a la presencia, en el mismo tejido social, de componentes raciales, culturales, étnicos, económicos, religiosos, etc. Que hacen a las personas distintas entre si.</p> <p>-La ley se legitima entonces, no porque supone la protección de determinados intereses, sino porque realiza ella misma el interés superior de dar una solución pacífica a los conflictos.</p> <p>- En conclusión una sociedad con una ideología de interacción-funcionalista</p>	<p>-Modelo de sociedad conflictual.</p> <p>-Ideología de corte socialista.</p> <p>-Percibe a la sociedad como algo en permanente cambio (dialéctica)</p> <p>-La sociedad se funda por su naturaleza coercitiva y represiva del sistema legal.</p> <p>-La ley es vista no como un elemento neutral para la solución de los conflictos, sino como un instrumento a través del cual los grupos dominantes en la sociedad establecen la relación de poder.</p> <p>-El interés mayor de quienes tienen el poder es el mantenerlo y acrecentarlo a través de la ley. Por ello, la ley legitima una relación de poder-dominio</p> <p>-El poder se conserva para definir los conceptos de criminal o desviado, como todos aquellos que atentan contra los intereses del poder.</p> <p>-Así entendida la sociedad-compuesta por diversos grupos sociales, pone en juego el poder político entre quien lucha por mantenerlo y quien lucha por conquistarlo.</p> <p>-Se acepta un estándar de justicia y concibe al Estado y su sistema como naturalmente victimizador, de las clases bajas.</p> <p>En conclusión una sociedad con una ideología dialéctica-funcionalista.</p>

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

5. DERECHO PENAL SELECTIVO, DERECHO PENAL DESIGUAL.

(RACIONALIDAD DESMISTIFICANTE)

El derecho surge como una creación de normas generales con el fin de regular la conducta humana. Se puede decir que la característica del derecho, será la norma, y esta se describe como un enunciado o supuesto que determine una conducta y siempre lleva aparejada una sanción. De esta conceptualización se puede desdoblar en dos características importantes:

1. **Se le denomina primaria**, porque ordena, prohíbe o autoriza una conducta, y
2. **Se le denomina secundaria**: porque prevé la sanción para quien inflija la denominación primaria. Simplemente se trata de una concepción de derecho penal objetivo y de derecho penal subjetivo, salvo que de ésta última concepción se legitima el derecho a castigar²²⁵

El principio que da vida al imperativo de no hacer o abstener a la realización de algo, se sustenta en una realidad objetiva y subjetiva del mundo interactuante. Si el Estado se constituye en un ente organizado en el que se incorpora y se satisface algunos intereses específicos de clase o de grupos subordinados, esto va en correlación siempre y cuando no se ponga en peligro el proyecto de orden y progreso social. Sin embargo, la contradicción evidente en el capitalismo-funcionalista nos lleva a establecer que la legitimación en un orden liberal-igualitario se observa en un plano jurídico-político, y resulta desigual en un plano social-económico.

Luego entonces los ciudadanos son igualmente libres, pero jamás libremente iguales. Por esta razón, la función declarada del Estado es la de preservar el orden público con base en el derecho objetivo, que tiende a otorgar una protección organizada y dirigida hacia fuera, la que permite a ésta institución política una racionalidad interesada frente a un interés particular que le permite la improvisación, es decir, una situación de justificación teórica que dará un enfoque de argumentación en la relación descrita, siendo necesario observar la condición precisa donde se proyecta.

El orden social moderno se vislumbra como una concepción eminentemente iuscéntrica, considerando que la legitimidad intrínseca que surge del derecho, se

²²⁵Cfr. Hudeheimer, Edgar, Teoría del Derecho. 7^a Ed. Fondo de Cultura Económica Ed. México 1985, pp. 27 a 30. Cfr. Bustos Ramírez, Juan, Manual DE Derecho Penal Español (parte general) 1^a Ed. Ariel, S.A. Barcelona. 1984. pp.5 y 6

sustenta en premisas que solamente se auto justifican en un nuevo orden de derecho. De ahí, que el derecho se observe como una forma duradera y estable.²²⁵

Al auto regularse y auto crearse el derecho penal, aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas; asimismo, como un conjunto de conductas humanas determinadas por las normas. De igual forma ese desarrollo de creación tiene una ontología de legitimación o deslegitimación respecto a un proceder social, para justificar si está dentro o fuera de una legalidad.

Por otro lado, Hart (1990), afirma que la forma de expresión, del derecho penal, se observa como un modo imperativo, sin embargo, lo más crítico de este asunto es que las órdenes coercitivas que se reproducen como una auto revelación o auto deliberación, justifican las características de un sistema jurídico. Por el contrario, si el derecho penal contiene leyes que reproducen actos de prohibición o prescriben ciertas acciones bajo la amenaza del castigo, tal concepción refleja simplemente "órdenes respaldadas de amenaza", lo cierto es que dichas "leyes penales no se aplican a quienes las aplican", por lo tanto, no determina una igualdad real sino formal.²²⁷

Con dichas concepciones afirma Hart, se puede visualizar la existencia simple de reglas de primer tipo, que tienden a imponer deberes, y reglas de segundo tipo, que implican no solamente cambios o movimientos de índole físico, sino también la creación, modificación o transformación de deberes y obligaciones; luego entonces, la combinación de ambas dará origen a los órdenes coercitivos, mismos que serán la "clave de la ciencia de la jurisprudencia".

En consecuencia, el derecho al organizar y ordenar a la sociedad secularizando los valores y las conductas de los individuos, se desprende del mismo las llamadas normas o imperativos, cuya efectividad se refleja en una relación normada y legalizada respecto a la utilización del uso de la fuerza.

Por ello, la reglamentación del ejercicio de la fuerza resulta ser la coacción institucionalizada.

²²⁵ Cfr. Durkheim, Emilio de la División del Trabajo Social, S.N.E. Schapire EdL Buenos Aires Argentina, 1967, pp. 77 y 78. Cabe enfatizar que el Estado moderno al funcionar a través de un derecho objetivo, resulta ser viable si permite garantizar la probabilidad de la coesión física o psíquica; por ende, si algunas asociaciones o individuos lo llevan a cabo en forma legal es porque el Estado lo ha permitido.

²²⁷ Vid. Hart, H.L.A. El Concepto de Derecho, 2ª Ed. Abeledo-Perrot, EdL Buenos Aires, Argentina, 1990, pp. 23, 24, 99 y 95.

De tal manera que si el discurso del derecho es estrictamente un discurso de ley, éste va a ser orientado con un carácter preceptivo en la determinación de conductas y en la dirección como instrumento autoritario de las mismas.

Esta perceptividad se refuerza en la imposición de modelos donde se crean comportamientos, se producen realidades y se modifican las existentes; esto se verifica como una racionalidad del hacer fáctico, sien embargo el discurso de la ley únicamente contiene un valor normativo, en el que se encuentran elementos no normativos inmersos (esto se constituye en una falacia argumentativa), que legitima un orden coactivo.²²⁸

Si el derecho penal en el capitalismo se sustenta bajo principios de libertad y de igualdad ante la ley (liberalismo individualista), una concepción de co-pacto social de esta naturaleza simplemente institucionaliza un derecho a la violencia.

La burocracia entonces se presenta con un saber especializado para desarrollar la actividad vinculante a una profesión que surge necesariamente en ese proceso histórico del Estado, para juzgar y administrar un derecho estatuido, donde su razón descansa en una aplicación de la normatividad con base en un principio esencial, que es: la lógica, el cálculo y las matemáticas, que se relaciona necesariamente a una racionalización de poder-saber.

El derecho concebido como ley y con el monopolio estatal de la fuerza, se ve implicado en una estructura social de clase, redefinido en forma específica por el capitalismo manifiesto en el Estado; es decir, esta mediación se denomina discurso de poder que tiene funciones de dominación y de dirección social, por ende, sus instituciones resultan ser aparatos del Estado.

El discurso del derecho se constituye en la sociedad contemporánea como un sistema de Universal Inclusión, donde todo acontecimiento parece ser previsto

²²⁸ Cfr. Weber Max, ¿Qué es la Burocracia?, S. N. E. Leviatan, Ed. Buenos Aires Argentina, 1991, pp 9 a 10. Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, 5ª. Ed. UNAM Ed. México 1986 pp. 20 a 27 y 285 a 291. Cfr. Giménez Gilberto, Poder, Estado y Discurso, Perspectivas Sociológicas y Semiológicas del Discurso Jurídico-Político, 3ª. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Ed. México 1989, pp 84 y 85.

²²⁹ Cfr. Giménez Gilberto, Ibidem, pp 93 y 94. Vid. González Vidaurri Alicia, Augusto Sánchez Sandoval, Discurso y Cárceles de Máxima Seguridad. En Granados Chaverri, el Sistema Penitenciario entre el Temor y la Esperanza, Orlando Cárdenas, Ed. 1991, pp 162. Quienes señalan que la ley como discurso, prescribe conductas así como establece e impone modelos de comportamiento que garantizan su observancia mediante la coacción en una sociedad con clases o grupos de intereses contrapuestos, por lo tanto en poder crea realidades y produce verdades; resulta ser un poder coactivo y simbólico a través del Estado. Incluso Gilberto Giménez afirma que esa correlación de fuerzas entre las clases en un determinado Estado implica que una sea dominante; donde puede aceptarse propuestas normativas de otras clases sociales mientras no se vaya en contra de sus intereses fundamentales que serán: La propiedad privada, la producción y el intercambio.

juridicamente. De esta manera, el campo del derecho se amplía desmesuradamente (dejando en claro que no puede justificar su presencia para todas las conductas latentes en una sociedad) creando un mundo de Universal Exclusión.

En este sentido - en particular del derecho penal - como sistema no es un control de la desviación, por el contrario, se vislumbra como una estructura selectiva en cuyo interior hace posible dicha desviación.²²⁹

Por eso, el derecho nace y crece, es decir, se desarrolla y se reproduce entre sus propios principios y dogmas, por ende, su auto creación y autolegitimación, nos permite ver y determinar su propia realidad declarada.

Las teorías que legitiman el derecho penal y justifican en particular la imposición de las penas, han servido para establecer un discurso de limitación formal al empleo de las sanciones penales. Sin embargo, esa barrera de auto limitación ha sido un concepto confuso e impreciso, que se ha presentado como forma de manipulación ideológica y que ha sido enarbolada su función con base en las políticas de control legalista adoptadas.

Al mismo tiempo que el Estado se auto limita formalmente en su intervención penal se confirma su derecho a castigar. En el discurso que envuelve el esquema del "ius puniendi", el delito juega un papel importante si tomamos en consideración la forma como se crea el derecho en general que depende directamente de la conceptualización legal que se atribuya al mismo, y resulta relevante advertir que en la mayor parte del mundo los juristas han concebido a la materia penal pura y desvinculada de los conflictos que involucran al poder de dominación, grave error.

Ante esa desvinculación del derecho penal con el poder de dominación y el control social se ha advertido que el derecho penal se ha encontrado sumergido en un universo justificador de existencia y aplicación, de naturaleza eminentemente técnico jurídica, sin dejar que se le enfrente con el contexto histórico, político, jurídico y social en que se produce y se aplica.

De cualquier manera, en esencia, el "principio de legalidad" es el que se ha pronunciado en razón y función de los criterios utilitarios de la aplicación del sistema penal y esa necesidad ha dado contenido y fines al derecho penal.

²²⁹ González Vidaurri Alicia; A. Gurese, Sánchez Sandoval Augusto, El Control Social en la Ciudad de México, D.F. UNAM-ACATLAN, Ed. 1994, pp.26. Citan dichos autores a Di Giorgi, esto respecto a su sistema de exclusión e inclusión del orden penal, además, para justificar la conciencia de lo real que se ha institucionalizado en un momento histórico y en una sociedad determinada, donde el derecho da resultado y obedece al sistema de poder en el que se encuentra estructurado.

Así, entre una función represiva y otra legalista (derecho objetivo y derecho subjetivo), el derecho penal se erige como la porta estandarte de la justicia colectiva.

Pero el derecho penal concebido así como una ley punitiva, justifica que su imposición surge como algo antidemocrático, luego entonces, su nacimiento y aplicación resulta ser en una igualdad formal, más no material, relación imbricada cuyo concepto directamente implica desigualdad que se construye dentro de una legalidad.

En consecuencia el derecho penal se ve inmerso en relaciones sociales de producción de índole capitalista, y se vislumbra como garante de esa producción capitalista, de ahí su perspectiva clasista del derecho penal que lo vincula a un contenido y significado de desigual en forma real y material.

El campo del derecho penal ha crecido enormemente dando origen a la llamada universal inclusión y universal exclusión, es decir que el derecho al auto justificarse y auto legitimarse, con base en un principio de legalidad, lleva implícita ya un adjetivo de selectividad. Entonces al desarrollarse en sus propios principios y dogmas justifica su verdad declarada, en este sentido proyecta la desmesura de sus contenidos, donde toda conducta es prevista. Así el derecho penal no solamente se objetiviza como un derecho estático, sino con múltiples funciones que justifican el sistema clasista de producción.²³⁶

²³⁶ La idea se centra en referencia directa al monopolio de crear, aplicar y ejecutar el derecho penal, aquí radica esa multifuncionalidad como medio y fin de justificación del derecho penal selectivo y desigual. Si tomamos en consideración que ese mecanismo de selección se proyecta a lo referido como universal inclusión y universal exclusión (factores que permitan verificar los procesos de criminalización de la conducta, donde se selecciona la conducta positiva o negativa, temporal o permanente) que necesariamente da origen a una creación, aplicación y ejecución de la ley penal en forma desigual y selectiva.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

6. EL DERECHO PENAL Y EL CONTROL SOCIAL.

(RACIONALIDAD EN CLAVE POLÍTICA)

El término de "control social" tiene antecedentes antropológicos, y fue empleado por primera vez en el marco de la sociología general, mismo que fue tomado de la sicología social de la escuela de Chicago, donde pasó a formar parte de una categoría central en el funcionalismo. De acuerdo con esta teoría, el derecho se configuró como un importante instrumento de control social en razón de su capacidad para evitar, reprimir y en su caso castigar las acciones de los grupos marginales o disidentes que incurrir en las conductas consideradas o catalogadas como desviadas.²³¹

De ahí que la discusión sobre el control social se proponga en una racionalidad de clave política. Roberto Bergalli (1993), señala que el concepto de control social, se debe a una falta de ingenuidad en el uso del conocimiento de éste, el cual debe utilizarse como una herramienta que implica mantener un determinado orden social. La evolución que se vino desarrollando respecto al control social pudo establecerse en correlación al concepto de Estado, como acertadamente lo señala Dario Melossi (1992)²³²

El "control social" tiene como objetivo el resultado de obtener que el total o la mayoría de la sociedad civil, manifieste su conocimiento espontáneo a las reglas establecidas e impuestas, como mandatos para lograr un sometimiento y obediencia hacia el grupo dominante.

Esta actividad naturalmente tiene como contrapartida la resistencia individual o de grupos que no se someten por voluntad a ese orden. De esta manera el control social no busca solamente la represión de la disidencia, provocada quizá por el fracaso o por la insatisfacción de las necesidades básicas de una gran parte de la sociedad en un momento histórico determinado. Se propone ejercer el poder a través de las instituciones públicas o privadas, dentro del control mismo que ejerce el Estado y el derecho. Esta polarización puede provocar una aguda crisis de hegemonía, que tenga como consecuencia la destrucción de la estructura producción-dominación.

Alicia González Vidaurri (1991), señala que: "El control social tradicionalmente ha sido diferenciado en formal, como aquél que deriva del mandato de la ley promulgada, y en

²³¹ Bergalli Roberto, Seminario "Control Social a Final del Milenio" Misterio sin Resolver y Futuros Imprevisibles. Universidad de Barcelona. 18-19 noviembre de 1993.

²³² Ob.Cit. Ciertos puntos de convergencia se establecieron cuando se formularon las ideas respectivas con relación a la conceptualización de la figura del Estado.

informal como aquél que proviene de instancias ideológicas persuasivas. Sin embargo aunque las dos instancias resulten a primera vista posibles de identificar claramente, en realidad los límites entre ambas suelen diluirse ya que la formal tiende a ser informal y viceversa, ello en razón de que la dinámica social abarca todas las conductas humanas como formas de control intencionalmente dirigidas sobre los múltiples autores sociales".²³³

La formalidad o la informalidad hacen referencia también al aspecto externo del control pero sus prácticas pueden ser duras, cuando existe una resistencia explícita del sujeto a conformarse, y blandas cuando el sujeto acepta esa conformación. Entonces la dureza o suavidad de los controles formales, dependen de las condiciones internas del ámbito subjetivo, tanto de quien los aplica, como el poder del sujeto al cual se le desea aplicar.

Por otro lado, Roberto Tocaven (1979), alude: " (...) De estas situaciones surgen otros controles que podemos llamar espurios que implican la sujeción a un orden jurídico y que se expresan como acciones que están respaldadas por leyes o reglamentos injustos o morales e informales espurios, que implican la sujeción coactiva a un orden difuso y que se manifiesta por acciones que son ilegítimas o corruptas, como las detenciones arbitraria, la desaparición forzada de personas, las muertes extrajudiciales, la tortura, el cumplimiento de ordenes ilegales por obediencia del subordinado al superior jerárquico y muchas otras circunstancias que obligan a los sujetos a un orden que rige dentro de la formalidad a o de la informalidad(...)".²³⁴

Sin duda, las ideas sustentadas en especial por Roberto Bergalli (1986),²³⁵ nos permiten enfocar la verdadera realidad del control social, ya dicho autor, determina que el control ha dado lugar a la aparición de nuevos objetos de conocimiento criminológico, diferentes a los ya conocidos respecto al delito y al delincuente. Aún cuando Ross, empleó por primera vez este concepto, también lo es que no lo justificó en la utilización de una sociedad definida, más bien fue con relación a las culturas emigrantes (cultural y

²³³ González Vidaurri, Alicia, y otros. El Uso y la Práctica de la Ley en México. 1ª. Ed. Porrúa S.A. Ed. México. P. 69.

²³⁴ Tocaven Roberto. Elementos de la Criminología. 1ª. Ed. Edical Ed. México 1979. p. 5. Cfr. González Placencia Luis. La Sociología del Derecho en la Condición de Globalización para una Metacrítica del Control Social. Quien señala que el control social ha evidenciado múltiples crisis de sentido, se presenta como una variable esencial del orden, donde se auto funda, esto comprende, es decir al ser una condición de orden entuserc en sí mismo implica el orden. El concepto de control social se debe ver en una doble sistia como administración del orden y como instrumento de dominación. Por lo tanto el control social formal e informal ha agotado sus accepciones interpretativas, ya que se constituye como un concepto omnisciente y omnipresente, porque se observa en varias prácticas sociales y dirigido a múltiples actores sociales. La formalidad y la informalidad del escenario del control justifican su condición externa, mientras que la dureza o suavidad justifican su condición interna.

²³⁵ Bergalli Roberto. Aspectos Sociológicos-Jurídicos. (Introducción) en Revista Poder y Control. Ob. Cit. p. 73.

biológicamente inferiores), y su fin era el de integrar a los recién llegados a la sociedad estadounidense.²³⁵

Luego entonces, el control social visto desde los sociólogos de la escuela de Chicago y los filósofos pragmatistas (Mead y Dewey) y con Park, se identificó con el problema principal que se relacionaba a la sociedad moderna, aquí se observaba como la esfera de la creación de una opinión pública con el fin de resolver los problemas de la democracia. Resulta importante, en este sentido la resolución de conflictos en la comunicación libre entre los individuos, los grupos sociales, organizaciones y comunidades étnicas.²³⁷

Desde luego que resulta evidente porqué la sociedad política de los Estados Unidos, utilice la herramienta de cohesión social para efectos del control social.

Debe considerarse que el pensamiento del control surge como un producto de la interacción y comunicación de la organización social, y para ello era fundamental -como señala Mead- ver al Estado como un actor. Esto viene a colación, en el sentido de que si las cosas tenían un enfoque de transacción privada y posteriormente pasan a un plano de terceras personas, ello justificaba la intervención del orden público, donde el Estado entraba en función del control social, sin embargo, no se debe confundir -como lo refirió Dewey- el control social con el control público.²³⁸

Esto es, que el derecho se constituye como un vocabulario de motivos con la teoría sociológica (Lemert) donde podemos observar que las sanciones sociales tienen un efecto positivo y uno negativo, cada uno va con relación a la recompensa y a la amenaza del castigo, según la perspectiva que se observe. Así su cumplimiento se dará por un personal especializado ilegalmente identificado, donde la dualidad se refleja en una sanción, con motivo proporcionado por la ley, esto se constituye en el juego del control y éste como un recurso a ser utilizado dentro de una democracia.

²³⁵ Cfr. Melossi, Daria, Ob. Cit. pp. 137 a 54.

²³⁷ Cit. Melossi, Ibidem, pp. 152 a 160. Se señalaba que la sociedad democrática solamente podía organizarse en virtud de la propagación y difusión de la comunicación como lo advierte Cooley.

²³⁸ Cfr. Ibidem, pp. 160 a 167. En el Estado de bienestar se observa en su planteamiento de solución de propiedad privada, que no era determinante para justificar el problema, ya que éste se encontraba en una práctica política del control de facto, ya que incluso el poder se encontraba amalgamado en la sociedad, pero al pasar a ser un problema de la democracia, la desviación en cuanto a un control social pasaba a formar parte de un problema público. La respuesta a esta desviación motivo que el control social se observa en un ámbito funcionalista con Parsons, quien advierte que el alejamiento que debe realizarse de los factores tradicionales económicos y políticos, debe encaminarse al factor socio-psicológico con el fin de estudiar el control de esos factores racionales e irracionales, siendo que estos últimos manifestaban el problema, de ahí que se estructura que la desviación es un problema no racional que debe estudiarse racionalmente, la desviación resulta ser la ausencia de control social. De esta manera se observa que el control social como una respuesta a la desviación; incluso según Mills señala: que el lenguaje es el que controla todo comportamiento del participante, en consecuencia, la comunicación resulta ser una forma de control social; de aquí se puede partir para definir otros elementos estructurales de la realidad.

En este sentido, el control social se manifiesta como reactivo, si se toma en cuenta que el derecho se llega a catalogar como vocabulario de motivos, por su espera a ser utilizado.

Stanley Cohen (1988), justifica que el control social responde a comportamientos de personas que se catalogan como desviados, problemáticos, preocupantes, amenazantes, molestos o indeseables, luego entonces, debe verificarse como un castigo, disuasión, tratamiento entre otros la respuesta o reacción. Al referirse al control social, dicho término lo encuadra como un concepto superficial impreciso al denominarlo como "(...) concepto de Mikey Mouse. (...)".²²⁹

Por lo tanto, la forma desmedida de los analistas de política social pretenden vincular las medidas del Estado de manera indiscriminada con el control social. Stanley Cohen, ubica al término del control social en relación directa con situaciones de internamiento, socialización, educación, presión del grupo primario entre otros, que no necesariamente deben enfocarse a un aspecto restringido de la criminología, del aparato correccional y legal.

De ahí que la realidad tenga un poder selectivo dentro del sistema penal, si el segmento policial, por ejemplo: opera directamente sobre el proceso de filtración del sistema, así los ciudadanos ejercen su poder de selección por medio de la denuncia; si consideramos que la función ejecutiva es la que predomina en este sistema penal, la cárcel como tal nace con racismo, y se vincula como una institución discriminatoria en el discurso jurídico penal.

Se concluiría que considerando estas crisis por las que atraviesan las sociedades contemporáneas respecto a cuestiones de racionalidad, legitimación y motivación -con palabras de Bergalli- " (...) Se ha dejado al mundo social huérfano (...) " es decir, si las demandas sociales que se formulan son insatisfechas, pero éstas llevan inmersas una regeneración de bases democráticas, entonces: " (...) En esta perspectiva de futuro nada optimista es imprescindible alentar una nueva imaginación sociológica que permita

²²⁹ Ibidem, pp. 15 a 30. Las ideas de Cohen, tienen puntos de cruzamiento con lo señalado por Melossi. Destacándose en términos generales (que independientemente de las ideas sustentadas) en cuanto a que el control social formal o institucionalizado que se encuentra en el derecho penal, así como su uso desmedido en el ámbito criminológico y del derecho penal, también lo es, que en cuanto a la cárcel, presupone una actividad normativizadora que genera la propia ley ya que institucionaliza el procedimiento, justifica la actuación de los funcionarios, y los casos así como las condiciones para actuar en un sistema penal como el control social punitivo, donde se observan acciones controladoras y represoras que aparentemente nada tienen que ver en el sistema penal, pero que en realidad, pese al discurso jurídico, el sistema penal se dirige casi siempre contra ciertas personas más que contra ciertas acciones. Tal actuación posee de relieve el hecho innegable de que dentro del sistema penal, se inactive la realización de todos aquellos procedimientos convencionales de control dirigidos a los sectores marginados de la población.

sustituir la sociología del control social por una sociología de la justicia social y de la democracia (...)"²⁴⁰

En consecuencia, el concepto del control social debe provocar un rechazo en cuanto a su utilización tradicional en especial, referente a considerársele como un resultado y efecto reactivo. El enfoque debe ir con base en una reestructuración de la democracia y de la justicia social.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁴⁰ Bergalli. *Misterio sin Resolver y Futuros Imprevisibles*. Ob.Cit.

7. ENTRE EL ABOLICIONISMO Y EL DERECHO PENAL MÍNIMO.

(RACIONALIDAD DE LA ALTERNATIVA EXTREMA)

El **abolicionismo** es catalogado por Luigi Ferrajoli (1995), como una ideología justificacionista. Por ejemplo: por un lado, el **abolicionismo radical de Stümer**, que presenta una falacia naturalista, donde una ley natural y descriptiva, como lo es la ley del más fuerte, se asume como un principio valorativo; por otro lado, **abolicionistas holistas**, con postulados de tipo anarquista y moralista, se presenta un modelo de castigo de carácter ilusorio, llegándose a ella por una falacia normativista, sin embargo, se logra únicamente sistemas represivos y totalizantes, supuestamente carentes de coacción.²⁴¹

Mauricio Martínez indica que "(...)por abolicionismo se conoce una corriente de la criminología moderna o crítica que como su nombre lo indica, propone la abolición no solo de la cárcel sino de la totalidad del sistema de la justicia penal (...)"²⁴²

Los abolicionistas pretenden la desaparición del sistema en su totalidad es decir, pretenden combatir un instrumento autoritario como lo es el sistema penal, ya que éste es un problema social.

Sistema penal se caracteriza dicen los abolicionista por ser anómico, porque las normas no cumplen las funciones esperadas de proteger a los ciudadanos ni a las relaciones sociales, por ende, la intimidación de las normas no evita la comisión de delitos.

Cuello Calón agrega que los abolicionistas utilizaban argumentos contradictorios, una veces de índole moral, porque parte de la ilicitud natural de la pena, y otras veces, con razonamientos carácter práctico, como son los de utilidad social.²⁴³

²⁴¹ Cfr. Ob.Cit. pp. 328 y 329.

²⁴² Cit. Rivera Beiras, Ibidem. p. 70 . Luego entonces, dicho estudio comprendería: 1. El derecho penal visto como un conjunto de textos, doctrinas y conceptos. 2. Las funciones de un cierto número de organismos públicos relacionados entre sí como policías, juzgados, administración penitenciaria, todas ellas legitimadas por medio del derecho pena. 3. Las concepciones de esos organismos relativos al delito y al delincuente. 4. El vínculo especial entre estos organismos y los medios de comunicación. 5. Los productos inmediatos del sistema como las sanciones penales, y 6. La estructura de poder en el interior de cada uno de los organismos que constituyen el sistema.

²⁴³ Cit. Rivera Beiras, Ibidem. p. 74 a 76. Mathiesen, considerado el estratega del abolicionismo plantea concretamente la necesidad de que los ideales abolicionistas sean llevados adelante por un movimiento social o político en el sentido de un comportamiento colectivo que cubra un gran número de personas interconectadas dirigido a transformar las estructuras autoritarias del estado capitalista moderna.

Si bien lo abolicionistas fundamentalmente buscan una reducción de pena, también lo es que dentro del conflicto social, el derecho penal sigue siendo necesario pues, su abolición, acarrearía consecuencias más negativas que su mantenimiento. En consecuencia los mecanismos civiles de compensación entre víctima y ofensor, corren el riesgo de no prestar atención a las garantías que rigen el derecho penal y del derecho procesal penal, garantías que tienen su origen en el pensamiento liberal moderno.²⁴⁴

Lo relevante de las ideologías abolicionistas, es que sustentan una cuestión interesante de comunicación directa entre víctima y autor, para efectos de que se abran otros canales de comunicación, con el fin de determinar la intervención más idónea para resolver el hecho ilícito. A pesar de ello, lo más absurdo e ilógico del caso, es que de esta interacción se produzca una justificación del actuar desviado del sujeto, y se deba entonces sancionar en una forma benéfica es decir, se reconoce la desviación pero además se justifica como un acto que propiciara una enmienda, para que el infractor siga el sendero del bien; pero si no existe esa comunicación se crea una situación abismal de imposible resolución.

Al respecto Hulsman (1986), señala que se tiene que abandonar la criminología crítica de carácter catascópico, de la realidad social, si el delito no tiene una realidad ontológica, es decir, no es el objeto sino el producto de la política criminal, por ello, la situación de la criminalización construye la realidad social y ésta se refleja en los siguientes aspectos:

- A. La gente o las organizaciones criminalizan juzgando como no deseable un determinado acontecimiento.
- B. Existe inmediatamente la atribución, individuo-acontecimiento.
- C. Se provoca una reacción social la forma de control social por conducto de la punición.
- D. La punición se realiza en un marco profesional-legal, con perspectiva escolástica de un juicio final, y

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁴⁴ El abolicionismo contribuye a develar la inflación punitiva que padecen los sistemas penales modernos. Siendo importante destacar que se fundamenta con sus ideas mecanismos de arbitrajes no penales y al diseño de formas de regulación de conflictos tales la reparación.

E) Se opera en un marco especial del sistema de justicia penal.²⁴⁵

Podemos ver entonces que se determina una dicotomía referente a una justicia comunitaria y se pasa directamente a una justicia civil. Estas posturas pueden justificarse a consideración del suscrito como posiciones contradictorias para ser aplicadas dentro de una comunidad. Mas aún tienen un marco de actuación dentro de un funcionalismo y determinismo social.

Asimismo, se plantea que se debe distinguir entre las personas agraviadas y el suceso mismo de la criminalización para justificar la composición de actor y víctima.

A pesar de ello, Massimo Pavarini(1986), refiere que este pensamiento, tiende a justificar una defensa en contra del sistema penal que va en relación de la misma criminalidad, luego entonces, podemos constatar lo contradictorio de sus planteamientos, puesto que por un lado surge una crítica al sistema penal, para su desaparición, sin embargo, utilizan principios del interaccionismo simbólico para establecer la interacciones de Estado, delincuente y víctima, en un proceso de composición, y posteriormente establecer una hipótesis de tolerancia y del perdón al delincuente. Es decir, una teoría demasiado subjetivista, utópica y confirmante de un sistema funcionalista.²⁴⁶

Esto lleva aparejada una valoración objetiva, donde la eficacia de la justicia penal no es acorde a su realidad paramétrica, misma que se justifica con las estadísticas, que muestra la forma de resolución de conflictos.

Los abolicionistas señalan que la desaparición de la justicia penal no implicaría una pérdida de poder estatal, justificaría simplemente un debilitamiento en la estructura de seguridad social. Se dan contradicciones importantes dentro del abolicionismo donde se esquematiza ideas de forma totalitaria y represiva..

En el caso del derecho penal mínimo, Ferrajolli (1986), señala que el derecho penal surge de una bilateralidad que se construye entre ofendido-ofensor, cuya estructura fundamental tiende a tomar una simetría trial, con la autoridad judicial, donde lo privado se sujeta a lo público.²⁴⁷

²⁴⁵ Hulsman, Ob.Cit. p. 128. En Hulsman es manifiesto en su pensamiento que la justicia penal lleva implícita una influencia de negociación, pero no de una relación con partes comprometidas, por cada la criminología debe liberarse de la justicia penal en una visión anagnóstica.

²⁴⁶Cfr. Pavarini, Massimo, El Sistema del Derecho Penal entre el Abolicionismo y el Reduccionismo. En Revista Mexicana de Justicia, México 1986, pp. 220 a 242.

²⁴⁷Cfr. Ferrajolli Luigi, Derecho Penal Mínimo, En Poder y Control, Revista Hispano-latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social, No. 0. PPU: EdL Barcelona 1986, pp. 25 a 28

Por lo tanto, un derecho penal se minimiza y se justifica cuando la violencia presenta un límite, precisamente para satisfacer y garantizar a favor de la colectividad determinados derechos del orden penal y procesal.²⁴⁸

El derecho penal mínimo significaría la recuperación del humanismo penal como reivindicación de la dignidad de los sujetos que se encuentran en libertad y privados de libertad.

Con ello, podemos visualizar principios intrasistemáticos y extrasistemáticos de derechos fundamentales del hombre, que nos darán a la postre una doctrina de justificación y de construcción del derecho penal mínimo, siendo que el objeto de su reflexión no es la realidad sino el metalenguaje, donde el problema se centra en los medios y fines.

Si la pena es la forma más violenta y radicalizada del sistema jurídico, la misma debe ser un medio menos lesivo para alcanzar un fin y así poder justificar el medio, aquí estriba lo difícil de esta doctrina para justificar prácticamente en la actividad de los organismos del sistema penal, el respeto a los derechos fundamentales o derechos humanos de las personas que ingresan a dicho sistema. Luigi Ferrajoli (1995) señala que los principios mínimos se encuentran interrelacionados, siendo el más importante el principio de legalidad (*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*), al cual se relacionan los principios de:

- *Nulla poena sine crimine* (principio de retributividad)
- *Nullum crimen sine lege* (principio de seguridad)
- *Nulla lex (poenalis) sine necessitate* (principio de necesidad)
- *Nulla necessitas sine iniuria* (principio de lesividad)
- *Nulla iniuria sine actione* (principio de materialidad)
- *Nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad)
- *Nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad)
- *Nullum iudicium sine accustione* (principio acusatorio)

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁴⁸ Si consideramos que el progreso de un sistema político debe estar en su capacidad de tolerancia y de prevención, entonces únicamente se logra con la ascesia de medios positivos: de ahí que las alternativas se puedan convertir en verdaderas garantías.

- *Nulla accusatione sine probatione* (principio de la carrera de la prueba), y *Nulla probation sine defensione* (principio del contradictorio)²⁴⁹

Señala- Ferrajoli- que estos diez principios resumen al modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, que a su vez, se convierten en principios jurídicos del moderno Estado de derecho. Combinados entre si, nos dan cincuenta y seis tesis del modelo penal garantista y cognitivo. dependiendo de esto, se podrá verificar, si se trata de un modelo penal autoritario o un modelo penal garantista, así respectivamente de un derecho penal mínimo y de un derecho penal máximo.²⁵⁰

Se llega de este modo, a las corrientes y posturas actuales, donde se propugna por un Derecho Penal de mínima aplicación y un prevenciónismo como fin de la pena, todo ello inmerso en una manifiesta crisis de derecho penal. Cuando la política criminal se pronuncia por un derecho penal de "última ratio" y por menos prisión, el sistema se endurece tocando ámbitos antes no imaginados, por medio de los cuales el control legal es reforzado (*autoritas et not veritas facit legem*)

Al ser autoritaria la ley, y derivar del principio del poder, implica que lo impuesto por la ley a través de su orden coactivo, no solamente resulta antidemocrático sino además autoritario o totalitario, de tal manera que todos los regimenes de Estado o de gobierno se visualizan en esta óptica del no garantismo y del derecho penal máximo. Pero el límite para el derecho máximo será el propio derecho mínimo, mismo que debe ser una prevención de la venganza privada y de la venganza brutal y estatal, de la tutela o auto tutela del derecho de propia mano.

Por último, siguiendo las ideas de Luigi Ferrajoli (1995), señala que respecto al derecho penal, se debe presentar como una técnica para la tutela de los derechos fundamentales, de manera que el sistema de justicia penal, debe ser un sistema de protección de los derechos humanos; ya que en la actualidad paradójicamente tanto en el delito como en la venganza se da una violencia; puesto que en el delito se da una violencia arbitraria e incontrolada; en la venganza aún por su propia naturaleza se verifica una situación incierta, desproporcionada y desenfrenada, donde el derecho penal mínimo deberá reducir esas violaciones, que por el

²⁴⁹ Cfr. *Ibidem*, pp. 92 y 93.

²⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 94 y 95

TRIPLO
FALLA DE ORIGEN

contrario en la actualidad se agravan de manera total y represiva con el derecho penal máximo.²⁵¹

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁵¹ Farrajoli identificará el Garantismo con el modelo de Estado de Derecho, mismo que será un Estado liberal, protector de los derechos individuales, así como un Estado social, garante de toda una serie de intereses difusos de derechos sociales. La corriente garantista es una estructuración anti-institucionalista, que se fomenta entre profesores de izquierda, jueces y abogados progresistas y activistas de movimientos sociales, donde se combinan dos características, la primera, relativa a una fuerte tradición en derecho escrito, principios constitucionales y conquistas liberales históricas y segunda, de una práctica estatal autoritaria con ausencia de un estado benefactor.

CAPÍTULO

4



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPÍTULO 4.

LA CÁRCEL MODERNA.

(RACIONALIDAD DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS)

1. DERECHOS HUMANOS. (RACIONALIDAD AUSENTE)

EL problema que genera el sistema penitenciario no es nuevo, sin embargo, sus estrategias políticas, se repiten como un acto institucional intuitivo de conservación, de selección natural y funcional, una especie de metamorfosis cíclica vital que nace y crece, asimismo se desarrolla y adapta a tiempo y espacio mediante programas de política criminal, que justifican su legalidad y legitimidad.

Así podemos observar que en una institución total, áspera, cerrada y sórdida se cruzan las vidas de diversos individuos que se auto legitiman en sus actuaciones, que a su vez se ven imbricados, bajo un mundo de discurso meramente legalista, donde el tema de los derechos humanos o los derechos fundamentales de los reclusos se ven caracterizados en un discurso instruccional.

El discurso instruccional, cumple una función de mediación entre los individuos involucrados y el sistema penitenciario, porque actualmente no se puede negar la existencia de discursos motivadores en la promoción de los derechos humanos, puesto que encuentran regulados en las leyes positivas, por ejemplo: en México, a nivel del ámbito constitucional, así como en las leyes reglamentarias del sistema penitenciario, se han establecido diversos principios que regulan los derechos humanos, sin embargo, tales principios tan sólo fueron plasmados en la ley, porque de hecho no llegan a respetarse.

Si bien, los organismos Gubernamentales y los no Gubernamentales, han hecho un gran esfuerzo por promover el respeto a los derechos del hombre, tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional, principalmente en materia penal, también lo es que resulta difícil crear un binomio entre los derechos humanos y el sistema penal, y si esto es difícil, más difícil es crear ese binomio con el derecho penitenciario.

Si partimos de la premisa de que las penas crueles, inhumanas y degradantes no son útiles ni justas, entonces ¿por qué la conciencia social nos pregona que se deben salvaguardar los derechos humanos en los lugares de internamiento

preventivo o de compurga de una pena de prisión? Entonces, la respuesta se ve inmersa en una simple argumentación formal y legal, que al igual que en otras estructuras del sistema penal, los derechos humanos primordiales no se respetan en un plano práctico y material, luego entonces, el discurso legitimador y humanista del sistema penal resulta ser un elemento meramente instrumental dentro de las políticas funcionalistas del Estado.

La aplicación de los derechos humanos, se convierte en un imperativo de necesidad de justicia, que motiva a que su aplicación dentro del sistema penitenciario, sea atendida con diligencia y eficacia, de lo contrario se corre el riesgo de ubicarnos en el periodo conocido como la **venganza privada, que se legitima por quién la aplica,** en este caso, simplemente por organismos estatales en bien de una supuesta defensa social, que se traduce en una venganza estatal.

El estado de barbarie que se verifica dentro del sistema penal, **justifica objetivamente, que se ha producido un retroceso en el pensamiento humanista de las penas, ya que legitima un actuar sin los fines establecidos, con medios de instrumentación mayormente represivos.**

La aplicación y consecuentemente la compurgación de las penas de prisión, si bien **tienen una dirección científica, deben dejar atrás su orientación intuitiva en la inhibición de las conductas delictivas, a través de penas máximas y mucho menos por medio de la pena-prevenición y de la pena-castigo, ya que esto significa violencia y represión.**

Luego entonces, si en las cárceles **se maltrata a los reclusos, se les niega o se les disminuye su ración alimenticia, se les confina en soledad (apandos), se les niega la recreación, el trabajo, las visitas familiares o se les priva de una vida sexual (visitas íntimas), se fomenta un estado permanente de violaciones de los derechos humanos en perjuicio de los internos del sistema penitenciario.**

Bajo esta temática debemos cuestionarnos entonces **¿cuál es el fundamento de los derechos humanos?** Los acontecimientos históricos como los son: la **Declaración de Derechos de Virginia (12 de junio de 1776), la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica (del 4 de julio de 1776), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano Francesa (de 26 de agosto de 1789),** son verdaderos antecedentes que supusieron el reconocimiento normativo inmediato de los

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

derechos humanos, sin embargo ¿por qué no se aplican? Y ¿por qué no se respetan los derechos humanos?

Al respecto, Iñaki Rivera Beiras (1997), señala que a partir de estas declaraciones de derechos, podemos observar simplemente un proceso que se denomina: "Proceso de Positivización" de derechos.²⁵²

A partir del proceso de positivización de los derechos humanos, Traves, agrega que se da inicio otro proceso que se denomina: "Internacionalización de los Derechos Humanos".²⁵³ Sin embargo dichos procesos, no garantizan que se respeten los derechos humanos.

El proceso de positivización e internacionalización de los derechos humanos, se verifica principalmente en el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales de las Libertades Públicas**, así como el **Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, y los relativos convenios que se aplican en el área de América Latina.

Por eso, es necesario analizar las diversas principios, funciones y principales fundamentos que giran en torno al surgimiento de los derechos humanos para justificar su origen y existencia. Las fundamentaciones son las siguientes:

PRIMERO. La fundamentación iusnaturalista.

SEGUNDO. La fundamentación ética, y,

TERCERO. La fundamentación histórica.

La **fundamentación iusnaturalista**, es la que proviene de los derechos del hombre, la cual justifica la existencia de derechos pertenecientes al hombre, como tal independientemente del Estado. Norberto Bobbio (1997), parte de la hipótesis dentro de esta doctrina, en el sentido de que un estado de naturaleza donde los derechos del

²⁵² Rivera Beiras, Iñaki. La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La Construcción Jurídica de un Ciudadano de Segunda Categoría. 1ª. Ed. Bosch Edí. Barcelona, España. 1997. p. 9.

²⁵³ Cit. Rivera Beiras. Ob.Cit. p. 10.

hombre eran pocos y esenciales, justifica un contenido de derechos del hombre con fundamentación iusnaturalista.²⁵⁴

Bobbio, explica la doctrina iusnaturalista siguiendo las ideas de Locke y de Kant, en el sentido de que el hombre natural, es titular del derecho a la libertad, y ésta la entiende como la independencia de toda constricción impuesta por la voluntad del otro. Por ello, el gozar de la libertad, implica dentro de la doctrina iusnaturalista, una concepción de igualdad de todos los hombres, en consecuencia ninguno de los hombres que conforman el pacto social deberán gozar más libertad de la que poseen los otros.

Así la filosofía, es la que inspira las primeras declaraciones de Derechos Humanos, donde se destaca al inicio de sus formulas, la proclamación de la igualdad de todos los hombres. Siguiendo la idea planteada por Norberto Bobbio (1991), señala que la fundamentación de los derechos humanos no es un problema inexistente sino un problema que ha sido resuelto satisfactoriamente a partir de la de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (del 10 de diciembre de 1948)²⁵⁵

De tal manera, que la búsqueda de la fundamentación absoluta de los derechos humanos que parte de un sistema de valores de carácter natural presenta determinadas críticas, a las que haremos referencia.

En este sentido Iñaki Rivera Beiras (1997), señala primeramente: "el estado de naturaleza", de entrada supone una fricción doctrinal con la autoridad científica. Ya que en sí misma la naturaleza no pudo ser unívoca. En segundo término, la verificación de aumento "de la lista de derechos humanos", explica tal situación concreta, por un lado que no solamente la explicación iusnaturalista a perdido credibilidad, sino que por el otro lado, permite observar que el mundo es más complejo en sus relaciones sociales, y ello motiva, la demanda y reconocimiento de nuevos derechos fundamentales. En consecuencia, los tradicionales derechos naturales de libertad o de la propiedad, no son los únicos derechos absolutos así el sistema de principios o valores a transformado los argumentos contra el derecho natural como lo afirma el propio Bobbio (1991)

Norberto Bobbio, (1991), hace referencia que la búsqueda del fundamento absoluto de los derechos humanos resulta ser infundada, y esta la sustenta en cuatro dificultades específicas como son:

²⁵⁴ Cfr. Bobbio, Norberto. El Tercero Ausente. 1ª. Ed. Teorema Ed. España 1997. p.154 a 158.

²⁵⁵ Bobbio, Norberto. El Tiempo de los Derechos. 1ª. Ed. Sistema Ed. Madrid, España. 1991. p. 64.

1. Los derechos humanos resultan ser una expresión vaga, y tiene definiciones que son tautológicas, o en otros casos destacan alguna característica específica del derecho, o en su caso introducen valores a los sujetos. Por lo tanto, se debe buscar una noción precisa para la fundamentación absoluta de los derechos humanos.

2. Los derechos humanos constituyen una clase de variable que continuamente se modifica, si antes eran absolutos determinados derechos ahora son relativos, y limitados históricamente hablando.

3. las diversas clases de derechos humanos son heterogéneas, donde se observan en una misma declaración diversas pretensiones de derechos, e incluso resultan incompatibles entre sí, y.

4. Existen derechos dentro de las declaraciones mismas, que son antinominados, ya que al realizarse la pretensión de uno impide la realización del otro.²⁵⁶

Siguiendo las ideas de Norberto Bobbio (1991), enfatiza que existen tres argumentos que dejan en claro que la fundamentación absoluta de los derechos humanos no es una garantía para su plena realización, como son:

PRIMERO. Los Derechos Humanos, única y exclusivamente se han respetado en la época en que los pensadores, habían encontrado conforme a su creencia que el fundamento y argumento irresistible para defender los mismos, lo era: la naturaleza humana.

SEGUNDO. Sin embargo, en las épocas actuales existe un reconocimiento de los derechos humanos (a pesar de su estado de crisis en el que se encuentra), ya que a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos los gobiernos han proclamado su aceptación, por ello, dice Bobbio, que no es necesario buscar "la razón de las razones" para explicarlos sino las soluciones para protegerlos, y

TERCERO. La realización de los derechos humanos no depende sólo de buenas razones (de buena voluntad y bondad de los gobernantes) sino que es necesario que se realice una transformación de ciertas condiciones históricas y sociales para lograr su objetivo de aplicación plena.²⁵⁷

²⁵⁶ Vid. Ob.Cit. p. 53 a 60.

²⁵⁷ Vid. Ob. Cit. p. 60 a 62.

Por ello, **Bobbio (1991)**, sustenta los siguientes argumentos contra el derecho natural:

1. Si el derecho es un conjunto de reglas de la conducta humana, que se hace valer con la fuerza, entonces el derecho natural sino cuenta con esta fuerza coercitiva, no puede llamarse derecho.

2. Si el derecho tienen como fin la conservación de la sociedad humana, entonces el derecho natural sino tiene fuerza coercitiva, tampoco puede garantizar la seguridad y existencia de los hombres, por lo tanto tampoco el derecho natural, es un verdadero derecho.

3. El derecho natural no funciona para dirimir controversias entre las naciones, gobiernos o pueblos, ni tampoco resulta ser una fuente idónea, para subsanar las lagunas del derecho positivo.

4. Si la palabra naturaleza en si misma, resulta equívoca. Luego entonces el estado de naturaleza dentro de la idea de la filosofía de algunos pensadores, se toma en un concepto de "paz" y en otros, en un término "de guerra", en consecuencia esta idea difusa de la ley o del derecho natural confunde los alcances y contenidos de esta fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos.

5. Si se parte de la idea, que exista un concepto absoluto y universal del concepto natural, también los es, que el mismo, tendría una fricción con el concepto de justicia. En este orden de ideas, si existiera algo justo talvez puede oponerse a lo natural, así a la inversa, y,

6. A pesar de que existiera una idea absoluta de naturaleza y de justicia, donde ambos concepto no se contravinieran, también se verificaría la no-existencia de un acuerdo valido para el mundo actual de los derechos humanos. Donde la historia establecería la necesidad de creación de derecho concretos por la diversidad de actividades que desarrollan los sujetos, y no por los sujetos mismos, que sería en este último caso la sustentación de una fundamentación iusnaturalista.

Por lo tanto, en estas argumentaciones observamos, que existe una inclinación del pensamiento de Norberto Bobbio (1997), en fundamentar como punto de partida de los derechos humanos, con base en una argumentación de carácter histórico. Aún así -afirma dicho autor- que esta fundamentación histórica, deberá estar justificada y sustentada en una doble vía: por un lado, tomando como punto de partida histórica de los

derecho humanos, y por otro lado, tomando en cuenta la barrera que ponga límites al poder del Estado, con la debida protección y respeto de los derecho humanos.²⁵⁸

En consecuencia, no se requiere o no es imprescindible una revolución radical, que formalice la protección de los derechos humanos, sino que esta labor debe ser gradual. Bajo esta temática Norberto Bobbio, (1997) plantea -siguiendo las ideas de Kant,- y establece que el término "progreso humano", significa: "algo que era solo posible", por lo tanto, si la historia ha venido planteando que la actitud de los hombres, ha venido retardando los medios que podrían asegurar el progreso hacia lo mejor, entonces dicho retraso respecto a las grandes aspiraciones de los hombres de buena voluntad no se debe aumentar con la desconfianza, o con el escepticismo, por ello Bobbio dice: "No hay tiempo que perder", esta alusión va en referencia precisamente para establecer una protección más efectiva de los derechos humanos. Debe partirse de esos mismos argumentos novedosos, extendidos y persuasivos de creación de los derechos humanos, para justificar un verdadero Estado de Derecho.

Con ello, se permite interpretar que la amplitud actual del debate sobre derechos humanos, tiene un signo de progreso moral de la humanidad, y que este progreso no se mide por palabras sino por hechos; por ende, no cabe solamente la buena voluntad de los hombres para enunciar los derechos humanos, sino que es necesario que esos deseos y esperanzas de buena voluntad, no se pierdan en la monótona repetición de la historia. En consecuencia, si existen los derechos humanos, entonces es posible su real aplicación en la virtud y la fuerza del impulso moral que de ellos se realice.

Por lo tanto, siguiendo estas líneas planteadas por Norberto Bobbio, se concluye que los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, posteriormente se desarrollan como derechos positivos particulares, y culminan su camino actualmente como derechos positivos universales, de ahí entonces, que su pensamiento se centre en la doble vía supracitada, en cuanto a la calidad y fundamentación de los derechos humanos con un contenido histórico, y por ende, su severa crítica a la fundamentación iusnaturalística.

La fundamentación ética, parte de la tesis, de que el origen y fundamento de estos derechos nunca es jurídico, sino previo a lo jurídico. Eusebio Fernández señala: "El

²⁵⁸ Cfr. Ob. Cit. p. 169 a 173.

derecho positivo no crea los derechos humanos su labor está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente." ²⁵⁹

La naturaleza humana aparece dentro de esta doctrina como fundamento último de los derechos humanos como lo afirma Truyol y Serra, quien concretamente señalan: "(...) decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico-espiritual que es nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por está consagrados y garantizados." ²⁶⁰

El problema entonces de la fundamentación de los derechos humanos, se cieme a una compleja actividad intelectual donde la filosofía y el derecho positivo, se integran para la formación de los derechos humanos, siendo precisamente un punto de encuentro entre derecho y moral. Donde el derecho presenta un nivel superior en cuanto al ordenamiento, y la moral plantea los derechos centrales.

Peces Barba, ilustra aún más el contenido de esta **fundamentación ética** ya que refiere que la fundamentación de los derechos humanos, **se explica sólo si, dichos derechos se incorporan al derecho positivo aún cuando su origen se encuentra en un plano de la moral**, ya que la moral legalizada forma el objeto integral de los derechos humanos, que si bien existe una línea de distinción entre uno y otro (derecho y moral) también lo es que existe un punto de encuentro entre ambos, que son precisamente los derechos humanos. ²⁶¹

Norberto Bobbio (1991), al respecto señala que el derecho: "(...)es una figura deóntica y, en consecuencia, es un término de lenguaje normativo, es decir, de un lenguaje en el cual se habla de normas y sobre normas. La existencia de un derecho, ya sea en un sentido fuerte, ya sea en uno débil, implica siempre la existencia de un sistema normativo (...). La figura del derecho debe tener la correlativa figura de la obligación (...). La vieja idea en torno a la posible existencia de obligaciones sin derechos correspondientes, como las obligaciones de beneficencia, deriva del hecho de negar que el beneficiario fuera titular de algún derecho." ²⁶²

Por lo tanto, si partimos de esta idea, se dirá entonces que existen diversos sistemas normativos, donde se verifican ya sea obligaciones morales u obligaciones naturales u

²⁵⁹ Cfr. Rivera Beiras. Ob.Cit. p. 11 y 12.

²⁶⁰ Ibidem.

²⁶¹ Ibidem, p.13.

²⁶² Cfr. Ibidem, p. 161 y 162.

obligaciones positivas, desde este punto de vista como quedo asentado en líneas precedentes, **los derechos morales o los derechos naturales no son verdaderos derechos, sino que son exigencias valorativas, que pueden ser eventualmente transformadas en derechos de un nuevo ordenamiento.** Señalándose entonces que el propio concepto de moral resulta ser problemático ya que una cosa pudo ser el progreso científico y técnico y otra el progreso moral. Aunado a ello debe decirse si bien se puede medir el proceso científico y técnico, también lo es que nadie ha medido el progreso moral de una nación mucho menos de la humanidad.

Iñaki Rivera Beiras (1997), señala que no son acertadas las críticas que Bobbio, formuló a la teoría ética de los derechos humanos. Si se parte entonces —dice Rivera Beiras— que no solamente se ha desarrollado un proceso de positivación e internacionalización de los derechos humanos, sino que también se ha verificado un proceso de especificación o de multiplicación de tales derechos, y que se refieren al hombre según su categoría o estatus social que ocupe, entonces, no puede tenerse como fundamento moral tales derechos. Esto se debe no solamente a la existencia anterior o posterior de tales derechos, sino por un reconocimiento y protección que obedece a determinadas condiciones en las que se encuentra una persona, o/a determinadas categorías o sectores en las que los individuos desarrollan sus actividades.

Por lo tanto, esto nos lleva a visualizar el nacimiento de nuevos derechos con base en una sociología jurídica, que nos permite observar el nacimiento de nuevos derechos con base en los cambios sociales.²⁶³

La fundamentación histórica, establece que los derechos humanos, son derechos variables y relativos a cada contexto histórico que el hombre mantiene con forme al desarrollo de la sociedad. Iñaki Rivera Beiras (1997) sostiene que este tipo de derechos no se fundan en la naturaleza humana sino en las necesidades de los individuos, y dichas necesidades dentro de la sociedad y según la evolución de ésta, se irán desarrollando y creciendo.

En este punto de análisis, Eusebio Fernández afirma, que el filósofo italiano B. Croce, difundió esta fundamentación histórica, con la investigación que llevo a cabo en la UNESCO en 1947, respecto a los fundamentos de la Declaración de Derechos del Hombre. Así el citado filósofo Croce, afirmaba que estos derechos son: " (...) a lo sumo, derechos del hombre en la historia. Esto equivale a decir que los derechos son aceptados como tales para hombres de una época particular. No se trata, por

²⁶³ Ibidem. p. 14.

consiguiente, de demandas eternas, sino de hechos históricos, manifestaciones de las necesidades de tal o cual época e internos de satisfacer dichas necesidades (...)”²⁶⁴

Lo importante de esta fundamentación histórica es el haber aportado un reconocimiento de los derechos humanos, pero también en el haber justificado que tales derechos, mantienen una evolución, por ende, no pueden ser absolutos y universales, sino que dependen de un contexto histórico circunscrito a lugar, tiempo y espacio.

El propio Eusebio Fernández, señala que la perspectiva historicista es un verdadero modelo realista. **Aún así el concepto actual de derechos fundamentales, tienen su antecedente y origen en la fundamentación iusnaturalista, de los siglos XVII y XVIII, relativo al iusnaturalismo racionalista, aún cuando esta idea planteada se vea inmersa en una doble vía como sería la moral y el derecho, que sería lo contrario a lo argumentado por Norberto Bobbio.**

Una vez analizadas estas fundamentaciones, debemos plantear siguiendo las ideas de Iñaki Rivera Beiras, (1997), **que existe un desarrollo de teorías sociológicas, precisamente relacionada a la sociología del derecho. Lo cual nos llevaría a un cuarto fundamento de los derechos humanos, como sería la fundamentación sociológica, postura que apunta a contemplar al hombre en cuanto a su manera de estar y desenvolverse en la sociedad, al hombre según la categoría o sector de la vida social de la cual forma parte.**

Analizar los derechos concretos como: los derechos de la mujer, los derechos de los niños, los derechos de los ancianos, los derechos de los incapaces, los derechos de los refugiados o de los extranjeros entre otros, justifica una serie de nuevos derechos, pero también de nuevos sujetos a quienes van dirigidos, esto es lo que fundamenta la noción sociológica de los derechos, también nos permite justificar el denominado **“proceso de multiplicación y especificación de los derechos humanos”** ²⁶⁵

Concluyéndose con base en lo planteado por Bobbio, que los derechos se han multiplicado en razón de que ha aumentado la cantidad de bienes considerados merecedores de una tutela específica; además de que los derechos se multiplican en razón de la especificación de la titularidad de algunos derechos y que se han extendido a sujetos diversos del hombre, e incluso **la multiplicación y especificación de los derechos humanos se debe principalmente a que el hombre a dejado de ser el eje**

²⁶⁴ Cfr. Rivera Beiras, *ibidem*, p. 14 y 15.

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 18 y 19.

motor, genérico y abstracto en el que recae la pretensión del derecho. Esto ha generado diversas variables en cuanto a los titulares de los derechos protegidos.

Rivera Beiras,(1997) afirma bajo esta temática que los derechos humanos se auto constatan con características que tienen sus raíces netamente en el orden social, ahí se encuentra el verdadero origen de los derechos humanos.

De tal manera, que el sin número de variables que motivan la multiplicación y especificación de derechos humanos, dentro del fundamento sociológico de los derechos humanos, y con los planteamientos sustentados por Rivera Beiras (1997), se confirma la existencia de una construcción social de tales derechos, por ende, esto evidencia la necesidad del tratamiento de los derechos con base en la diversidad y no en la igualdad.

Análisis que innecesariamente debe observarse en las personas privadas de libertad, en cumplimiento de una condena que se ejecuta en el interior de la cárcel, por lo que es necesario analizar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, que se sustentan dentro de la cárcel para confirmar que existe una violación estructural de derechos humanos.

Sin embargo, para concluir diremos que existen posturas como las de Beuchot, que anuncian un retorno del iusnaturalismo, para intentar fundamentar los derechos humanos, pero con matices de índole moral. Pretendiendo justificar que el derecho natural no solamente sería anterior al positivo sino también su propio fundamento.

En ese orden de ideas, la postura iusnaturalista sirve de base, para el análisis subsiguiente en cuanto a los derechos de los reclusos, sobre todo si tomamos en cuenta, que se pretende con la eficacia de la aplicación del derecho, el de proteger la dignidad humana, aún en estado de segregación.

Donde no cabe, la discusión si la fundamentación debe ser natural, ética, histórica o sociológica, ya que se parte entonces que la fundamentación de los derechos humanos es con el fin de enarbolar la propia dignidad humana, aún cuando se esta siendo sometido a un castigo.

Por último diremos que la clasificación moderna de los derechos humanos, se conocen como son derechos de primera, segunda y tercera generación. Tales derechos son:

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

PRIMERA GENERACIÓN

-Toda persona tiene derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.

-Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.

-Los hombres y las mujeres poseen iguales derechos.

-Nadie estará sometido a la esclavitud o servidumbre.

-Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.

-Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, ni sufrir a ataques a su honra o reputación.

-Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.

-Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

-En caso de persecución policiaca, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.

-Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.

-Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.

-Todo individuo tienen derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas.

-Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

SEGUNDA GENERACIÓN

-Toda persona tiene derecho a la seguridad social y obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.

-Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.

-Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses.

TECIS CON
FALLA DE ORIGEN

-Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

-Toda persona tienen derecho a la salud física y mental.

-Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.

-Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades.

-La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita..

TERCERA GENERACIÓN

-La autodeterminación

-La independencia económica y política.

-La identidad nacional y cultural.

-La coexistencia pacífica.

-El entendimiento y confianza.

-La cooperación internacional y regional.

-La justicia internacional.²⁶⁴

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁶⁴ Fuente: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

EVOLUCION HISTORICA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

EDAD MEDIA, siglos V al XV d. C.

1214	INGLATERRA 1215	INGLATERRA 1628	INGLATERRA 1679	INGLATERRA 1689
CARTA DE NEUCHÂTEL	CARTA MAGNA Rey Juan Sin Tierra	PETITION OF RIGHTS Rey Carlos I	HABEAS CORPUS	BILLS OF RIGHTS
Se otorgan libertades a los habitantes de una ciudad.	-El derecho a la libertad -Prohibición de que tengan a alguien sin ninguna orden de aprehensión -Prohibición de la tortura o malos tratos -Derechos a que las autoridades hagan juicios justos -Derecho a la libre circulación -Derecho a la propiedad	Se protege a los hombres en situación de arresto, juicio y pago de contribuciones	Ratificaba y ampliaba los aspectos de arresto, juicio y pago de contribuciones	Postula la existencia de una serie de derechos y libertades frente al Monarca considerados por el pueblo como inderogables

RENACIMIENTO E ILUSTRACIÓN, siglo XV al XVIII d. C.

E U A 1776	FRANCIA 1789
DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL BUEN PUEBLO DE VIRGINIA	DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO Revolucion Francesa
-La igualdad natural en la libertad y la independencia -El derecho al goce de la vida y la libertad -El derecho a obtener la felicidad -El derecho a la propiedad -La "soberanía popular"(que el poder y la autoridad los tiene el pueblo) -El derecho a la rebelión -El derecho a las elecciones libres y el sufragio, es decir al voto -El derecho a ejercer libremente la religión que más le guste a la persona -El derecho a ejercer el amor, la paciencia y caridad con el prójimo.	-A la libertad -A la igualdad -A la propiedad -A la seguridad -De resistencia a la opresión -A la protección contra acusaciones y detenciones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

EDAD MODERNA, siglos XVIII y XIX

MEXICO 1917	RUSIA 1918	EDAD CONTEMPORÁNEA
CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Revolucion Mexicana	DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL PUEBLO TRABAJADOR Y EXPLOTADO Revolucion Rusa	
Es la primera en el mundo en incorporar derechos con un alto contenido social. En nuestro país se adoptó la denominación "garantías individuales" para proteger los derechos humanos que en las mismas se consigna. Estas se encuentran plasmadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada en 1917, en los artículos 1 al 29 y en el 123. Los artículos 25, 26 y 28 se refiere a la rectoría económica del estado y el 29 a la suspensión de garantías.	-La riqueza de la industria y de la agricultura, son de la Nación y que no depende, ni debe enriquecer a otros países o a algunos ricos -Todos los pueblos tienen el derecho a la Autodeterminación "sobre la base del derecho de los pueblos a disponer de sí mismos" sin que otros pueblos se metan en sus asuntos -Nadie puede meterse en la casa de alguien.	1.- Los Derechos Humanos nacen de nuestra propia dignidad, de nuestra propia naturaleza. 2.- No podemos renunciar a ellos. 3.- No los podemos pasar a otra persona. 4.- No los podemos vender. 5.- No se pierden con el tiempo. 6.- Son históricos porque la gente los ha ido conquistando poco a poco y van surgiendo nuevos derechos al pasar el tiempo y aparecer nuevas necesidades. 7.- Son el resultado de grandes y fuertes luchas sociales. 8.- La enseñanza y la educación de los Derechos Humanos es muy importante para que se cumplan, porque lo primero que tenemos que hacer es conocerlos. 9.- De todos depende que se cumplan y respeten.

2. POSITIVIZACIÓN E INTERNACIONALIZACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

(RACIONALIDAD DE BUENAS INTENCIONES)

La proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de fecha 10 de diciembre de 1948, supuso la plasmación de derechos fundamentales y de garantías, y estos posteriormente se han ido incorporando a diversos textos normativos tanto internacionales como nacionales.

Esta declaración de 1948, contiene una extensa gama de derechos fundamentales de las personas, pero también, puede constatarse que la misma estructura una limitación de derechos, sobre todo en el ámbito relacionado a la privación de la libertad.

Acrescentando de esta manera, una restricción de derechos fundamentales en forma severa y autoritaria en aras de satisfacer las injustas exigencias del orden público, como lo bien lo señala Iñaki Rivera Beiras (1997)

Asimismo, esta situación permite que se desarrolle mas limitaciones de derechos en otras disposiciones normativas y en las propias decisiones jurisdiccionales, formándose la cultura de la devaluación de los derechos fundamentales, en especial de los derechos de las personas que están privados de libertad.²⁸⁷

Pero una vez proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, la misma carecía de fuerza obligatoria para los Estados integrantes. A pesar de ello, fueron creándose diversos Pactos Internacionales, con la finalidad de subsanar las deficiencias y carencias que presentaba dicha declaración. Posteriormente el 19 de diciembre de 1966, se promulgan dos Pactos Internacionales:

Primero. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y,

Segundo. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así el primero de los Pactos mencionados entra en vigor hasta el 3 de enero de 1976, y el segundo el día 23 de marzo de 1976.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁸⁷ Cfr. Ibidem. Pág. 28 y 29. No olvidemos que Norberto Bobbio, señala que la proclamación de declaración universal de los derechos humanos resulta Ser una declaración programática, más que un conjunto de disposiciones de aplicación directa y obligatoria.

En cada uno de estos Pactos se establecieron sistemas de protección para la realización de sus objetivos planteados, por ejemplo el Pacto referente a los Derechos Civiles y Políticos, inserta un protocolo facultativo donde los Estados miembros, reconocen, si lo desean, la competencia del Comité de Derechos Humanos (que resulta ser el órgano de control) Pero la ineficacia de este Pacto se manifiesta desde el momento en que se añade un principio facultativo para su obligación.

Rivera Beiras (1997) señala que al margen de la actividad de las Naciones Unidas, y de los dos pacto internacionales ya mencionados, se ha venido estructurando una serie de convenios en materia de derecho internacional de los derechos humanos, como son:

- **Convenio Sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio (del 9 de diciembre de 1948)**
- **La Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados (de 28 de julio de 1951)**
- **El Convenio Sobre los Derechos Políticos de la Mujer (del 20 de diciembre de 1952)**
- **La Convención Complementaria del Convenio Sobre la Esclavitud del 25 de septiembre de 1926. (del 7 de septiembre de 1956)**
- **El Convenio de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (del 31 de junio de 1957)**
- **La Declaración Sobre los Derechos del Niño (de 1959)**
- **La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación racial (de 21 de diciembre de 1965)**
- **La Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes (de 17 de diciembre de 1979)**
- **La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979)**
- **La Convención Contra la Tortura, de Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (del 10 de diciembre de 1984)**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin olvidar también los textos de carácter laboral y educativo que se realizaron a través de la Organización Internacional del Trabajo y por la Convención de la UNESCO.²⁶⁸

Al respecto, también el ámbito Internacional de los Derechos Humanos se realiza una acción en el ámbito regional en América, a través de la Organización de Estados Americanos (OEA) donde se aprobaron diversos documentos en esta materia como son:

-La carta de Bogota

-La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

-El Pacto de San José de Costa Rica, y,

-La Carta Interamericana de Garantías Sociales.²⁶⁹

Así podemos constatar que los derechos fundamentales reconocidos por el pacto internacional de derechos civiles y políticos son esencialmente:

-El Derecho a la Vida. (artículo 6)

-La Prohibición de Torturas, Penas o Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 7)

-La Prohibición de la Esclavitud, Servidumbre y Trabajos Forzosos u Obligatorios (artículo 8)

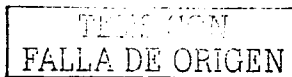
-El Derecho a la Libertad (artículo 9) Donde se destacan un sin número de derechos correlacionados.

-El Principio de Legalidad en Cumplimiento de las Penas Privativas de Libertad (artículo 10)

-Principios Generales del Derecho entre ellos el de Igualdad y de Legalidad (artículo 14 y 26) Donde el principio de igualdad justifica el derecho a ser oído públicamente con todas las garantías, ante un tribunal competente, independiente e imparcial, pero además, al derecho de que la sentencia penal sea pública.

²⁶⁸ Ibidem. Pág. 32

²⁶⁹ Ibidem. Pág. 33



-Derecho a la Libertad de Expresión (artículo 19)

-Prohibición de Injerencias arbitrarias o ilegales en la Correspondencia (artículo 17)

-Derecho de Reunión Pacífica y de Asociación (artículo 21)

-Derecho de Sufragio (artículo 25)

Los Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales (artículo 28)

A pesar de ello el sistema de protección de los derechos fundamentales, creado en este Pacto Internacional, resulta ser limitado. Sin embargo, dicho Pacto pone las bases para la estructuración de la era de los Derechos Humanos.

Iñaki Rivera Beiras (1997), sustenta por ello que la devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos, no se verifica debido al estado de hecho como se encuentran las cárceles, sino que estos se han verificado aún pensando en las mejores cárceles; siendo que se verifica necesariamente a dos niveles: el relativo a la creación de normas internacionales y nacionales y otro en la interpretación y aplicación de dichas normas en el ámbito judicial.²⁷⁰

Por eso, los procesos de internacionalización y positivización de los derechos junto a la especificación y justificación de estos, únicamente constatan la aparición y fijación de derechos fundamentales.

Donde dichos derechos en cuanto a su reconocimiento y estructuración no pueden ser de igual tratamiento en su aspecto normativo formal y jurisprudencial, con relación a las personas punitivamente reclusas en comparación con las que se encuentran en libertad.

De ahí que Iñaki Rivera Beiras, haga alusión a que si el derecho de privación de libertad, surge al momento de creación e interpretación de las normas, también lo es, que la privación de derechos fundamentales hacia el interior de la cárcel, resultan ser colaterales a ese derecho anunciado. En este referente diríamos que se trata de una sistematización y estructuración de privación de derechos.

²⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 157

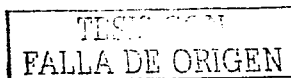
Por lo tanto, siguiendo las posturas planteadas por Iñaki Rivera Beiras, se puede sintetizar, en reclusión se violan los siguientes derechos:

- El derecho a la vida, va en contra posición al derecho para la imposición de la pena capital.
- La prohibición de trabajos forzados, no se verifica en un derecho similar e igual cuando se trata de un trabajo o servicio realizado en cumplimiento de una pena de prisión.
- Si existe la prohibición normativa de las penas inhumanas y degradantes, también lo es que se justifica las penas perpetuas e indeterminadas pero también la escena de la humillación correlativa a la pena de privación de libertad.
- Bajo ese orden el derecho de libertad y presunción de inocencia chocan con las disposiciones normativas locales cuando las decisiones judiciales y dentro del marco de legalidad se admite la prisión provisional.
- Ante el derecho de no ser sancionado dos veces por lo mismo por razones de seguridad y orden las propias autoridades del sistema penitenciario ejecutan el mandato del derecho penal pero también de derecho disciplinario interno.

Esto consecuentemente se observa en un derecho de defensa del recluso, del derecho del respeto a la vida privada y familiar, al de libertad de expresión y al de secreto de correspondencia, mismos que hacia el interior de la cárcel son derecho nulos e inmersos en plenos actos potestativos de aplicación que asumen actividades de corrupción.²⁷¹

Por eso se justifica la idea planteada por Norberto Bobbio, en el sentido de que un derecho es correlativo a una figura de obligación, y si no existe una equivalencia entre ambos, aún sin embargo los derechos vistos de esta manera tienden a reducir u categoría en una simple declaración programática, lo que implica que carezcan de fuerza obligatoria. Entonces bajo esta postura -Iñaki Rivera Beiras- señala que los derechos fundamentales de los reclusos se correlacionan a derechos de segunda categoría.

²⁷¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 159 a 161.



Por tanto, son derechos fundamentales que el ciudadano tiene y se debe respetar en especial si sus características son:

- Universales, por que pertenecen a todas las personas, sin importar su sexo, edad, posición social, partido político, creencia religiosa, origen familiar o condición económica.

- Incondicionales, porque únicamente están supeditados a los lineamientos y procedimientos que determinan los propios derechos y por último, y

- Inalienables, porque no pueden perderse ni transferirse por propia voluntad, son inherentes a la dignidad humana.²⁷²

Partiendo de estas ideas, se puede verificar que las violaciones a los derechos humanos que con más frecuencia se verifican en el interior del sistema penitenciario, son los llamados derechos humanos de primera y segunda generación, que se refieren a los derechos civiles y políticos (libertades clásicas), así como los que constituyen los derechos económicos, sociales y culturales del individuo.

La vulnerabilidad de los derechos humanos de los reclusos, no solamente fracciona su libertad de tránsito, sino también el conjunto de garantías y libertades fundamentales para su existencia en el interior de la cárcel, y esto se observa como una situación de desventaja, de desigualdad y discriminación para el recluso, en un sistema de justicia que propugna un Estado de Derecho.²⁷³

Si todos estamos obligados a respetar los derechos humanos, la responsabilidad corresponde en gran medida y en especial a las autoridades que representan el Estado, aquí es donde se presenta el gran problema de ¿cómo hacer que las autoridades gubernamentales respeten los derechos humanos de los reclusos? Si tomamos en cuenta, las grandes campañas publicitarias de información por el respeto a los derechos humanos.

²⁷² Fuente: Comisión Nacional de Derechos Humanos. Por ejemplo en México, la posición de Comisión Nacional de Derechos Humanos, es definir a los derechos humanos como derechos fundamentales, al argumentar que: " Los Derechos Humanos, son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado." Esto nos lleva a determinar una fundamentación. En consecuencia, los derechos humanos, son los derechos fundamentales que tiene todo ciudadano frente al poder del Estado, dentro de un pacto social.

²⁷³ Cfr. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 2 de mayo de 1948, y Declaración Universal de Derechos Humanos, Nueva York, 10 de diciembre de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

Entonces, la respuesta implica que no necesariamente se fomente una información sino una mejor información y educación del contenido y significado de los derechos humanos o los derechos fundamentales que el individuo puede hacer valer contra los mecanismos de represión del Estado. Incluso es necesario dar a conocer de manera eficaz y eficiente los instrumentos legales para hacerlos valer ante las autoridades correspondientes, puesto que dichos mecanismos se vuelven en muchos de los casos, procedimientos especializados envueltos en formalismo legal, que se traduce en costos económicos en perjuicio de los que menos tienen, creando una desigualdad en la solicitud material del derecho. De lo contrario permaneceremos en la falacia argumentativa de regímenes en un supuesto Estado de derecho, donde la dicotomía razón de Estado y razones jurídicas fomentan la tentación al autoritarismo estatal.

Por último, podemos establecer que en México, se adoptó en el ámbito constitucional, el denominar a los derechos humanos, no como derechos fundamentales sino como: "garantías individuales".

Sin que sea necesario entrar a una polémica terminológica, en el sentido de dilucidar si se debe o no, llamar así a los derechos fundamentales, se puede afirmar, que si existe una positivización de derechos que tiene el ciudadano frente al poder del Estado.

Precisamente, tales principios se encuentran previstos en los artículos 1º. al 29º, y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Respecto al sistema penitenciario, en México, existe una enorme gama de leyes que regulan su actividad, tanto en el ámbito federal como en el local, en donde podemos observar la existencia de normas mínimas para el tratamiento de reclusos, por ejemplo: La ley de ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal y la Ley de Reclusorios y Centros de Readaptación Social en el Distrito Federal, y las correlativas en los Estados Federados.

Estas leyes, serían el reflejo de la positivización de los derechos humanos, dentro del orden jurídico mexicano, sin embargo, se traducen simplemente en argumentaciones, en lo que llamaría Stanley Cohen (1988) las buenas (pero complicadas) intenciones hacia la cárcel.

Con esta concepción, podemos concluir que en México existe un constitucionalismo rígido, donde los derechos fundamentales o derechos humanos se diluyen en conceptos amorfos, que confunden ideas naturales inherentes a las

personas con conceptos extremadamente legalistas, que se bifurcan en un normativismo desmesurado, que también se verifica en el incumplimiento de la norma, que motiva necesariamente a violaciones de los derechos fundamentales del ciudadano, en especial, si consideramos la falta de información para conocer los derechos humanos, por tanto, a la ignorancia de conocer los procedimientos tecnicizados para acceder a esa justicia, que se constituye necesariamente en justicia de unos cuantos, e injusticia para la mayoría, se debe agregar la existencia de facultades potestativas en toda resolución de autoridad, que justifican plenamente un autoritarismo máximo en la aplicación de la supuesta legalidad en un Estado de Derecho, como lo es en el caso de México.²⁷⁴

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

²⁷⁴ Resulta necesario hacer un comentario aparte tomando en cuenta las ideas de Luigi Ferrajoli (1999), en el sentido de que existe una especie de cambio en la concepción de los derechos fundamentales, dentro del constitucionalismo rígido en comparación con el modelo positivista y funcionalista jurídico, es decir, un cambio del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho; esto es importante porque se produce un cambio de calidad de las condiciones de validez de las leyes, ya que estas no pueden tener contenido en sí mismas, sino que tienen una interrelación de justificación con lo sustancial, lo que implicaría su comprobación propiamente empírica, donde la verdadera y efectiva tutela de los principios fundamentales debe estar garantizados.

3. LA CÁRCEL, UNA INTERPRETACIÓN ESTADÍSTICA.

(RACIONALIDAD MAQUILLADA.)

El problema que representa la racionalidad de interpretar en forma exacta con bases estadísticas, así como, con datos que se consideran imperfectos como lo son la estimación y la recopilación justifican el verdadero problema al que se enfrenta toda investigación de carácter empírico-científico, con el fin de entender el desarrollo del fenómeno a estudiar (en este caso en particular si nos enfrentamos a la realidad existente alrededor de la cárcel) Otro problema se centra principalmente en cómo recabar la información relevante que permita verificar y construir el fenómeno de estudio.

Luego entonces, siguiendo los las directrices básicas, diremos que existen cuatro etapas importantes y clásicas de un estudio empírico en la investigación sociológica son:

PRIMERA. La interpretación literaria del concepto.

SEGUNDA . La especificación de las dimensiones.

TERCERA. La elección de los indicadores observables y

CUARTA. La síntesis de los indicadores y la elaboración de los índices. ²⁷⁵

Por lo tanto, las características o atributos de un indicador son:

A. Vincularse a un concepto teórico.

B. Referirse a una propiedad de unidad de registro y

C. Pueden variar. ²⁷⁶

En este sentido, podemos ver que todas las estadísticas presentan como únicas variables: la referencia al fenómeno observable y la situación de variación de éste fenómeno. Así el concepto de información únicamente es verificable en esta doble información que se ve influido por el mismo movimiento de lo observado.

²⁷⁵ Cfr. Lazarsfeld, P. y Boudon, R. De los Conceptos a Los índices Empíricos, en Metodología de la Ciencias Sociales, Tomo I, Larra EdL Barcelona 1973, pp. 35 a 46.
²⁷⁶ Cortés, F. y Rahakava, Teoría, Estadística, e información, en Revista Mexicana de Sociología, No. 1, enero-marzo México 1967.

El problema que se presenta con la información doble y que se constituye con una serie de hipótesis que producen el movimiento de lo observado y la teoría, se sustentan, en primer lugar, con el llamado proceso de bajada, que simplemente es del concepto hacia la información, donde se establecen conjeturas de carácter explícito así como implícito, que definen los estadios de esa objetivación y operacionalización, que dan pauta a las argumentaciones que surgen de las hipótesis, y de esta manera se hace una relación de conceptos observables con los inobservables, los cuales, a la vez, se traducen en los llamados indicadores.

En segundo término el llamado proceso de subida, se relaciona con la información hacia el concepto; aquí se plantea otro número de hipótesis, ya sean explícitas e implícitas, donde los argumentos, ahora se ligan con los indicadores, con los índices o escalas como conceptos de carácter medio.

Los datos estadísticos dentro del sistema penal, contienen las características antes señaladas. Destacándose que dicha teoría estadística rompe con toda razón de interpretación de la verdad, que se encuentra inherente en el discurso oficial legitimando por un derecho penal positivo, donde se enlaza una supuesta realidad lógica y calculada (teoría científica para la imposición de la pena) inherente a una racionalidad positiva (filosofía empírica) para justificar la propia interpretación de los números con base en ese doble proceso anunciado, mismas posturas que rigen los programas y las políticas criminales modernas.

En consecuencia, si se hace un análisis crítico, se comprueba que lo descrito en los anteriores capítulos, cobra un sentido de verdad real y latente en el caso de México, ya que los datos estadísticos actuales y modernos, en materia de política criminal, develan y permiten concretizar, que las prácticas declaradas en los objetivos planteados por el Estado en materia de Seguridad Pública, son manipulados con los instrumentos estadísticos, mismos que se esquematizan en una racionalidad maquillada en forma desmedida cada uno de los datos expuestos, o en su caso, aún cuando contengan datos desfavorables para explicar sus proyectos de política criminal, se utilizan con el fin de motivar e incentivar una política criminal más represiva, por ejemplo: en el endurecimiento de las penas de prisión, en determinadas conductas delictivas.

Los datos estadísticos se observan como instrumentos científicos encubridores y legitimadores del sistema penal moderno, cuyo esquema de aplicación se envuelve en un pensamiento humanista del castigo, por ejemplo en el caso de

México, se proyecta una dinámica como fin de la pena, con base en la prevención especial positiva, bajo una temática de un Estado de derecho. Sin embargo, tal postura muestra a un Estado de represión máxima y no el de un Estado de derecho, considerando los efectos del tratamiento carcelario.

Con éste tipo de discurso legitimador se aparenta un verdadero combate frontal contra la delincuencia en aras de satisfacer al colectivo social, a pesar de ello, la sociedad en general se ve plagada de inseguridad.

Luego entonces, los datos estadísticos, sirven únicamente para justificar la disminución de los índices de criminalidad o en su caso para declarar las acciones que se han tomado en consideración a tal fin, puesto que al ser confrontados con otros datos estadísticos no oficiales, vemos que la solución al problema del delito y la delincuencia se resuelve sencillamente, por medio de alteración de números. Verbigracia: para solucionar problemas de superpoblación penitenciaria se crean más centros de reclusión, para mayores índices de denuncias se crean más centros de procuración de justicia, y asimismo, a mayores índices de criminales procesados más centros de impartición de justicia.

La solución al problema entonces no se resuelve, sino que simplemente se oculta bajo una racionalidad falaz e interpretada con base en un método técnico para dar cauce y sentido a una realidad que envuelve por siempre al sistema penal.

Así, la interpretación estadística fomenta los postulados de una **teoría funcional-positivista, en marcada en la concepción ecléctica de la defensa social dentro del sistema penal**, bajo el esquema que se plantea en el campo científico-empírico, que producen los datos estadísticos, cuya numeración proporcionada tiene solamente dos referentes como son: indicadores de índices y escalas porcentuales, sin verificarse realmente el fenómeno estudiado.

Por lo tanto, dichos parámetros de medición, **tratan de justificar la cantidad y no la calidad de las medidas empleadas en materia de política criminal**, por ejemplo: Se justifica cuanta pena se ha impuesto al delincuente peligroso, para efectos de reafirmar simplemente principios de legalidad y de seguridad jurídica, y no para efectos de prevención de conductas delictivas (juicio de tipicidad, juicio de reproche e individualización de la pena o punición, que se realiza dentro de un Estado de Derecho y de defensa social penal) en aras de satisfacer la felicidad y seguridad de la colectividad (con base en un proyecto de pensamiento clásico liberal moderno de la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

utilidad de la pena y del castigo, en bien común de la felicidad social, pero dentro de un marco de igualdad ante la ley)

Sin embargo, la supuesta necesidad de la existencia del proceso de tratamiento curativo del delincuente (para resocializarlo y readaptarlo) se mantiene dentro de la postura de la criminología positiva. Aún más, dichas concepciones del castigo, nos siguen proyectando la necesidad de castigar el cuerpo criminal, y éste mantener como eje regulador del sistema penal y como indicador de estadísticas, para futuras políticas criminales, dejándose olvidado totalmente al delito en sí mismo para efectos de prevención, lo que ejemplifica una postula de un derecho a castigar bajo una temática de pena-venganza y pena-retribución.²⁷⁷

Esta reflexión breve y concreta con relación a la metodología que construye indicadores de carácter estadístico, **no debe ser desechada por el observador respecto al fenómeno que estudia; si del análisis de la cárcel hasta los sistemas de segregación actuales, se vienen manejando diversas variables argumentativas con base en las estadísticas, para justificar medios y fines de la aplicación de la pena a personas que delinquen.**

Los números estadísticos nos sirven para manejar el criterio regulador que se ha mantenido en este trabajo, mismo que se concreta en establecer la existencia de una **transferencia del sentido racional que se imprime al derecho a castigar, cuya dinámica se materializa más bien, en un deber de castigar. Está hipótesis así planteada, muestra el rotundo fracaso en el que se encuentra inmerso el sistema penal moderno, luego entonces.**

Con ello, se concluye **que en el plano de la interpretación y de la explicación de los datos estadísticos, existen verdaderos límites que dificultan el entendimiento de información recopilada, cuando esa supuesta verdad empírica recabada es confrontada con otras informaciones no-oficiales.**

Por lo tanto, si los números nos dan cifras de contenido subjetivo en cuanto a **delitos cometidos, pero jamás de los delitos cometidos y no denunciados, entonces tal verificación resulta ser controvertible, más aún si dicho datos estadísticos nos proporcionan los números precisos de cuántas personas se encuentra recluidas (ya sea prisión preventiva o de compurgación de pena),**

²⁷⁷ Esto nos puede llevar a una explicación tal vez más completa y sólida, respecto a la postura de los criminólogos positivistas, con el fin de justificar sus teorías en su plano científico y empírico, de ahí la importancia de que dichos teóricos utilicen el análisis estadístico para sus conjeturas en forma general.

también lo es, de que sino existe datos que permitan verificar cuántos de esos sujetos pudieron ser resocializados, readaptados o reinsertados socialmente y la manera de cómo llevó a cabo esta regulación multidisciplinaria, en consecuencia el fenómeno del combate de la criminalidad con la cárcel resulta ser un simple mito.

Puesto que el problema del crimen se pretende resolver sencillamente con base en el parámetro de índices y escalas.

En el caso de México, que por un lado, se ve inmerso en estadísticas para justificar su política criminal positiva y de la defensa social, por otro lado, en una amalgama demasiado deformada entre escuela clásica del derecho penal y escuela positiva del derecho penal, permite la aplicación de la pena de prisión, como la pena más socorrida y determinada por las instituciones impartidoras de justicia donde se maneja indistintamente un análisis de acto y de actor, es decir, una culpabilidad normativa, que implica mayor represión para la punición.

Paradójicamente hacia la ejecución de la punición, podemos observar rasgos esquemáticos de una criminología clínica del tratamiento del sujeto delincuente, pero eso sí bajo la dinámica de un discurso humanista de la pena y del castigo, que se legitima y se enmarca en el contexto de un Estado de Derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4. LA CÁRCEL Y LAS LEYES, UN CONOCIMIENTO DE SABIOS.

(RACIONALIDAD DE LA DESMESURA)

La genealogía del castigo permitió verificar las funciones declaradas y latentes en las argumentaciones e ideologías expuestas que justifican un simple derecho a castigar. **La tesis sostenida a lo largo de este trabajo es el haber determinado la hipótesis que se verifica en las diferentes racionalidades que dan vida a la justificación del derecho a castigar.**

En este sentido, debemos establecer que el sistema punitivo moderno, sigue manteniendo posturas poco eficaces para resolver el problema que envuelve a la dinámica del delito y del delincuente. Dicha afirmación tiene un sustento lógico si partimos de la idea que todo sistema penal presenta un conocimiento fragmentado y autoritario del castigo.

Así la racionalidad jurídica que traza las directrices punitivas, resulta ser un conocimiento autoritario y de sabios, porque la realidad jurídica pretende captar todas las relaciones de vida, desde luego, dicha realidad debe ser recortada y estudiada a través de unos cuantos entes aislados, fabricándose entonces la lógica penal con base en la creación de más leyes es decir, " la cultura de la desmesura jurídica."

Sin embargo, la realidad jurídica es una lógica que resulta ser falsa, ya que pretender recortar de esa manera la realidad social y encuadrarla necesariamente dentro de una hipótesis jurídica, provoca solamente una lógica esquizofrénica de la realidad social, por lo tanto, la gran mentira del sistema penal es pretender justificar su eficacia y funcionalidad social con base en instrumentalidad del derecho y las leyes que derivan del mismo.

Esta realidad así vista presenta un límite epistemológico de la realidad social, puesto que ésta es precisamente dinámica y no total.

La racionalidad jurídica fomenta simplemente un conocimiento fragmentado, arbitrario y autoritario, en razón de que si la sociedad moderna es funcional porque permite justificar un sistema debidamente mecanizado y jerarquizado socialmente.

Entonces la realidad jurídica es el conocimiento de los sabios dentro de un sistema burocratizado, es decir, es el conocimiento que nos proporciona los sabios que nos

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

observan desde arriba y que dirigen el sistema político social, para erigir las relaciones de vida de los de abajo, así la dinámica y funcionalidad del sistema vertical pretende captar todas las relaciones sociales en un conocimiento fragmentado y autoritario.²⁷⁸

En consecuencia, la nueva tecnología del poder producida por un fenómeno de causalidad múltiple y de una transferencia de sentido, fue provocada principalmente por los cambios económicos que se produjeron desde el mercantilismo-capitalismo, justifico un código de motivos con base en una racionalidad jurídica, donde el aumento de la tasa poblacional, obligo entonces, a que el castigo pasará del cuerpo de los criminales a los bienes de los mismos y de la colectividad, y con ello, crear una homogeneidad en las técnicas del castigo.

La creación de más leyes que justifican el derecho de castigar y que a la par pretenden la aplicación y respeto de los derechos humanos dentro del sistema penal, únicamente se muestran como una idea humanista del discurso de la creación de la ley y bajo una estrategia formal del derecho positivo, en razón de que los derechos humanos aún inmersos en un mundo de leyes positivas-vigentes se ven afectados por la ineficacia de las propias leyes, que hacia el interior de la cárcel se nulifican automáticamente.

Las leyes observadas desde la óptica los reclusos se convierten en leyes vulnerables, en tanto, la observación desde la óptica de las autoridades carcelarias las leyes son fuertes y represivas.²⁷⁹

²⁷⁸ El caso del sistema penal mexicano, presenta una serie de variantes descomulgadas para justificar un orden jurídico posible y con ello, se pretende la imposición de la pena principalmente bajo un principio humanista; teniendo como postulado la defensa social, en aras de la felicidad de la mayoría y en contra de la minoría criminal. Es importante destacar este punto basado en el pensamiento clásico, puesto que, vincula un principio deontológico, para justificar la aplicación de la pena con base en el pacto social. Por un lado, se renuncia a la libertad natural y por el otro, se acepta la libertad formal (pensamiento filosófico liberal) lo cual, legitima instantáneamente el derecho a castigar, con la salvedad de que la proporcionalidad de la pena se vejeta en cuanto a su calidad y cantidad bajo el principio de legalidad e igualdad ante la ley, es decir, todo debe pasar por el filtro de la ley para ser aplicado en su lugar y tiempo determinado. De todo lo anterior, podemos vislumbrar también, el proceso legitimador de la tecnología del poder (ya sea positivo o negativo de la prevención especial) para justificar y concordar con los nuevos requerimientos del poder a castigar o imponer una pena (pasado, presente y futuro concordantes en tiempo y lugar requeridos) es decir, se verifica en México, que existe una tecnología del castigo más sutil con base en un derecho penal mixtificado, por ejemplo, se combina un derecho penal clásico (en el discurso de creación de la ley), con un derecho penal positivo (en la aplicación y ejecución de la ley) y un derecho penal de la defensa social (en el discurso legitimador ante el colectivo).

²⁷⁹ La nueva tecnología del castigo, que aparece con la prisión moderna, cuya función se ve especificada en dos sentidos, primero, intenta impedir el delito y segundo, crea un bloque efectivo para corregir al criminal. Lo mismo ocurre en la actualidad, puesto que, la prisión, desde su concepción moderna como pena-custodia y posteriormente como pena-prevención, ya presentaba los problemas que la aquejaban (al ser incurable y tener únicamente argumentos de tratamiento) mostrando y justificando con ello su defecto intrínseco que motivara una muerte en vida justificara su fracaso), una vida artificial y una vida vegetativa que le fomenta legitimidad de existencia, verborrancia; si la cárcel moderna nace con superpoblación, seguirá fomentando la hacinación de los internos, por tanto, la reproducción de la delincuencia crece paulatinamente nuevas formas de reproducción del castigo y del sometimiento de los internos hacia el interior de la cárcel (puesto que en ellas existen formas de autogobierno).

Por tanto, los mecanismos de aplicación resultan ser eficaces para las autoridades carcelarias y en forma desigual y autoritaria para los internos carcelarios. Si a esta postura se agrega que las autoridades carcelarias, se rigen por una capacidad subjetiva personal que les brinda la ley, como lo es " la facultad potestativa de los gobernantes", ello implica que gobierno en el interior de la cárcel se fomente bajo mecanismos de ilegalidad, es decir, se organiza la vida intramuros de la cárcel en una violación estructural de derechos humanos de los reclusos como una función activa de ilegalidad, frente a una función pasiva de legalidad.

Parece ser, que la relación de voluntad que se formula y esquematiza durante las ideas liberales para fomentar la estructura del poder estatal, así como para fomentar sus ideas del sistema de producción y consumo inicialmente proyectadas en el mercantilismo y luego en el naciente capitalismo (concretamente en referencia al principio de dejar hacer, dejar pasar) permite verificar que la libertad e igualdad del individuo social, se representa bajo premisas de producción y comercialización de bienes de valor y de uso.

Por lo tanto, el sujeto del pacto social, se verá como sujeto de voluntad y de relación formal, puesto que la idea individualista y liberal anunciada, presenta un esquema de relación de posesión de la voluntad del sujeto. Por ello, la igualdad en la relación social fomenta dentro del intercambio una simple relación formal, sin embargo, dicha relación construye un esquema de desigualdad real en la permuta.

En consecuencia, toda esta dinámica ideológica erige al sistema carcelario, cuyo sistema de segregación se edifica dentro un mercado de autorregulación, donde los conceptos de producción (reclusos) y el consumo (de derechos) se rige por reglas de facto que regula las relaciones de poder carcelario (gobierno carcelario y autogobiernos)

Entonces la tecnología del derecho a castigar fomenta una relación de comercio, en razón de que toda la actividad que se desarrolla en el interior de la cárcel tiene un valor de cambio y un valor de uso, entonces la aplicación de los derechos humanos se convierte en derechos de compra y venta, bajo esquemas de desvalor de derecho.

corrupción y violencia, entre otros, que necesariamente se traduce en violación a los derechos humanos) formando así un esquema hacia el interior del sistema penitenciario donde la pena se constituye, en una transformación del delincuente que se bifurca a una idea de pena-eugenesica. Aún así, se vislumbra el éxito mítico del sistema penitenciario, ya que la prisión bajo un esquema legalista, crea un ilegalismo en sus fines y medios utilizados para la resocialización y la readaptación del individuo, en aras de una defensa social.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En este sentido, si el poder ha creado y fabricado mecanismos para establecer leyes que rijan la disciplina hacia el interior de la cárcel (falacia de la ley), entonces la creación (legislativo), aplicación (judicial) y ejecución (ejecutivo) de normas tiende a expandirse y a colonizar áreas culturales, sociales, políticas, económicas, entre las más importantes, **para reflejar un modelo de sociedad disciplinada a través de las leyes debidamente jerarquizadas (en una sociedad jerarquizada), luego entonces, los principios fundamentales que se desarrollaron con valor supremo en la sociedad liberal-burguesa como son el de libertad, el de igualdad, el de fraternidad y el de democracia, justifican actualmente esas relaciones de voluntad en un ámbito meramente formal de sociedad.**²⁸⁰

La racionalidad organizada fomenta la internación del derecho, como sustento para imponer dentro del pacto social los mandatos éticos-morales, el trasfondo de todo ello, **refleja y devela que las viejas estratificaciones de disciplina crean y reproducen las nuevas estrategias de disciplina bajo un concepto de justicia social humanizada (justicia social formal más no-justicia social material)**

Por eso, los ciudadanos son igualmente libres, pero nunca libremente iguales, ello implica que la desmesura en la creación de leyes imperativas y prohibitivas de conducta, nazcan con esa desigualdad material, en este sentido, la intención estatal se concentra en una justicia de leyes, sin embargo dicho sistema no se traduce en una justicia de personas.

Al reproducirse y multiplicarse el sistema de leyes vigentes en un territorio determinado en tiempo y espacio histórico, simplemente se amplía en un código de motivos el marco jurídico de lo prohibido y lo no permitido, **es decir, se reproduce el esquema de limitación extrema de libertades individuales, de tal manera, que todo el sistema penal se convierte en una astrología punitiva (de predicción del futuro)**

Por ejemplo, en México observamos objetivamente que los planteamientos y objetivos propuestos por los dirigentes del Estado, se ven constantemente inmersos en decisiones que llevan los intereses de carácter económico (considerando que somos un país netamente dependiente del exterior en materia económica), de ahí, que las políticas que

²⁸⁰ Los derechos no tienen contenido para el intercambio que se verifica en el interior de la cárcel, ya que las reglas de facto están por encima de las reglas legales del exterior: donde la utilización de la coerción y el uso de la violencia se remarcan como los ejes motores del sistema de producción y consumo carcelario. El Estado propone reglas e instituciones desmesuradamente para justificar los medios y fines de la pena de prisión. Por ejemplo, el equilibrio social que se buscaba en el Estado Benefactor era con base en la justicia de alcances mínimos si tomamos en cuenta que el equilibrio social, no implica desequilibrar a los grupos colectivos de nivel bajo, medio o alto, sino mantenerlos en su nivel, siendo que en una interrelación social no tendan a rebasarse, pues se pierde el equilibrio y la justicia buscada) que nos lleva a determinar la existencia de una dicotomía eterna de dominador-dominado, pero siempre en salvaguarda del bienestar de la colectividad.

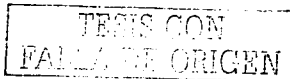
motivan a la creación, aplicación y ejecución de normas y leyes jurídicas, **tengan sentido de protección y de reproducción de delitos cuyo contenido tienen una similitud extraordinaria de bienes jurídicos tutelados (conflicto de normas)**

La excepción a la regla no puede ser la política criminal, donde la multiplicación de leyes no justifica una mayor seguridad pública, ni el mejoramiento en el combate a la delincuencia, o perfeccionamiento en los sistemas carcelarios; **donde se han planteado en un supuesto contexto humanista, la solución a los problemas referentes a los propios centros de reclusión (ilusión legislativa)**

Bajo esa tónica se ha venido construyendo un discurso legalista, con una razón del Estado de derecho. **Es necesario especificar que este punto medular de dicha afirmación que resulta ser irrisoria, en razón de que no se debe pretender imponer un Estado de derecho, bajo una temática de leyes, porque se fomentaría simplemente un Estado legalista.**

Por ejemplo en año de 1982 en México, se estableció como obligación del Gobierno Federal la presentación del Plan Nacional de Desarrollo (PND), donde se especifican los objetivos, medios y fines que llevaría acabo el gobierno federal en sus distintas actividades durante su actividad gubernamental en todas las áreas políticas, sociales, económicas, jurídicas y culturales del país. En ese contexto en lo relativo a la a Seguridad Pública, sobresale la utilización de la expresión "Estado de derecho". luego entonces, la utilización del concepto Estado de Derecho, no tiene una definición precisa en el PND de los dos últimos sexenios (1994 y 2000) puesto que solamente se hace una referencia técnica y formal del discurso estatal, sin embargo, las autoridades y la sociedad en general conciben al Estado de derecho, como un Estado de leyes, es decir, en una idea de multiplicación de leyes, si es así tal concepción, entonces México, sería un país de leyes y no un país donde prevalezca el Estado de derecho ²⁸¹

²⁸¹ Vid. Plan Nacional de Desarrollo 1994-1995, y Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. En este contexto, se verifica en el Plan Nacional de Desarrollo de 1994-2000 (de Ernesto Zedillo Ponce de León) la utilización de un lenguaje tecificado y especializado, para referirse a sus metas y fines en materia de Seguridad Pública, en donde sobresale la expresión "Estado de derecho". Siendo que, a partir de dicha administración presidencial surgieron una serie de reformas constitucionales, y de leyes secundarias para justificar el Estado de derecho que pretendía Ernesto Zedillo Ponce de León, mismas que produjeron en el derecho penal en el año 1995, la utilización de teorías y conceptos nuevos (referentes a la teoría del delito, donde se hizo una mezcla de paradigmas impresionante). Esto sale a colación, en virtud de que en el nuevo Plan de Desarrollo 2001-2006 se cita indistintamente, en todos los apartados referentes a la Seguridad Pública, lo siguiente: "Una de las prioridades del gobierno actual es garantizar el orden público, con las libertades y derechos de los mexicanos y al Estado de Derecho".



Al respecto, González Vidaurri, Gorenc y Sánchez Sandoval (1998), establecen que el Estado de derecho: " (...) sería aquél, que no obstante estar fundamentado en normas jurídicas, éstas obedecen en su creación y en su jerarquía a los principios generales de derecho de: legalidad, generalidad, técnica y sistemática jurídica; para que las normas promulgadas y hechas en el marco del derecho positivo, tengan carácter general, de tal manera que sean aplicables para todas las personas y no existan excepciones; pero además, que sean taxativas, claras, precisas y cerradas, que guarden una jerarquía y estén debidamente ordenadas en cuerpos jurídicos integrales, para evitar el reenvío a otras leyes y la generalidad conceptual, que es patrimonio de las legislaciones hechas para legitimar a las tiranías."²⁸²

Un Estado de derecho en cambio, se vislumbra en México como la panacea a la solución del problema principal de la inseguridad que se vive actualmente, no solamente la inseguridad como factor de riesgo de ser víctima de un delito como ciudadano, sino también se presenta ese factor de riesgo en la inseguridad que representa para ser seleccionado ha ingresar al sistema penal mexicano, donde los derechos fundamentales pierden en más de los casos su eficacia material, ya que en la política del Gobierno Federal se busca justificar un principio legal, con base en su sistema de leyes; luego entonces, ¿dónde quedan los derechos humanos del individuo dentro de un sistema punitivo, en donde supuestamente se respeta la legalidad?

La respuesta sería que precisamente se encuentran los derechos fundamentales formalmente establecidos en la ley, pero no en una cultura de formación hacia los derechos humanos, tanto de autoridades como de los ciudadanos en general.

Esto nos permite dilucidar que en México, todo aquello que esté apegado a la ley, tiene un contenido y significado de Estado de Derecho, lo cual crea una situación de doble discurso en la represión de conductas en una dinámica de poder y coacción (aspecto negativo del poder) pero también engendra poder y saber (aspecto positivo del poder) que implica otra dualidad referente a la igualdad formal y desigualdad material frente a la ley; en donde, surge nuevamente la razón de Estado y las razones jurídicas, como racionalidades declaradas de la ley.²⁸³

La realidad que se vive en México es la de un Estado de plena legalidad y no de justicia, donde los medios y los fines, como forma de interpretación de la aplicación de

²⁸² Cfr. *Ibidem*, pp. 70 y 71.

²⁸³ Bergalli, Roberto. 3°. Posencia. Sección de trabajo No. 21 del 4° Congreso Español de Sociología de fecha 25 de septiembre de 1992, de donde se obtiene los conceptos referentes a Razón de Estado y Razones Jurídicas.

ley y de la pena, se ven bifurcados en un legalismo pleno, pero en una equívoca interpretación del concepto de legalidad, mismo que debe estar inmerso en otros principios.²⁸⁴

Sin embargo, en México seguimos creando más y más leyes, no olvidemos que la constitución a sufrido 420 modificaciones a su texto original de 1917-2000, así podemos observar que en el año 2000 existían promulgadas tan sólo en el ámbito federal 226 leyes en nuestro país, es decir, un Estado de leyes de esta magnitud no fomenta un Estado de respeto de los derechos humanos y derechos fundamentales de los ciudadanos.²⁸⁵

Por lo tanto, el programa de Prevención y Readaptación Social mexicano se construye con base en una ideología federativa que se rige bajo un principio de Estado de Derecho, en la creación, aplicación y ejecución desmesurada de leyes, que pretenden prever momento a momento, en espacio y tiempo determinados tipos de conducta como legales o ilegales, y la manera como se justificará la reacción social, sin proponer soluciones reales a los problemas de la delincuencia y la inseguridad social.²⁸⁶

Sin embargo, como señala Foucault (1992) el problema no se centra únicamente en saber cual es el poder de coaccionar, (en este caso la dualidad Estado-derecho) sino observar él porque resulta ser legal o ilegal determinada situación social. Esto es importante porque nos permitiría dilucidar ¿el por qué se violan los derechos humanos en el interior de la cárcel, si existen los mecanismos legales para evitar su vulneración?

De ahí que se pueda advertir que el Estado de derecho en México, se ve inmerso en una ideología de leyes y mecanismos formales, para hacer valer determinados derechos, que no pueden ser la solución determinante a los problemas que se forman en el interior del sistema carcelario; como ya se expuso debe fomentarse una formación cultural hacia los derechos humanos.

²⁸⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Razón*. S.N.E. Trotta. S.A. Ed. Madrid, España. 1995, pp. 33 a 70.

²⁸⁵ Fuente: Poder Legislativo Federal. <http://www.cddhcu.gob.mx/leyes/info/>

²⁸⁶ Cfr. Los Planes Nacionales de Desarrollo de 1994-2000 y 2000-2006. Luego entonces, se advierte que para los efectos de prevención, readaptación y reinserción social en materia de política criminal, cuya potestad ejerce el gobierno mexicano, existe la aplicación de un vía número de leyes creadas específicamente para dicho apartado de seguridad pública. En ese orden, se destacan: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; La Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; La Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados; La Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal; el Código Federal de Procedimientos Penales, y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; El Código Penal para el Distrito Federal y el Código Penal Federal; Códigos Penales de las Entidades Federativas; Leyes Estatales de Ejecución de Sanciones Restrictivas de Libertad en las Entidades Federativas; el Reglamento Interior de la Secretaría de Gobernación; el Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social; el Reglamento de la Colonia Penal Federal de Islas Marianas; el Reglamento del Patronato para la Reinserción Social por el Empleo en el Distrito Federal y el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social en el Distrito Federal.

A pesar de la existencia de un enorme acervo legislativo en México, donde no se ha podido alcanzar el nivel de respeto que merecen los derechos humanos de los individuos, en todos los ámbitos de la sociedad.

A pesar de ello, no se debe olvidar que el juicio de Amparo en México, ha venido siendo el instrumento técnico legal más solicitado, para combatir los actos ilegales de las autoridades.²⁸⁷

Por otro lado existen instituciones sociales que permiten denunciar las violaciones de derechos humanos en México. En este caso, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en el orden federal, así como las correlativas en el orden local, sin embargo, sus opiniones no tienen fuerza vinculatoria, sino simplemente declarativa en sus recomendaciones.

Pero esta fuerza normativa de lo fáctico, resultaría ideal si la formación hacia una cultura de derechos humanos se fomentara dentro de las políticas cívicas y educativas del país, que son esenciales para presenciar un Estado de derecho.

Puede concluirse que es necesario fomentar un verdadero Estado de derecho, donde necesariamente la sociedad debe ser horizontal y no vertical, donde la libertad e igualdad sean principios formales y materiales, bajo un sentido de Estado racional, donde el gobierno favorezca a todos.

Asimismo debe fomentarse una relación de precedencia condicionada, precisamente donde se establezca que un derecho, un principio o un valor tiene un límite formal y material predefinido, ya que incluso, en caso de precedencia en la afectación de un derecho, un principio o de un valor debe ser la satisfacción de otro de mayor peso y mayores serán las razones que lo justifiquen.²⁸⁸

²⁸⁷ El juicio de Amparo independientemente de su tecnicismo intrínseco, se ve como un mecanismo ideal y formal, para combatir las violaciones que se producen dentro del sistema penal; aún cuando su defecto primordial sería: que se persigue a instancia de parte agraviada, y los efectos de la sentencia únicamente benefician a su promotor, sin realizar una declaración general de la ley o acto que lo motive, bajo un principio de relatividad de la sentencia que emiten los Tribunales Federales, como se establece en el artículo 103, 104, 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con relación al artículo 76 de la Ley de Amparo en México. En este caso somos de la opinión, que el control constitucional en caso de violación de derechos fundamentales de carácter general, es necesario que se haga un declaratorio general de inconstitucionalidad de la ley o que la sanción de la autoridad responsable no se merezca con procedimientos innecesarios y demasiado tecnicizados, si en México, las garantías individuales se ven como el reflejo de los derechos humanos fundamentales.

²⁸⁸ Máxime que las Comisiones de Derechos Humanos produce cierta eficacia, puesto que sus recomendaciones al hacerse públicas, permiten evidenciar y exhibir a las autoridades transgresoras de los derechos humanos. También cabe resaltar que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos tiene una función competencial limitada de acuerdo al artículo 102, apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por tanto, no podrá intervenir en asuntos: en materia electoral, asuntos laborales, asuntos jurisdiccionales y del Poder Judicial Federal;

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Así los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, por ello corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, debiéndose remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos. La ponderación en los criterios del orden normativo debe establecer una relación de precedencia condicionada para garantizar el respeto a la ley y los derechos.

Sin embargo, es difícil observar tales principios, por ejemplo en México, si dentro del trasfondo político y jurídico del país, la misma Constitución constantemente se ve modificada, según las necesidades del nuevo gobernante presidencial. Entonces la desmesura en la razón de Estado y de razones jurídicas, fomenta la ideología del orden normativo como paliativo en la solución de los conflictos de la vida social, lo que provoca un síntoma de simple legalidad estatal y no de Estado de derecho. Resulta evidente tal realidad si observamos el cuadro de reformas a los artículos de la Constitución Mexicana, que ilustran la manía del cambio normativo de nuestros gobernantes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

salvo en cuestiones simplemente administrativas en cuanto a las Autoridades Judiciales, por ende, las recomendaciones que emite la Comisión de Derechos Humanos no deben tener límite competencial, puesto que en todas las actividades donde se presenta una dinámica de gobernante y gobernado, existe violación a los derechos humanos; aun cuando no sean obligatorias ni vinculatorias sus resoluciones, si produce la eficacia de facto. Ya que si, fuesen obligatorias se tuviese un problema de competencia entre los órganos de decisión judicial (imperatividad y coercitividad) es decir, la decisión de un Ombudsman nunca debe tener carácter judicial, sino de la de un deber ético de defensa y protección de los derechos humanos. Pero en este sentido, también se observan limitaciones de la propia ley, al no establecer, en último de los casos, cuales son esos actos administrativos de las autoridades judiciales, que pueden importar violación a los derechos humanos. En cambio, los mecanismos formales de las leyes mexicanas se presentan en una dinámica de pros y contras, para hacer valer una violación a los derechos humanos, por eso la cultura de los derechos humanos en nuestro país resulta ser tan frágil e incipiente en el ámbito general, que hacia el interior de la cárcel se vuelve una entidad absoluta el manejo y respeto de tales derechos humanos.

REFORMAS CONSTITUCIONALES

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Artículos reformados en cada periodo presidencial.

PRESIDENTES	ARTICULOS
* Alvaro Obregon (1920-1924) siete artículos reformados	67, 69, 72, 73, 79, 84, 89.
* Plutarco Elias Calles (1924-1928) dieciséis artículos reformados	52, 73, 74, 76, 79, 82, 83, 89, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 111, 115.
* Emilio Portes Gil (1928-1932) dos artículos reformados	73, 123.
* Pascual Ortiz Rubio (1930-1932) dos artículos reformados	43, 45.
* Abelardo L. Rodríguez (1932-1934) diecinueve artículos reformados	27, 30, 37, 42, 45, 51, 55, 56, 58, 59, 73, 79, 83, 84, 85, 104, 115, 123, 133.
* Lázaro Cárdenas (1934-1940) doce artículos reformados	3, 27, 32, 43, 45, 49, 73, 94, 95, 97, 102, 123.
* Manuel Avila Camacho (1940-1946) trece artículos reformados	5, 27, 32, 52, 73, 76, 82, 89, 94, 111, 115, 117, 123.
* Miguel Alemán Valdés (1946-1952) quince artículos reformados	3, 20, 27, 45, 49, 52, 73, 94, 97, 98, 104, 107, 115, 117, 131.
* Adolfo Ruiz Cortines (1952-1958) dos artículos reformados	34, 115.
* Adolfo López Mateos (1958-1964) nueve artículos reformados	27, 42, 48, 52, 54, 63, 105, 107, 123.
* Gustavo Díaz Ordaz (1964-1970) diecisiete artículos reformados	18, 20, 30, 34, 73, 79, 88, 89, 94, 98, 100, 102, 104, 105, 107, 117, 135.
* Luis Echeverría Álvarez (1970-1976) veintinueve artículos reformados	4, 5, 10, 27, 30, 43, 45, 52, 54, 55, 58, 73, 74, 76, 79, 82, 89, 93, 104, 107, 102, 111, 115, 123, 131.
* José López Portillo (1976-1982) veintiseis artículos reformados	3, 4, 6, 18, 28, 29, 41, 51, 52, 55, 55, 60, 61, 65, 70, 73, 74, 76, 78, 90, 92, 97, 107, 115, 117, 123.
* Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988) cuarenta y tres artículos reformados	4, 16, 17, 21, 22, 25, 26, 27, 28, 46, 52, 53, 54, 56, 60, 65, 66, 69, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 89, 94, 97, 101, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 123, 127, 134.
* Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) treinta y cinco artículos reformados	3, 4, 5, 16, 19, 20, 24, 27, 28, 31, 35, 36, 41, 44, 54, 56, 60, 63, 65, 66, 73, 74, 76, 79, 82, 89, 100, 102, 104, 105, 107, 119, 122, 123, 130.
* Ernesto Zedillo Ponce de León (1994 hasta 1996 treinta y siete artículos reformados)	16, 20, 21, 22, 35, 36, 41, 54, 55, 56, 60, 73, 74, 76, 79, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 116, 122, 123. Pero en su totalidad hasta el 2000 son setenta y ocho artículos reformados.
ARTICULOS MAS REFORMADOS	
La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene 136 artículos	
38 no han sido reformados	Hasta el año 2000.
32 han sido reformados una sola vez	6, 10, 17, 19, 22, 24, 25, 26, 29, 37, 44, 46, 48, 59, 61, 67, 70, 72, 77, 85, 88, 90, 92, 103, 109, 112, 113, 114, 130, 133, 134, 135 hasta 1996.
42 han sido reformados de dos a cuatro veces	5, 16, 18, 20, 21, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 41, 42, 49, 51, 53, 56, 58, 63, 65, 66, 69, 78, 83, 84, 93, 95, 96, 99, 100, 101, 102, 105, 106, 108, 110, 116, 117, 119, 122, 127, 131 hasta 1996
17 han sido reformados de cinco a nueve veces	3, 4, 28, 43, 45, 52, 54, 55, 60, 76, 82, 94, 97, 98, 104, 111, 115 hasta 1996.
7 han sido reformados diez veces o más	27, 73, 74, 79, 89, 107, 123 hasta 1996.
El Artículo 73 es el mas reformado hasta el año 2000.	

5. MÁS CÁRCEL VERSUS MENOS CLASIFICACIÓN RECLUSA.

(RACIONALIDAD DE PALIATIVOS Y FICCIÓN)

La cárcel es un espacio cerrado y reductor, que **se expande, se multiplica y se afianza como medio y fin para la imposición de una pena de privación de libertad.**

Sin embargo, la cárcel como un espacio cerrado no está en relación directa con el conjunto de los fines de la propia institución carcelaria, puesto que en dicho espacio los fines son distintos o divergentes. Esto es, la cárcel, resulta ser por un lado, uno de tantos espacios cerrados donde se fomenta la disciplina, y por el otro lado, una estructura donde se instrumentan y articulan fines divergentes, porque al ser una estructura compleja la cárcel, sus fines se concretizan en castigar y resocializar; entonces entre más contradictorios sean sus fines más valor adquiere dicha institución como medio de articulación del castigo.

Este discurso divergente a partir del análisis desarrollado en torno a la genealogía del castigo, evidencia un objeto privilegiado de apropiación política, que es producto de las prácticas deformadas de una institución del castigo, que adquiere una transformación a partir del internamiento monacal. Siendo que paradójicamente es en el recinto religioso donde están las raíces de la nueva forma del castigo y la administración de la pena de prisión moderna.

La cárcel al erigirse en un espacio cerrado, desde su concepción monasterial, se estructura en una dinámica de absorción, identidad y complicidad, en cuya superficie se alojaban una variedad de sujetos, que dentro de una ideología moderna de la cárcel, se concibe como la lógica del intercambio criminal, esto en razón de que el loco, el indigente y el delincuente conviven en mismo espacio, conservándose así en la cárcel actual la antigua confusión en la identificación del criminal.²⁸⁹

Sin embargo, al hacerse un simple cambio de transferencia de sentido en el discurso legitimador de la cárcel, la destrucción de la antigua homogeneidad criminal, únicamente se verifica dicho cambio en la diversificación de la construcción de los recintos carcelarios con base en la técnica y la ciencia moderna, donde se pretende observar y clasificar a los criminales y separarlos de los locos, con el fin de que a los primeros mencionados, se les aplique una terapia regeneradora y reeducativa dentro de la cárcel, en tanto a los

²⁸⁹ Vid. Foucault, Michel. *Genealogía del Racismo*. 1ª. Ed. La Piqueta. Ed. España. 1992. pp. 15 a 32. Cfr. Donzelot, Jacques. *Espacio Cerrado. En Espacios de Poder*. 2ª. Ed. La Piqueta. Ed. España. 1991. pp. 27 a 34.

segundos, se les brinde una medicalización dentro de otro espacio cerrado como son los manicomios.

El espacio carcelario, sigue manteniendo la bifurcación entre la razón y la sinrazón de la funcionalidad del sistema. Ya que la cárcel es un poder que relega, individualiza, diferencia, clasifica y homogeneiza, por ende, un sistema que encarna simplemente un poder de castigar y de reprimir. Así el poder de la razón se inscribe en un proyecto fundamental de radicalización y ensanchamiento de la misma sinrazón.

Luego entonces, el auge del conocimiento técnico y científico, fomento la ideología de la observación, del examen y de la medicalización en el castigo, provocando un ahondamiento y multiplicación del universo carcelar moderno, que consiste en erigir nuevas prácticas de control y de vigilancia, esto es una nueva genealogía del poder.

Sin embargo, actualmente la cárcel es un modelo negativo y represor del funcionamiento del poder, independientemente de ser un esquema positivo o reproductor de poder. Así la mecánica del poder de castigar, fluctúa en una simbología ideológica simple, que consiste en cercenar toda relación de vida para poder administrar escrupulosamente esa misma relación de vida.

Por ello, la modernidad nos traslada a un espacio de locura y muerte, ésta interconexión fomenta la tecnología del poder, que se desarrolla desde una estrategia racional de organización social, misma que encierra toda la problemática de lo que se denomina "gubernamentalidad."²⁹⁰

De modo general, diremos que la estructura de la cárcel moderna y la naturaleza del castigo que ejerce con la pena de prisión, justifica una realidad compuesta y una abstracción mitificada del castigo y de la pena-prevención, cuya institución, en su medios y fines pretendidos se encuentra más limitada de los que se cree, de ahí la importancia de este análisis que permite verificar la preocupación gubernamental de crear más

²⁹⁰ Foucault, Michel, La Gubernamentalidad, En Espacio de Poder, 2º, Ed. La Piqueta, Ed. España, 1991, pp 9 a 25. Foucault, señala que la historia de la gubernamentalidad presenta tres cosas: " 1) "el conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, cálculos y tácticas que han permitido ejercer esta forma específica y muy compleja de poder que tiene por blanco la población, por forma principal de saber la economía política, y por los instrumentos técnicos esenciales los dispositivos de seguridad. 2) La tendencia que en Occidente no ha dejado de conducir, desde hace mucho tiempo, hacia la preeminencia de este tipo de poder que se pueden llamar gobierno sobre todos los otros: soberanía, disciplina, etc., que ha implicado, por una parte, el desarrollo de toda una serie de aparatos específicos de gobierno, y por otra, el desarrollo de todo un conjunto de saberes. 3) El proceso, o mejor, el resultado del proceso a través del cual el Estado de justicia del medioevo, convertido en Estado administrativo en los siglos XV y XVI, se encuentra poco a poco gubernamentalizado." Termina Foucault, señalando: " (...) Vivimos en la era de la gubernamentalidad descubierta en el siglo XVIII (...)"

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

espacios carcelarios, sin pensar en estrategias que fomenten un respeto a los derechos fundamentales de los reclusos.

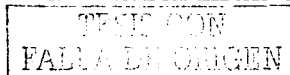
Así bajo esta temática, podemos constatar que ese poder de gubernamentalidad ha venido creando solamente más espacios carcelarios, sin tomar en cuenta las características de los sujetos reclusos, por ejemplo: en México, de acuerdo al informe elaborado en el mes del mayo de 1994, por la Secretaría de Gobernación, se sabe que existían en la República Mexicana 444 centros de reclusión que comprendían prisiones preventivas y para sentenciados, distribuyéndose de la siguiente manera: 124 Centros de Readaptación Social, 5 Penitenciarías, 25 Reclusorios Preventivos, 177 Cárceles Municipales, 86 Cárceles Distritales, 26 Cárceles Regionales y 1 Colonia Penal en las Islas Marias.

En cambio el Plan Nacional de Desarrollo de 1995-2000, establecía que de los 437 centros penitenciarios que integraban el sistema, solamente 340 fueron construidos exprofeso para albergar internos, y 97 eran instalaciones adaptadas, incluso dichas instalaciones eran construcciones del siglo XIX.²⁹¹

Ahora bien, dentro del mismo el PND del año de 1995-2000, se manejaba una población total penitenciaria de 90,574 internos, entre ellos 90,333 eran hombres y 3,241 mujeres. Por lo que hace a la población del Fuero Común se manejaba un total de 70,288 internos, de los cuales 36,210 eran procesados y 34,078 sentenciados; la población del Fuero Federal era de 23,286, de los cuales 9,062 eran procesados y 14,224 ya estaban sentenciados. En comparación con la población penitenciaria del período de 1988-1995, existía un incremento del 25.59 por ciento en el promedio anual. Es decir, la población penitenciaria tiende a crecer o a mantenerse en su mismo nivel. En tanto, en el año de 1994, la Comisión Nacional de Derechos humanos, establecía que la población carcelaria en el país era de 97,675 internos.²⁹²

²⁹¹ Cfr. Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000. Como se verá y fundamentará en las páginas siguientes, en las prisiones preventivas y en las penitenciarías, se encuentran indistintamente, reclusos procesados y sentenciados, por lo que el nombre que se les asigna no es muestra de su función real. Así, el sistema penal mexicano se integra de cárceles de mínima, media y alta seguridad, su objetivo y estrategia se centra en readaptar y adaptar, respectivamente, a los adultos y a los menores infractores, de conformidad con los fines específicos de la política criminal mexicana.

²⁹² Fuente: Comisión Nacional de Derechos Humanos. La capacidad instalada en el Sistema Nacional Penitenciario era de 91,548 espacios que dependían en todos los órdenes del gobierno durante el año de 1995, y se encontraban distribuidos de la siguiente forma: Gobierno Federal: con 83 establecimientos. El entonces Departamento del Distrito Federal: con 8 establecimientos. Los Gobiernos Estatales: 274 establecimientos penitenciarios. Autoridades municipales 150 establecimientos; teniendo un total de 437 centros penitenciarios. Con esto se observa una variación en la cifra si consideramos que la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 1994, hablaba de 436 Centros penitenciarios del Fuero Común, a cuya cifra se agregaban 2 de máxima seguridad, siendo que existía una población de 97,675 internos entre sentenciados y procesados. En los últimos años se ha intensificado la actividad concerniente



Atendiendo al fuero, ya sea común o federal, en la mayoría de los establecimientos se encuentran reclusos, igualmente, tanto sentenciados y procesados del fuero común como del fuero federal. Un ejemplo claro de esta situación, la observamos en el Distrito Federal, en donde la población carcelaria en el año de 1998 se encontraba distribuida de la siguiente forma: En el fuero común: los procesados hombres eran 2983, entre tanto que las mujeres, eran 149; por lo que hace al fuero federal los procesados eran 717 hombres y 17 mujeres. Los sentenciados del fuero común eran 6095 hombres y 280 mujeres. Por último, en el fuero federal 1261 hombres y 54 mujeres.²⁹³

En consecuencia, observamos que en los centros de reclusión existen indistintamente delincuentes del fuero común como del fuero federal, tanto se encuentran reclusos en prisión preventiva como sentenciados e incluso en algunos casos, no existe la división de los espacios carcelarios para hombres y mujeres, luego entonces, la realidad no concuerda con los planes estratégicos de la política gubernamental anunciados.²⁹⁴

Asimismo para actualizar estas cifras, hasta octubre del año 2002, existen en México, 448 penales, y conforme a las cifras oficiales en el país hay 174 mil presos, de los cuales 166 mil son hombres y 7 mil 841 mujeres. La capacidad instalada es de 136 mil 447 reclusos, en tanto la superpoblación actual en las cárceles es de 35

a la construcción de centros de reclusión, por lo que, con la existencia de los CERESOS (Centros de Readaptación Social) y de los CEFERESOS (Centros Federales de Readaptación Social) podrá decirse que, se ha mejorado externamente la imagen penitenciaria en cuanto a edificios se refiere, ya que el criterio arquitectónico que se está aplicando en nuestro país, en cuanto a la construcción de nuevos Centros de Readaptación Social, es para sustituir antiguas prisiones, entonces, atendiendo a las instalaciones, se trata de adecuar tales centros a su fin y funcionamiento (agui involucramos ya racionalidad de estética únicamente, en concepto de bello o bonito por fuerza). Su construcción se ha basado en un proyecto de reclusorio tipo, conforme al cual deberán construirse todos los establecimientos penales de la República. Se pretende así mismo, que estos edificios cuenten con instalaciones anexas que contengan los Tribunales de Justicia, aduanas para vehículos y para personas, instalaciones de gobierno y administrativas, estancia de ingreso, centro de observación y clasificación, servicios médicos, servicios técnicos (trabajo social, sicología, criminología, etc.) dormitorios, áreas de servicios generales (cocina, lavandería, tortillerías, panadería, etc.), centro escolar, área de visitas familiar, servicios creativos y deportivos y edificios para visitas íntimas, lo cual realmente no existe. Esto solamente presenta un avance arquitectónico y de organización.

²⁹³ Fuente: Secretaría de Gobernación. El 1994, la Secretaría de Gobernación realizó un análisis a 81 Recomendaciones de la CNDH efectuadas a distintos centros de reclusión, durante 1993, y 1994, comprendiendo desde cárceles municipales y federativas de la República Mexicana. En cuanto a separación de reclusos, se reporta lo siguiente: En 24 centros (41.98) los internos estaban sin clasificar; En 5 casos (6.18) no existía separación entre hombres y mujeres, y En 2 centros (2.48) se encontraron menores infractores entre la población.

²⁹⁴ Con el propósito de completar el panorama del estudio realizado por la Secretaría de Gobernación en 1994 a recomendaciones de la CNDH, y del cual ya se ha hablado anteriormente, se tomaron los siguientes datos en cuanto a la infraestructura carcelaria: En 21 centros (25.9%) no habían área de visita íntima. En 10 (12.3%) faltaba acondicionar espacios para dormir. En 8 (8.8%) se carecía de sanitarios en las celdas. En 6 (7.4%) hubo ausencia de áreas de visita familiar. En 6 (7.4%) faltaba biblioteca. En 5 (6.11%) se requirió acondicionar un área femenil. En 3 (3.7%) faltaban áreas para talleres. En 1 (1.2%) se carecía de área de máxima seguridad. Un ejemplo fehaciente es la recomendación realizada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos bajo el número 108/96 del 13 de noviembre del año 1996, que dio motivo a la específica investigación en diciembre del año 1996, donde destaca la problemática que existía en el sistema penitenciario de Oaxaca, estableciéndose: que la mayoría de los penales no habían sido construidos expresos para servir a centros penitenciarios, donde 21 cárceles, que representaban el 75 por ciento, funcionaban en edificios viejos, mal construidos o mal ubicados (generalmente en áreas anexas a los palacios municipales) o contando con la estructura acorde con los lineamientos técnicos en materia penitenciaria; siendo que solamente 6 habían sido construidos expresamente.

TFPSIC CON
FALLA DE ORIGEN

mil 590 internos. Esto significa que la tendencia anual de crecimiento de la población carcelaria en el ámbito nacional registra un aumento entre 10 mil y 12 mil presos.

Esto quiere decir, que a pesar de que se construyan más cárceles, las mismas no son suficientes para la capacidad instalada y la tendencia anual de crecimiento de la población carcelaria.

Esto muestra la realidad mexicana donde la mayoría de los centros penitenciarios del fuero común, es decir, de los gobiernos estatales y municipales, son instalaciones penitenciarias que han sido adaptadas en lugares no acordes a las necesidades del recluso. Nuevamente se ve la incongruencia entre los fines y medios de los sistemas carcelarios en México.²⁹⁵

Luego entonces, porqué se pregona un Estado de derecho en México, si se violenta de manera tan evidente derechos fundamentales de los reclusos en cuanto al espacio donde se encuentran reclusos, así como el principio de clasificación de los internos.

Así por un lado, el artículo 18 párrafo primero de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, enarbola un principio de seguridad jurídica para toda persona reclusa; misma garantía que se relaciona al punto número 8º. De las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*, adoptada por Naciones Unidas el 30 de agosto de 1955, en Ginebra, mismo ordenamiento que establece: "(...) Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo, edad, sus antecedentes, los motivos de su detención, y el trato que corresponda aplicarles(...)". Además se recomienda la separación de mujeres y hombres, por ende, la necesidad y el deber de una separación de sujetos procesados, de los que se encuentran cumpliendo sentencia, e incluso de los detenidos jóvenes de los adultos.

Encontrando con ello, que en México, no existe realmente una clasificación de la población que se encuentra reclusa en los Centros de Prevención y de Readaptación Social.

Para darle mayor objetividad a esta idea, Luis González Placencia (1994), afirma, que los criterios de clasificación de la población penitenciaria, se constituye en un derecho de

²⁹⁵ A pesar de esto, el fecha 14 de enero de 1999, el periódico la *Jornada* publicó una nota donde se anunciaba por el entonces Secretario de Gobernación Francisco Labastida Ochoa, que se construirían 15 reclusorios más en dos años en todo el país, que permitiría la capacidad de 38,000, nuevos espacios para reclusos, es decir, volvemos a la idea de multiplicación de cárceles, como medidas de los programas de Seguridad Pública que implementa el Estado mexicano. Sin dar solución al problema del delito, del delictante y la inseguridad social.

los internos, para una estancia digna dentro de la prisión, pero además agrega "(...) traza un límite respecto de cualquier otro fin que implique molestias innecesarias a las personas que, por razones cautelares o penales, se encuentran reclusas en las instituciones penitenciarias del país(...)" ²⁹⁶

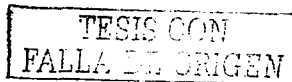
Por tanto, la falta de clasificación de los reclusos en los Centros Preventivos de Readaptación Social, son una verdadera violación de derechos humanos, como lo asevera Luis González Placencia, luego entonces, esto justifica el aumento en la represión punitiva del Estado en la aplicación de la prisión preventiva y definitiva, que produce así como el aumento de privilegios a determinados internos, o en su caso que agravan tanto social como jurídicamente los niveles de etiquetación y estigmatización de los reclusos.

Luis González Placencia, señala que por clasificación debe entenderse "(...) el procedimiento mediante el cual son asignados los internos a las distintas instituciones penitenciarias, hospitales y colonias penales cualquiera otra prevista por la ley, sean éstos de alta, media o baja seguridad, o bien a las áreas de alojamiento y convivencia dentro de una institución penitenciaria." ²⁹⁷

Por lo tanto, se debe considerar la clasificación de los internos como una medida instrumental, temporal y revisable, siendo que no tiene un fin en sí misma, por ello, la clasificación deberá permitir el pleno ejercicio de derechos de mayor jerarquía, en especial el respecto irrestricto de los derechos fundamentales del hombre como el de la igualdad ante la ley y la prohibición a la discriminación, el de respeto a la integridad física, psíquica y moral, entre otros.

En consecuencia, se puede observar que de acuerdo a los datos estadísticos analizados, no se cumple con el mandato establecido en el artículo 18 párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en cuanto a la separación de procesados y sentenciados reclusos en los Centros Preventivos de Readaptación Social, tampoco se cumple con lo previsto por el artículo 8º De las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos del 30 de agosto de 1955, adoptadas por Naciones Unidas, que se relaciona con las leyes secundarias de nuestro país, que previenen la clasificación de los procesados y sentenciados.

²⁹⁶ González Placencia, Luis. Criterios para la Clasificación de la Población Penitenciaria. C.N.D.J.L. Ed. Mexico, 1994, p. 5
²⁹⁷ Ob. Cit. p.9.



En este sentido, por ejemplo: el artículo 19 del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, establece como un derecho la clasificación de internos, con el fin de ubicarlos en el medio idóneo de convivencia, lo cual resulta una falacia en la práctica diaria. Por el contrario se presenta un problema de hacinamiento y superpoblación penitenciaria muy grave, en deterioro de la dignidad del sujeto recluso.

Por otro lado, a pesar de estos esfuerzos de construcción carcelaria estatal, podemos verificar la existencia de violaciones a derechos humanos de los reclusos en este rubro también, puesto que las Normas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptada por Naciones Unidas de fecha 30 de agosto del año de 1955, establece en su principio 9.1 que los locales destinados a los reclusos, deberá ser ocupado por una sola persona, dice textualmente: "(...) Las celdas o cuartos destinados al aislamiento nocturno no deberán ser ocupados más que por un solo recluso. Si por razones especiales, tales como el exceso temporal de población carcelaria, resulta indispensable que la administración penitenciaria central hiciera excepciones a esta regla, se deberá evitar que se alojen dos reclusos en cada celda o cuarto individual(...)".

Entonces se trata de evitar un hacinamiento, pero también implica una situación de clasificación y selección de las personas reclusas por los motivos ya especificados con antelación, siendo aspectos primordiales en la estancia temporal o permanente de los internos en un centro de reclusión, ya que el no realizar esta actividad puede traer deterioro físico y psíquico en la persona del recluso.

Si consideramos lo señalado por Luis González Placencia (1994) en el sentido de que los derechos humanos constituyen un conjunto de facultades, que en cualquier momento histórico, deben justificar las exigencias de la dignidad humana, es decir, que deben prevalecer en todo tiempo y lugar.

En consecuencia la exigencia al respeto de los derechos humanos y fundamentales de un ciudadano incluso se deben exigir incluso cuando se está en reclusión.²⁹⁸

²⁹⁸ En especial si las propias leyes mexicanas justifican la existencia de dicho derecho fundamental de las personas reclusas, por ejemplo, el artículo 20 del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social en el Distrito Federal, establece que: "El Departamento del Distrito Federal está obligado a proporcionar a los reclusos y centros de readaptación social, los recursos suficientes para que los internos vivan dignamente..." Entre tanto, el artículo 133 de dicho ordenamiento establece: "Los internos de los establecimientos se alojarán en dormitorios generales divididos en cubículos para el acomodo de tres personas como máximo." En consecuencia volvemos a la existencia de discursos contradictorios que se plasman en la creación de normas, en su aplicación y en su ejecución práctica, lo que motiva la vulneración a principios fundamentales de subsistencia en el interior de los centros penitenciarios, donde a falta de una justa aplicación de la ley positiva, prevalece la ley natural del más fuerte.

6. LOS PROBLEMAS ETERNOS DE LA CÁRCEL MODERNA.

(RACIONALIDAD TOTAL DE UN ESPACIO CERRADO)

6.1. SUPERPOBLACIÓN. (RACIONALIDAD DE LUGAR Y TIEMPO)

La superpoblación es un tema importante si consideramos que existe una ausencia de adecuada planeación en las instituciones carcelarias, en donde los objetivos, estrategias y pautas a seguir, planteadas por los gobiernos, federal, estatal y municipal, se esquematizan en construcción de más cárceles, pero dichos proyectos se ven rebasados y superados en forma alarmante por el aumento de la población delincuente, esto demuestra también que la delincuencia aumenta, en lugar de disminuir.

Por tanto, la población penitenciaria nunca disminuye, al contrario aumenta, o en caso extremo se mantiene; parece un reflejo fiel de los estándares poblacionales de la sociedad, como una especie de regla Maltusiana. Se habla de superpoblación en materia penitenciaria, cuando se llega al hacinamiento.²⁹⁹

Al hablar de superpoblación, no podemos manejar un porcentaje global. Se habla de capacidad instalada, así como quedo asentado en el subcapítulo 4. se específico que actualmente existe en México, 448 penales, y conforme a las cifras oficiales en el país hay 174 mil presos en tanto la sobrepoblación equivale a 35 mil 590 internos, con una tendencia anual de crecimiento de la población carcelaria en el ámbito nacional registra un aumento entre 10 mil y 12 mil presos.

Ante esta ilustración, es posible darse cuenta de la indefinición del problema desde el punto de vista estadístico donde persiste la tendencia al crecimiento de la población carcelana.

¿Qué eficacia entonces tendrá un Estado de derecho, al multiplicar su marco de leyes positivas si existe más delincuencia versus menos capacidad carcelaria? En

²⁹⁹ En el diario la jornada del 8 de abril de 1997, se dio a conocer la situación de hacinamiento de los internos del Reclusorio Norte, donde en celdas de 4 a 3.5 metros cuadrados viven hasta 29 reos. Puede pensarse que en un espacio de 14 metros cuadrados pueden vivir seis personas en condiciones más o menos llevaderas; si pudiera mejorarse un porcentaje de superpoblación sólo para la celda en cuestión (estancia 9 zonas 2), hablaríamos de un 383% de sobrecupo.

consecuencia, el hacinamiento necesariamente ocasiona tensión, sufrimiento y violencia.³⁰⁰

Puede decirse que las estadísticas oficiales muestran continuamente una forma de hacinamiento, en más del cien por ciento de la capacidad instalada en los centros de reclusión, siendo que el problema a la tendencia de crecimiento de la población carcelaria únicamente, se combate con la creación de nuevos centros de reclusión, que a la postre resultan ser insuficientes, es decir, el hecho de construir más cárceles, no representa la solución al problema de la superpoblación penitenciaria.³⁰¹

Por lo tanto, la superpoblación, es uno de los principales problemas del sistema penitenciario. La solución al problema se desenvuelve en una misma política como es la construcción de nuevos centros de reclusión, la ampliación de los ya existentes y la adecuación de otros más.³⁰²

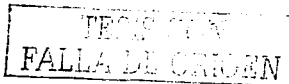
Al respecto Ferrajoli (1986), establece que la tercera parte de la población carcelaria son procesados, así define la prisión como "un lugar de tránsito y de custodia cautelar y no un lugar de pena".³⁰³ Es decir, se privilegia la prisión preventiva, luego entonces la

³⁰⁰ Para llegar a esta cifra de capacidad instalada, debió requerirse de la construcción de nuevos CERENOS (a pesar de que el número de establecimientos carcelarios que se reportaron en 1990, era de 444 establecimientos; posteriormente se disminuyeron a 442 establecimientos en 1997, pero se incrementó nuevamente a 445 en el año de 1999) según la información de la Secretaría de Gobernación) y de ampliaciones de los centros ya existentes, volvíamos a la idea cíclica en torno a la cárcel, no desaparece, por el contrario se mantiene, se multiplica y en últimos de los casos disminuye relativamente, para luego crecer en forma absoluta.

³⁰¹ En la publicación del diario Crónica de fecha 31 de marzo del año 2000, el Ombudsman del Distrito Federal, Luis de la Barrera Solórzano, afirmaba que existía un sobrecupo en los reclusorios del Distrito Federal, de un 115%, cuya capacidad penitenciaria es de 7,892 internos (considerando que en el Distrito Federal existen ocho reclusorios) siendo habitados por 18,967 internos, paradójicamente las cifras se elevan, el hacinamiento de los internos en estos lugares es de quince reclusos, por celda. Cfr. <http://www.cddhde.org.mx/RECCO9405.htm>. En la recomendación número 594, Luis de la Barrera Solórzano declaraba concretamente, esta superpoblación existente en los centros de reclusión del Distrito Federal, por ejemplo en el Reclusorio Preventivo Varadil Norte, se había detectado en el dormitorio Uno 35 internos; en el Dos 40 internos; en el Tres 105 internos, es decir, la desproporción de la población a la capacidad de instalación resulta totalmente irrisoria, lo que implica una situación plena de hacinamiento de los internos en los centros de reclusión pero también de corrupción.

³⁰² La construcción de nuevos prisioneros, ha sido una tendencia generalizada, pero analizando otro tipo de paliativos al problema, combinados con una política neoliberal se tienen los programas de otorgamiento de Libertades Anticipadas, que funcionan bajo las modalidades de libertad preparatoria, remisión parcial de la pena y preliberación, sin embargo, esto fomenta mayor incertidumbre en la situación del recluso, cuando dichas prácticas alternativas a la pena de prisión se concentran encubiertas en situaciones de corrupción. Probablemente se puede tener más éxito si se combate el fenómeno de la superpoblación a partir de sus causas. Al tratar la doctrina de Derecho Penal Mínimo, se ha hablado del abuso del uso de la pena privativa de libertad y se ha sugerido menos prisión a través de la descriminalización o despenalización. Esta es una probable solución, sin embargo la que consideramos más viable, e incluso urge tomar, es la de eliminar la prisión para los internos que no han sido sentenciados, esto es para los presos sin condena. En México se privilegia la prisión preventiva antes que la libertad provisional, con absoluta dependencia de la gravedad del delito que presumiblemente ha sido cometido por el detenido. La detención preventiva es una medida de precaución, tomada por interés social, que consiste en someter a prisión al inculcado o sospechoso durante la instrucción o hasta que el proceso haya dado lugar a una resolución judicial definitiva, se observa aquí, un principio básico de un derecho de convergencia netamente positivista. Si doctrinariamente se habla del principio de inocencia, no es posible aplicar el castigo de prisión preventiva a un individuo por que se presume que es culpable; la pena debe ejecutarse una vez que se ha dictado la sentencia correspondiente.

³⁰³ Ferrajoli, En Poder y Control, Ob. Cit. p. 14.



función de la prisión se transforma en un fin específico como lugar de custodia, es una especie de transferencia de sentido argumentativo moderno, de la cárcel medieval. Ya que la prisión preventiva es hasta en se dicta la sentencia, lo que implica una violación de derechos fundamentales, principalmente del derecho a la inocencia.

A decir de Zaffaroni (1995), la prisión preventiva es " (...) una pena que se aplica, por las dudas al sujeto, la pena tiene como presuntos al de una sentencia, y no puede ejecutarse sin la sentencia de esta (...)"³⁰⁴

En general las prisiones donde la pena primitiva de libertad se aplica de igual forma a todos lo reclusos, declarados culpables o no, esto implica una violación fundamental de derechos humanos del recluso, ya que se le crea una incertidumbre jurídica respecto a su situación específica del proceso penal que se le instruyó. Para mayor abundamiento Josefina Álvarez Gómez (1991) refiere que el 70% de los reclusos de América Latina son individuos que no han recibido una sentencia condenatoria, Por su parte Elias Carranza (1995) nos habla de porcentajes que oscilan entre 45 y 91%.³⁰⁵

Respecto al Distrito Federal, en 1995, Luis González Placencia escribió: "Hoy en día, en la ciudad de México hay un promedio de ocho mil quinientas personas privadas de la libertad, de las cuales solo dos mil están compurgando sentencia".³⁰⁶ Ciertamente el problema de la superpoblación carcelana es grave, pero si existen presos sin condena resulta todavía más grave la situación de los reclusos. El 17 de enero de 1999, el periódico la Jornada, publicaba un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto que en México más de la mitad de sus presos está sin sentencia, siendo procesados en prisión preventiva.

En éste caso específico se vulnera en perjuicio del privado de su libertad, de un derecho fundamental dentro del procedimiento, en el sentido de que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos establecidos que fijen las leyes; conforme a lo establecido en el artículo 17 párrafo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con relación al artículo XVIII, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo de 1948, e incluso en los artículos 10 y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos

³⁰⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. ¿Qué Hacer con la Pena? Las Alternativas a la Prisión, en La Experiencia del Penitenciario Contemporáneo, México, C.N.D.H. 1995, p.92.

³⁰⁵ Cfr. Álvarez Gómez, Josefina. La cárcel ante el Tercer Milenio. Ob. Cit. p. 114. Carranza, Elias. Ob. Cit. pp. 112 y 113.

³⁰⁶ González Placencia, Luis. ¿La cárcel es espacio para la exclusión?, en La Experiencia del Penitenciario Contemporáneo, México, C.N.D.H. 1995, p.12.

Humanos, del 10 de diciembre de 1948. Más aún, que para el dictado de la sentencia, las leyes secundarias del país imponen al juzgador un máximo de quince días para emitir sentencia, sin embargo éste es un problema de espacio y tiempo históricamente hablando.

Se sigue manejando cerca de la mitad de los porcentajes de internos sin haber recibido una condena, personas a quienes se les está violando el principio de inocencia y de legalidad dentro del proceso penal por la prisión preventiva o temporal que se lleva acabo durante el proceso, puesto que en la práctica dicha realidad no concuerda con lo establecido en el artículo 14 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece: " Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades (...) sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos(...)". Además de que este principio fundamental se ve correlacionado a principios que se prevé en lo establecido en el artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

De tal manera, que al privilegiarse la prisión temporal, se les mantendrá reclusos hasta que finalice su proceso, el cual podrá ser, incluso, de varios años; es decir, no se esta respetando un derecho fundamental de presunción de inocencia, independientemente que el delito sea grave o no.

Si realmente se desea aliviar un poco la superpoblación, o por lo menos si se desea obrar conforme a las leyes establecidas en nuestro país, respetando sus principios, la prisión preventiva debe desaparecer, implementándose otras alternativas, y no seguir justificando violaciones a los derechos fundamentales del ser humano, en este caso lo referente al artículo 14 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece un principio de inocencia como seguridad jurídica del ciudadano, pero además un principio de legalidad, en el sentido de que nadie puede ser privado de su libertad, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, donde se cumplan las formalidades del procedimiento.

Sin embargo, la complicación del legalismo extremo del sistema de leyes como las mexicanas motiva que la impartición de justicia se vuelva un procedimiento complejo y tecnificado, bajo una racionalidad de especialización de profesionales, que implican costos enormes para acceder a esa justicia, aunado a cuestiones de corruptelas y autoritarismos, que justifican una realidad contradictoria, de tener por un lado, leyes que reconocen derechos fundamentales y por el otro lado, se hace nugatorio el acceso a los medios para hacerlos valer en caso de violación plena por las

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

autoridades, por toda esa serie de mecanismos rígidos que existen, esto va en contra de lo establecido también a los artículos primero, segundo, quinto, decimoctavo, vigésimo quinto, y vigésimo octavo, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre del 2 de mayo de 1948 o en su caso de los artículos 1º, 2.1, 4º, 5º, 7º, 10º, 11.1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En especial, atendiendo a que para hacer valer las violaciones a los derechos humanos, el procedimiento debe practicarse en forma sencilla y breve, ante tribunales independientes e imparciales, para ventilar la acusación penal en un marco de derechos y obligaciones, pero dentro de un esquema de presunción de inocencia. Idea que contrariamente, sé práctica en la justicia mexicana con la prisión preventiva, dilema difícil de resolver hasta el momento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

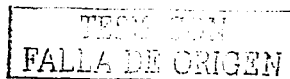
6.2. CORRUPCIÓN. (RACIONALIDAD DE VIOLENCIA Y PRIVILEGIO)

La superpoblación y la falta de edificios adecuados en los Centro Preventivos de Readaptación Social, son un problema determinante en la cultura penitenciaria de nuestro país, que da origen no solamente al hacinamiento de los internos, sino también a situaciones de corrupción y violencia. El costo económico de la cárcel, no solamente afecta al gasto público federal y local, sino también al gasto familiar de los internos, ya que la cárcel, se vuelve un espacio de oferta y demanda, toda la actividad desarrollada hacia el interior, presenta una relación de voluntad de producción y consumo, en otras palabras, todo hacia el interior de la cárcel, se vende y se compra, ya que por cualquier cosa que se desee, hay que pagar una determinada cantidad a los reclusos que tienen el poder de mando dentro del penal o a los mismos custodios que maneja el autogobierno.

Es decir, derechos fundamentales para la dignidad y convivencia familiar, de los presos se ve vulnerada de manera desigual y discriminante, por actos de corrupción plena donde el concepto de valor de cambio y valor de uso mercantil, no tiene un referente hacia una mercancía u objeto específico, sino hacia un derecho fundamental para el goce de ejercicio pleno, que pudiera tener una persona reclusa.

En las leyes mexicanas como se ha venido planteando se establecen los derechos que tienen los reclusos como ser respetado en su integridad física, recibir visita familiar, visita íntima, lo cual se convierte en una letra muerta de la ley, puesto que no se aplica, si embargo, prevalece la normatividad de facto que se instituye como ley hacia el interior de la cárcel, en otras palabras una especie de discurso y lenguaje instruccional, donde todos saben que hacer, por que la actividad de la relación de poder intercarcelario se aprende de facto, no-de derecho.

En este sentido, podemos establecer que se vulnera lo establecido en el artículo 19 párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que establece: "Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.", siendo que también se relaciona a los artículos I, V, XI, XVII; XVIII, de la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo de 1948. así como



el artículo 5º, 6º, 7º. 8º. De la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948.

La facultad potestativa de las autoridades carcelarias para dirigir y administrar la institución justifica una forma autoritaria y represiva del autogobierno existente. De tal manera, que la justificación legal y la construcción de una ilegalidad son factores manifiestos en la creación de la sociedad carcelaria, por que la propia ley establece esas facultades meta jurídicas inherentes a una persona, que propician necesanamente corrupción; **ahora bien, si paradójicamente para tener acceso a un derecho natural y fundamental de convivencia y recreación familiar e incluso de necesidad biológica como sería la sexual, el recluso debe pagar un tributo carcelario, no estaríamos observando y retomando una idea retribucionista del castigo, es decir, de pena-castigo, donde este se multiplica infinitamente no solamente en el cuerpo del interno, sino en sus derechos fundamentales (características de un derecho feudal)**

La pregunta que surge entonces es ¿dónde queda el discurso legitimador del Estado de Derecho, que propugna justificando un esquema del castigo más humano, en la aplicación de la pena de prisión? Si el hacinamiento, la corrupción y el autogobierno legitiman abiertamente hacia el sistema penitenciario, la reproducción de una imagen de castigo sobre castigo, que se esquematiza y estructura en un retribucionismo absoluto y despiadado.

Construir más cárceles no garantiza que el castigo implementado a los reclusos vaya a ser más humano, ni tampoco, el crear o dar nacimiento a un sin número de normatividades que justifiquen legalismos sin aplicación, motivaran que las violaciones en el interior del sistema penitenciario disminuyan. Contrario a lo anterior, dichos factores permiten el aumento de las vulneraciones a los derechos fundamentales de los reclusos, **la política a seguir necesariamente se encuentra en una formación educativa hacia los contenidos y significados de los derechos humanos, ya que una sociedad conocedora de sus derechos puede exigir y luchar por su respeto.**

Los ejemplos de corrupción, salen a la luz pública tanto por organismos gubernamentales, como no gubernamentales, un estudio hecho por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Luis González Placencia (1996), refirió que en cerca de 30 centros penitenciaros de 18 entidades federativas, se detectaron **prácticas corruptas**

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

en torno al otorgamiento de constancias laborales, certificados de estudio, y resultado favorable de los estudios de personalidad.²⁰⁷

Esto simplemente refleja que el sistema que garantiza la resocialización y readaptación de un delincuente, como fin de la pena-prevención, presenta un mal contagioso y endémico, desde quién ausculta esa enfermedad hasta quién la padece.

En esta postura, si los estudios de personalidad son la base del juicio de culpabilidad y de la punición judicial, si se construye un estudio de personalidad bajo este esquema de corrupción, entonces el juez conoce y analiza todo, menos la verdad; cabría entonces establecer en una relación de producción y consumo, que la libertad así vista, presenta un valor de cambio y un valor de consumo. Por ende, si la libertad se vende, el costo dependerá de quién la compra, pero también de quién la ofrece y la vende.

La corrupción es un problema histórico y cultural en nuestro país, pero no es un problema de inteligencia, sino de voluntades sobrentendidas, porque si no podemos hacer lo que queremos en el interior del sistema penitenciario, se toma la decisión de entregar la voluntad a algo que no nos deja ser.

Entonces la corrupción hacia el interior de la cárcel se vuelve como una especie de conocimiento y expresión máxima hacia la libertad, para poder hacer y ser algo; es decir, la libertad tanto en el exterior como en el interior del sistema penitenciario se ve como un capricho y una arbitrariedad. En consecuencia ¿por qué sería necesario el respeto de derechos humanos, en una sociedad carcelaria imbricada en la corrupción, si existen instrumentos y mecanismos extralegales más eficaces para conseguir nuestros fines y propósitos?

Esta pregunta justificaría la realidad de una falta de formación cultural hacia el respeto de los derechos humanos, pero también justifica los alcances represivos que esquematiza la prisión preventiva y definitiva, en un Estado de derecho mal encauzado y entendido, donde se encarna el discurso legitimante con base en un pensamiento humanista bifurcado en una moral medicalizada, que implica simplemente un exceso de racionalidad encauzada y dirigida a la creación y formación de teorías y doctrinas justificantes de un sistema autoritario del castigo.

Donde la corrupción como elemento adicional del sistema del castigo, toma una estructura sumamente violenta y represiva, cuya forma se transforma y después se

²⁰⁷ González Placencia Luis. *Violencia en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana*. México. C.N.D.H. 1996.p. 40

vuelve múltiple, adaptable y amorfa según el lugar y el tiempo. Por eso es necesario que se busque un cambio donde la verdadera dirección del humanismo de la pena nos lleve a un rumbo totalmente diferente, donde se respeta al hombre y la mujer, en su esencia misma, en su verdadera concepción natural y humana.

Luego entonces, retomando el análisis de este apartado, diremos que la corrupción intercarcelaria se convierte en una relación de dominación donde convergen en un intercambio objetivo una relación explotador-explotado y extorsionador-extorsionado. Pero también la corrupción crea estados de desigualdad y discriminación, si consideramos que no todos en la cárcel, pueden comprar privilegios, en muchas ocasiones, los reclusos marginados constituyen la masa que no puede ejercer sus derechos por falta del dinero, es decir, el poder y la fuerza del dinero construyen un mundo, al que no todos los reclusos tienen acceso, sin embargo, estos son los problemas que genera una sociedad sumamente consumista y capitalista, donde el valor de uso y valor de cambio se superponen a cualquier relación de vida. Pero nuevamente señalamos que las relaciones de la cárcel se encuentran imbricadas con relaciones de otro tipo, como son las del orden económico, que convierte al sistema de castigo en una relación multiforme de poder como señala Foucault (1992)

Las prácticas de corrupción tienden a justificar relaciones de valores entendidos y permitidos por las autoridades carcelarias ya sea en forma directa e indirectamente, en el exterior como hacia el exterior de la cárcel, esto resulta evidente en virtud de que en general, el salario del personal penitenciario es bajo.³⁰⁸

Por ejemplo la recomendación 5/94 que emitió la Comisión de derechos humanos del Distrito Federal, enfatizaba por un lado, que el número de custodios y de personal en los centros de readaptación social no era suficiente, y por otro, afirmaba, que la corrupción de los custodios se estructuraba por los bajos salarios que no eran equitativos al trabajo de alto riesgo que desempeñaban. Si ha esto le agregamos que por cada dos custodios, se les pone a su cargo de cuidado doscientos reclusos, entonces las tensiones y las tentaciones hacia la corrupción son fuertes.

³⁰⁸ En este caso particular diremos por ejemplo, que en el periódico la Jornada de fecha 19 de octubre de 1998, se hablaba de irregularidades de las autoridades penitenciarias del Distrito Federal, en la compra y adquisición de bienes, por un monto de ciento veinte millones de pesos mexicanos, durante el ejercicio fiscal de 1996 (esto nos recuerda el caso de Manuel Montesinos en España, donde no se justificó su fortuna acumulada durante el tiempo que estuvo a cargo de un centro penitenciario) que no fueron justificados debidamente. Eliminar la corrupción de los penales es una tarea imposible puesto que se trata de una forma de vida; en especial, porque se crean intereses de carácter económico. Por ejemplo: la recomendación número 16/95 que emitió la Comisión de derechos humanos del Distrito Federal, hace énfasis que en fecha 3 de mayo del año de 1995, algunos internos del dormitorio 10 del Reclusorio Preventivo Varón Norte, gozaban de privilegios ilegítimos, obtenidos mediante dadas a las autoridades de dicho centro, incluso los elementos de seguridad estaban en servicio particular de esos reclusos.

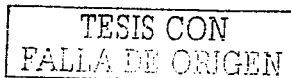
En cambio en este punto las Naciones Unidas, recomiendan un custodio por cada diez presos en los centros de reclusión.³⁰⁹ Pero el aumento de salarios no es la panacea a la solución del problema, porque se tendría que crear una cultura de valores eficaces contra la corrupción; ahora bien, no solamente los custodios se ven inmersos en la corrupción sino todo el personal interdisciplinario. Por ejemplo: el **Director General de Reclusorios del Distrito Federal, declara al diario la Jornada el 1º. de marzo de 1998**, que el problema de corrupción se enfoca en el personal de custodios, en razón de que es allí, donde se nota el problema, pero no es donde ocurre más, puesto que a nivel del personal administrativo y del técnico, también existe esa corrupción, situación que confirma lo señalado por Luis González Placencia (1996), respecto a la venta de estudios de personalidad y otras constancias carcelarias.

Bajo esta temática la corrupción crea en sí misma, un fenómeno de injusticia de clase, tanto en el interior de la cárcel, como al exterior de la misma, no solo para efectos de compra de privilegios, sino también para garantizar beneficios judiciales, así lo internos sin dinero no podrán pagar un abogado particular que les asista durante su procedimiento, por ende, serán atendidos por los defensores de oficio, quienes con limitaciones de salario, y de instrumentos de trabajo, no llevan a cabo una buena defensa; entonces, ¿por qué o para qué crear más cárceles? Si no readaptan, especialmente, si en esa institución cerrada se observan un autoritarismo y una represión extrema del sistema del castigo, donde el hacinamiento, la corrupción, la violencia y los autogobiernos entre otras situacionalidades, generan necesariamente valores contrarios a los perseguidos, por la readaptación, es decir, en el interior de la cárcel se forman principios de desvalor social y de la calidad humana de los sujetos.

La readaptación, vista desde este punto, genera la metamorfosis cíclica para la reproducción de la delincuencia, al crear el desvalor hacia la propia integridad física, psíquica y moral del sujeto en reclusión.

En consecuencia, sé formularia el siguiente cuestionamiento **¿qué valores desarrollaría un sujeto que se ve sometido a actos de represión, violencia, discriminación, desigualdad, de afectación física, psíquica y moral, de ataques a su intimidad familiar en el proceso científico de readaptación? Así como la interrogante ¿qué respeto se puede exigir a un sujeto expuesto a violencia física y moral, de los derechos de los otros en una relación de alteridad?** La respuesta no es fácil de dilucidar dadas las condiciones a las que se somete a un individuo recluso, donde primeramente se tienden a que pierda toda integridad y dignidad humana, en segundo

³⁰⁹ Fuente: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.



término, pierde todo derecho a su vida social y familiar; esto en razón de las reglas facto que se reproducen en el interior de la cárcel. Volvemos a una relación de poder y dominio en una concepción naturalística, en una especie de **leviatán resucitado**, donde la supremacía del más fuerte o la fuerza motivadora del dinero, no solamente producirán la desigualdad y discriminación de internos, como una idea de injusticia, sino además permitirá al sistema reproducirse o multiplicarse, en virtud de que la clase marginada reclusa, no va tener los instrumentos necesarios para obtener privilegios, ni muchos menos podrán acceder a una pronta libertad.

La desmesura normatividad o la continua creación de leyes, no concuerdan con la idea de un Estado de Derecho; por el contrario, el sujeto recluso y marginado, presenta síntomas de molestia, intranquilidad, insatisfacción y una continua represión, al ver que la ley no se cumple, por ello, sus derechos resultan ser, como bien lo señala Iñaki Rivera Beiras, derechos de segunda categoría.

Parece ser que la cárcel se rige por la costumbre, donde todos en su interior, deberán transgredir las leyes en forma frecuente y como consecuencia, paradójicamente se constituya en una costumbre el vulnerar de derechos humanos como un acto natural. Podría ser que los mexicanos hayamos descuidado por generaciones el hecho de que las personas no sientan remordimiento o molestia alguna cuando se viola la ley; por el contrario se observa un sentimiento de satisfacción al emplear los mecanismos e instrumentos para lograr su inobservancia o su inaplicación, a través de un acto corrupto. Entonces cabe preguntarse ¿Cuánto vale el derecho ha ser libre?, La respuesta se tendrá de acuerdo a la perspectiva y situación específica del sujeto, que por un lado, la justifique como un derecho fundamental, y por el otro, del sujeto que simplemente la observa para transitar.

El fenómeno de la corrupción al estar generalizado en todas las dependencias gubernamentales y en todo el país, sabemos, también que se verifica en la cárcel, el sistema se vuelve más efectivo considerando que se trata de un espacio debidamente determinado, perfectamente cerrado, así la corrupción se vuelve totalmente circular. En ese orden, se puede ir viendo que la corrupción crea a su vez círculos de vicio, donde otro problema importante dentro de la cárcel es el tráfico ilegal especialmente del de las drogas.¹¹⁰

¹¹⁰ El Director de Reclusorios del Distrito Federal reconoció en declaración difundida en el periódico la Jornada de fecha 11 de marzo de 1998, que existían bandas organizadas de narcotraficantes que trabajaban en colaboración de las autoridades penitenciarias. Entonces la cárcel genera con esta actividad otro tipo de población carcelaria que será adicta al uso alguna droga a otra adicción creando con ello, relaciones de dependencia, que se fomenta en el interior

Luego entonces, ¿cómo es posible que en este tipo de encierro una persona pueda readaptarse?. Nos encontramos ante una concepción totalmente nula de la readaptación. De tal manera, que dentro del sistema penitenciario se realizan nuevamente esas relaciones de voluntad de producción y consumo, a la cual se adicionan otros elementos como son la comercialización de drogas y alcohol.

Nuevamente vemos los valores de cambio y de uso, que se reproducen en esas relaciones imbricadas de la cárcel, cabría entonces preguntarse ¿De qué manera llega la droga, el alcohol, y las armas, a manos de los reclusos? Se vuelve a reiterar que la actividad de las autoridades carcelarias se encuentra inmersa en actos plenos de corrupción.

Todos estos ejemplos, ponen en evidencia la actividad carcelaria, por lo tanto, si la corrupción se ve inmersa en una serie de relaciones ilegales para regular la vida carcelaria, la situación de los derechos humanos para un respeto de vida digna y humana del recluso, se pierde en este laberinto de soledad, represión, autoritarismo y corrupción; así, el pretendido fin readaptador de la pena-prevenición moderno, encubierto en postulados humanistas de un derecho ecléctico de la defensa social, pierde legitimidad en su contenido, pero en especial justifica su fracaso, puesto que sus postulados reflejan en palabra de Ferrajoli (1995) un derecho penal máximo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de la cárcel, y reproducen necesariamente una racionalidad imbricada de corrupción y poder, pero de violación manifiesta de derechos fundamentales de los internos. En el periódico la Jornada del 23 de julio de 1998, se afirmaba que un ex jefe de vigilancia de los penales preventivos Sur y Norte en el Distrito Federal, y una custodia, se ponían de acuerdo para introducir la droga a los penales capitalinos; en este mismo periódico se hace alusión a que familiares de internos también fueron detenidos con marihuana, siendo que llevaban dos mujeres tan sólo llevaban 37 gramos de dicha hierba para sus familiares. Pero no acaba aquí el ejemplo, sino que también se descubrió en pesquisas realizadas, y llevadas a cabo en razón de los testimonios de los reclusos y personal penitenciario, que el narcotráfico había creado redes importantes en los reclusorios cuyas complicidades llegaban a los niveles de mano superior. Si anteriormente, se traficaba con pastillas o marihuana, ahora en el interior de la cárcel se vende y distribuye la cocaína. En la citada recomendación 594, se advierte que en la investigación realizada en fecha 8 de mayo de 1994, la Comisión de derechos humanos del Distrito Federal, encontró que un gran número de reclusos se encontraba bajo el efecto de alguna droga, incluso se había detectado alguna hostilidad de los reclusos hacia algunos custodios, porque habían impedido el ingreso de la droga; más aun que dichos internos drogadictos se encontraban generalmente con la demás población.

6.3. AUTOGOBIERNO. (RACIONALIDAD IMBRICADA)

El poder al interior de una prisión se convierte en un autogobierno, en este sentido, existen grupos de poder, fuertemente armados, compuestos por reclusos que controlan el tráfico de enervantes, la venta de licor, la prostitución, que además venden protección y seguridad a otros internos, y que incluso ofertan muchos de los servicios que deberían ser otorgados gratuitamente a la población interna como derechos fundamentales. Por ejemplo con esto, nuevamente se reitera la violación de derechos fundamentales, mencionados en el artículo 19 párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y los demás relativos ordenamientos del orden internacional y expresados de las declaraciones de derechos humanos ya supracitados.³¹¹

El llamado "autogobierno", crea al interior de los centros de reclusión, parcelas de poder que son dirigidas por los internos más fuertes, para explotar a los más débiles, generando una corrupción encubierta por las autoridades. En contrapartida, "gubernabilidad" en una institución carcelaria puede entenderse, como las condiciones para garantizar a la preeminencia de las medidas de gobierno legal que provienen de la institución, es decir, de las normas y de las autoridades de la prisión sobre los fenómenos de autoridades que se dan entre internos o custodios. La C.N.D.H. señala que el tema en muchos casos es justificado por las autoridades encargadas de los establecimientos de reclusión, argumentando la falta de personal de seguridad y custodia.

Un gobierno ilegal en la prisión origina un contexto en el que la convivencia se hace intolerable: cobros ilegales, tráfico de drogas, segregaciones, ventas de licor, control de la visita íntima, introducción de armas y corrupción de custodios y, aun de personal técnico y directivo. Todo esto se constituye en verdaderas acciones de autoritarismo y de violación de derechos humanos de los internos. El problema se presenta cuando el autogobierno amenaza y desestabiliza a la misma autoridad, cuando el poder es mayor al interior que al exterior. Todo esto, consecuentemente desemboca en violencia, luego entonces el primer tipo de violencia originado, se da por la lucha del poder, lo que dará origen a los llamados amotinamientos éste tipo de violencia se

³¹¹ Entre esos derechos limitados se encuentra en el poder de decisión de los autogobiernos se encuentra, el agua, la electricidad, las camas, los colchones, el uso del teléfono, de los servicios sanitarios y de los espacios para la visita íntima: cuando los pagos no son requeridos por los custodios, éstos deben ser pagados a los mismos presos que ostentan el poder al interior de la prisión. En el estudio realizado por la Secretaría de Gobernación en 1994, a las 81 Recomendaciones de la C.N.D.H., fueron detectados 20 centros donde faltaba control en las funciones de la autoridad en cuanto a supervisión y administración, en las que se recomienda la eliminación del autogobierno: en términos porcentuales, los 20 centros supervividos, representan el 24.6% del total de las instituciones supervividas.

origina cuando los reclusos se revelan y reaccionan en contra de los que ejercen ese sometimiento discriminado y desigual. Por ejemplo, en México durante el año de 1994, se verificaron 44 motines, en los que participaron aproximadamente 7,980 internos de las diferentes cárceles del país.³¹²

El abuso, la violencia y la desigualdad que se forma alrededor de toda esta relación de autogobierno, van generando necesariamente un instinto de autoprotección y autodefensa natural de los individuos que se encuentran dentro de la cárcel, legitimando acciones de facto para poder sobrevivir, paradójicamente se va produciendo necesariamente una tendencia a la venganza privada o colectiva, como resolución de conflictos.

Así la coexistencia de factores normativos y no normativos, producirá y reproducirá un fenómeno dinámico de violencia e inseguridad en el interior de la cárcel, similar en funcionamiento e instrumentación en el contexto social normal.

Salvo que en un espacio cerrado y total, la represión, violencia e inseguridad son instrumentos de mayor eficacia para determinar la relación de poder y dominio.

Es aquí, donde la concepción del Estado de derecho, se percibe como el de Estado simplemente legalista, encubridor de un sistema represivo y de aplicación máxima de derecho penal con características netamente médicas y de curación.

Donde el significado de la pena-prevención se pierde en una práctica de transferencia de sentido del castigo. Puesto que se sigue produciendo igual cantidad de violencia con la pena de prisión moderna, si lo comparamos con el sistema de pena-venganza o de pena-retribución, salvo, que el sistema moderno del castigo erigido en una estructura más sólida y dinámica de reproducir el castigo.

Esto nos obliga a reiterar que tal práctica del castigo se desarrolla en forma autoritaria, luego entonces, se produce necesariamente violencia sobre violencia, castigo sobre castigo, violación sobre violación de derechos fundamentales.

³¹² Fuente: Secretaría de Gobernación.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El problema del autogobierno carcelario entonces es una práctica que se auto legitima, por sus propios personajes, por lo tanto, la violencia que genera esa relación imbricada de autoridades e internos, actualmente no puede ser vista como un fenómeno antinatural, sino como un fenómeno natural, como un hecho que forma costumbre, donde la ley de facto, es un fenómeno que se repite y crea no sólo violencia e inseguridad como ya se expreso, sino también lazos de convivencia (de manera similar que en el exterior social)³¹³

No obstante al interior de la prisión, la violencia da otro significado a la violencia que se genera en la misma privación de libertad. Por ende, **violencia y prisión en nuestros días son términos inseparables, como indisoluble es la historia del castigo y la violencia.** Por su parte, Franco Basaglia dice: " (...)La violencia y la exclusión son justificadas en estos sitios (prisiones y manicomios) en nombre de la necesidad, como consecuencia de la finalidad educativa para las primeras y de la culpa de la enfermedad de las segundas. Estas instituciones pueden definirse como las instituciones de la violencia (...)"³¹⁴

La idea presentada por Luis González Placencia, nos da una proyección más amplia del autogobierno en las instituciones carcelarias.³¹⁵ Sin embargo, dichas posturas también se relacionan a lo señalado por Michel Foucault (1992), en su libro: "Microfísica del Poder".

Esto es, que las relaciones de poder imbricadas con otras relaciones que se dan al interior de la cárcel, justifican una estructura multiforme de esas relaciones de poder, donde los papeles de condicionante y condicionado, en la relación imbricada permite recrear el drama carcelario del autogobierno.

³¹³ Cfr. Aníyar Castro, Lola. Criminología de la Reacción Social, Venezuela Universidad de Zulia, 1977, p.133

³¹⁴ Cit. Sandoval, Huertas Emira. Penología Parte Especial, Ob.Cit. 219. La violencia en la prisión, saliendo un poco del aspecto teórico, y atendiendo solo a lo que podemos percibir, tiene sus causas en la superpoblación y su consecuente hacinamiento; la introducción de armas y drogas; el desempleo de los internos; el ocio inherente a este problema; las riñas y luchas por el control de tráfico de drogas; el clima de ansiedad por la dependencia de los estupefacientes y el alcohol, cuyos precios son exorbitantes; la extorsión y la corrupción; sus privilegios y abusos de los llamados padrinos, y las condiciones deplorables de los servicios sanitarios, médicos, alimenticios y de convivencia general.

³¹⁵ Cfr. González Placencia, Luis. Obcec. ¿A quién? Algunas Reflexiones sobre la Construcción del Orden en las Instituciones Carcelarias, C.N.D.H. sin datos bibliográficos, p. 233 a 238

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

González Placencia sistematiza en tres aspectos la problemática que se origina en una relación de autogobierno. Pero que se justifican en conceptos externos, que interactúan de tal manera, que crean una convivencia de órdenes múltiples, que tienden a relativizar la obediencia real y concreta de quien la realiza, por lo tanto, estos tres factores son:

PRIMERO. La situacionalidad.

SEGUNDO. La perspectivalidad y

TERCERO. La contingencia del espacio carcelario.

La **situacionalidad** proyecta un valor ambivalente en la relación de poder hacia el interior de al cárcel, por un lado con relación a los internos, y por el otro, con relación a los cuerpos de seguridad y custodia, sin embargo, en menos proporción también se ve la vinculación con el personal científico. Existe entonces un orden que comanda todo el sistema carcelario, pero éste no excluye la presencia de otros órdenes diversos, aquí es donde surge la tan anunciada relación imbricada a la que se ha venido aludiendo, donde todos los grupos de poder tendrán un peso equivalente y divergente en la relación carcelaria; esta estructuración del gobierno carcelario hace más complejo el contexto de la autoridad de la cárcel. Por eso el espacio de la cárcel es un espacio situacional, porque se define por la predominancia de los órdenes y los fenómenos de interlegalidad, que ambos ordenes proyectan (tiende a ser absoluto, por el espacio que ocupan)

La **perspectivalidad**, va desde el punto en que se observan y se construyen las prácticas de prisión. Esto es importante destacarlo, ya que este elemento se refiere precisamente a que el tiempo carcelario resulta ser relativo a cada miembro que integra dicho sistema, de ahí entonces, que la situación de la persona crea su perspectiva, es decir, la situacionalidad afecta necesariamente la perspectiva.

Por último, la **contingencia**, que es el lugar de síntesis entre lo relativo y lo absoluto, donde se da la interlegalidad. Estas ideas complementan de manera objetiva, lo que se ha venido señalando referente al autogobierno que se maneja al interior de la cárcel.

Esto no da apoyo en la idea que se ha venido planteando a lo largo de este trabajo, en el sentido de que al confrontar cada una de las racionalidades inherentes al sistema de justificación del castigo, no solamente se verifica una transferencia del sentido ideológico de dicho castigo, sino que todo el sistema se bifurca en una relación de poder y dominio. En razón de que al analizar las relaciones de poder a través del enfrentamiento de estrategias, por un lado, nos permite analizar la secularización

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

de la moral laicizada y entender por que existe la ilegalidad, y por el otro lado, saber que entendemos por esa moral laicizada que origina supuestamente legalidad.

Sí la vida en la sociedad moderna representa para la mayoría de los ciudadanos, una forma concentrada y lacerante de miseria, donde se verifican grandes contrastes humanos y sociales, entonces la vida de los reclusorios, tiende a filtrarse bajo esos mismos esquemas y efectos que se producen en el exterior, simplemente de una manera más áspera y sórdida.

No existe justificante alguno que permita que la vida humana, se diluya en estas contradicciones paradójicas de extrema pobreza y extrema riqueza, que se trasladan a cada espacio social verificable y habitable, ya sea cerrada o abierto; y que sintetizan objetivamente en una reproducción material que enfatiza un supuesto desarrollo económico y de organización política, enmarcados en un de Estado derecho, siendo que esta perspectiva formalista y funcionalista, resulta ser la causa principal de la desigualdad y discriminación social existente en nuestro contorno social. El Estado de derecho entonces, justifica un derecho a castigar, con un discurso humanista de la pena-prevención, construyendo un sistema homogéneo del castigo, para una sociedad delictiva totalmente heterogénea, inmersa en una estructura cerrada, represiva, autoritaria pero eso sí, dotada de todos los mecanismos de racionalidad y cientificidad, donde el eje motor de estudio resulta ser siempre el hombre delincuente, y no el delito o la cárcel como institución.

Así el replanteamiento realizado en las etapas del castigo, hacia las doctrinas y escuelas que justifican la pena, hasta un planteamiento concreto y específico de la cárcel moderna, permiten verificar que el problema no se circunscribe a esas simples prácticas de castigar, sino a reafirmar, que los factores por los que es necesario luchar, son precisamente los derechos humanos o derechos fundamentales inherentes al hombre, como opción para justificar que el hombre y la dignidad humana deben estar al centro y constituir, la primera y la última finalidad de un sistema ya sea jurídico, político, económico y social. Donde la libertad, la igualdad y la dignidad entre los hombres se justifique como valores de grandeza, y no se formulen en palabras y discursos legitimantes de valores inalcanzables. La desigualdad educativa y cultural, así como la desigualdad en las condiciones sociales y económicas, simplemente reflejan una verdadera postración de más de la mitad de los ciudadanos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Entonces se debe realizar una exigencia ética para que se respete la dignidad humana y los derechos esenciales del hombre, donde la racionalidad de valores culturales y éticos, se constituyan en baluartes de la educación y cultura de respeto a los derechos humanos, donde la racionalidad científica y tecnológica sirva al hombre, y no el hombre sirva como experimento de la racionalidad científica y tecnológica, para conseguir orden y progreso sacrificando así los fines y no los medios.

De lo contrario el exceso de racionalidad seguirá progresivamente cerrando toda salida, asumiendo una dialéctica de orden y progreso, pero infligiendo dolor, temor e infelicidad, que menoscaban la dignidad humana con violencia, represión desigualdad y autoritarismo.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

6.4. LA CÁRCEL Y EL TRATAMIENTO.

(RACIONALIDAD DE MORALIDAD EXCLUYENTE E INCLUYENTE)

Los fundamentos teóricos de los programas de intervención penitenciaria, tienen esquemas operativos dentro de una criminología clínica. De ahí entonces, que tengan principios clásicos y presupuestos del positivismo criminológico, cuya concepción sera de caracter medico-biológicas.

Se parte entonces de un paradigma etiológico de la criminalidad, así la ejecución del tratamiento penitenciario se oriento a entender, que están en el sujeto, y a lo sumo en su entorno las causas del comportamiento desviado. Esta postura envolverá toda esa línea de intervención administrativa para el tratamiento del recluso.

Destacándose desde una perspectiva de realidad criminológica, que las técnicas utilizadas para la ejecución del tratamiento, siguen siendo las mismas, en este caso: la observación y la entrevista de los reclusos. Aunque no siempre queda claro y preciso, cuales son las técnicas, que se utilizan para la realización de las pruebas (test) psicometricas, para valorar las aptitudes mentales de los reclusos. De ahí que estos diagnósticos tengan un carácter meramente documental sin bases científicas que los respalden.

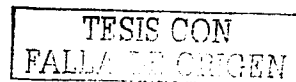
Por lo regular, la concepción, realización y evaluación de los reclusos se efectúa con programas y conocimientos aportados por la sicología conductual y del aprendizaje que se maneja dentro de la pedagogía social.³¹⁶

El marco teórico de sustentación de la sicología conductual, se fundamenta por los avances producidos en las ciencias del comportamiento humano.

Así Rivera Beiras - toma las ideas de Redondo Illescas- para plantear, que los avances dentro del comportamiento humano (y que se utilizan dentro del tratamiento penitenciario) se entienden dentro de la sicología conductual de la siguiente forma:

PRIMERO. El comportamiento humano (delictivo, violento, adictivo, laboral, educativo, de interacción social, entre otros) es una función de sus propias consecuencias. Donde se mantiene el comportamiento con los resultados gratificantes, por ende, se elimina el comportamiento cuyas consecuencias resultan aversivas. Así, el comportamiento dentro

³¹⁶ Cfr. Rivera Beiras Ibañi. La Cárcel en el Sistema Penal. Un Análisis Estructural. Sin más datos bibliográficos. p.144 y 145.



de la prisión, se analiza y se controla con forme a la relación que se estructura en el ambiente y las programadas estimulaciones ambientales, antecedentes y comportamiento al objeto de atención. Argumentándose entonces que es posible mantener o cambiar el comportamiento de las conductas que las personas tienen y que interactúan en una prisión.

SEGUNDO. El origen y el mantenimiento del comportamiento delictivo y social, así como los procesos de imitación juegan un papel fundamental. Esto responde a una explicación criminológica, que tiene sustento con base en las teorías de aprendizaje social, y dentro, del paradigma etiológico de la criminalidad, que se orienta a su vez en el modelo de aprendizaje por observación, y,

TERCERO. La referencia teórica, se basa en el descubrimiento de la prominencia de ciertos componentes cognitivos del ser humano, mismos factores que desencadenaran el comportamiento delictivo, y para ello, será necesario si procede, su prevención y tratamiento.

Luego entonces, este planteamiento sigue formando tratamientos penitenciarios, con base en fundamentos de la psicología conductual. Sobre todo si atendemos, que tal conformación se sustenta en un análisis funcional de la conducta (instrumento de estudio), que permitirá adecuar un estudio que justifique los eventos ambientales, y por ende, proponer e implementar el programa del cambio conductual del sujeto delincuente.

Bajo este análisis crítico, en torno a las intervenciones penitenciarias para la prevención y tratamiento del delincuente, simplemente es factible constatar que se parte de una temática de concepción clásica respecto al paradigma etiológico de la criminalidad, asimismo justifica un pensamiento con pleno auge y desarrollo dentro del positivismo decimonónico.

Rivera Beiras- advierte- que este tipo de tratamiento justifica únicamente un sistema punitivo-premial, que la misma legislación penitenciaria previene y formaliza con determinados esquemas jurídicos.

Aquí podemos verificar una seria contradicción entre la verdad declarada y latente, dentro del sistema penitenciario. Ya que, si el sistema penitenciario se rige por una normatividad preestablecida, y está, determina el carácter voluntario del tratamiento penitenciario, en consecuencia, para lograr sus objetivos la administración penitenciaria en la práctica, proyecta un programa de estímulos paralelo al modelo de tratamiento. Entonces, la falta de estímulos en las actividades internas de los reclusos, no producirá

consecuencias disciplinarias ni conductas esperadas. Por ende, la falta de estímulos, afectara necesariamente el programa de tratamiento, ya que es precisamente con el tratamiento donde se obtendrán los premios que establecen las normas jurídicas.

Por ello, esas declaraciones formales que se proclaman en el tratamiento quedan sin contenido en una realidad cotidiana de las cárceles.

Al respecto -Roberto Bergalli señala- que al hablar de los derechos de los internos, únicamente lo que se legitima en principio, es la intervención de un cuadro científico, con la finalidad de que el recluso se adhiera a un tipo de conducta preestablecida, cuyo propósito se encamina a que el recluso obtenga beneficios por medio de un sistema de premios. Esta finalidad única de la autoridad administrativa penitenciaria, pretende demostrar que el sistema de premios se va formalizando conforme a la ley, si consideramos el sistema progresivo penitenciario (progresión de grado y permisos de salida)

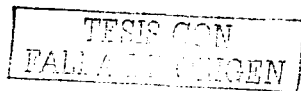
Además agrega -Roberto Bergalli- que dicho sistema de premios solamente responde a técnicas psicológicas que permite actuar al sujeto, con puros reflejos provocados, ya que tienen un efecto limitado en el tiempo y se orientan a tener un resultado inmediato, pero condicionado a una meta prefijada.

Si estas ideas las traspolamos a un lugar cerrado la terapia comportamental se agudiza y provoca resultados predeterminados, dentro de un esquema netamente autoritario y represivo, como lo es: el sistema penitenciario.¹¹⁷

Entonces el análisis crítico señalado, justifica que el sistema de tratamiento penitenciario, tiene como único y exclusivo fin, cumplir con el mandato legal resocializador en la forma supracitada, pero el objetivo latente es mantener el orden en el interior de la cárcel. Siendo que en estos casos descritos la estrategia de la organización a corto plazo busca modificar las pautas de comportamiento de los internos, mediante una combinación de castigo-persuasión (sistema de premios)

Ese sistema de castigo-persuasión, producirá un modelo de selección y exclusión de internos, así los que exterioricen una conducta conforme a los parámetros establecidos internamente, podrán ser recompensados (sin olvidar la sene de componendas existentes en la cárcel, que llevan aparejadas relaciones imbricadas de autogobierno y corrupción)

¹¹⁷ Cit. Rivera Beiras, Ob. Cit. p.147.



Pero en un sistema total, cerrado, áspero, violento y con plenas facultades discrecionales de sus autoridades administrativas, la conducta de conformidad será materia de una relación de negociación entre el recluso y la institución, lo que provoca la existencia de un sistema totalmente represivo y autoritario, por ende, una institución que viola estructuralmente derechos humanos.

Si consideramos por ejemplo que en México, el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece: la educación, el trabajo y la capacitación para el interno como los medios para lograr la readaptación social. Sin embargo, tales actividades contenidas en un mandato legal, ni se siguen, ni tampoco se vuelven exigibles a las personas, luego entonces, ¿Cómo pueden considerarse como terapias regenerativas?²¹⁸

Así el problema de los beneficios de libertad, con base en el tratamiento penitenciario, si bien por un lado, constituye una consecuencia inevitable de la aplicación de la Ley de Normas Mínimas para la readaptación social de los sentenciados (y las leyes similares en los estados), también lo es que existe una incertidumbre total del recluso, respecto a cuando obtendrá su libertad.

De ahí, que la relación que se bifurca entre la lógica jurídica de los beneficios de libertad anticipada, y la potestad discrecional de la administración penitenciaria para ejecutar la sentencia, justifique simplemente actos ilegales inmersos en una supuesta legalidad; sobre todo, si consideramos que para justificar el tiempo de la reclusión siempre exista el amparo del llamado tratamiento penitenciario.

Pero como bien señala González Placencia (1996), esta forma de otorgar los beneficios de libertad anticipada, afecta dos principios fundamentales de un derecho penal democrático, como son: el de certeza jurídica y el principio de proporcionalidad. En razón de que el propio recluso no sabe cuando obtendrá su libertad. Este acto de incertidumbre jurídica, en sí mismo, provoca actos de selección, exclusión, discriminación y de corrupción, características intrínsecas que envuelven al sistema administrativo penitenciario en la ejecución de la pena de prisión.

Por ello, se establece que dentro del tratamiento penitenciario se viola estructuralmente derechos fundamentales de los reclusos, sobre todo, si tomamos en cuenta que al interior de la cárcel, la autoridad ejecutora llega a disponer de hasta un 60% de la pena impuesta por el juez.

²¹⁸ Vid. González Placencia, Luis, Violencia en Centros Penitenciarios de la República Mexicana. Reporte de Investigación, 1ª. Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ed. México 1996, p.33 a 38.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Si a esto le correlacionamos la falta de autonomía e independencia de las autoridades administrativas del Poder Ejecutivo, crea un sistema donde los mecanismos formales de legalidad no están debidamente instrumentados para hacerlos valer en forma apropiada por los reclusos, en especial, si las autoridades administrativas penitenciarias gozan de una facultad discrecional en la ejecución de la pena y está función específica no esta regulada por ninguna normatividad, justificando de esta manera que el sistema presenta tintes y matices que provocan un síntoma de tentación al autoritarismo y a la represión.

Más aún, resulta evidentemente paradójico, que se piense en el desarrollo de actividades relacionadas a la educación, el trabajo y la capacitación del recluso, como obligaciones para lograr la resocialización, si dentro de la misma institución penitenciaria, no existen los medios, las actividades y los programas que fomenten en forma efectiva la realización de esos objetivos estatales para la población reclusa. En especial, considerando que el acceso a estas actividades se vuelve selectivas para determinados reclusos, donde se verifica una relación de costos y beneficios, atendiendo a las prácticas de corrupción que condicionan el acceso al trabajo, y por otro lado, por el resultado de los gobiernos de facto que se encuentran en el interior de la cárcel.

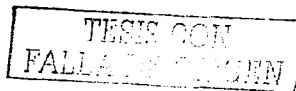
González Placencia (1996), advierte que estos datos originan necesariamente actos arbitrarios en la ejecución de la pena, en razón de que los elementos que se toman en cuenta para evaluar a un recluso, son el tratamiento, mismo que se basa en circunstancias eminentemente subjetivas, de contenido variable e indeterminado.

Ello implica, que no se conozcan los criterios de la autoridad administrativa para la aplicación y determinación de si una u otra persona es merecedora de algún beneficio.³¹⁹

Así, el tratamiento penitenciario se utiliza en diferentes sentidos, en unas ocasiones se usa para delimitar una serie de actividades que se desarrollan al interior de la cárcel, otras para hacer referencia, a la serie de argumentaciones que sustentan las decisiones que se toman sobre los presos, e incluso, para denominar al personal responsable de esas actuaciones. Sin embargo Joseph García-Borés, afirma que el tratamiento se constituye en el eje de la actividad penitenciaria, es decir el mecanismo para llevar a cabo la intervención rehabilitadora que es la meta oficial que tiene encomendada la cárcel.³²⁰

³¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p.38 y 39.

³²⁰ Cfr. Rivera Beiras, Ob. Cit. p.148.



Si el tratamiento penitenciario es el medio para las consecuencias y finalidades que la pena privativa de libertad tiene atribuidas, en consecuencia, la pretensión específica es de hacer del interno una persona con la intención y la capacidad para respetar la ley.

Luego entonces se pretende desarrollar con el tratamiento que el individuo tenga un respeto de sí mismo y de responsabilidad individual y social con los demás, esto es lo que inspira la filosofía resocializadora, para conocer y tratar la personalidad y ambiente del penado.

Sin embargo, el tratamiento se organiza en un sistema penitenciario progresivo, que se distribuye en grados de tratamiento que se asigna a cada uno de los internos.³²¹ Así una vez recaída la sentencia condenatoria se complementará la información con el estudio científico de la personalidad (que ha sido estructurado para los efectos mismos de la resolución definitiva), aunado a la determinación del tipo criminológico, así como, el respectivo diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social, y con dichos elementos técnicos, entonces se realiza la propuesta razonada del grado de tratamiento y el destino del tipo de establecimiento que le corresponde al sujeto. Esto motiva un estado de clasificación que se modifica según la evolución del tratamiento.³²²

Todo ello fomenta, una serie de problemas por la falta de claridad en los criterios ya comentados, que se vierten desde el estudio de personalidad del sujeto hasta el tratamiento que se le impondrá, considerando que la propia normatividad es imprecisa en el caso concreto, pero además no existe norma que regule las facultades potestativas de la autoridad penitenciaria. Así la facultad discrecional resulta ser inadecuada dentro del campo del penitenciarismo, ya que dicho sistema requiere necesariamente de un procedimiento donde se justifique todas y cada una de las garantías que dignifiquen la calidad humana de las personas que se encuentran recluidas dentro de una prisión.

Esto significa, que si bien la ley exige a los internos determinados requisitos que deberán cumplir para obtener los beneficios de libertad, también lo es, que las facultades potestativas de las autoridades penitenciarias hacen aún más complicado el sistema y régimen de beneficio de libertad anticipada, desde su trámite de solicitud. Como bien

³²¹ Véase el artículo 24, 25, 33, 40, 43, 46, 50, De la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal. Así como los artículos 19, 44, 49, 62, 100, 104, 111, De la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de Libertad Vigente en el Estado de México. Siendo esto ejemplos, de Leyes Penitenciarias Vigentes en dos distintas jurisdicciones de México, que permitan comprobar que el sistema penitenciario en nuestro país sigue siendo de un régimen prorrévo.

³²² Que como ya se señaló en los subcapítulos que anteceden el presente la clasificación es totalmente nula en nuestro sistema penitenciario, y que con ello se violenta derechos fundamentales del recluso hacia el interior de la cárcel.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

señala González Placencia (1996), todos estos problemas y actividades que se fomentan alrededor de los beneficios de libertad anticipada, crean un sistema de exclusión de beneficios para determinados reclusos en forma discriminada y arbitraria. Sobre todo, se crea una situación de indeterminación de pena que también fomenta prácticas de corrupción en torno al otorgamiento de constancias laborales, certificados de estudio, y en especial en forma grave en lo relativo a los resultados de los estudios de personalidad. Esto provoca los grandes costos sociales y económicos que debe pagar todo recluso, por ello resulta indispensable que se fomente una cultura de legalidad dentro y fuera de los centros de reclusión.³²³

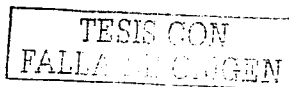
Siguiendo lo sustentado por González Placencia (1996), las causa generadoras de disturbios en los centros penitenciarios se constituyen por:

- No otorgamientos de beneficios de ley,
- Presencia de gobiernos ilegales dentro de la prisión,
- Revisiones abusivas a familiares,
- Intentos de fuga colectiva,
- Segregación injustificada de internos,
- Tráfico de drogas,
- No-adequación de las penas
- Lentitud de procesos judiciales,
- Superpoblación,
- Maltratos.³²⁴

Siendo que en caso específico de la no-otorgación de beneficios de ley (preliberaciones) la causa de disturbio ya mencionada ascendió a un 60% de los casos. De ahí entonces que se reitera que este es un problema serio y por ende, se constituye en un derecho violado estructuralmente del recluso por parte de las autoridades administrativas penitenciarias, por un lado por la desinformación que existe entre los internos de sus

³²³ Cfr. Ibidem. p.39 y 40.

³²⁴ Cfr. Ibidem. p.19 y 20.



derechos, y por el otro lado, por la ambigüedad de los criterios para otorgar los beneficios, sobre todo, si estos últimos se sujetan a un estudio de personalidad y tratamiento del recluso, sometido a facultades potestativas de las autoridades administrativas.

En consecuencia, siguiendo la tesis planteada por Iñaki Rivera Beiras, es necesario fomentar en las autoridades penitenciarias el respeto a los derechos humanos, donde se establezca los criterios de legalidad que deban aplicarse a dicho sistema.

Por ello, se propone que cada uno de los principios que rigen el procedimiento penal, debe regir la aplicación del sistema disciplinario-penitenciario, puesto que se encuentra dentro de la fase de ejecución del proceso penal, como lo es la misma ejecución de la pena de prisión. En este sentido se deben respetar los siguiente principios:

-Principio de legalidad (significa que los reclusos solamente serán corregidos y disciplinados en los casos y con las sanciones previstas por la ley)

-Principio de tipicidad (relativo a la adecuación de las conductas administrativas que se susciten dentro de la reclusión)

-Principio de subsidiariedad (donde la sanción administrativa sea el último recurso a otros métodos destinados a mantener el orden penitenciario)

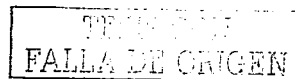
-Principio de oportunidad (relativo al análisis y valoración que implica el caso concreto del recluso para la ejecución de la sanción)

-Principio de culpabilidad (sólo las conductas dolosas deben ser motivo de sanción administrativa)

-Principio de presunción de inocencia (significa que la presunción de inocencia es un límite a la ejecutoriedad de los actos ejecutados por la administración penitenciaria)²²⁵

En consecuencia esta propuesta debe sustentarse en un procedimiento donde deba existir un órgano competente en la ejecución de la pena de prisión, y por ende, para la imposición de las sanciones administrativas de carácter penitenciario. Del cual adolece, en la vida práctica el sistema penitenciario mexicano. **Es factible enunciar simplemente que sería necesario la creación de una institución que se le denominara: los jueces**

²²⁵ Ibidem, pp.170 a 178.



de ejecución de penas. Y que alrededor de esta institución se formalizara una ley positiva, bajo principios estrictos de respeto a los derechos fundamentales de las personas reclusas, para garantizar el cumplimiento de la pena de prisión impuesta, pero sobre todo, con respeto a principios de legalidad y seguridad jurídica dentro de un Estado de derecho.

Si bien como se ha señalado no existen cuestiones alternativas a la prisión preventiva y a la ejecución de la pena de prisión, en un estado de segregación del individuo, también lo es que la alternativa no surge del castigo mismo, sino de la forma como se aplique al recluso. Así fomentar el respeto a los derechos humanos, es fomentar el derecho a la dignidad humana, con ello, se fomenta la educación al respeto de un Estado de derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

7. REFLEXIÓN FINAL. (RACIONALIDAD DE CONCLUSIÓN)

La Modernidad ha vivido siempre un diálogo entre discursos y entre proyectos, sin embargo, actualmente todo se encamina hacia un "pensamiento único". El pensamiento único, estructurará la manera de pensar con base en dos paradigmas como son:

PRIMERO: La comunicación y

SEGUNDO: El mercado financiero.³²⁶

La comunicación, tiende a remplazar la función legitimadora de uno de los paradigmas más importantes de los últimos tres siglos, como lo es: el Progreso. Bajo esta temática todas las instituciones deben comunicar; la sustitución de la ideología del progreso por el de la comunicación necesariamente revolverá toda la estructura funcional de la sociedad y del poder político. Necesariamente el surgimiento de este nuevo elemento funcional-social, justificará una nueva rivalidad entre el poder político y los medios de comunicación.

Por otro lado, el paradigma del mercado financiero, tiende a sustituir a otro paradigma esencial del pasado, como lo es: la máquina y la organización, cuyos mecanismos garantizaban el tan anhelado progreso. Se da entonces una sustitución en el ámbito económico, puesto que no debemos olvidar que a partir del Siglo XVIII, la economía mundial tuvo un repunte adicional con la máquina y la organización social que se instrumentaba por medio de la industrialización de la misma sociedad.

Por ello, la modernidad de nuestro siglo, está marcada precisamente por una nueva panacea económica, como lo es: el mercado financiero.

La sustitución de las leyes naturales, por las leyes racionales, dará origen a un nuevo reemplazamiento de éstas leyes, por las leyes del mercado financiero.

Luego entonces, los nuevos valores no serán la felicidad y el progreso, sino el provecho, el beneficio, la rentabilidad y la competitividad.

Ignacio Ramonet (2000), establece que el movimiento de las sociedades modernas, está esquematizado en sistemas de producción económica y financiera. Este esquema social

³²⁶ Cfr. Ramonet, Ignacio. Un mundo sin rumbo. En Revista el Europeo. Número Especial 53-54. Barcelona, 2000. pp. 5 a 13.

da origen al nuevo **Darwinismo económico y social**, hacia donde se encaminan las sociedades modernas.

Así los nuevos dueños del mundo, no serán los gobiernos, sino los poderes del **mercado financiero**. Entonces los nuevos legitimadores del sistema político- social, serán los economistas y analistas financieros. Es decir, entramos a una nueva "emergencia económica" con nuevos poderes que trascienden las estructuras del poder político estatal. Estos nuevos poderes tendrán cuatro atributos importantes:

PRIMERO: Planetario.

SEGUNDO: Permanentes.

TERCERO: Inmediato, y

CUARTO: Inmaterial.

Estos atributos resumen objetivamente la nueva estrategia de organización económica y social, cuyos criterios, se rigen necesariamente por las leyes mercado financiero, por ejemplo: las leyes de valores de bolsa, leyes de valores monetarios, de información privilegiada y programas de comunicación, donde el Estado mantiene una estructura netamente burocratizada que tiene su antecedente en el Estado Absolutista.

El pensamiento único, tendrá como elemento impulsor de este nuevo sistema económico, al **dinero** como porta estandarte de la nueva racionalidad económica. Esta racionalización que se desarrolla a partir del pensamiento liberal, permitió justificar un sistema de valores, además de que permitió producir toda una moral laicizada de la sociedad y del hombre, cuya estructura funcional es el reflejo de una sociedad vertical, jerarquizada, antidemocrática y totalmente autoritaria, es decir, la sociedad sigue estructurándose en criterios meramente Spencerista y Darwinista.

Sin embargo, a pesar de lo puntualizado por Iganacio Ramonet (2000), consideramos que la sociedad moderna, es una sociedad ecléctica, donde los nuevos poderes existentes en la misma, convergen de manera imbricada, para lograr la funcionalidad de toda la célula social, bajo determinados intereses económicos. Esto en razón, de que por un lado, los discursos políticos que se estructuran con base en una dinámica ideológica liberal-clásica, pretenden proyectar un contenido de libertad e igualdad ciudadana, también lo es que por otro lado, los discursos jurídicos permiten legitimar una construcción de la realidad social ficticia, para encubrir la

realidad declarada en la razón de Estado: puesto que con las razones jurídicas se instrumentan los mecanismos de legitimación formal, del discurso de la razón de Estado. Desde luego que tales principios de la escuela clásica-liberal, se instrumentan formalmente más no materialmente.

Esto porqué materialmente la sociedad moderna funciona bajo los parámetros de una sociedad globalizada o mundializada, ante el cual todo argumento, funciona a través del conocimiento de los nuevos clérigos sociales como son los expertos financieros.

Podemos enfatizar que esa racionalidad económica moderna no funcionaría sin el paradigma del orden y del progreso, luego entonces, se sigue instrumentando las estrategias económicas desde el ángulo de quienes detentan el poder económico, que siempre han estado por encima del poder político. No olvidemos el ascenso de la burguesía al poder político durante el siglo XV y XVI durante el mercantilismo capitalista, asimismo la consolidación de la sociedad burguesa durante el Estado Absolutista de los siglos XVI y XVII, y el afianzamiento permanente del Estado-burgués a partir del siglo XVIII. Así la burguesía-capitalista, no ha dejado de ascender en su proyecto de sociedad moderna en toma de decisiones sociales, políticas, jurídicas y sobre todo económicas, ya que el poder económico, a lo largo de la historia ha influido de manera relevante en los grandes cambios sociales y políticos de las sociedades modernas.

Por ende, el poder económico siempre ha estado por encima del poder político históricamente hablando. Sin embargo, cabría cuestionarse ¿qué sería del poder económico sin la instrumentación de sus estrategias por medio del poder político? Entonces la razón de Estado y las razones jurídicas, son los elementos idóneos de carácter ideológico que permiten instrumentar las políticas del poder económico moderno, con base en un "Pensamiento único". Luego entonces, las viejas prácticas organizativas de la sociedad funcional con base en la ciencia, técnica y la tecnología, engiran los cimientos de las nuevas estrategias de poder de la sociedad moderna.

En consecuencia, si el pensamiento racional, lógico y científico (el cálculo y las matemáticas), permitió erigir una nueva organización social mediante una racionalización científicista moderna (siglo XVII), que determino la esquematización de toda una dinámica en las formas de vida.

Resulta irrisorio pensar que con tales cimientos la nueva concepción del poder económico no se siguiera utilizando tales mecanismos de organización social, como

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

medios para alcanzar sus fines en los planes predeterminados de una sociedad de mercado.

Por eso afirmamos que el poder-saber que se concentra en un conocimiento de expertos y de sabios se fusiona con las nuevas estrategias de poder económico, que a su vez se imbrican con los medios de comunicación y las leyes del mercado financiero, para formar la punta de lanza de la nueva legitimación ideológica de la funcionalidad social. Bajo esta hipótesis no podemos hablar de paradigmas remplazados o sustituidos, sino más bien de paradigmas imbricados, que fortalecen el sistema social, político, jurídico y económico, de carácter vertical, antidemocrático y funcional-positivista, que erige como proyecto de sociedad desde el siglo XIX y que se ha venido consolidando de manera eficaz en nuestra época.

De tal manera, que si bien existe una sustitución de interpretación de racionalidad social y política por una racionalidad económica, también lo es, que dicha sustitución resulta ser aparente, ya que el sistema social sigue siendo netamente funcional-positivista, donde su ideología se ha ido adaptando con otras ideologías que van ampliando un sistema abierto de sociedad moderna, la cual tiende a hacer más ecléctica, es decir, mezclada y totalmente fusionada, con otros componentes más eficaces para alcanzar sus fines de poder y dominio.

Esta racionalidad ecléctica e interpretativa de sociedad, construye la nueva dinámica de la realidad social y de las formas de vida, bajo un esquema sumamente represivo y antidemocrático.

La interpretación racional de una sociedad ecléctica resulta ser un concepto manipulado y viciado en su doctrina de justificación, en razón de que se alienta de los instrumentos de manipulación ideológica más eficaces, para obtener los resultados que se pretende con sus fines (que se concentran en el lucro y la ganancia) En el caso concreto que nos ocupa, el nuevo poder económico, es un poder feroz y descomunal que arrasa a la sociedad moderna y al mundo en general, a un abismo ficticio de felicidad, progreso y bienestar social. Esto es, que la funcionalidad de una sociedad contractual moderna estriba en la necesidad de alcanzar un valor que crea desigualdad desde su concepción como lo es "el dinero"; dicho valor no puede satisfacer entonces los principios fines de un Estado democrático. Al respecto cabría cuestionarse ¿dónde quedan los principios clásicos-liberales de la sociedad ilustrada, que enmarcan el discurso humanista, social y democrático del Estado Moderno? El sentido humanista de una sociedad moderna se diluye necesariamente con

dogmas rectores de la moral económica laicizada, **paradójicamente se invierte la ideología del discurso declarado en la razón del Estado, respecto a un paradigma de interpretación social más humano y democrático de la relación de supra-coordinación, cuya formalidad esquemática de libertad e igualdad se pierde en la materialidad de la pretensión y ejecución del ejercicio de los derechos anunciados dentro de una sociedad netamente ideologizada en una cultura del dinero.**

Por lo tanto, en una cultura del dinero, la panacea para resolver todo conflicto será el dinero. Desde luego, que en una sociedad más racional y científicamente más dotada, las estrategias de las formas de vida, se circunscribirán a una realidad económica en beneficio de unos cuantos y en perjuicio de la mayoría de los integrantes del pacto social.

Sin embargo, si el dinero resulta ser el Dios de esta nueva doctrina social-económica, por ende, los predicadores y nuevos clérigos del dogma, resultan ser los hombres más influyentes del planeta (económicamente hablando, y que actualmente no llegan a sesenta) y por último, los feligreses serán todos los demás integrantes del pacto social, cabría cuestionarse entonces ¿dónde queda el discurso ideológico de libertad e igualdad, que pregonan los Estados democráticos-liberales? Si para el ejercicio de un derecho, cualquiera que sea éste, no solamente se requiere dar a conocer formalmente la forma para ejercerlo, sino que además deben proporcionarse los mecanismos materiales para pretenderlo. Y si el dinero es uno de esos mecanismos, entonces el dogma social económico, presenta un proyecto antidemocrático de sociedad.

Pareciera ser que esté cuadro ilustrativo de las nuevas estrategias del poder económico, nos proyecte la vieja imagen del eterno retorno, esto es, la remembranza de un mundo mejor, donde Dios bueno y malo, justiciero y castigador, permite instrumentar a los hombres todos los mecanismos habidos y por haber, para formalizar su relación mística y natural, y con ello, dar forma al universo de valores mágicos y éticos que sistematizaran a la sociedad y que permitirán alcanzar la tierra prometida (celestial)

Tal concepción justifica incluso una sociedad desigual, en razón de que una vez iniciado el eterno retorno al mundo ideal, se recompensara toda mal realizado en el mundo terrenal. Sin embargo, es necesario cuestionarse ¿cómo serán los mecanismos para alcanzar el mundo del Dios del dinero? Necesariamente la respuesta será con los mismos mecanismos que propone el mundo económico-terrenal, luego entonces, una

justicia del dinero, resulta meramente subjetiva e imaginaria, pero sumamente desigual, represiva y autoritaria.

Porqué, la legitimidad de un poder de esta naturaleza coincide totalmente con las formas de poder político establecido, en otras palabras la relación social se esquematiza en una simple relación de poder y dominio y de poder y sometimiento, que a la postre muestra los síntomas absolutos de la tentación hacia un autoritarismo.

Esta ideología por lo tanto, sustenta una estructura de poder y sometimiento, donde la imposición de valores justifica solamente una relación de dominador y dominado, esquematizando una mera relación subjetiva de derecho, dentro de un contrato social donde la reciprocidad resulta ser negativa, puesto que no existen mecanismos que garanticen la igualdad de circunstancias en cuanto a derechos y obligaciones dentro de dicho contrato, puesto que se desprende del mismo mas obligaciones y deberes que derechos.

Ahora bien, está realidad del poder económico trasladada a un ámbito del derecho a castigar, presupone necesariamente la violación estructural de derechos humanos y fundamentales de los ciudadanos.

La reseña histórica de las etapas del castigo, únicamente, permiten visualizar una tentación continua y permanente de autoritarismo y represión de quién tiene la facultad para imponer el castigo, constriñéndose tal facultad como un acto de deber y no de un derecho para imponer un castigo.

La ciencia y la tecnología que dan vida a la legitimación del sistema del castigo moderno, simplemente es el reflejo funcional-positivista de la organización y orden social actual, donde se pretende mantener un esquema de nueva servidumbre social, incluso dentro del sistema total y cerrado donde se ejerce castigo (cárceles)

Así los discursos humanistas del derecho a castigar se encuentran debidamente encubiertos con una técnica más sutil y eficaz, pero a su vez, más represiva, autoritaria y violenta para castigar, como quedo demostrado en el contenido de este trabajo.

La creación de los mecanismos e instrumentos para el control del castigo, que parten de estas racionalidades, permiten constatar la existencia de una metamorfosis cíclica que se estructura dentro de una moral laicizada y una ética jurídica, cuyos valores establecidos para las formas de vida, llevan implícita la marca de la desigualdad social.

Esta mixtura construye una doctrina justificadora en cuanto a la calidad y a la cantidad de la pena que debe imponerse al delincuente, sin embargo, éstas estrategias de cero tolerancia no justifican que disminuya la criminalidad y la inseguridad social. Un proyecto de esta naturaleza esquematiza una racionalización circular entre lo legítimo y lo ilegítimo, que se erige en una sociedad moderna gobernada por sabios y especialistas.

Esta dualidad se observa en un marco de relatividad, porque los valores laicizados dentro de lo legítimo o lo ilegítimo, se contextualizan en un hacer o en un no hacer, que justifican un simple sistema de deberes y obligaciones para el ciudadano, donde la libertad e igualdad tan anunciada dentro de la sociedad democrática moderna, son derechos permanentemente limitados por la razón del Estado y por las razones jurídicas, que se vienen instrumentando desde finales del siglo XIX, por las políticas económicas mundiales y que necesariamente esquematizan las políticas nacionales de los países enajenados.

Los derechos de los ciudadanos en una sociedad moderna son esquematizados de esta forma bajo un velo humanista y de dignificación de las formas de vida social en un discurso formal, sin embargo implícitamente el discurso construye todo un sistema del poder-saber ya que dicha formalidad legitimante se desenvuelve en un mero conocimiento privilegiado, donde la materialidad de los derechos y obligaciones del pacto se diluyen por los efectos materiales como se estructura la Razón de Estado y las razones jurídicas, estructurando un sistema social antidemocrático y de dominación absoluta, que justifica la violación estructural de derechos de los subordinados.

La creación formal de la realidad fomenta de esta manera la universalización y justificación de valores dentro de una pluralidad de formas y de proyectos de vida, que se van particularizando principalmente en valores culturales y valores éticos. En este punto los valores culturales, son deberes a realizar, entre tanto, los valores éticos son deberes que han de cumplirse.

Entonces, ésta idea circular y de doble sentido de interpretación de la racionalidad de organización social moderna, únicamente se auto justifica y se auto legitima dentro de un esquema del deber ser, en consecuencia se estructura la explicación de la realidad y de formas de vida, bajo un esquema de historia y de conocimiento enajenado para construir la alteridad.

TESIS CON
FALLA EN ORIGEN

La realización de un proyecto moderno de sociedad de esta naturaleza se logra necesariamente con una racionalidad violencia, para dar el cumplimiento de los deberes que surgen de un sistema de valores culturales y éticos.

Por eso, la idea central del trabajo se vio envuelta en las diversas racionalidades especificadas, para justificar que independientemente del tiempo y lugar históricamente hablando, en que se aplique un castigo, éste resulta ser totalmente represivo y violento en contra de la dignidad humana, así comparativamente se llame pena-suplicio o pena-prevención, situación de comparación, donde solamente se constata una violación estructural de los derechos humanos y fundamentales del hombre, por quién impone el castigo.

En este sentido, verificamos, que existe una historia del castigo que se sustenta en una historia de la diferencia, tanto social, cultural política, jurídica y sobre todo económica. En donde se ha hecho una distinción y jerarquización de individuos, ya sean buenos o malos, normales o anormales, peligrosos o no peligrosos, en una realidad netamente desigual en el contexto social, dicha ideología se ve encubierta en un discurso formal-normativista de igualdad.

La historia de la diferencia en la imposición del castigo, nos permite constatar de manera real que esas desigualdades fomentan abiertamente la negación de la identidad de una persona como sujeto de derechos, que se agrava aún más cuando se encuentran privados de su libertad.

Entonces, la racionalidad de la violación de estructural de derechos humanos y fundamentales de una persona, en un sistema de castigo en tiempo y lugar determinado, simplemente producen una idea doctrinaria y dogmática, en el sentido de que la persona que recibirá el castigo, ha dejado de ser sujeto de derechos.

Por lo tanto, el sujeto castigado, se verá inmerso por un lado, en un mundo del deber ser, multiplicado en su contra, para justificar y legitimar la imposición de ése castigo; por otro lado, se verá en un mundo del ser totalmente limitado en cuanto a sus libertades naturales o fundamentales se refiera.

Esta tradición cultural y ética del deber de castigar, se observa bifurcado en un contenido de intereses económicos, políticos, religiosos y jurídicos que siempre se circunscriben en un contenido de dogmas, valores y de normas, que se esquematizan en una forma tautológica, que no resuelve el problema del derecho a castigar, por lo tanto la

legitimación de este derecho se ve inmerso en una ilegalidad que limita libertades esenciales del ser humano, en forma represiva y autoritaria por quién asume ése derecho y deber de castigar.

Si relacionamos cada una de estas cadenas en que se sustentan las diferentes racionalidades que motivan y justifica el deber de castigar, verificaremos que las cadenas se rompen por las expectativas que crean, ya que no cumplen con sus fines propuestos.

Además, fomentan un problema específico en la resolución de conflictos al imponerse una determinada calidad o cantidad de castigo, porque con ello, se justifica la intervención de una racionalidad extrema para restablecer el orden social, en detrimento de la dignidad humana.

Esta complejidad que crea el observar las diferentes racionalidades que motivan la existencia de las justificaciones que se encuentran en las diferentes ideologías del castigo, se vuelve mecanismos cuyos fundamentos presentan capacidades limitadas para su efectiva justificación.

A pesar de ello, se puede constatar que dichos mecanismos son eficaces para formular en códigos motivacionales e instruccionales, la reducción de elección de formas de vida, y se esquematizan con base en una racionalidad limitadora de conciencias.

El mundo del deber ser propuesto de esta manera, presenta entonces una legitimación viciada y enajenada, puesto que no se puede legitimar un argumento jurídico, con los mismos medios que dan su origen, ya que esto produce necesariamente en la comprobación un resultado falso, como bien quedo especificado cuando se analizo en el capítulo 2, las doctrinas de justificación de la pena, donde medios instrumentados siempre estarán por encima de los fines pretendidos y declarados como humanistas en la imposición de un castigo.

Así el sistema del castigo puede justificar que un sujeto que deba ser castigado, no tenga en consecuencia ningún derecho dentro de su castigo, sin embargo un contexto ideológico del castigo con un proyecto de esta naturaleza, justifica un sistema del castigo que se identificará con la cultura de la violencia.

Las racionalidades normativas que justifican un derecho y un deber de castigar se erigen dentro de un sistema de legitimación auto referencial, cuyo fundamento explicativo no resulta ser confiable y ni veraz. Pero el problema de la racionalidad moderna del

castigo, no radica en su uso desmedido y simbólico para dar solución a todo conflicto, ni tampoco estriba en su estimación valorativa o en su misma autolegitimación, sino en la sobrecarga de instrumentos violentos que implementa al momento de aplicar una pena, por ejemplo: en la llamada pena privativa de libertad, que en el interior de la cárcel se multiplica como una pena-castigo, y no como una pena-prevención, tan es el caso, que la propia prisión preventiva-procesal, resulta ser la aplicación de un castigo anticipado.

En consecuencia la modernidad es el planteamiento explicativo de la realidad que se construye en un sistema de diálogos y proyectos, cuyo fin es mantener simplemente el orden social, en un marco del deber ser, sin importar a que costo se pone en riesgo la atmósfera del ser, es decir, se construye la alteridad mediante mecanismos meramente subjetivos.

En este relativismo histórico, cultural e ideológico-político del castigo, a penas se produjo con la pena de prisión una nueva variante moderna, que sustituyó a las penas corporales y a la pena de muerte, sin embargo, este supuesto cambio únicamente produjo un nuevo engendro cuyo caparazón de protección, sigue teniendo rescoldos netos de autontarismo y de violación de derechos. Así la pena de prisión al entrar en escena formalmente en el siglo XVIII, con la aprobación del código Francés de 1791, no produjo una alternativa funcional en la imposición del castigo; más bien reprodujo la idea del castigo-violencia, de manera oculta.

Con ello, se esquematizó la pena de prisión como una forma del castigo moderno que estructuralmente viola de derechos del individuo, pero también formuló un punto de crisis extrema, ya que la misma racionalización al legitimarse en sí misma, fomenta una crisis en la imposición de la pena, donde siempre se puede establecer la cantidad de la pena más no justificar una mejor calidad de pena.

La racionalidad de la modernidad al tener una auto justificación en sí misma, producirá cambios acelerados en el mundo cultural y ético del individuo, así como en el mundo interactuante del sujeto. Donde el sistema de castigo en la modernidad, también introduce inevitablemente en él "yo" y en el "sí mismo" del sujeto que se encuentra recluido en la cárcel, símbolos de riesgo y peligro, por la falta de las garantías que legitimen realmente su estado de reclusión (sistema cerrado), así el ejercicio de derechos de los reclusos se ven violados a igual que en un sistema social abierto, salvo que en aquel de forma más áspera y sórdida.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Al respecto Anthony Giddens (1997), denomina a estos riesgos y peligros, con el término de "crisis".

La crisis, es un término con el cual, se trata de explicar el aceleramiento en el que vive la sociedad moderna, entonces, se observa como un estado de movimientos continuos en la percepción del mundo, pero envueltos en procesos de interrupción, modificación y transformación de valores, que afectan necesariamente al sujeto social, pero en especial que motivan un sentimiento de falta de identidad en el sujeto que los observa.³²⁷

La falta de identidad de los sujetos con el contorno social genera el problema más grave al que se enfrenta la racionalidad de modernidad, porque la realidad se manifiesta como una crisis de contenidos y significados que no permiten fácilmente entender la realidad existente, por eso, la sociedad moderna se rige y se erige por la cultura y ética secularizada que determinan los saberes especializados y profesionalizados del sistema social, y si estas ideas se trasladan hacia el interior de la cárcel, producirán signos graves de crisis en éste sistema total y cerrado.

La estructuración de este término de "crisis" crea una parálisis resignada frente a la imposición del castigo. Puesto que los problemas arbitrarios, autoritarios y represivos que genera la cárcel como institución moderna para el cumplimiento del castigo provoca una pérdida de identidad del sujeto similar a una pena-suplicio.

Nos encontramos entonces frente a una realidad definida por la desmesura del lenguaje racional, donde una socio-construcción de la realidad se pierde en el modo de entenderla.

Así la existencia de una racionalidad moderna, resulta ser exagera, esto en razón de que pretende no solamente explicar todo lo existente, sino que además pretende dar solución los problemas que se presentan en la sociedad moderna. Sin embargo, tal racionalidad normativa fomentan únicamente criterios de buenas pero complicadas intenciones, donde paradójicamente el riesgo y el peligro que desarrollan los criterios de vida, constatan un mundo de nostalgia y desilusión, pero de suma violencia e inseguridad social.³²⁸

³²⁷ Vid. Giddens, Anthony, Modernidad e Identidad del Yo. 1ª. Ed. Península Ed. Barcelona 1997, pp. 24 a 26.

³²⁸ Vid. García-Borés y Martínoy Noma, Retos Posmodernos Para la Construcción de la Identidad, sin datos bibliográficos. Estos autores determinan en forma real la visión esencialista y un esencialista del "yo", es decir yo individual versus yo relacional, que origina la unicidad versus multiplicidad del "yo", esquema que fomenta la crisis del "yo" social.

La bipolaridad de la realidad y de su interpretación crean en la modernidad la crisis más fuerte y jamás vista desde su aparición, **donde la mirada del mundo y la mirada de uno mismo, se sigue socializando en perjuicio de la propia libertad de los individuos. De tal forma, que esta acelerada comprensión de vida, motiva a establecer que los medios no están acorde con los fines pretendidos, provocando un contrasentido en el aspecto cultural y ético del sujeto social, mismo que se ve totalmente deteriorado.**

Esto justifica que los medios para alcanzar los fines en una sociedad moderna del dinero sean inexistentes en lo material, pero sumamente funcional en el aspecto forma, porque fomenta una cultura de mayor postración y de nuevas servidumbres en la relación social-contractual.

Por eso, en el interior de la cárcel, **el problema se agudiza y se agrava, por la existencia de reglas de facto, que originan un mayor riesgo y peligro, para el no-ejercicio de los derechos del individuo recluido, porque el ejercicio de los mismo, dependerá de la existencia de los mecanismos de valor económico que detente el sujeto recluido que se enfrenta a factores de poder "in situ".**

Las racionalidad que legitima la pena privativa de libertad y por ende, la cárcel como institución moderna donde se cumple una pena de prisión, constata la **cultura de la crisis del castigo, es decir, refleja el fracaso de la cultura del orden y de la disciplina científica del castigo.**

Severino escribe: **"La crisis en las que hoy se hallan todos los aspectos de la civilización tradicional, no sólo europea, es una consecuencia del proyecto que hay en la base de la fuerza científico-tecnológica, del proyecto de dominio ilimitado sobre todas las cosas, de aquel proyecto gracias al cual es posible una producción y una destrucción continua del universo".**³²⁹

Asimismo, Pietro Barcellona (1996), advierte que en el proyecto moderno, **no existe nada que no pueda ser destruido y destructible, todo tiene sentido bajo el principio de manipulación, desde luego que la técnica se erige como un pilar esencial de la creación de este proyecto.**³³⁰

Un proyecto moderno bajo este esquema, se presenta como una contradicción entre el derecho y la justicia, puesto que esta dualidad no muestra un equilibrio material, pero si

³²⁹ Cfr. Barcellona, Pietro, *El Individualismo Propietario*, S.N.E. Trotta Ed. Madrid, 1996, p.31.

³³⁰ *Ibid.*

en cambio es un reflejo entre técnica y vida, y poder-saber privilegiado; por ende, la contradicción provoca la carencia de un saber con base en la diversidad y la construcción del ser, por eso la modernidad es un proyecto donde nada de lo existente pueda subsistir al embate racional y tecnificado, que resulta ser tan destructivo y violento, ya que para la sociedad moderna nada es eterno, la técnica sobrepasa todo límite.

El continuo aceleramiento de la sociedad moderna provoca cambios intempestivos e inesperados, donde el sentido y contenido de la realidad jamás se alcanzará ni con reflexión ni con un profundo pensamiento; porque el conocimiento se diluye en unas cuantas mentes especializadas y profesionalizadas que dirigen y gobiernan nuestras formas de vida, bajo un esquema de sistema social de sabios.

El lenguaje moderno fue de esta manera construyendo y edificando esta falacia de pena-prevención, del exterior hacia el interior de la cárcel. La existencia de la cárcel ha sido posible bajo un esquema humanista de la pena privativa de libertad, puesto que la sociedad en general, lo observa como algo normal y benéfico, en razón de que el discurso funcional-positivista del Estado de Derecho, enfatiza la aplicación de una pena de prisión, al trasgresor de los valores y bienes de mayor trascendencia, que afecta la relación de voluntad, sometida a un pacto social.

De ahí su racionalización de pena útil para la sociedad y el delincuente, ya que su anormalidad y falta de adaptación social, motivará la reactivación de todos y cada uno de los saberes naturales y sociales disponibles, para que con dichas racionalidades se transforme al sujeto en aras de una defensa del pacto social establecido. Este acto de metamorfosis científica, logrará entonces restablecer el orden y el progreso social, sin embargo dicho acto se observa como una lucha mítica del bien y el mal.

Desgraciadamente la pena de prisión hacia el interior de la cárcel, se construye como una pena-castigo, es decir, en una simple retribución-violencia; ya que carece de utilidad para el delincuente y para la sociedad.

La historia del castigo, nos permitió observar entonces que se repite continuamente una actividad de represión y autoritarismo, del grupo hegemónico social (en tiempo y lugar determinado históricamente) cuyo derecho a castigar, es una concepción encubierta, puesto que tal ejercicio es un simple deber de castigar, que se materializa en todas las etapas históricas con un contenido y grado máximo de facultad potestativa, de quién aplica la pena.

TRONCÓN
FALLA DE OFICEN

Este acto de imposición del castigo se legitima ya sea por un orden natural, un orden divino o de un orden ético-moral o de un orden ético-jurídico; pero siempre envueltos dichos discursos en una gama de reglas que llevan aparejada una ideología formal y iuscéntrica del castigo.³³¹

Necesariamente todo ello, se bifurca en una idea de castigar al trasgresor del orden impuesto en tiempo y lugar determinado, bajo un esquema de metamorfosis de legitimación de quien castiga y aplica la pena.

En este caso, de una sociedad u ofendido, posteriormente a una sociedad eclesiástica y sociedad civil y de éstas hacia la conformación del propio Estado, pero todo se traduce únicamente como una venganza privada o como una venganza social o simplemente como venganza estatal.

En ese orden de ideas, no se presenta entonces la controversia a una concepción de a quién se le aplica la pena, porque el eje motor del sistema del castigo será siempre el ser humano, independientemente como se le estigmatice, en cada etapa del castigo.

Entonces el problema simplemente se convierte en una solución de cantidad y no de calidad de pena, es decir, un procedimiento cíclico de producción del castigo, así Luigi Ferrajoli (1995), señala que los criterios de doctrinas de justificación del fin de la pena se traduce en: una justa retribución, intimidación y de la defensa social es decir, un replazamiento continuo de las maneras de castigar, pero siempre justificándose en una ideología de la violencia.³³²

Luego entonces, se puede justificar la hipótesis general planteada respecto a que el proceso de racionalización del castigo, es una justificación de violación estructural de derechos humanos y fundamentales de los individuos.

Siguiendo aquí la perspectiva sustentada por Luis González Placencia (1994), respecto a que los derechos humanos o fundamentales del hombre, tienen vigencia en todo tiempo y lugar históricamente determinado, bajo este contexto explicativo podemos sostener la tesis de que la construcción material de la idea del castigo, se erige sobre la idea de que

³³¹ Por ejemplo: que venga de un derecho natural para justificar una reacción de un sujeto o la sociedad (pena-venganza); como reacción de una mixtura de un derecho divino, canónico y feudal (pena-castigo o pena retribución); así como de un derecho natural-racional (pena-custodia); o como un derecho racional-clásico (pena-corrección) o simplemente como un derecho positivo (pena-prevención)

³³² Ob. Cit. p.387.

el ser humano es el eje motor de una sociedad, por ende, el ser humano es el eje justificador y legitimador para el castigo, sin tomar en cuenta el delito en sí mismo.

En consecuencia, la violación de derechos dentro del castigo se verifica en cada una de las etapas del castigo analizadas, simplemente con una diversa técnica y racionalización para castigar.

Esto ha permitido la sofisticación de las maneras de castigar, así en una sociedad moderna con la ciencia y la tecnología se desarrolla nuevos procedimientos más sutiles y eficaces para infligir dolor. Luego entonces, los proyectos y objetivos modernos que sustentan el deber de castigar, en nada se diferencian de sus antecesores, puesto que todos presenta una sola variable que consiste en destruir física, psíquica o moralmente al sujeto delincuente.

Sin embargo, como hemos venido explicando, la racionalidad moderna, es una racionalidad ecléctica, donde el deber de castigar, se esquematiza en un contenido múltiple y complejo, que nos revela una simple retribución del castigo, sin ningún contenido humanista en la vida práctica. Se da entonces una desvinculación de la realidad funcional y social del castigo, con el orden normativo positivo vigente, es decir, no existe interrelación entre la formalidad y la realidad material del deber a castigar. Esto se convierte en una contradicción y realidad sumamente grave, porque refleja un derecho violento y represivo en la imposición del castigo, donde se diluye la dignidad humana en reglas de facto que se instituyen dentro de un lugar total y cerrado como lo es la cárcel.

Los denominados derechos humanos por esta razón adquieren una concepción natural de contenido y no de racionalidad tecnicada. Desde luego, lo que se pretende con tal aseveración es que prevalezca un alto contenido de valor hacia el respeto y dignidad humana incluso cuando el sujeto se encuentre en reclusión. De ahí que la importancia que representa en nuestros tiempos la concepción del Estado democrático de derecho, garantice, el cumplimiento de los derechos fundamentales del hombre en todas las actividades que se desarrollan en la sociedad moderna. No en forma exclusiva o particular en el sistema penal, puesto que si se esquematiza por ejemplo: en México tales derechos fundamentales como "garantías constitucionales", entonces son aplicables en cualquier momento de espacio y tiempo de la forma de vida social.

En consecuencia, los principios que rigen el proceso penal, deben ser aplicados en el interior de la cárcel, para justificar un respeto pleno de esas garantías

constitucionales, que protegen derechos fundamentales, como quedo asentado en el apartado 6.4., en la que nos encaminemos a una cultura verdaderamente democrática un de Estado de derecho.

Ya que podemos constatar que las diferentes sociedades han construido elementos ideológicos de justificación del castigo, sin embargo, sus posturas han ido destruyendo la dignidad, libertad e igualdad humana a lo largo de la historia con la imposición del castigo, donde desafortunadamente los sistemas de producción económica han fomentado un sistema de inclusión y exclusión social que evidentemente influye y enlazan al sistema del castigo.

La creación de estas racionalidades que justifican la aplicación de un castigo, se esquematizan siempre una verdadera postración, por los que menos tienen. Así la desigualdad y discriminación social, política, económica, cultura e incluso religiosa ha traído como consecuencia la persecución de seres humanos, que son llevados anteriormente al patibulo, actualmente a la prisión.

La reproducción de los mismos métodos utilizados a lo largo del tiempo, constata únicamente la idea de denigrar y someter al ser humano por los medios coactivos más represivos y autoritarios antes ya vistos, entonces la pena de prisión justifica una multiplicación de penas en sí misma.

Esta esquematización del hombre delincuente se bifurca no solamente en una estigmatización del sujeto, sino además en una conceptualización de la pérdida de identidad humana, donde el sujeto delincuente, se le observa como una especie de ente y de cosa que habla (proyección esclavista), porque dicho sujeto no tiene razón y sentido, por ende, resulta ser anormal, enfermo o peligroso. Por tal motivo, será sometido por medio del poder tecnificado, que se encuentra en el interior de la cárcel, bajo una falacia moderna de readaptación-resocialización, es decir, se pone en movimiento toda la burocracia carcelaria, para legitimar la acción de castigar, en bien del propio sujeto.

Por ello, la reacción técnica y moderna del castigo, se justifica y legitima, en un esquema de resarcir el daño causado con otro de similar envergadura, esta representación de la reacción social moderna, justifica y simplifica la idea de una pena retributiva, en consecuencia, la pena útil (pena de prisión) no tiene ninguna justificación real, y si por el contrario permite observar que dicha pena refleja los intereses de grupos hegemónicos que detentan el poder social.

Salvo que anora la imposición de la pena-preventiva, se encubre en una idea mas humana de castigo, legitimándose en un discurso liberal-clásico, con contenidos netamente funcionalistas y positivistas de racionalidad científica calculada, para determinar la cantidad y la pena de prisión, sin embargo, se sigue atentando de manera desmesura, descomunal y desproporcionadamente contra los derechos fundamentales del hombre.

La forma lacerante y concentrada del castigo en la época de los suplicios, será igual o proporcional, a las peores miserias y los más graves contrastes humanos, que se viven en la cárcel. Como ya se afirmo la vida en el interior de la cárcel, agrava toda situación de vida, por sus contrastes de desigualdad, discriminación, injusticia, violencia e inseguridad, reflejo fiel de la funcionalidad de la sociedad moderna. Pero al tratarse la cárcel de un lugar cerrado, la naturaleza del castigo se matiza en un esquema de sistema áspero y sórdido.

En consecuencia los valores morales que surgen de los derechos humanos, por ejemplo: los de libertad, autonomía, dignidad e igualdad humana, deben proclamarse y manifestarse como principios éticos básicos del conocimiento de los individuos, para su ejercicio pleno dentro de la sociedad moderna. Esto es, si el individuo social es el eje regulador y legitimador de la sociedad, luego entonces debe ser eje central al que favorezcan dichos derechos, es decir, el hombre como eje rector y regulador de sus derechos, porqué el hombre es un producto de concepción en sí mismo.

Por eso, se plantea la idea de que todas las personas valen por el simple hecho de ser personas, razón por la cuál todas las personas son acreedoras a un trato digno y humano, que requieren del ejercicio de todas sus libertades para la realización plena del ser humano dentro de una sociedad moderna aun cuando se encuentren en la cárcel. Ya que el estar recluido no implica pérdida de respeto y de dignidad humana; entonces se debe promover una cultura de respeto a los derechos fundamentales dentro y fuera de la cárcel.

En este referente no se deberá únicamente fomentar la desmesura de creación de leyes, para justificar un Estado de Derecho, sino que además se deben dar los mecanismos idóneos para hacer valer cada uno de esos derechos.

Por el contrario, se observa que la creación y multiplicación de leyes, solamente justifica una limitación extrema de libertades, pero además una intervención autoritaria y antidemocrática en la regulación de las formas de vida social, en un quehacer fáctico de

carácter normativo, bajo un discurso legitimador del derecho a la defensa social y a favor de un poder-económico como nueva forma de legitimar el deber de castigar.

Entonces también la hipótesis específica planteada se encuentra justificada en el contexto del trabajo en el sentido de que el proceso humanista de las penas ha encubierto y legitimado una práctica autoritaria del castigo, no solamente en el análisis histórico del mismo, sino también en la práctica de la pena de prisión moderna.

Si el siglo XX, se anunció como el siglo de la racionalidad científica donde todos los proyectos iluministas se consolidarían y deberían perfeccionarse en bien del colectivo social, también lo es que el pretender explicar todo lo existente e incluso lo inexistente, ha ocasionado no solamente la creación de un mundo del deber ser enajenado, sino además ha producido una pérdida de la atmósfera del ser, lo que viene a dar como resultado una severa crisis de credibilidad en las instituciones sociales y del propio ser humano, que han llegado a minar la verdadera naturaleza humana del sistema social.

La razón de hoy, sigue siendo del pensamiento ilustrado, sin embargo, la tan citada razón lógica y científica se desgrana en simples generalidades lingüísticas que se legitiman en un discurso normativista de un deber ser.

Aquí es donde concurren mito y realidad; ya que el mito iluminista era la pretensión ilusoria de poder incluir en un solo libro o texto todo el saber humano (enciclopedistas), así la realidad de la sociedad moderna pretende bajo ese mito codificar todas las formas de vida y dar explicación de la realidad. Esta conceptualización normativista del mundo pretende dar solución a todos los conflictos sociales bajo un esquema de derecho, lo cual resulta alarmante y aberrante, porque las normas no son funcionales y eficaces desde su creación.

La búsqueda total de la perfección del conocimiento dentro de la modernidad, suena como una ingenuidad, pero resulta más iluso el pretender plasmar todas las obligaciones y todos los derechos de los gobernantes y de los gobernados en un determinado código normativo. Esto simplemente demuestra la idea de igualdad y de simetría que se pretende dentro de la modernidad, con base en sistema de selección-exclusión, que nos permite entrar a una especie de "ley de secretos", en el sentido de que las razones jurídicas, lo único que pretenden es legitimar y proteger al propio poder que controla y dirige.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el fondo las secuelas de la modernidad producen constantemente una presión social, un constante hostigamiento, una vigilancia y un control extremo sobre el individuo, al que le resulta imposible zafarse de una realidad que ya no conoce de manera directa, sino conformada por la influencia que ejercen los medios de comunicación.

Giovanni Sartori (2000), señala que la cultura escrita está siendo transformada por la cultura de la imagen, así el "*homo videns*" está transformando al "*homo sapiens*". El desarrollo de la sociedad teledirigida, provoca un síntoma de empobrecimiento de la capacidad de entender; la pérdida de la capacidad de abstracción se ha sustituido por la imagen, por la primacía de lo visible sobre lo inteligible.

Esta cultura audiovisual, fomentará la formación de la opinión pública, luego entonces el conocimiento pasará por los canales de comunicación masiva. Sin embargo, si todos los medios de comunicación tratan de llegar al máximo de los espectadores, bajo el espectro de la audiencia, entonces los mecanismos para llegar al mayor público se centrará nuevamente bajo principios económicos de la oferta y la demanda, misma que se rige por un código de pluralidad de audiencia. Desde luego, que bajo este esquema de cultura audiovisual todo lo que se proyecta en imagen y sonido, está debidamente calculado y acordado por el poder-saber, que controla y dirige el sistema social.

Con un esquema de esta naturaleza donde todo está prejuzgado por un cálculo de la "cultura del mercado", el sistema social se instalará bajo un calificativo de lo "correcto"; sin embargo, la moral laicizada proviene de las grandes decisiones que se dictan desde el ámbito internacional-económico.

Esto fomenta la construcción de la doble verdad y de la doble moral, del doble conocimiento y de la doble historia que se erigirá en esta sociedad moderna, que impide alcanzar la tan anhelada libertad e igualdad social, de ahí que vivamos con la ideología del enajenamiento, misma que refleja una verdad simplemente en contrasentido a la realidad, en razón de que el poder cultiva constantemente instrumentos de control y dominio, pero eso sí, encubiertos en un discurso humanista de sociedad.

Por lo tanto, esta cultura de la modernidad dentro del sistema penal y del castigo, se presenta en forma más severa y violenta, bajo un esquema de poder multiforme, donde todo el sistema penal se encuentra minado por relaciones imbricadas de poder, así

TECIS CON
FALLA DE ORIGEN

los sistemas de segregación, presentan un cuadro más dramático, porque el poder imbricado con normas jurídicas y reglas de facto, hacen más represivo, violento y autoritario el sistema del castigo.³³³

El sistema de castigo moderno, sigue entonces manteniendo un funcionamiento moralizador, pero ahora en un espacio cerrado. El sistema de castigo, reafirma simplemente la dinámica de un mundo donde se concentra naturaleza y sociedad, donde se deja de lado la concepción del ser por el deber ser.

De tal manera, que la cárcel produce un síntoma de miedo y peligro, pero también un síntoma de civilización y elección moral. Estos síntomas en nada cambian la percepción de la pena-preventiva, si comparativamente son los mismos síntomas que producían la pena-venganza o la pena-castigo o la pena-custodia o la pena-corrección.

La realidad de la cárcel se circunscribe al mito de orden y progreso, que se venía fraguando desde los pensadores iluministas. Esta obsesión por el orden y el progreso se tradujo en expectativas de formas y estilos de vida, así como de interpretación del mundo. A partir de esa ideología humanista, podríamos rastrear un sin número de características, que hacia el interior de la cárcel producen un sistema de castigo retributivo, y un esquema de represión y autoritarismo extremo.³³⁴

El mito humanista de la pena-prevención se centra entonces en pretender descubrir la identidad y personalidad del recluso, con la finalidad de justificar la transformación psíquica, física y porque no biológica de dicho individuo, es decir, la aplicación de una especie de pena-eugenésica. Entonces esos saberes naturales y sociales que convergen en la transformación de la sociedad carcelaria se sigue legitimando por especialistas y profesionales médicos (inicialmente), pero la gama especialistas se ha ido incrementando al grado que los nuevos saberes de coarta de este sistema del castigo resultan ser los psicólogos, psiquiatras, terapeutas, sociólogos entre otros, un especie de "don" que se bifurca entre dioses y sabios

³³³ Por eso el poder se observa de arriba hacia abajo, vertical o transversal, así viceversa. El origen de la cárcel, sus fines y medios que la justificaban solamente ha creado y generado como objeto de transformación la delincuencia (a través de un poder-saber) así la existencia de la cárcel es correlativa al delincuente, de ahí entonces que el eje motor del sistema carcelario sea el delincuente, luego entonces, la fábrica que produce al delincuente es la cárcel.

³³⁴ Por lo tanto, al crearse todo esta parafernalia humanista de la pena, se justifica la existencia de una racionalidad científica y calculada, que se preocupa más por la cantidad que por la calidad de la pena. En este sentido la producción del castigo es similar en sus efectos, al castigo-suplico o al castigo-retributivo. Al crearse esquemas que se construyen y que deberán ser aplicados al universo de la existencia individual de manera subjetiva en cuanto fin (poder-saber) pero de manera objetiva como medio (poder-saber-cuerpo)

Por ello. El sistema terapéutico del castigo carcelario, resulta ser la gran falacia del conocimiento privilegiado para legitimar la pena de prisión, y si por el contrario, proyecta un esquema simbolista de una lucha antagonica del bien y el mal, cuya estructura y justificación se legitima con el criterio de la preocupación humanitaria de moralización (dentro del cárcel del recluso), es decir, todo el sistema del castigo se erige sobre la base de la condena moral que proviene de los límites que impone poder-saber.

Sin embargo, cabe destacar que está ideología científica de transformación del recluso, resulta ser similar a la ideología monacal del castigo en la Edad Media, puesto que en ambas ideologías se controlaba lugares y espacios del castigo, bajo una doble verdad o una doble moral que justifica el derecho de castigar, por ejemplo: no debemos olvidar el papel tan importante que tuvo el encierro monacal, para transformar el sistema de castigo actual y que se verifica hacia el interior de la cárcel.

Siendo que la realidad del recluso, constata que éstos sujetos inmersos en el dolor inflingido tanto mental como físico, van desarrollando el éxtasis al dolor y no a la readaptación o adaptación social, así las penas de máxima reclusión de igual forma fomentan un acto de mayor riesgo para quién delinque, sin embargo en la ejecución de la conducta delictiva el riesgo se vuelve mayor para la víctima. En consecuencia, este esquema por un lado, crea una idea de sed de venganza social y estatal en contra del delincuente, y por otro lado, se crea una sed de venganza contra la sociedad y el Estado por parte del delincuente.

En este sentido, si en el interior de la cárcel no se cumplen las formalidades legales, que impone una pena privativa de libertad en contra de un determinado sujeto, por ejemplo: si no existe justificación material de la debida clasificación de los internos, pero además se verifica en el interior de la cárcel un estado de hacinamiento, corrupción y autogobierno como ejes reguladores de la convivencia carcelaria, entonces ¿dónde queda la idea humanista de la pena de prisión y de la prisión misma en aras de una búsqueda de readaptación del sujeto delincuente?

La pena de prisión así vista, se traduce en una multiplicidad de penas, porque el sujeto que esta recluido, no solamente perderá su calidad humana sino también su dignidad como sujeto de derechos fundamentales, pero dicha pérdida de derechos arrastra al abismo a la propia familia del recluso, quienes padecen a flor de piel (una especie pena trascendental) la violación estructural de sus derechos fundamentales. Esto se reproduce cómo un grave problema de educación social, puesto que la descomposición social no

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

solamente se refleja en la comisión de un delito, sino en las mismas conductas de quiénes ejercen el poder, y que jamás han sido denunciadas.

La multiplicidad de leyes, no justifica un Estado de Derecho, mucho menos un estado garantista hacia el interior de la cárcel, aún cuando existan los mecanismos legales para hacerlo, si consideramos por ejemplo: los derechos fundamentales que se contienen en de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A pesar de ello, la vida carcelaria se sigue rigiendo por reglas de facto, que se transmiten en un lenguaje de poder e instrucción, que se reproduce con la convivencia diaria y no con las reglas de derecho.

Las reglas de facto al darse dentro de un lugar cerrado jamás podrán ser atravesadas por las reglas de derecho; entonces el sujeto recluso se ve imposibilitado en esa red de poder, dominio y corrupción, para ejercer los mecanismos legales no se violentase sus derechos fundamentales; por lo tanto, su seguridad, su respeto y dignidad como persona humana y de su propia familia, no dependerá de sí mismo, sino de los demás reclusos y de las autoridades carcelanas, es decir, la reproducción de la misma historia de la humanidad, de la misma realidad enajenada o de la permanente historia de la otredad.

En México, verbigracia: se afirma que no existe la pena de muerte de manera práctica, sin embargo, por un lado se privilegia la pena de prisión preventiva, que constituye la aplicación de una pena-castigo, que va en contra de un principio de presunción de inocencia, y por el otro lado, se da rienda suelta a la imaginación con la creación de penas de mayor duración (de cincuenta años), más aún en determinados delitos considerados como de suma gravedad para el colectivo social, se crean espacio privilegiados, que se denominan de "máxima seguridad", bajo esté sistema de castigo no sería una forma de esquematizar una muerte anunciada. Si consideramos los desvalores que hacia el interior de la cárcel se producen con una pena de prisión prolongada para el sujeto que delinque en su aspecto físico, psíquico y moral, resultan ser tangibles y evidentes para su descomposición social.

Al respecto estamos de acuerdo con lo planteado por Luigi Ferrajoli (1995), en el sentido de a que una pena de prisión debe máxima debe estar dentro de un parámetro de diez años, cuya aplicación resulta más eficaz y efectiva para el sujeto que delinque, si realmente se lleva a cabo como tal. De lo contrario estaríamos envueltos en una reproducción de un sistema penal de máxima aplicación y totalmente autortario y represivo, pero lo más grave del asunto, es que no se justifica con una pena de mayor

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

encierro que se produzca transformación del sujeto delincuente, entonces el problema no está en la cantidad de la pena, sino en la calidad de la pena impuesta.

Así, entonces podemos verificar por un lado, que la multiplicación de leyes penales, conlleva a estructurar la racionalidad de aplicación de más penas privativas de libertad, con un esquema de mayor durabilidad en tiempo de reclusión. Sin que se de solución real al problema de la delincuencia y de la propia inseguridad social, por el contrario, a mayor sistema represivo, mayor número de delitos y de delincuentes. ¿Dónde queda en este esquema estructurado los postulados humanista de la pena útil y humana?

Por otro lado, paradójicamente en un lugar donde está siendo custodiado y protegido un sujeto para su adaptación, éste vive en un clima de violencia e inseguridad, donde también la muerte puede llegar a materializarse, en forma de venganza privada o colectiva. ¿Dónde queda entonces la pena humana y útil de la modernidad, que sustituyo a las penas corporales y a las penas de muerte? Si en el interior de la cárcel, se reproduce una pena tan violenta y múltiple que produce igual dolor corporal o incluso justifica la muerte como en una pena-venganza o como una pena-suplicio.

Si la etapa de los suplicios y de la expiación del castigo horrorizaron, a la sociedad renacentista y a la sociedad ilustrada, cabría cuestionarse entonces ¿ Por qué provocan igual temor y horror las formas concentradas y lacerantes, que se construyen en el interior de la cárcel? Por lo tanto, sería prudente entrar a una cultura de legitimación de los derechos humanos y derechos fundamentales de los ciudadanos, no simplemente en un cuerpo normativo o de leyes, sino en una práctica social encaminada a la educación y de fomento de una sociedad más democrática.

La realidad penitenciaria de nuestro país y en el ámbito mundial, no solamente justifica esquemas de desigualdad y discriminación de la población reclusa, sino también refleja un contenido de falta de equidad y de justicia, con ello se desvirtúa la finalidad mítica y humanista de la prisión dentro de un Estado de derecho, puesto que las violaciones de que son objeto los internos, no fácilmente se someten a comprobación, en razón de que las personas que cometen dichas violaciones, son las mismas que ejercen el poder-dominación (autoridades carcelarias), de tal manera, que las quejas y denuncias sobre las violaciones de los derechos fundamentales de los internos, se disipan en constantes desistimientos por el temor a la venganza y a las represalias que pudieran ser objeto los mismos quejosos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Luego entonces, la inseguridad que priva en un establecimiento de seguridad, justifica la contradicción tan grande y grave que existe en el interior de la cárcel y toda la parafernalia preventiva que la legitima el sistema de castigo moderno.

Así, el deterioro de las instalaciones carcelarias, el hacinamiento de reclusos, la desigualdad y discriminación de la mayoría de los internos (por razón de privilegios de unos cuantos), los actos de corrupción que afectan derechos fundamentales, la falta de respeto a la dignidad humana, el constante deterioro de la integridad física, psíquica y moral del individuo, y en especial una falta de formación adecuada del personal penitenciario, favorecen el crecimiento de los esquemas de corrupción, violencia, autogobierno e inseguridad que se vive dentro de la cárcel, con todas estas características ¿cómo es posible que la prisión pretenda readaptar a un sujeto bajo un principio humanista en esas condiciones anunciadas? Pero además ¿cómo es posible que una institución con tantos valores culturales y éticos tan negativos, subsista dentro de un orden normativo de Estado de derecho? Si la cárcel propicia mayores sujetos preparados hacia el dolor inflingido y para enfrentar las condiciones más difíciles de sobrevivencia que se les impongan, necesariamente con estas características la cárcel crea delincuencia; independientemente de que toda esa gama de actividades reflejen objetivamente violaciones a los derechos humanos.

Esto también revela que el discurso legitimador del castigo, se encuentra únicamente en las leyes, ya que la aplicación real se realiza de facto, bajo reglas y normas sobre-entendidas, que se vuelven costumbre, por su reiteración y frecuencia sin respeto alguno a la dignidad humana; pareciese ser que con la cárcel volvemos a una etapa donde el humano sometido y esclavizado, se convertía en una cosa, en la negación absoluta de la identidad humana, sin contenido y calidad humana, simplemente un cuerpo animado sin sentido de razón, que motiva a la experimentación.

La cultura de la prisión y de la pena-eugenésica continuara su camino de edificación de mas carceles, y transformando física, psíquica y moralmente a sus habitantes en un contenido de racionalidad del castigo sobre el castigo, de retribución múltiple de la pena. Se justifica así, que el fin específico de la pena de prisión en el mundo moderno, no es la prevención, sino la retribución, bajo un esquema del Estado de derecho; y que detrás de todo ello se encierra una práctica más represiva y autoritaria del castigo.

Por último, en torno a la tan anunciada readaptación y resocialización del individuo, que profesa el sistema penal dicha conceptualización presenta una estructura simplemente legaloide, que justifica la existencia de un sistema carcelano. Por ejemplo, dentro de la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Ley de Normas Mínimas para el Sistema Penitenciario Mexicano, con vigencia desde 1971, se encuadra un lenguaje especializado y profesionalizado, que debe considerarse para ejecución de la pena de prisión. Así el individuo se someterá a un régimen progresivo y técnico de adaptación. Ello implica que la readaptación-resocialización se asuma simplemente como atención individualizada del sujeto, que se llevará a cabo en un estructura educativa y de trabajo, donde se relacionan las ciencias naturales y sociales de manera magistral para dar cauce al experimento científico carcelario.

Así con procedimientos de observación y entrevista, la labor del conocimiento carcelario se sujeta a un simple sistema punitivo-premial, donde se encamina a la conducta del recluso a un programa de estímulos, que justifica la ideología conductual de puros actos reflejos provocados y condicionados a una meta prefijada, como lo es el mantener el orden dentro del establecimiento carcelario, y no para resocialización del individuo. Este tipo de sistema carcelario-tratamiento, producirá un modelo de castigo donde se reproduzca cíclicamente una universal inclusión y una universal exclusión.

Lo más absurdo y aberrante del asunto se verifica cuando los ejes reguladores y esquematizadores de la conducta como son: el estudio de personalidad y el principio de clasificación del sujeto delincuente, que se proyectan como una racionalidad legitimadora del saber científico del castigo, se ven envueltas en actos de corrupción que necesariamente dan origen a actos de violencia, de poder y de dominio permanente. Por lo tanto, el término readaptación y resocialización carcelario han venido siendo solamente términos técnicos que legitiman los discursos del castigo y con ello únicamente se refuerza los tecnicismos legales para dar cauce a un castigo-persuasión totalmente represivo y autoritario cómo lo es el sistema penal.

Si la corrupción permea el sistema carcelario, entonces las formas de vida carcelaria tendrán su funcionalidad alrededor de una ideología del dinero, entonces el juego del mejor postor, permitirá crear los archivos personales de los reclusos en forma privilegiada, ya que los mismos privilegios de lugar pueden crear otras verdades, es decir, otro hacer fáctico. Así la readaptación y resocialización carcelaria, se vislumbra en una relación de voluntad y de producción-consumo de origen capitalista. Esto es, se expedirá el certificado de readaptado y resocializado para quien pague por su readaptación o resocialización, ahí que dicha ideología siga las reglas del juego económico, ya que para la venta de una mercancía es necesario un buen *slogan publicitario*, sobre todo si consideramos actualmente el papel fundamental que juegan los medios de comunicación en materia de política criminal.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Luego entonces, el fracaso de la cárcel y de su postulado de readaptación y resocialización resulta evidente y materialmente visible, a pesar de lo analizado y explicado, dicho sistema del castigo moderno lejos de desaparecer, crece y se multiplica, más aún se auto afirma y se auto legitima, con la misma fuerza del discurso de la racionalidad moderna. En razón de que no existen soluciones plausibles para su desaparición y sustitución como sistema de castigo, sin embargo es necesario retomar las líneas del discurso legitimador del castigo, para implementar los instrumentos y mecanismos materiales (no tanto formales), que permitan por lo menos apreciar la vida y dignidad humana aún en reclusión.

Un buen camino sería que la realidad explicativa de la realidad no se mantenga en un conocimiento enajenado y privilegiado, ni mucho menos se siga manteniendo bajo un simple esquema de relación contractual subjetiva. Es necesario implementar las políticas que permitan a la mayoría de la población acceder a un mejor conocimiento de sus derechos, en otras palabras, encaminar a la sociedad hacia una mejor educación de sus derechos para el ejercicio de los mismos en plenitud, considerando necesariamente la realidad vinculante entre el ser y el deber ser, donde la diversidad social debe tener una voz más preponderante en la construcción de la alteridad.

El sistema carcelario, entonces debe construirse bajo esas mismas bases ideológicas de permanente educación, de dignidad humana y de respeto de derechos, para que el sistema normativo (tan criticado) permita eficazmente la reproducción de un Estado de Derecho, a pesar de estar privado de libertad a un determinado ciudadano. **La cultura de la educación y de los derechos**, permitirá implementar todo un sistema preventivo y de seguridad social, en la que deben participar cada uno de los integrantes de la sociedad, Así pues el reconocimiento del otro, de los otros, de nosotros y del yo mismo, garantizará el reconocimiento y respeto del derecho que cada uno detenta en la realidad social. Solamente así se evitará la violación estructural de derechos humanos y fundamentales en el quehacer humano y dentro de un Estado democrático de derecho.

Si no de lo contrario seguiremos viendo el crecimiento y transformación de la racionalidad moderna, que se diluye entre discursos y diálogos explicativos del hacer fáctico dentro de una sinrazón, puesto que en su afán de conquistar toda realidad, toda forma de vida y con el fin de mantener un orden social a costa de cualquier precio, justifica y legitima simplemente que el sistema social funcione en relación aun sistema penal, que cada día es más grande, más represivo, más autoritario y más antidemocrático. **Siguiendo las ideas planteadas por Luigi Ferrajoli (1995)**, diremos que el sistema penal moderno, se erige bajo un esquema de derecho penal menos garantista, en consecuencia se

trata de un derecho penal de máxima aplicación, por ello, un sistema en continua tentación al autoritarismo y a la violación estructural de derechos fundamentales del ciudadano.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFIA



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

299-A

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS CONSULTADOS:

- Adomo Theodor.** Consignas. 1ª. Ed. Amorrortu. Edi. Buenos Aires Argentina 1993.
- Agramante, Roberto D.** Sociología S.N.E. Trillas Edi. México 1975.
- Althusser, Louis.** Ideología y Aparatos Ideológicos del Estado. 11ª. Ed. Quinto Sol. Edi. México, 1994.
- Álvarez Gómez, Ana Josefina.** El Interaccionismo o la Teoría de la reacción Social Como Antecedente de la Criminología Crítica. En Criminología Crítica. Serie de Estudios Jurídicos. Universidad Autónoma de Querétaro. Sin fecha.
- La Cárcel ante el Tercer Milenio en Granados Chavem Mónica. El sistema Penitenciario entre el Temor y la Esperanza. Orlando Cárdenas Edi. México 1991.
- Anderson, Perry.** El Estado Absolutista. 14ª. Ed. Siglo XXI. Edi. México. 1996.
- Transiciones de la Antigüedad al Feudalismo. 22ª Ed. Siglo XXI Edi. México, 1997.
- Aniyar Castro, Lolita.** Criminología de la Reacción Social. Venezuela Universidad de Zulia. 1977.
- Apel, Karl-Otto.** La Situación del Hombre como Problema Ético. En Razón Ética y Política (el conflicto de las sociedades modernas) compilador, palacios X y Jarauta F., 1ª. Ed. Anthropos Edi. España 1989.
- Arangio-Ruiz, Vincenzo.** Instituciones de Derecho Romano. 10ª Ed. Depalma. Edi. Argentina. 1986.
- Bacigalupo, Enrique.** Manual de Derecho Penal (Parte General) Reimpresión. Temis Edi. Bogotá-Colombia. 1989.
- Baratta, Alessandro.** Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal. 2ª. Ed. Siglo XXI Edi. México 1989.
- Barcellona, Pietro.** El Individualismo Propietario. S.N.E. Trotta Edi. Madrid. 1996.
- Beccaria, Cesar.** Tratado de los Delitos y de las Penas. 4ª. Ed. Facsimilar. Porrúa S.A. Edi. México 1990
- Bentham, Jeremías.** El Panóptico. S.N.E. La Piqueta. Edi. España. 1990.
- Bergalli, Roberto. Bustos Ramirez, Juan. Miralles, Teresa.** Pensamiento Criminológico. Vol. I. Y II. S.N.E. Temis. Edi. Bogotá-Colombia, 1983.
- Bergalli, Roberto.** Sistema Penal e Intervenciones Sociales. Algunas Experiencias en Europa. Hacer Edi. Barcelona. 1993.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

----- Control Social Punitivo. S.N.E. María de Jesús Bosch. S.L. Edi. Barcelona España 1996.

Berger L. Peter- Luckmann Thomas. La Construcción Social de la Realidad. 11ª Reimpresión Et. Amorrortu. Edi. Buenos Aires. 1993.

Bobbio, Norberto. El Tiempo de los Derechos. 1ª. Ed. Sistema Edi. Madrid, España. 1991.

----- El Tercero Ausente. 1ª. Ed. Teorema Edi. España 1997.

Bodeheimer, Edgar. Teoría del Derecho. 7ª. Ed. Fondo de Cultura Económica Edi. México 1985.

Bustos Ramirez. Juan. Manual DE Derecho Penal Español.(parte general) 1ª. Ed. Ariel. S.A. Barcelona. 1984.

----- Control Social y Sistema Penal. 1ª. Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias. Edi. Barcelona 1987.

Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Porrúa S.A. Edi. México 1985.

Chomsky, Noam. Política y Cultura a Finales del Siglo XX. 2ª. Ed. Ariel Edi. México 1996.

Christie, Nils. La Industria del Control del Delito. S.N.E. 1ª. Ed. Del Puerto. S.R.L. Buenos Aires Argentina.

Código de Hamurabi. 1ª Ed. Cárdenas Edi. México, 1989.

Cohen, Stanley. Visiones del Control Social. 1ª Ed. PPU. Edi. Barcelona 1988.

Crozier, Michel. La sociedad Bloqueada. S. N. E. Amorrortu Edi. Argentina 1970

----- Estado Modesto, Estado Moderno. 2ª. Ed. Fondo del de Cultura Económica. Edi. Mexico 1992.

Cuello Calón, Eugenio. Moderna Penología. S.N.E. Bosch, Edi. Barcelona 1974.

De Lardizábal y Uribe, Manuel. Discurso sobre las Penas. 1ª. Ed. Facsimilar Porrúa S. A. México 1982.

De la Cueva, Mario. La Idea de Estado. 3ª. Ed. UNAM, Edi. Mexico, 1986.

Del Olmo, Rosa. América latina y su Criminología. 1ª Ed. Siglo XXI. Edi. México 1981.

Donzelot, Jacques. Espacio Cerrado. En Espacios de Poder. 2ª. Ed. La Piqueta. Edi. España. 1991.

Durkheim, Emilio. de la División del Trabajo Social. S.N.E. Schapire Edi. Buenos Aires Argentina, 1967

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Duverger, Maurice. Introducción a la Política. Ariel Edi. Barcelona 1968.

Duverger, Maurice. Sociología Política. S.N.E. Ariel. Edi. Barcelona. 1972.

Eduardo Mari, Enrique. Problemática del Castigo. (Discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault) sin más datos bibliográficos.

Elias, Norbert. Conocimiento y Poder. S.N.E. La Piqueta. Edi. Madrid España 1994.

----- La Sociedad Cortesana. 1ª. Ed. Fondo de Cultura Económica. Edi. México, 1996.

Floris Margadant, Guillermo. Panorama de la Historia Universal del Derecho. 3ª Ed. PORRÚA S.A. Edi. México, 1983.

Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón S.N.E. Trotta. Edi. España 1995.

Foucault, Michel. La Gubernamentalidad: En Espacio de Poder. 2ª. Ed. La Piqueta. Edi. España, 1991.

----- Saber y Verdad. S. N. E. La Piqueta Edi. España 1991.

----- Microfísica del Poder. 3ª. Ed. La Piqueta Edi. Madrid, España 1992.

----- Genealogía del Racismo. 1ª.Ed. La Piqueta. Edi. España, 1992.

----- Vigilar y Castigar. 24ª.ed. Siglo XXI. Edi. México 1996.

----- El Nacimiento de la Clínica. 17ª. Ed. Siglo XXI. Edi. México, 1997.

Fronzizi, Risiere. Introducción a los Problemas Fundamentales del Hombre. 1ª Ed. Fondo de Cultura Económica. México 1977.

García-Borés y Martínoy Sonia. Retos Posmodernos Para la Construcción de la Identidad, determinar en forma real la visión esencialista y no esencialista del yo, es decir yo individual versus yo relacional, que origina la unicidad versus multiplicidad del yo. Sin datos bibliográficos.

García Valdés, Carlos. Estudios de Derecho Penitenciario. 1ª Ed. Tecnos Edi. Madrid-España.1982.

Giddens, Anthony. Modernidad e Identidad del Yo. 1ª. Ed. Península Edi. Barcelona 1997.

Giménez, Gilberto. Poder, Estado y Discurso. Perspectivas Sociológicas y Semiológicas del Discurso Jurídico-Político. 3ª. Edi. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Edi. México 1989.

Goffman, Erving. Internados. Amorortu. Edi. Buenos. Argentina 1988.

González Placencia, Luis. Las consecuencias del Peligrosismo frente a los Derechos Humanos. Consideraciones preliminares para una discusión en torno a la prevención especial positiva. Sin datos bibliográficos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

----- La Sociología del Derecho en la Condición de Globalización para una Metacrítica del Control Social. Sin datos bibliográficos.

----- Obedecer ¿A quien?. Algunas Reflexiones sobre la Construcción del Orden de las Instituciones Carcelarias. C.N.D.H. Sin datos bibliográficos.

----- Criterios para la Clasificación de la Población Penitenciaria. C.N.D.H. Edi. México. 1994

----- ¿La cárcel un espacio para la exclusión? En la Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo México C.N.D.H. 1995.

----- Violencia en Centros Penitenciarios de la República Mexicana. Reporte de Investigación. 1ª. Ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos. Edi. México 1996.

González Vidaurri, Alicia., y otros. El Uso y la Práctica de la Ley en México. 1ª. Ed. Porrúa S:A Edi. México.

González Vidaurri, Alicia .Sánchez Sandoval, Augusto. Discurso y Cárceles de Máxima Seguridad. En Granados Chavern, el Sistema Penitenciario entre el Temor y la Esperanza. Orlando Cárdenas. Edi. 1991.

González Vidaurri, Alicia. A. Gorenc. Sánchez Sandoval, Augusto. El Control social en la Ciudad de México. D.F.UNAM-ACATLAN. Edi. México 1994.

Gorlich, Ernest J. Historia del Mundo. 4ª. Ed. Martínez Roca Edi. Barcelona . España.1967.

Gramsci, Antonio. Nota sobre Maquiavelo. Sobre Política y sobre el Estado Moderno. Juan Pablos Edi. México 1977

Habermas, Jürgen. Escritos sobre Moralidad y Eticidad. 1ª. Ed. Piados,Edi. Barcelona,1991.

----- Conciencia Moral y Acción Comunicativa. 5ª. Ed. Península Edi. 1998.

Hart.H.L.A. El Concepto de Derecho. 2ª.Ed. Abeledo-Perrot. Edi. Buenos Aires. Argentina. 1990.

Hegel, G. W.F. Filosofía del Derecho. 2ª. Ed. UNAM Edi. México. 1985.

Hentig, Hans Von. La Pena. Tomo I. Y II. Las Formas Modernas de Aparcería. Madrid. Espasa Calpe. 1968.

Hobbes, Thomas. Leviatán. Tomo I. 1ª. Ed. Gemika. S.A.Edi. México 1997.

Kelsen, Hans. Teoría Pura del Derecho. 5ª. Ed. UNAM Edi. México 1986.

Larrauri, Elena. La Herencia de la Criminología Crítica. 2ª. Ed. Siglo XXI Edi. México 1992.

Lazarsfeld, P. Y Boudon, R. De los Conceptos a los Índices Empíricos, en Metodología de las Ciencias Sociales, Tomo I, Lara Edi. Barcelona 1973.

Locke, John. Ensayo sobre Gobierno Civil. 3ª. Ed. Gemika. S.A. Edi. México 1998.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- Luhmann, Niklas.** Organización y Decisión. 1ª. Ed. Anthopos Edi. México 1997.
- Mac Ibert, Roberto.** Sociología. S. N. E. Tecnos Edi. Madrid, 1960.
- Maffelosi, Michel.** La Socialidad en la Posmodernidad. En Tomo a la Posmodernidad. 1ª. Reimpresión. Ed. Antropos. Colombia. 1994.
- Magna Exposición México y sus Constituciones.** Archivo General de la Nación. 1917-1997. Palacio de Lecumbern: México..
- Mafo Camacho, Gustavo.** Historia de las Cárceles en México. INACIPE, 1979.
- Marco del Pont, Luis.** Penología y Sistema Carcelano. Tomo I. Penología . 1ª Reimp. DePalma Edi. Buenos Aires, 1982.
- Marcos, Patricio E.** El Estado. S.N.E. Edicol. Edi. México 1977.
- Maquiavelo, Nicolás.** El Príncipe. S. N.E. Nacional Mexicana. Edi. México. 1972.
- Marx, Carlos.** Manifiesto del Partido Comunista. 3ª. Ed. Siglo XXI Edi. México 1976.
- Melossi, Dario.** El Estado del Control Social. 1ª. Ed. Siglo XXI. Edi. México, 1992.
- Melossi -Pavarini.** Cárcel y Fábrica. 3ª. ed. Siglo XXI edi. México 1987.
- Merino, Mauricio.** Gobierno Local Poder Nacional. 1ª. Ed. El Colegio de México Edi. 1999.
- Morris, Norval.** El Futuro de las Pnsiones. 2ª. Ed. Siglo XIX Edi. México a 1989.
- Moscón, Giuseppe.** La Justificación de la Pena: La Cárcel y el Derecho penal Mínimo en la Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo. C.N.D.H Edi. México 1995.
- Mir Puig, Santiago.** Derecho Penal (parte general) 2ª. Ed. PPU. Edi. Barcelona 1985.
- **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho.** 1ª. Ed. Ariel, S. A. Edi. Barcelona. 1994
- Neuman, Elías.** Prisión Abierta. S.N.E. Depalma, Edi. Buenos Aires. 1984.
- Parsons, Talcott.** El Sistema de las Sociedades Modernas. S.N.E. Trillas Edi. México. 1987.
- Pavarini, Massimo.** Control y Dominación. (Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico) 5ª. Ed. Siglo. XXI. Edi. México, 1996.
- Pavón Vasconcelos, Francisco.** Derecho Penal Mexicano. 12ª. Ed. Porrúa S.A. Edi. México, 1995.
- Pessina, Enrique.** Elementos del Derecho Penal. 4ª. Ed. REUS Edi. Madrid. 1936.
- Popper, Karl.** Conjeturas y Refutaciones. 3ª Ed. Paidós. Edi. Barcelona 1991.

Radbruch-Gwinner. Historia de la Criminalidad. S.N.E. Bosch. Edi. España. 1955.

Resta, Eligio. Desmesura de los Sistemas Penales. En Poder y Control. Revista Hispano-latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social, No. 0. PPU:Edi. Barcelona 1986

Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal. 11ª Ed. Temis Edi. Bogotá-Colombia. 1990.

Rivera Beiras, Iñaki. La Devaluación de los Derechos Fundamentales de los Reclusos. La Construcción Jurídica de un Ciudadano de Segunda Categoría. 1ª. Ed. Bosch Edi. Barcelona. España. 1997

----- El Problema de los Fundamentos de la Intervención Jurídico Penal. 1ª. Ed. El Signo. S.A. Edi. Barcelona 1998

----- La Cárcel en el Sistema Penal. Un Análisis Estructural. Sin más datos bibliográficos.

Rousseau, Jacobo. El Contrato Social. S.N.E. Altaya Edi. Barcelona 1993.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo. Significado Político Fundamento Ético de la Pena y de la Medida de Seguridad. Reus Edi. España 1965.

Roxin, Claus. Política Criminal y Estructura del Delito. S.N.E. PPU. Edi. Barcelona España 1992.

Rusche, George-Kirchheimer, Otto. Pena y Estructura Social. SNE. THEMIS. Edi. Colombia. 1984.

Russell, Bertrand. El poder de los Hombres y en los Pueblos. Lozada Edi. Buenos Aires, Argentina 1960.

Sáinz, Luis Ignacio, y Escalante Fernando. Nuevas Tendencias del Estado Contemporáneo. 2ª. Ed. UNAM Edi. México 1986.

Sánchez Azcona Jorge. Reflexiones sobre el Poder. 1ª. Ed. UNAM Edi. México 1995

Sánchez Galindo, Antonio. El Derecho a la Readaptación Social. Depalma Edi. Buenos Aires Argentina 1983.

Sandoval Huertas, Emiro. Penología (parte general). SNE. Colombia. Universidad Externado de Colombia. 1962.

Santiago Teresa. Alcances y Límites de la Racionalidad en el Conocimiento y la Sociedad (Prólogo) 1ª. Ed. Plaza y Valdés. Edi. México, 2000

Sánchez Vázquez, Adolfo. La Ideología de la Neutralidad Ideológica. Textos de Antología Sobre Problemas Filosóficos. Morelia Michoacán. México 1975.

Scheerer, Sebastian. La prisión en la teoría de la Prevención- Integración. En la Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo. C.N.D.H. Edi. México 1995.

Schemerhorn. El Poder y la Sociedad. Paidós Edi. Argentina 1963

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Serrano Gómez, Enrique. Legitimación y Racionalización. 1ª Ed. Anthropos. UAM. Edi. México 1994.

Sartori, Giovanni. Homo Videns. La Sociedad Teledingida. 9ª. Ed. Taurus. Edi. México. 2000.

Tenorio Tagle, Fernando. En el Control Social de la Drogas en México. S.N.E. Inacipe Edi. México 1991.

----- 500 años de razones y justicia. Memorias del Enjuiciamiento. México- Inacipe Poder Judicial del Estado de Hidalgo. 1992.

Tocaven, Roberto. Elementos de la Criminología. 1ª. Ed. Edical Edi. México 1979.

Weber, Max. ¿Qué es la Burocracia? S.N. E. Leviatán. Edi. Argentina 1991.

----- Política y ciencia. S.N.E. Leviatán. . Argentina 1989.

----- Ensayos de Sociología. Fondo de Cultura Económica Edi. 1976

----- Etica Protestante. 4ª. Ed. Coyoacán Edi. México 1997.

Xirau, Ramón. Introducción a la Historia de la Filosofía. 12ª. Ed. UNAM. Edi. México, 1995.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal. Cárdenas Edi. México 1988.

----- Tratado de Derecho Penal. T. I. 1ª. Ed. Cárdenas, Edi. México, 1988.

----- En Busca de las Penas Perdidas. Temis Edi. Bogota, Colombia, 1990.

----- ¿Qué Hacer con la Pena? Las alternativas a la Prisión. En la Experiencia del Penitenciario Contemporaneo. México C.N.D.H. 1995.

Zimring E. Franklin. La Utilidad del Castigo. S.N.E. Editores Asociados. Edi. México 1977.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS CONSULTADAS.

Diccionario de Derecho Romano. 3ª. Ed. Reus. Edit. Madrid, 1982.

Diccionario Manual Español-Latino. S.N.A. Ramón Soeña. Edit. Barcelona 1984.

Diccionario Juridico S.N.A. Espalsa-Calpe. Edit. Madnd, 1994.

Enciclopedia Histórica Universal Salvat Mexicana. S.N.E., Salvat Española Edi. Tomo I. Y II. Barcelona España, 1980.

Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología. 2ª. Ed. Astrea Edi. Argentina, 1980.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

HEMEROGRAFÍA CONSULTADA:

Aniyar de Castro, Lolita. Los Medios de Comunicación y La creación de un Sentimiento de Seguridad como Forma de Control Social. En Revista Criminología. Academia Mexicana de Ciencia Penales Edi. Año Lv No. 1-12 enero-diciembre México 1989.

Baratta, Alessandro. Viejas y Nuevas Estrategias de la Legitimación del Derecho Penal. En Poder y Control. Revista Hispano-latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social. No. 0 PPU. Edi. Barcelona 1986.

Baratta, Alessandro. Criminología y Dogmática Penal. Pasado y Futuro del Modelo Integral de la Ciencia Penal. En Papers. Revista de Sociología No. 13

Bergalli, Roberto. Aspecto Sociológico-Jurídicos. Introducción. En Poder y Control. Revista Hispano-latinoamericana de Disciplinas sobre el Control Social. No. 0 1 PPU. Edi. Barcelona 1986.

Córdova Arnaldo. Política e Ideología Dominante. Revista de Cuadernos Políticos. No. 10, Octubre-Diciembre. México 1976.

Cortés, F. Rubalcava. Teoría, Estadística, e información en Revista Mexicana de Sociología. No. 1. enero-marzo México 1987.

Comisión Nacional de Derechos Humanos. Diagnostico de las Prisiones en México. Serie Folletos No. 12. México CNDH. 1991.

Ferrajoli, Luigi. El derecho Penal Mínimo. En Poder y Control. Revista Hispano-latinoamericana de Disciplina Sobre el Control Social. No. 0 PPU. Edi. Barcelona. España 1986.

Hassemer, Winfried. Prevención en el Derecho Penal. Poder y Control. Revista Hispano-latinoamericana de disciplina sobre el control social. No. 0. PPU. Edi. Barcelona 1986.

Hulsman, Louk. C. La Criminología Crítica y El Concepto del Delito. En Poder y Control. Revista Hispano-latinoamericana de Disciplinas Sobre el Control Social. No. 0. PPU. Edi. Barcelona 1986.

Jones, Williams R. La Clínica en tres Sociedades del Medioevo. En Revista Diógenes. verano de 1983. No. 122. UNAM: México.

Pavarini, Massimo. El Sistema del Derecho Penal entre el Abolicionismo y Reduccionismo en Revista Mexicana de Justicia México 1986.

Ramonet, Ignacio. "Un Mundo Sin Rumbo." En Revista El Europeo. No. Especial 53-54. España 1996. pp.

Revista Justicia y Paz. México 3 de noviembre de 1993.

Sandler, Raúl. Poder y Derecho en Revista Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. No. 14. México 1982.

Serna Alonso, Justo. De la Gestión Penitenciaria a la Dominación de Clase. El Ejemplo de Manuel Montesinos. En Poder y Control. En Revista. Hispanoamericana de Disciplinas Sobre el Control Social. La Cárcel entre la Utopía y La Realidad. No 3 PPU Edi. Barcelona 1987.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Werber, Max. La política como Vocación. Revista de la Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. México. Año V : No. 16. abril-junio. 1959.

PERIÓDICOS EN LA RED CONSULTADOS :

- Periódico la Jornada del 19 de marzo de 1997. En la red de internet: www.jornada-unam.com.
- Periódico la Jornada del 21 de Julio de 1997 En la red de internet: www.jornada-unam.com.
- Periódico la Jornada del 1 de marzo de 1998. En la red de internet: www.jornada-unam.com.
- Periódico la Jornada del 23 de Julio de 1998. En la red de internet: www.jornada-unam.com.
- Periódico la Jornada del 11 de octubre de 1998. En la red de internet: www.jornada-unam.com.
- Periódico la Jornada del 19 de octubre de 1998. En la red de internet: www.jornada-unam.com.
- Periódico la Jornada del 17 de enero de 1999. En la red de internet: www.jornada-unam.com.
- Periódico la Crónica del 31 de marzo del 2000. En la red de internet: www.jornada-unam.com.

LEGISGRAFÍA NACIONAL CONSULTADA:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 2002. En la red de internet: www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/com.
- Ley de Amparo. México 2002. En la red de internet: www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/com.
- Ley de Normas Mínimas sobre la Readaptación Social de Sentenciados. México 2002. En la red de internet: www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/com.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. México.2002. En la red de internet: www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/com.
- Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal. México 2002. En la red de internet: www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/com.
- Plan Nacional de Desarrollo 1994-1995. En la red de internet: www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/com.
- Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. En la red de internet: www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/com.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

LEGISGRAFÍA INTERNACIONAL CONSULTADA:

Convenio Sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio (del 9 de diciembre de 1948). En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.

La Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados (de 28 de julio de 1951). En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.

El Convenio Sobre los Derechos Políticos de la Mujer (del 20 de diciembre de 1952). En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.

La Convención Complementaria del Convenio Sobre la Esclavitud del 25 de septiembre de 1926. (del 7 de septiembre de 1956). En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.

El Convenio de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (del 31 de junio de 1957). En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.

La Declaración Sobre los Derechos del Niño (de 1959) En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.

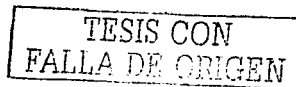
La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación racial (de 21 de diciembre de 1965). En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.

La Convención Internacional Contra la Toma de Rehenes (de 17 de diciembre de 1979). En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.

La Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979). En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.

La Convención Contra la Tortura, de Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (del 10 de diciembre de 1984). En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 2 de mayo de 1948. En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Ed. México 1998.



Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948. En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Edi. México 1998.

La carta de Bogotá. En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Edi. México 1998.

El Pacto de San José de Costa Rica. En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Edi. México 1998.

La Carta Interamericana de Garantías Sociales. En Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos ONU-OEA. Compilador Rodríguez Rodríguez, Jesús. CNDH, Edi. México 1998.

PONENCIAS Y SEMINARIOS:

Bergalli, Roberto. 3ª. Ponencia. Sección de trabajo No. 21 del 4º Congreso Español de Sociología de fecha 25 de septiembre de 1992.

Bergalli, Roberto. Seminario "Control Social a Final del Milenio" Misterio sin Resolver y Futuros Imprevisibles. Universidad de Barcelona. 18-19 Noviembre de 1993.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Ponencia en el encuentro internacional "La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: aportes y experiencias", ¿Qué hacer con la pena? Las alternativas a la prisión. Celebrado los días 26 y 27 de julio de 1993.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN