



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

**LA INEFICACIA FUNCIONAL DE LA REINSERCIÓN
SOCIAL EN EL SISTEMA PENITENCIARIO
MEXICANO.**

TESIS

Que para obtener el grado de

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

JESUS YOYOTZIN VALDES GARDUÑO

Asesor:

Mtro. EDMUNDO AGUILAR ROSALES.

Santa Cruz Acatlán, Estado de México, 2020.





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.

Para que cualquier pena no sea violencia de uno o de muchos en contra de un ciudadano particular, debe ser esencialmente pública, pronta, necesaria, la menor de las penas posibles en las circunstancias dadas, proporcional a los delitos y dictada por las leyes.

Caesare Beccaria.

Deseo exteriorizar mi agradecimiento, en primer lugar, a mi *alma mater* la Universidad Nacional Autónoma de México, a la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, a la División de Ciencias Jurídicas de la misma y a todo el personal docente que marcó y marcará mi rumbo por haberme brindado el placer de ser parte de sus alumnos; a todos mis compañeros de generación; a todas las personas con las que he tenido el gusto de compartir mi existencia, a todos ellos les ofrezco el esfuerzo impreso en este trabajo, el tiempo y la pasión con que lo llevé a cabo, todo esto es y será en honor a la investigación científica, al pensamiento crítico y a la inmarcesible curiosidad.

Deseo expresar un especial agradecimiento a mis padres: Kalinka y Jesús por haber hecho de mí un ser humano crítico, por ser para mí un ejemplo de solidaridad, amor, comprensión, fortaleza, probidad y perseverancia y por aceptarme y amarme tal y como soy. Me honra ser su hijo.

A mis hermanos Héctor, Andrés y Mariana por enseñarme que un hermano puede ser capaz de inmolarse por la felicidad del otro, por creer en mis capacidades como ser humano y por amarme con todos mis defectos y virtudes. Es para mí un placer ser su hermano.

A mi profesor y asesor de tesis, el maestro Edmundo Aguilar Rosales, por haber tenido la paciencia y la entrega suficientes para llevar esta investigación a lo que es, por los importantes consejos sobre su estructura, por su valor humano y sobre todo, por engendrar en mí el amor y la pasión por la investigación científica. Gracias por la pasión con la que enseña.

A Paola Alejandra Juárez Zarza por haber estado conmigo cuando más la necesité, por haber sido la mejor compañera en un camino lleno de óbices, por ser una persona tan entregada a lo que le apasiona y por enseñarme el valor de la integridad y amor propios. Gracias, eres parte medular en esta locura que llamamos existencia.

A mi gran amigo y compañero de generación Gustavo Soto López por su alegría, compañía, complicidad y solidaridad, por compartir sueños e inspirarnos el uno al otro desde que nos conocimos y por haberme acompañado a tantos viajes que quedarán en mi memoria para siempre.

Por mi raza hablará el espíritu.

Índice.

Introducción.....	1
1. El crepitar aritmético y estadístico del sistema penitenciario mexicano.	4
1.1. Estructura penitenciaria en números.....	4
1.2. Propuesta <i>a priori</i> , estudio y antecedentes del sistema penitenciario.....	6
1.2.1. Sistema penitenciario: definición y su alcance como factor criminógeno.7	
1.2.2. Antecedentes y bases constitucionales del sistema penitenciario.	11
1.3. Análisis epistemológico de los términos de readaptación y reinserción social.14	
1.4. Alcances del concepto de reinserción social.....	21
1.4.1. Objetivos de la reinserción social.....	24
1.4.2. Funciones que el derecho despliega para lograr este fin.....	25
2. Las vicisitudes de la reprensión penal, sus justificaciones éticas y su discurso filosófico.....	26
2.1. El discurso de la reinserción social.	26
2.2. Justicia penal en términos filosóficos.	27
2.3. La moral como criterio justificante del castigo.....	31
2.3.1. La moral pública.....	37
2.3.1.1. <i>Res publicae</i>	38
2.3.1.2. Liberalismo como basamento de la moralidad pública.....	38
2.3.1.3. El gobierno del pueblo.	39
2.4. La reprensión como común denominador.	39
2.4.1. Sistematización de los suplicios.....	44
2.5. La configuración social de la sensibilidad, entenderla para entender la reinserción social.....	45
2.5.1. El derecho como norma social y como instrumento de control.	47
3. Análisis de la legislación local aplicable a la reinserción social.....	50

3.1. Análisis dogmático de los principios rectores de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal.	50
3.2. Análisis estadístico de la reinserción laboral.	55
3.3. La marca social de la población liberada.	55
3.3.1. Problemas de género en el sistema penitenciario.....	56
3.3.2. La gestión corrupta de las instituciones penitenciarias en México.	57
3.3.3. Problemas endémicos de salud en las cárceles.	58
3.3.4. Los estigmas remanentes después de la liberación.....	58
3.4. Las consecuencias del aislamiento social sistemático.	61
4. La psicología y sociología del castigo y su relación con la reinserción social.	61
4.1. Implicaciones sociales del paradigma de la reinserción social.....	64
4.1.1. La eficacia social del derecho para entender la ineficacia funcional del sistema penitenciario.	65
4.2. Derivaciones sociales del fenómeno de la política penal.	66
4.3. El castigo.....	67
4.3.1. La sociología del castigo.....	69
4.3.2. Concepto de castigo.	70
4.3.3. Las deficiencias de la praxis del castigo como medio de control social.	71
4.3.4. Las dificultades para abordar el castigo como fenómeno sociológico..	73
4.4. El legado de Émile Durkheim para entender el castigo.....	76
4.5. El castigo desde el mirador holístico de Karl Marx y los neomarxistas de la escuela de Frankfurt.	81
4.6. La obra de Michel Foucault en relación con el castigo y las <i>tecnologías de poder</i>	86
4.7. Otras formas culturales para entender al delincuente, su reinserción social y la neurofenomenología como disciplina auxiliar.	93

5. El sistema penitenciario en términos criminológicos.	102
5.1. La figura del juez en la ejecución de sanciones.	103
5.1.1. Juez de ejecución de sanciones a nivel legislativo.	109
5.1.2. La ejecución de sanciones como etapa del sistema penal acusatorio.	109
5.2. Una política criminal democrática y legítima para llegar a la reinserción social.	110
5.2.2. Teorías relativas o preventivas.	113
5.2.2.1. Teoría de la conservación del pacto social.	114
5.2.2.2. Teoría de la prevención general.	115
5.2.2.3. Teoría de la prevención especial.	117
5.2.3. Teorías mixtas.....	119
5.2.3.1. La teoría retributivo-preventiva.	120
5.2.3.2. La teoría diferenciadora.	120
5.2.3.3. La teoría dialéctica de la unificación o unificadora.....	121
Conclusiones.....	122
Fuentes.....	131

Introducción.

El complejo fenómeno de la reinserción social y todas sus implicaciones penales, hacen de vital importancia el desarrollo de la investigación científica en estos tópicos, la comprensión el estado del arte de este método de control social adquiere gran importancia en el ámbito del derecho penal y penitenciario; en esta investigación teórica y estadística de carácter analítico-demostrativa se intenta hacer un análisis de todos los fenómenos que giran en torno a la reinserción social y la planteada ineficacia funcional de esta, la base de esta afirmación se sirve del análisis de datos estadísticos y de fuentes teóricas, todo esto para dar rigor científico a este trabajo y hacer hincapié en la crisis de eficacia que hoy vive el sistema penitenciario mexicano.

Todos los miradores ofrecidos por las disciplinas a través de las cuales estudiamos las aristas de nuestro objeto de estudio, el cual puede ser entendido como la *reinserción social* y esta como parte de los objetivos constitucionales del sistema penitenciario de México, el estudio multidisciplinar nos dará la luz necesaria para entender su complejidad, su realidad ontológica, su deontología y, sobre esta base, construir un principio firme que haga las veces de semillero para sembrar un cambio positivo y paulatino.

Haremos un análisis estadístico de este objeto para determinar sus alcances en el mundo de los hechos, las consecuencias de la toma de decisiones dentro de su estructura institucional y en general cualquier cantidad de datos estadísticos que nos permitan apreciar de una forma congruente y objetiva el comportamiento de este fenómeno institucional y social, como lo es, la reinserción social.

Aquí podremos apreciar la definición de sistema penitenciario, un acercamiento a la doctrina jurídica que nos pueda dar luz respecto de la carga ideológica e idiomática de esta voz tan compleja, y su vez poder llevar este fenómeno, desde su definición, hasta sus últimas consecuencias objetivamente medibles, entre ellas el hecho de las cárceles son parte del listado de *factores criminógenos* hecha por la criminología, dichos factores criminógenos son las causas del delito, es decir, el sistema penitenciario, como institución encargada de controlar el número de delitos, paradójicamente, es uno de los detonantes del delito dentro de nuestra sociedad.

Después de la demostración anterior, haremos un recordatorio de las bases constitucionales e históricas del sistema penitenciario, tanto al ser institución como al ser fenómeno social, esto es, comprender que el sistema penitenciario no siempre ha

querido reinsertar a la sociedad a su población, este sistema de control social y de administración de castigos, empezó como un fenómeno local, una venganza privada, después llegó la venganza divina, pasamos por la ignominia de la venganza pública hasta llegar al último escalafón: el período humanitario, los historiadores gustan de llamarlo así, tal vez porque fue el que les tocó vivir, lo cierto es que el período que vivimos del sistema penitenciario mexicano es todo menos humanitario, como se demostrará más adelante. Por cuanto hace a las bases constitucionales estaremos a lo que estatuye el Pacto Federal en ese sentido, partiendo del artículo 18, segundo párrafo.

Asimismo, haremos un breve estudio sobre cómo la readaptación social se diferencia de la reinserción social, desde el punto de vista de las razones del constituyente para cambiar de paradigma penitenciario, sus justificaciones y sus argumentos, para poder entender cómo este fenómeno jurídico cambia sus características y se adapta a la sociedad, podremos identificar, asimismo, los objetivos constitucionales de la reinserción social.

Este documento también intentará hacer un espacio para hablar del discurso de la reinserción social, sus parámetros técnicos, sus clasificaciones taxativas y sus intolerancias en un sistema penitenciario esculpido en su propia violencia; estudiaremos el fenómeno de la ética penitenciaria, sus discursos y lo que tiene planeado llevar a la práctica con el sistema penitenciario mexicano. También haremos un análisis sobre el discurso de la moral pública, en sus tres grandes vertientes occidentales, la república, el liberalismo y la democracia, para que desde esos miradores podamos ver de forma más amplia la situación en la que vivimos.

Haremos así, una pausa en la configuración social de la sensibilidad, porque consideramos importante ese tópico para entender la reinserción social para después hacer un análisis dogmático de alguna de la legislación aplicable a este complejo fenómeno, después pasaremos al campo de la estadística penitenciaria de nueva cuenta para analizar la situación laboral de las personas que salen de las cárceles mexicanas.

Estudiaremos otras aristas de nuestro objeto de estudio, como la marca social y cultural que la cárcel deja en sus pobladores, los problemas de género que enfrentan todos los días estas instituciones, por supuesto tendremos que tocar el tema de la corrupción dentro y fuera de las cárceles de nuestro país, lo anterior para darnos

cuenta de cuánto esto nos cuesta a todos los contribuyentes mantener este tipo de prácticas.

Asimismo, intentaremos demostrar que es importante entender la configuración social de la sensibilidad para poder entender posteriormente las bases sociales de la reinserción social en un entorno hostil y violento, como es casi todo el sistema penitenciario; claramente habrá que hacer espacio para explicar el fenómeno jurídico como método de control social y como norma obligatoria que de esta emana, para encontrar la legitimidad del castigo sistemático e institucionalizado.

Después tocará el turno a la dogmática jurídica para analizar la legislación local aplicable a nuestro tema de investigación, en concreto de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el otrora Distrito Federal, de igual forma podremos analizar la estadística del sistema penitenciario y la reinserción laboral como fenómeno socio-económico e institucional, los problemas a los que se enfrentan las personas recién salidas de las cárceles mexicanas, también será objeto de estudio la corrupción en las cárceles mexicanas, los estigmas psicológicos que pueden quedar como secuela de la reclusión, abordaremos la psicología y la sociología del castigo y su relación con la reinserción social, el castigo será visto desde las ópticas de pensadores como Emile Durkheim, Karl Marx, Michael Foucault, las neurociencias como una disciplina que promete ayudarnos a comprender mejor la conducta humana, particularmente la neurofenomenología, para poder entender multidisciplinariamente este fenómeno tan inherente en nuestra sociedad y tan poco comprendido.

Es siguiente tópico que será abordado será la psicología y sociología del castigo y su relación con la reinserción social y su ineficacia funcional, así mismo, tocaremos las derivaciones sociales de la política penal, su definición y después se entrará a un estudio sociológico y filosófico del castigo, visto este como el núcleo del sistema penitenciario; la sociología del castigo, sus fines, el concepto mismo de la palabra castigo, sus cargas ideológicas, las deficiencias del castigo como método de control social.

Estudiaremos al juez de ejecución de sanciones en México, desde el mirador de la dogmática jurídica, la criminología y la criminalística, para concluir con este trabajo de investigación.

El último capítulo de este trabajo estará dedicado al sistema penitenciario como fenómeno criminológico, estudiaremos al juez de ejecución de sanciones en México, desde el mirador de la dogmática jurídica, la criminología y la criminalística; después

estudiaremos las diferentes teorías que le dan fundamento y legitimidad dogmática al sistema penitenciario.

Cualquier desafío estructural a las instituciones de la sociedad crea incertidumbres y problemas en su praxis cotidiana, tanto para el público atendido por las instituciones como para la administración y los recursos humanos de las mismas. Este enfoque de mutación sustancial de las instituciones en torno a la resolución de conflictos y problemas se encuentra sustentado en el hecho de que los periodos históricos en los que determinadas estructuras institucionales son socavadas tienden a ser los mismos que aquellos en los que existen muchas propuestas de reforma con respecto al diseño e implementación de políticas públicas.

1. El crepitar aritmético y estadístico del sistema penitenciario mexicano.

*Prohibir una multitud de conductas
indiferentes, no es prevenir los delitos
que puedan nacer de aquellas, sino
crear delitos nuevos.
Caesare Beccaria.*

La estadística y las matemáticas nos pueden brindar un marco de referencia adecuado para entender con la suficiente luz cual es la realidad fáctica del derecho penitenciario mexicano, para después inteligir qué es la reinserción social, sus múltiples aristas, sus alcances en la vida cotidiana de la sociedad mexicana, y con ello, descubrir en dónde estriba la ineficacia funcional que prendemos acreditar en los párrafos subsecuentes.

1.1. Estructura penitenciaria en números.

En el México existen 431 centros de reclusión, 11 son Centros Federales de Readaptación Social, administrados por el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, y 420 Centros de Readaptación Social, de estos últimos, 10 están en la Ciudad de México, 319 son estatales y 91 son municipales¹.

¹ Secretaría de Seguridad Pública, *Estadística del sistema penitenciario*, México, SSP-OADPRS, julio de 2011.

En el territorio de la República, como resultado del censo anual del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, se registraron 223,656 personas como población reclusa al final de 2014, de los cuales, 67,802 estaban compurgando una pena y 75,025 en espera de su respectiva sentencia. Asimismo, se sondeó que ingresaron durante ese mismo año 199,563 y egresaron 179,786 personas. El presupuesto ejercido por los centros penitenciarios a nivel nacional según el censo anual del supracitado órgano dotado de autonomía constitucional fue de 11, 838, 428,286 pesos. De la población reclusa: 61,880 eran estudiantes y 117,988 ejercen alguna actividad ocupacional. Mientras que el personal penitenciario –incluyendo directivos, personal administrativo y custodios en general- constaba de 37,267 personas. En la Ciudad de México, hasta el año 2014 existían 39,237 reclusos repartidos en los once centros penitenciarios con los que cuenta la capital del país, de los cuales han ingresado 19,956 personas y 21,307 han egresado, del total de la población en dicha entidad 7,737 personas están sentenciadas y 21,599 en espera de esta. El número de reclusos que estudian es de 11,638, mientras que los que ejercían una actividad ocupacional en aquel tiempo eran 15,208. El personal al servicio de la labor de reinserción daba un total de 5,795 y el presupuesto ejercido durante ese año por las autoridades penitenciarias fue de 2, 658, 882,794 de pesos².

Respecto a la reincidencia delictiva, según cifras oficiales, tenemos que en todo el territorio nacional la tasa de reincidencia delictiva de ocurrencia por cada cien mil habitantes es de 39,369 para 2017, y para la Ciudad de México dicha tasa, para el mismo año es de 68,954 lo que representa casi el doble respecto de la nacional, lo anterior para poner en perspectiva cuántas personas reinciden en conductas delictivas³.

Es decir, las estadísticas arrojan que la reinserción social como eje teórico del sistema penitenciario y su eficacia funcional, está aún lejos de ser una realidad, ya que ha quedado demostrado que la población en los centros penitenciarios se enfrentan a un campo laboral que no ofrece oportunidades suficientes, a una cultura

² Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*, México, Tabuladores Básicos, 2015.

³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública*, consultada en agosto de 2019.

que los ve como seres nocivos a pesar de ya haber concluido con la sanción impuesta y todo lo anterior sin tomar en cuenta al hecho de que la manutención de los presos sentenciados y no sentenciados, es pagada por todos los contribuyentes; lo que es inadmisibles en una sociedad que se ufana de su pluralismo cultural e inclusión social y por lo tanto se vuelve imperante conocer que todo el sistema penitenciario está diseñado para ser subyugado a fines distintos a la reinserción social, lo cual engendra su propia ineficacia funcional.

1.2. Propuesta *a priori*, estudio y antecedentes del sistema penitenciario.

La estructura de cambio que propondremos en estas líneas es simple: que el sistema mexicano de imposición de penas y castigos sobre conductas socialmente nocivas sea congruente en cuanto al nuevo paradigma constitucional de reinserción social y que este a su vez se adapte a la realidad que lo engendró, esto es importante porque la reinserción social es un valor, es un axioma que forma parte de los elementos que nuestra sociedad necesita para desarrollarse en pro del bien común y la satisfacción de necesidades, en otras palabras: dada la necesidad de desarrollo en todos los ámbitos de la humanidad, nosotros debemos formular planes que nos ayuden a superar todos aquellos límites que no ayuden a ese desarrollo que en este caso es el derecho penal, visto como ese instrumento que nos sirve para proteger los bienes jurídicos o valores que son indispensables para que seamos plenos en lo individual y posteriormente como colectividad. Se debe buscar también que este sistema penitenciario se encuentre a la vanguardia a nivel mundial y lo más importante, que sea eficaz en cuanto a su aplicación y funciones, ya que la práctica nos dice que la reinserción social, como axioma toral de dicho sistema que administra los castigos, no se alcanza, o por lo menos no se alcanza como se esperaría; para esto necesitamos analizar el sistema penitenciario y de esa manera aspirar a modificar el arquetipo práctico que sustenta este socavado sistema, legislar en materia penal y penitenciario nuevas y más productivas sanciones que no solamente contemplen a la prisión como sentencia inmutable y prisión preventiva, ambas como la primera y última *ratio* para pretender solucionar problemas conductuales en la sociedad, sino también penas de otra naturaleza para que quienes infrinjan la ley contribuyan a mejorar los sectores económicos y sociales y no sean personas hacinadas en centros de reclusión, con pocas oportunidades de no formar parte de la delincuencia organizada en las más de

las veces impera en las prisiones mexicanas o ser víctimas o victimarios de delitos. Asimismo, tener una legislación penal previsor del delito que le exija más y mejor productividad al personal de las cárceles, las policías, los jueces y los directores de centros de reclusión se ha vuelto indispensable, todo esto para que podamos ufanarnos de que la reinserción social no está sólo en un párrafo de nuestra Constitución Federal sino que realmente las estadísticas nos hagan arribar a la conclusión de que la gente que viola la ley penal no volverá a hacerlo o por lo menos que sea violada en menor medida y que por supuesto la autoridad sea la primera en obedecer la obligatoriedad del derecho y los valores que operan en él. Ya que no podemos seguir permitiendo la mala administración de un sistema penitenciario que se rige por la inopia y la dilapidación de nuestros impuestos. Para que una reforma en esta materia deje de ser un proyecto vacilante y se convierta en una propuesta sólida y de bases académicas robustecidas por la investigación y el análisis crítico.

1.2.1. Sistema penitenciario: definición y su alcance como factor criminógeno.

Por sistema penitenciario podemos entender lo que entiende Raúl Goldstein, esto es, la seguridad, el tratamiento, las distintas concepciones de la pena, así como la clasificación de los internos para su posterior reinserción a la sociedad. Lo que originó diversos sistemas que someramente enunciamos a continuación: *filadelfiano*, llamado también celular puro, consiste en el aislamiento absoluto del individuo, tanto de día como de noche; *auburniano*, atenuación del filadelfiano, pues en este el aislamiento celular se mantiene durante la noche, en tanto que de día la población penal es sometida al trabajo común, aunque con absoluta prohibición de hablar. Este sistema de aislamiento nocturno en celda y de trabajo diurno en común bajo la regla del silencio riguroso, tiene la ventaja de que el individuo no pierde la sociabilidad; *irlandés*, que permite el paso progresivo de la etapa de aislamiento total a la de la convivencia común de modo que facilita al individuo su adaptación al medio para el momento en que se lo ponga en libertad; *progresivo*, parece el más apto y ha sido aceptado por los modernos penitenciaristas, ya que permite adoptar una gradación de acuerdo con la personalidad del sujeto, desde su absoluto aislamiento inicial hasta la semilibertad

como etapa previa a la liberación plena. Es el sistema implantado en la Argentina por el doctor Juan José O'Connor⁴.

Para lograr la reinserción social, el sistema que científicamente ha demostrado más logros en términos de resocialización de los delincuentes es el progresivo por la razón de que es el único sistema que se preocupa por socializar al delincuente y no sólo por encerrarlo y aislarlo de la sociedad, con base en ese modelo es posible promover políticas públicas para reformar el sistema penitenciario mexicano y configurar instituciones penitenciarias que respeten los derechos humanos de los sentenciados, cuyo personal carcelario este bien capacitado para realizar una eficiente individualización del tratamiento penitenciario.

En la intervención del delito y el tratamiento del delincuente, el sistema penal que podemos entender como el control social punitivo institucionalizado, puede ser situado en el orden de las áreas de prevención del delito al aducir que recientemente, ante las críticas dirigidas a los sistemas penales, sobre todo a la organización judicial y a la penitenciaria, los criminólogos han comenzado a interesarse más por dicho sistema y a estudiar su influencia en el aumento de la criminalidad. Esa influencia es evidente tanto en los países desarrollados como los en vías de desarrollo, pues, con más o menos variaciones, todos poseen el mismo sistema penal. En suma, podría decirse que respecto del sistema penal todos los países son subdesarrollados. Existe discrepancia entre el sistema penal y la realidad en general, entre aquel y la realidad criminal en particular.⁵

Independientemente de lo anterior, la sociedad mantiene un optimismo infundado sobre la eficacia del encarcelamiento, aunque ciertos sectores de la población dudan ya de estos logros planteados, lo cual plantea el reto de hacer entender a las mayorías que el fracaso de estas estructuras de poder es evidente. Es cierto que pensar en la desaparición del encierro se vuelve alarmante, y más aún por la situación actual de criminalidad. Sin embargo, la prisión más que desmotivar el delito lo motiva, lo fomenta. Explicarlo consistiría en comprender la estructura social del encierro, la socialización de los individuos castigados, y las relaciones de fuerza y poder a que se someten cotidianamente.

⁴ Cfr. Goldstein, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, Argentina, Astrea, 3° edición, 1993, p. 856.

⁵ Cfr. *Idem*.

Cuando hablamos de la prisión, hablamos del castigo, pero pocas veces nos referimos al delito que se desarrolla al interior de la misma. Cada paso, cada caminar del interno es una forma de expresión delictiva, por el simple hecho de incluirlo en una dinámica carcelaria, donde el eje rector es la construcción de la subjetividad del individuo con base en el delito, lo cual se robustece académicamente por las investigaciones hechas por el psicólogo Philip Zimbardo de la Universidad de Stanford, dentro de un experimento psicológico acerca de la influencia de la vida en prisión, la conducta del ser humano expuesto a este violento ambiente y las consecuencias que tiene en los sujetos del experimento, lo anterior se afirma porque los resultados de dicha investigación fueron tan catastróficos que el programa tuvo que suspenderse casi inmediatamente después de su inicio, el experimento consistió en reclutar a 24 jóvenes estudiantes universitarios que, bajo la promesa de un pago de quince dólares por día, debían cumplir roles dentro de una prisión ficticia, dichos roles dividieron al grupo a la mitad de forma aleatoria para que cada mitad cumpliera el rol de guardia de la prisión y el de recluso respectivamente, el resultado de esto fue que los prisioneros sufrieron y aceptaron un trato sádico y humillante a manos de los guardias, así como presentar múltiples trastornos emocionales, lo que provocó que en la primera semana de experimentación el proyecto fuese cancelado por el grado de violencia y daño emocional que causó. Por supuesto, que esto no podríamos generalizarlo, pero sí creer que la posibilidad está presente. Desde que ingresa el individuo a prisión hay una interacción con una disciplina ajena a la norma.

Tales características, aunadas a otras, dan al castigo esa distinción, esa peculiaridad que conforma a un individuo, que antes que aprender de la norma, se le enseña a sobrevivir en la informalidad normativa, en las reglas verbales sustentadas en el poder del otro, en el más violento. Lo cual, con el paso del tiempo, repercute en la personalidad del individuo, y así alejarlo de la posibilidad de reintegrarse positivamente a la sociedad. Estos parámetros solo le permitirán, con mayor efectividad, reintegrarse a su núcleo delictivo, si es que existía previamente en el exterior, o en su caso, su caminar cotidiano lo llevará a coincidir con aquellos en situaciones similares por mera probabilidad.

En nuestra opinión, éste es un de los problemas más graves de la prisión, y lo podemos considerar no sólo para nuestro país, sino para cualquier cárcel del mundo, quizá con diferente percepción cultural, pero a fin de cuentas existente. Claro que no podemos olvidar otros problemas, como es la sobrepoblación, el consumo de drogas

sin control, la violencia cotidiana y las extorsiones que se han convertido en una forma de vida y de interacción social. Nos parece que de lo anterior se desprenden otros problemas, como es el caso de los poderes fácticos que se experimentan en la prisión, y que en algunos casos somete a la autoridad penitenciaria.

Con esto, podemos concluir que el universo del encierro se caracteriza por una marcada violencia física, psicológica y simbólica, y tristemente también por la dinámica delictiva que sirve como una fuente de ganancias y como control social informal de la socialización de los individuos encarcelados, esto último, sería uno de los grandes problemas a tratar y considerar, no podemos dejar a un lado el impacto carcelario, a fin de cuentas, dimensiona o redefine una personalidad. Además, en el espacio carcelario se contradicen constantemente la ley y la desviación, donde las diferencias sociales se hacen más palpables y significativas. La prisión más que un mundo de seguridad jurídica es un mundo de inseguridad social, un espacio donde las relaciones humanas son frágiles y cambiantes, un lugar donde impera la decisión del dominante.

Otro tema, no menos importante, que genera discusiones humanistas es el respeto innegable de los derechos humanos en prisión. Lo dejamos como secundario, es algo irónico que se den grandes recursos a otras instituciones gubernamentales, pero a la prisión, donde se supone que el reto es el retorno a la libertad, los recursos son insuficientes. Sigue siendo un tema relevante la protección de los derechos de los internos. Las condiciones en las que viven no son las adecuadas, pasan de un ciudadano de segunda categoría a uno de tercera o de cuarta. Esto hace muy complicado su regreso a la libertad, se le atendió más en su tratamiento penitenciario que en el respeto de sus derechos. Esto es un descuido enorme y con graves consecuencias sociales.

Para terminar solo nos referiremos a aquellos grandes problemas de la prisión, que hacen que su misión se afecte y se convierta en una hermosa utopía de uso retórico. Existe una afectación sustancial en la personalidad del individuo, hay un impacto carcelario, que rara vez lo aleja del mundo criminal, más bien lo incorpora de manera eficaz, le da las herramientas necesarias para una inclusión favorable en el rol de delincuente.

El crimen no es un tumor, ni una epidemia, sino un doloroso problema interpersonal y comunitario. Una relación próxima, cotidiana, casi doméstica: un problema *de* la comunidad, que nace *en* la comunidad y ha de resolverse *por* esta⁶.

Por lo tanto, antes de continuar con la discusión los diversos problemas de la prisión, deberíamos hacer una pausa en estos dos grandes rubros, y decir si somos conscientes de lo que estamos creando, no solo como autoridades, sino como sociedad. Porque la situación es que, el mundo carcelario crece, tanto en recursos humanos como en violencia cotidiana, y los muros no permiten ver la realidad que experimenta el sujeto cautivo y sus consecuencias para la sociedad. Solo es cuestión de pensar, de atender y no dejar pasar a un lado el gran universo del castigo, y lo que representa como precursor cultural⁷.

1.2.2. Antecedentes y bases constitucionales del sistema penitenciario.

Podemos englobar cronológicamente las ideas penales y penitenciarias en cuatro grandes estadios: *venganza privada*, *venganza divina*, *venganza pública* y *periodo humanitario*.

La *venganza privada* nos remonta a épocas muy antiguas donde el poder público era casi inexistente, por lo que también se carecía de poder coactivo necesario para alcanzar los mínimos objetivos de la sociedad; la función penal revistió el carácter de venganza, ya individual, de ofendido a ofensor; la colectiva, de un grupo familiar a otro, estadio donde la sociedad no sólo permanecía alejada, sino indiferente.

En el estadio de la *venganza divina* lo común era reparar la ofensa a él o los dioses, que la transgresión al derecho consuetudinario había causado para aplacar la cólera de las deidades. Todo el aparato coercitivo de la justicia criminal se hacía en el nombre de lo divino y para su satisfacción.

⁶ García-Pablos, Antonio, *et. al.*, *Policía y criminalidad en el Estado de Derecho*, Policía y Sociedad, Ministerio de Interior, 1990, pp. 54-57, cursivas del autor.

⁷ Ordaz Hernández, David, *Reinserción vs reincidencia delictiva*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, consultado el 12 de junio de 2017: http://www.inacipe.gob.mx/investigacion/INACIPE_opina/articulos_recientes/Reinseccion.social.php

Una tercera fase, identificada como de *venganza pública* estructura el poder público sobre bases sólidas, desde luego en torno al autócrata o el monarca; infortunadamente la represión penal, que aspiraba a mantener la paz y la tranquilidad social, se acentuó sobre la base del terror y la intimidación; así comienza un intento por organizar el sistema probatorio y la pena se objetivó e independizó, tanto del que la determinaba como del que la ejecutaba. La lucha contra la cada vez más abundante criminalidad se realiza mediante una violencia institucional que aumenta, hasta llegar a la pena capital, muy frecuente, es precedida y acompañada de espeluznantes tormentos y suplicios. La administración de justicia carece de independencia, baila al son que le toquen los ricos o poderosos.

Una cuarta fase, el *período humanitario*, con basamento ideológico en la revolución de las ideas, comprendido en sus tres etapas: Renacimiento, Reforma y Revolución Francesa, produjo en el derecho penitenciario un movimiento de recreación. Pero si hubo una obra que representó un hito para el sistema penal y penitenciario de la época fue *De los delitos y de las penas*, de enorme repercusión, apareció publicado en Livorno en 1764 e hizo una enérgica denuncia en contra del derecho penal imperante. La postura del Marqués de Beccaria trascendió a los ordenamientos jurídicos de diversos países⁸. Sin embargo, el punto angular de esta evolución de las ideas penales fue la Revolución Francesa de 1789. Así pues, nos encontramos ya en el supuesto de la existencia del *poder penal*, esto es, del ejercicio institucionalizado del *ius puniendi*, de un fenómeno social que se ejerce con algún modo de organización. Nos referimos al ejercicio de la violencia estatal de forma organizada; en esta tesitura, debe realizarse un diseño que permita establecer y procurar las condiciones suficientes para lograr la sana y recta convivencia social, en respeto siempre de los parámetros sociales se podrán resguardar los principios en que se edifica el Estado social y democrático de derecho⁹.

⁸ Cfr. Pessina, *Il diritto penale in Italia de Cesare Beccaria fino alla promulgazione del Codice vigente*, Milán, Società Editrice Libreria, 1906, pp. 550, 551 y ss.

⁹ Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *El juez de ejecución de sanciones en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 22-25.

Respecto de los fines de la pena, el derecho Constitucional mexicano ha sufrido una evolución representada por tres conceptos: regeneración del sentenciado, utilizado por le Constituyente de 1917, con el que se quería ver al delincuente y al castigo, en palabras del diputado José María Truchuelo, de la siguiente forma: el moderno castigo de un individuo no consiste precisamente en extorsionarlo, sino simplemente privarlo de su libertad para que se regenere y se eduque¹⁰. Básicamente había una presunción de que el delito convierte al criminal en *degenerado*, o en el peor de los casos deja de relieve que ya lo era. La noción constitucional de la readaptación social se genera en la reforma a la Carta Magna de 1964-65, para esta fecha el sentenciado dejó de ser considerado como un degenerado o una persona moralmente atrofiada lo que significó, para la época, un gran avance, sin embargo, pasó a calificarse por la Constitución Federal como un desadaptado, psicológicamente desviado, en ambos casos el sujeto penal se convierte en objeto de tratamiento por parte del Estado.

El paso constitucional de 2008 considera que la persona responsable de un delito es simplemente desintegrada o meramente desinsertada de la sociedad, esto viene a romper con las categorías morales y psicológicas previas, o eso parece a primera vista. Así se pone al derecho penitenciario en la línea del derecho penal del acto, cuando anteriormente el sistema penal giraba en torno al autor, es decir, *de iure* el sentenciado deja de ser visto como el centro de imputación de las características del delito y la conducta típica se vuelve medular para la imposición de la sanción penal.

Lo que hoy parece cuestionable es el principio básico del castigo moderno, principalmente la suposición de que el crimen y la delincuencia son problemas sociales a los que se les puede dar una solución técnica institucional, las sociedades tienen una tendencia criminalizadora; las medidas penales, por la violencia institucional que llevan por naturaleza, muchas veces generan más problemas que los que pretenden resolver.

Empecemos el análisis de este fenómeno desde su basamento constitucional:

Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: *El sistema penitenciario se organizará sobre la base del*

¹⁰ *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de las constituciones*, t. III, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, México, Porrúa, 2003, p. 735.

respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

La Carta Magna quiere ver al deporte, el trabajo y el respeto a los derechos humanos como los medios a través de los cuales se logrará la reinserción social, esta premisa, además de ser un tanto ambigua y genérica, nos parece que los tres requisitos con los que cuenta deberían ser tomados en cuenta mucho antes de tener que reinsertar a alguien a la sociedad, es decir, esta debería ser una política de prevención de los delitos y no una política de criminalización y represión.

El párrafo segundo de este arábigo constitucional obliga al estado a asumir la responsabilidad de procurar que el delincuente no vuelva a delinquir; no basta que lo inserte de nueva cuenta en la sociedad, también debe procurar que no regrese a las calles a delinquir. Son ingentes fardos los que caen sobre los hombros del Estado mexicano, tomando en cuenta la situación en que existen hoy los centros penitenciarios y sus habitantes. Visto así, es investigador del derecho el que debe proponer posibles soluciones a estos malos funcionamientos estatales y fenómenos sociales tan complejos.

1.3. Análisis epistemológico de los términos de readaptación y reinserción social.

El concepto de reinserción social, al prescindir de la carga extra jurídica, se armoniza con el principio de normalidad del infractor, ya que, teóricamente, las normas penales están dirigidas a personas cuerdas, que son susceptibles de ser intimidadas por la normatividad penal, lo tanto, imputables. A primera vista esto puede parecer obvio, pero la praxis jurisdiccional y administrativa del derecho penitenciario, las condiciones de las instituciones penitenciarias y las estadísticas hacen que se antoje que la ley penal es letra muerta.

El arábigo décimo octavo de nuestra Carta Magna ha sido modificado recientemente para adecuarse al dinamismo y evolución sociales. Antes de la última reforma en artículo 18 de la Constitución Federal aseveraba en su segundo párrafo

lo siguiente: Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente¹¹. La constitución estatúa que por medio de un sistema penal organizado tomando como bases ciertos medios se lograría que las personas recluidas pudiesen readaptarse a la sociedad y al referirse al término delincuente se trata de la persona que ya ha sido procesada.

De acuerdo con el Programa de Prevención y Readaptación Social 1995-2000 la readaptación social es el proceso progresivo e interdisciplinario por el cual se estudia al sentenciado en lo individual, se diagnostica y elabora un programa sobre las medidas capaces de alejarlo de una eventual reincidencia, a través de un conjunto de elementos, normas y técnicas basadas en el trabajo, la capacitación laboral, educación y medidas psicosociales para hacerlo apto para vivir en sociedad¹².

De lo anterior se desprende que la combinación de dos o varias disciplinas es primordial para dar un tratamiento progresivo efectivo, por la razón de que la óptica de varias ciencias puede dar más luz sobre un fenómeno que una sola, y que además la progresividad del tratamiento es fundamental para alcanzar la meta de la reinserción social dado el tratamiento se adecua a la *psique* del sentenciado individualmente y esto procura mayor efectividad, lo anterior sumado que dicho tratamiento es elaborado sobre la base de un diagnóstico clínico certero y multidisciplinario para dar paso a la elaboración de un programa que verse sobre qué medidas serán tomadas para lograr alejar al sentenciado de la reincidencia, que es la piedra angular se la reinserción social, es decir, si hay reincidencia, no hay reinserción.

Para dar luz al concepto de reinserción social cito al investigador Jorge Ojeda Velázquez que afirma que el concepto de reinserción social significa volver a encauzar al hombre delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer el delito. Siendo en efecto el comportamiento criminoso, la consecuencia de un desajuste social del individuo; una forma de reacción a los esquemas y valores de la sociedad, a la cual el delincuente pertenece, y que no logra aceptar o asimilar; la reinserción va dirigida a

¹¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2004, p. 18.

¹² Roldán Quiñones, Luis Fernando, *et al.*, *Reforma penitenciaria integral. El paradigma mexicano*, México, Porrúa, 1999, p. 114.

obtener la responsabilización del reo hacia sí mismo y hacia la sociedad a través del logro, sea de un mayor conocimiento de sus deberes y una mayor capacidad de resistencia a los estímulos criminosos, sea al reconocimiento de su culpabilidad o de los errores cometidos en el pasado¹³.

Lo que este programa pretende es alejar al sentenciado de la reincidencia penal al ser liberado, todo esto a través de herramientas y tratamientos que le serán brindados en su cautiverio. La palabra *resocialización* ha sido comúnmente identificada con el concepto de *readaptación social*. Según el criminólogo clínico, Luis Rodríguez Manzanera se ha abusado de estos términos, las leyes en general no los define y su sentido es muy amplio pues va de la simple no reincidencia hasta la completa integración los más altos valores sociales, justamente esto hace muy difícil alcanzar este ideal que pesa sobre los hombros del Estado, ideal que tiende a definirse subjetivamente en las mentes de las personas de maneras muy discrepantes y volátiles, esto hace que las exigencias de la sociedad hacia el Estado sean proclives a nunca ser materializadas. Una de estas definiciones subjetivas que intentan darle forma al término es el psicoanálisis que establece que se entiende como el procedimiento técnico para hacer consciente en el delincuente los traumas psíquicos, apetencias y frustraciones que lo conducen a cometer actos delictivos¹⁴. Aquí se habla sobre las causas por las cuales se realizó la conducta delictiva, atacar esas causas y erradicarlas en aras de evitar la reincidencia criminal.

Hablar de readaptación social significa que el sentenciado alguna vez estuvo adaptado o inmerso sanamente en la sociedad, por lo que se tendría que acreditar esta circunstancia anterior a la realización del delito, luego, por alguna razón, se desadaptó o desocializó y ahora el Estado está obligado a readaptarlo o reinsertarlo; esto es pretender soslayar una parte de la realidad criminal y no querer ser conscientes de que buena parte de los delincuentes -que son imprudenciales- nunca se desadaptó y muchos de los demás nunca estuvieron adaptados ni socializados.

Después nos topamos con que casi ningún centro penitenciario lleva a cabo las políticas de reinserción social, programas específicos que precisen los objetivos que debieran alcanzar, ni la metodología que sería aplicada por personal profesional

¹³ Ojeda Velázquez, Jorge, *Reinserción social y función de la pena*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 70.

¹⁴ Cfr. Roldán Quiñones, Luis Fernando, *opus citatum*, p. 113.

dentro de las cárceles, tampoco métodos de seguimiento de procesos y resultados, o evaluación que permitiera cuantitativamente reconocer el grado de resocialización y el nivel de no reincidencia.

De acuerdo con el dictamen de las Comisiones de la Cámara de Diputados sobre las reformas emitido el 10 de diciembre 2007, los legisladores expresaron que se estima que la readaptación social es inadecuada para nombrar el momento en el que el sentenciado termina su condena y se *inserta* nuevamente en su entorno social. Si tomamos como referente la esencia misma de la prisión como una institución total y excluyente inferimos que no es posible que los sentenciados logren durante su estancia en ella una readaptación social una institución cuya característica principal es la de exclusión no puede incluir o readaptar a nadie a la sociedad¹⁵.

El legislador reformador constituyente define a la prisión como una institución *total y excluyente*, esto es, reconoce que por su naturaleza las cárceles no pueden tener por objeto readaptar a los criminales a la sociedad por ser esta excluyente, las prisiones mexicanas son escuelas para los sentenciados, escuelas que los vuelven reincidentes ya que ahí adentro aprenden a violar la ley penal; los reclusos conviven entre ellos, aprenden unos de los otros, conocen técnicas nuevas de violencia, no podemos seguir pretendiendo que las prisiones readaptan al reo a la sociedad cuando indefectiblemente pasa todo lo contrario en la mayoría de los casos.

Según lo expresado por los diputados el objeto ya no será readaptar al sentenciado, ya que es imposible que estando en prisión se pueda readaptar en una sociedad. De esta forma queda el cambio en el artículo 18 de nuestra Carta Magna: el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto¹⁶.

El primer reto que este artículo, en su segundo párrafo pone al intérprete es, según la opinión de Jorge Ojeda Velázquez en su obra del Instituto de Investigaciones

¹⁵ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008, pp. 239-312.

¹⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2012, p. 14.

Jurídicas de la UNAM intitulada: *Reinserción social y función de la pena*¹⁷, aquel de dejar en claro si la función de reinserción social atribuida a la pena corresponde a la fase de conminación legislativa o a la aplicación judicial de la misma, o bien solamente a la disciplina de la ejecución penal. Tal interpretación encuentra diversos relieves exegéticos cuando caemos en la cuenta de que, en nuestro país, tanto el sistema penitenciario federal como el estatal, está compuesto por centros de custodia preventiva o reclusorios y por penitenciarías o instituciones de ejecución de penas, las que en su conjunto forman un Centro de Reinserción Social. Todo esto provoca una gran confusión ya que arquitectónicamente estos centros de reinserción social están en un mismo inmueble y no hay una evidente separación en cuanto a sus funciones y sus objetivos, lo cual podría hacernos pensar que todos los ahí reclusos son proclives, constitucionalmente, a ser reinsertados. Si nos ceñimos a un plano literal de interpretación podemos colegir que cualquier persona que tenga en su contra una sentencia que haya causado ejecutoria y una atribución definitiva de responsabilidad penal es propenso a ser reinsertado a la sociedad por el Estado a través de las instituciones antes mencionadas, pero los procesados son otra historia, ya que en ellos no se actualizan las hipótesis antes citadas por estar en espera de sentencia y no compurgándola de forma indefectible, ellos están únicamente internados en custodia preventiva por estar sujetos a una medida cautelar como lo es la prisión preventiva.

El cambio de readaptación a reinserción tiene por lo menos dos implicaciones que de acuerdo con Miguel Sarre son, eliminar la readaptación equivale a eliminar la *pretensión curativa* de la cárcel, esto es, la prisión pierde su sentido de medio terapéutico de control social y de poder disciplinario para transformarse en un servicio que busca reinsertar al interno; para lograrlo el sistema penitenciario de imposición de penas se deberá organizar sobre la base del respeto a los derechos humanos, lo cual incluye oportunidades de empleo, acceso a atención médica, educación, así como actividades deportivas y culturales¹⁸.

¹⁷ (<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/7.pdf>) consultado el 13 de febrero de 2017.

¹⁸ Cfr. Sarre Iguíniz, Miguel, *Debido proceso y ejecución penal: reforma constitucional de 2008*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 2010.

En otro orden de ideas, el cambio entre los conceptos *delincuente* y *sentenciado* deja abierta la posibilidad de que la sentencia pudo haber sido errónea, de tal suerte que no todos los sentenciados son necesariamente delincuentes.

Sergio García Ramírez afirma que la reinserción social, como la readaptación que ahora es reinserción, es el supremo correctivo frente al delito, la reincorporación justamente en el conocimiento, respeto y preservación en términos formales, se trata de un pacto de no agresión a estos mismos valores en la medida que permita y auspicie la preservación del sistema¹⁹. La palabra cambia, pero el fin que persigue es el mismo, el constituyente de 2007 que reformó el artículo 18 sólo le puso nuevo nombre al objeto del sistema penitenciario, lo único que cambia es que ya no podemos ver a la cárcel como un nosocomio para delincuentes, como un manicomio para los desadaptados, sino como un patio en el que puedan hacer deportes, trabajar y educarse para ser insertados de nueva cuenta en la sociedad.

Para hacer referencia a esta diferencia terminológica citaré la siguiente tesis aislada:

Época: Décima Época

Registro: 2012508

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a. CCXXII/2016 (10a.)

Página: 504

LIBERTAD PREPARATORIA. LA INCLUSIÓN DE EXÁMENES DE PERSONALIDAD PARA DECIDIR SOBRE SU OTORGAMIENTO, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 84, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, VULNERA EL PRINCIPIO DE REINSERCIÓN

(<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/13%20Miguel%20Sarre%20Pag%20251-268.pdf>) consultado el 17 de marzo de 2017.

¹⁹ Méndez Paz, Lenin, *Derecho penitenciario*, México, Oxford, 2008, p. 118.

SOCIAL ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 18, DE LA
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS.

Esta tesis hace énfasis en el hecho de que el cambio de concepto hace un eco muy importante en las responsabilidades del sistema penitenciario mexicano y por lo tanto en la reinserción social, ya que deja en evidencia que el espíritu del artículo 18 de nuestra Constitución Federal no pretende evaluar elementos que tiendan a calificar la situación psicológica del sentenciado, por lo tanto, dice la Primera Sala de nuestro principal órgano judicial, la reinserción social no puede depender de un cambio psicológico o de forma de pensar y de sentir del interno, puesto que ello implicaría un retroceso al término *readaptación social*, abandonado indefectiblemente por el Poder Reformador en el año 2008.

No estamos de acuerdo con la afirmación del citado órgano colegiado ya que existe evidencia científica de que hay trastornos mentales que requieren un tratamiento que tienda a calificar la situación psicológica del sentenciado y posteriormente engendrar en él un cambio psicológico para que a su vez este pueda vivir en sociedad como lo haría alguien que no requiera tratamiento psicológico. Por lo tanto, podemos aseverar que hay sentenciados proclives a ser sometidos a tratamientos psicológicos individualizados y otros que no, independientemente del paradigma que marque la Constitución Federal o la interpretación el Poder Judicial pueda hacer sobre este.

En resumen, el Poder Legislativo quitó un fardo de encima al Estado cuando en la reforma constitucional del artículo 18 cuando los legisladores deciden cambiar el vocablo *readaptación* por el de *reinserción*, esto es, la obligación del Estado consistente en reinsertar a los sentenciados no se ciñe, no puede ceñirse únicamente a desinsertar, recluir y posteriormente reinsertar al sujeto que conculque con la ley penal, pensar de esa forma sería tanto como desnaturalizar la propia justificación de la existencia de las prisiones. El fenómeno de la reinserción es mucho más que un simple dejar de exigir al Estado que haga que el sentenciado adquiera aptitudes conductuales y mentales loables para volver a desenvolverse en sociedad, esto dejaría al Estado mismo como un espectador del fenómeno de la reinserción social, siendo que el Estado es el rector del sistema penitenciario y por supuesto no puede quitarse de los hombros una responsabilidad tan grande como reinsertar a los individuos que compurgan penas privativas de libertad en las cárceles mexicanas.

Este nuevo paradigma constitucional ya no implica desadaptación como requisito apriorístico del *ius puniendi*, sino desintegración social; se deja de ver al sentenciado como un inadaptado para verlo como un apartado de la sociedad al que no le importa conculcar la norma penal en sus andanzas. Con el cambio de arquetipo se ve al sujeto que comete un hecho delictivo y con eso se asume que se ha apartado de los axiomas de la sociedad, luego, no se encuentra integrado como aquel que cumple la norma jurídica, por ello habrá que insertarlo de nuevo. Pero con esto regresamos a los delitos imprudenciales, quienes los cometen ¿se desinsertaron de la sociedad *motu proprio*? Por supuesto que no. No podemos encontrar en la reinserción social la panacea del sistema penitenciario y la solución a los problemas de la criminalidad y no porque el concepto sea deficiente, sino porque la institución carcelaria está mal planteada y los números y las estadísticas no nos permiten mentir. Asumir que todos los que violan la norma penal se alejan de la ética social y que la misión de la cárcel es regresarlo a esta ética perdida, eso sería tanto como pensar que las prisiones son escuelas de moralidad cuando son todo lo contrario.

1.4. Alcances del concepto de reinserción social.

Para cumplir a cabalidad con la tarea de dar luz a los alcances de este intrincado concepto cito el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

Época: Décima Época

Registro: 2012511

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 34, septiembre de 2016, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a. CCXXI/2016 (10a.)

Página: 509

REINSERCIÓN SOCIAL. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 18, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

De la evolución histórica del artículo constitucional citado, se advierte que los cambios en su redacción reflejan los diversos propósitos que han perseguido la pena y el sistema penitenciario en su conjunto; en principio, se consideró que el autor del delito era una persona degenerada, de ahí que la Constitución General tuviera como finalidad su regeneración; en un segundo momento, se le percibió como un sujeto mental o psicológicamente desviado que requería de una readaptación, en ambos casos debía ser objeto de tratamiento; mientras que las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 y el 10 de junio de 2011, respectivamente, básicamente resultaron en: i) La sustitución del término "readaptación" por "reinserción"; ii) El abandono del término "delincuente"; iii) La inclusión del fomento al respeto por los derechos humanos, como medio para lograr la reinserción; iv) La inclusión de un objetivo adicional a "lograr la reinserción", a saber: "procurar que la persona no vuelva a delinquir"; y, v) La adición del concepto "beneficios" como parte de la lógica del sistema penitenciario. De este modo, la intención del Constituyente consistió en cambiar el concepto penitenciario de readaptación social por uno más moderno y eficiente, denominándolo "reinserción" o "reintegración" a la sociedad apoyado, entre otros elementos, en el respeto a los derechos humanos y el trabajo. Por tanto, a raíz de la citada reforma de 2008, la reinserción social, como fin de la pena, no acepta la idea de que al culpable se le caracterice por ser degenerado, desadaptado o enfermo, y que hasta que sane podrá obtener no sólo la compurgación de la pena, sino inclusive alguno de los beneficios preliberacionales que prevé la norma. En consecuencia, el ejercicio de la facultad legislativa en materia de derecho penitenciario no puede ser arbitraria, pues la discrecionalidad que impera en la materia y que ha sido reconocida por esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,

especialmente en materia de beneficios preliberacionales, debe aspirar a conseguir un objetivo constitucional, consistente en la reinserción social del individuo, antes que en su regeneración o readaptación.

Amparo en revisión 1003/2015. 30 de marzo de 2016. Mayoría de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto concurrente y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien formuló voto particular. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Carmina Cortés Rodríguez.

Esta tesis se publicó el viernes 9 de septiembre de 2016 a las 10:18 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

El alcance de dicho concepto posee diferentes aristas, desde el asidero del derecho penal que puede observarse y definirse a partir de dos miradores epistemológicos: el derecho penal desde las ópticas subjetiva y objetiva. La óptica subjetiva quiere ver al derecho penal como el *derecho de penar*²⁰, es decir, que aquella conducta típica, antijurídica y culpable se torna punible por el derecho positivo a través de los órganos jurisdiccionales, dicha facultad es mejor conocida por su latinismo *ius puniendi*.

Otro punto a resaltar es que, tanto nuestro Poder Constituyente como el Judicial, consideran como elemento primordial para la reinserción social el *respeto a los derechos humanos*, visto como medio para lograrla, afirmación con la que no podemos estar más de acuerdo. Debe ponerse de relieve, penosamente, que nuestro sistema penitenciario está lejos de respetar los derechos humanos de los sentenciados.

Desde otra óptica, las atribuciones del Estado mexicano no sólo se ciñen a positivar las normas penales, sino también tiene la potestad de aplicarlas y ejecutarlas. El Poder Judicial podrá conocer de todas aquellas conductas consideradas como delitos y determinar conforme a la ley la sanción a imponer a quien lo cometió. De la misma

²⁰Cfr. Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de derecho penal (parte general)*, Madrid, Universitas, 1996, t. I, pp. 46 y 47.

manera corresponderá al Estado organizar el sistema penitenciario donde se cumplirán las penas conforme a lo estatuido por el arábigo 18 de nuestra Carta Magna.

Con base en la concepción anterior, la facultad punitiva del Estado descansa en un trípode que se materializa con la *emisión*, la *aplicación* y la *ejecución* de las normas y sentencias penales. Cuando se habla de emisión de normas penales estamos frente a la concepción objetiva del derecho penal, es decir, un sistema interrelacionado jerárquicamente de manera metodológica y congruente que sirve para determinar si una conducta es digna de castigo por constituir un delito.

1.4.1. Objetivos de la reinserción social.

El requisito *sine qua non* para lograr la reinserción o resocialización es la individualización del tratamiento penitenciario. Jorge Ojeda Velázquez en la obra antes citada del mismo autor establece que el vocablo significa que los técnicos penitenciarios deben tender a lograr una resocialización en la que se tome en cuenta la personalidad de cada individuo, y en particular las carencias psico-somáticas que determinan su comportamiento criminoso, lo que presupone obviamente un profundo conocimiento de la personalidad del sujeto.

Para materializar este propósito, la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados prevé, cuando hablamos de reclusos, la observación científica de su personalidad, dirigida a la búsqueda de tales carencias y de otras causas de inadaptación social.

En efecto, el arábigo sexto de la Ley en comento estatuye que: El tratamiento será individualizado con aportación de diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales. Pero aquí nos enfrentamos a un nuevo problema: la personalidad del reo no es inmutable, esto es, cualquier estructura intra-psíquica dentro de la mente del sujeto es susceptible de cambios, en este tenor, el artículo 7° de la Ley de Normas Mínimas establece que: El Régimen Penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de periodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente.

Todo esto permite formular un diagnóstico y un pronóstico y establecer el tratamiento que se deberá aplicar al sentenciado. Después de haber efectuado este examen, se inicia la parte dinámica de la reclusión, durante su desarrollo se observará detenidamente al reo y con base en estas observaciones se determinarán las nuevas formas de tratamiento: en clasificación y reclasificación del estado psico-somático y en preliberación.

Evidentemente y desde la hipótesis de este trabajo, los objetivos sólo se quedan en el papel legislativo ya que es necesario fortalecer a las instituciones penitenciarias para que su realidad sea congruente con sus principios rectores y objetivos, estos objetivos son los valores que casi nunca se llevan a la praxis, por falta de recursos principalmente, o por la dilapidación de estos.

1.4.2. Funciones que el derecho despliega para lograr este fin.

Precisamente los mecanismos están establecidos en el decimoctavo precepto de la Carta Magna y también son los que la criminología clínica aconseja, los técnicos penitenciarios, de la misma forma en que un médico cura a su paciente, a través de un tratamiento individualizado, desean sanar al hombre criminal enfermo de esa rara enfermedad llamada delito. Estos son los principios constitucionales en torno a los cuáles gira el sistema penitenciario moderno: el *trabajo* tiene como mérito combatir a el origen de la mayoría de los vicios: la ociosidad, saca al reo del aburrimiento físico y mental y trata de hacerlo sentir productivo. La *educación* combate la ignorancia, que a menudo causa apreciaciones falsas de la realidad, con la finalidad de que el hombre deje de estar al servicio del sistema límbico, encargado de las emociones, impulsos e instintos, y cuente con más y mayor libertad de decisión reflexiva al dejar que sus apetitos sean pasados a través del neocórtex cefálico que está encargado del albedrío y el pensamiento lógico. Las *actividades culturales, recreativas y deportivas* tienen la ventaja de mejorar las condiciones psico-somáticas del sujeto, además de ayudar a abatir esa carga de agresividad que generalmente se acumula en las personas sometidas a la privación de su libertad corporal. La *visita íntima* tiene efectos reconfortantes en la mente del reo cuando se restauran las relaciones conyugales, por la liberación de neurotransmisores como la dopamina o la adrenalina. Las *psicoterapias individuales y de grupo* descubren las posibles causas de la inadaptación y las formas de ayuda para superarlas y adquirir una nueva consciencia

que le haga percibir su comportamiento pasado como algo nocivo, que el reo acepte aquellos esquemas morales y axiomas que antes eran rechazados y, sobre todo, le haga desear vivir correctamente en sociedad²¹.

2. Las vicisitudes de la reprensión penal, sus justificaciones éticas y su discurso filosófico.

*Declarar que en la administración
del derecho penal el fin justifica
los medios para declarar que el
Gobierno puede cometer delitos
con el fin de asegurar la condena privada
de un criminal, traería consigo
terribles represalias.”*
Louis D. Brandeis.

2.1. El discurso de la reinserción social.

Parte de las andanzas del ser humano en este planeta ha sido caracterizada por un complejo sistema de normas de conducta como elemento evolutivo, que han hecho de la humanidad un atolladero de mecanismos punitivos, jerarquías políticas y grupos sociales muy complejos, dotados de legislaciones y costumbres que han puesto en riesgo la viabilidad de algunos cuerpos sociales y el castigo ha jugado un papel protagónico en esos procesos. Uno de los pilares de cualquier sistema jurídico es el castigo, allí es en donde los operadores deontológicos adquieren forma y medida y a su vez el bien común se vuelve eje toral en todo este complejo de conductas que, en tanto dañan ese bien común, son objeto de persecución tanto social como estatal.

Cada sociedad, por pequeña que esta sea, desde una familia moderna o una tribu nómada de la Mesoamérica precolombina hasta un reino feudal o un estado-nación del siglo XIX, requiere una normatividad dotada de coacción monopolizada y

²¹ Cfr. Ojeda Velázquez, Jorge, *Reinserción social y función de la pena*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 67 y ss.

encajonada en jerarquías de mando y poder para que la comunidad sea estable tanto interna como externamente. Es decir, las comunidades siempre persiguen, como mecanismo evolutivo de supervivencia, ese ideal, ese bien común perteneciente al *deontos* del imaginario colectivo que, si bien puede ser tildado de utópico, está dado por la imperante necesidad de sobrevivir como colectividad y no como individuo, luego, se hace imprescindible que nuestro comportamiento sea aquel que procure que la especie *homo sapiens sapiens* siga existiendo de generación en generación; todo esto sin tomar en cuenta que el bien común nunca se podrá dar uniformemente por ser un concepto subjetivo y susceptible de alteraciones espaciotemporales, no es opción dejarlo de lado, ya que cualquier ideal, como la justicia, la satisfacción de necesidades, por ser ideal se asemeja al horizonte, ya que cada vez que alguien camina hacia él no lo alcanza y además, el paso dado no disminuye la distancia entre el ente que persigue ese ideal y el ideal mismo, pero los ideales, como los horizontes, no están hechos para llegar a ellos, sino para caminar. Si un día el mundo deja de luchar por ese bien común, el caos sería inminente y catastrófico; es por eso que desde siempre se ha buscado dar estabilidad y congruencia a este ideal tan versátil, a través de múltiples y complejas búsquedas éticas que se moldean en el calor de la dinámica social para llegar a ser ejes integradores de conceptos axiológicos de la talla del bien y del mal, de lo justo y lo injusto, de bello y lo feo, de lo útil y lo inútil, de lo punible hasta lo loable.

Gran parte de este camino está trazado por la razón; como en su momento lo diría Marco Tulio Cicerón en sus grandes discursos retóricos que sirvieran de base para el derecho natural. *Verbi gratia*: matar a alguien, en gran parte de las sociedades formadas después de la usanza primera de la agricultura siempre fue vista con ojos de desaprobación porque la vida es la primera condición para la existencia de la comunidad, por lo tanto, matar es malo, injusto, oprobioso o lesivo para la sociedad y por lo tanto castigado por la misma. En este orden de ideas, cualquier conducta que atente contra la existencia, viabilidad, desarrollo o estabilidad de la comunidad, sin duda y por orden de la lógica y la evolución será castigada.

2.2. Justicia penal en términos filosóficos.

Mauricio Beuchot explica las justicias conmutativa y distributiva aristotélicas, las facetas legales de la primera deben exigir la proporción entre bienes y servicios

aplicados al tenor de la mayor igualdad posible; la *iustitia* distributiva, sigue Beuchot, impetra el equilibrio proporcional entre las necesidades y los méritos, guardar en su práctica entre bienes del Estado y de los sujetos que se encuentran bajo su égida²².

En cuanto a los orígenes del castigo en la capital de nuestro país, podemos citar al jurista Augusto Sánchez Sandoval, cuando asevera que los códigos penales de los años 1929 y 1931, se produjo en el entonces Distrito Federal un aumento en la criminalización para casi todos los delitos –salvo lesiones- que llegó a su máxima escala en el *robo*: entre el decenio de 1927-1936 y el de 1937-1946 se incrementó de 18.94% a 30.10%. Entre 1940 y 1977 se observa un aumento del número de criminalizados en todos los delitos, siendo notable en casi todos estos un pico de aceleración, al promediar la década de los cincuenta, que coincide con el incremento de la población urbana en esta entidad federativa, en donde los picos más notorios tienen lugar en delitos como el *abuso de confianza* y en los *delitos sexuales*. A la luz de estos datos, nos topamos con que los años de creación de los mencionados códigos se dio en años en los que el ingreso *per capita* era muy bajo y que incluso sufría una gran caída y que también se verían afectados por la acelerada urbanización en esta zona geográfica. Lo cierto es que la esta criminalización crecida en esos años y la llegada de la ideología penal positivista coinciden con uno de los momentos económicos más difíciles del siglo pretérito, en que la recuperación económica incipiente después de la década trágica, se vio abruptamente interrumpida por la enorme crisis mundial de 1929. Así, en la exposición de motivos de Teja Zabre en el mismo código de 1931, entre líneas se lee la sobriedad con que este ve la realidad del México de la época, al considerar que el código era transitorio en términos históricos, cuando reconocía el Derecho penal clasista y destacaba que aún no se había hallado la forma de viabilizar normativamente esta realidad, y concluía que la prevención nunca vendría por la vía de la represión, sino de la transformación social²³. Argumento con el cual no podemos coincidir mejor, la mejor manera de prevenir delitos

²² Palazón, María Rosa, Hernández Otañez, Rafael y Beuchot, Mauricio (coords.), 2015, *Derecho (justicia legal) y utopía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, p. 16.

²³ Sánchez Sandoval, Augusto, *Control social, económico-penal en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, México, 2009, pp. 217-219.

es con la implementación de políticas públicas que fomenten el trabajo y salario dignos, que promuevan una economía saludable y amigable con el medio ambiente, entre otras políticas que contribuyan a que la única solución el fenómeno criminal deje de ser la represión, sino la prevención.

La justicia, en la vida penal, salvaguarda y garantiza el equilibrio entre el cuerpo de funcionarios estatales que aplican el derecho y los inculminados. El derecho compilado en las leyes *-ius-* tiene como meta la justicia, cuyo acérrimo enemigo es la corrupción²⁴.

Asimismo, el derecho se ha planteado como una lucha competitiva como una constante entre el discurso del fiscal y el del defensor, competencia llena de falacias y demagogia que rebasan la justicia sustantiva o ética; si tan sólo la prudencia resolviera los casos concretos de criminalidad mediante la sabiduría práctica, la ley abarcaría una sanción, la prevención del delito y la potencial enmienda del inculminado para devolverlo a ciudadanía, con las mismas prerrogativas y límites que tiene cualquier otro miembro de la sociedad en cuestión. En los hechos, el castigo de la ley no es una recuperación proporcional, es decir, no hará retroactiva a la realidad, el pasado es inmutable, el castigo es el consuelo que nos queda después de darnos cuenta de esto. La sentencia condenatoria es un castigo, pero se aplica de manera y en sitios que resulta una violencia muy apartada de los derechos humanos. Siempre acaba por marchitarse el ideal de la reinserción social, segada por la venganza colectiva, casi nunca el castigo lleva al arrepentimiento, ni garantiza el potencial regreso del reo a la comunidad de cuyas manos fue arrebatado. A largo plazo, tal redención debería ser el objeto principal del sistema penitenciario. La justicia penal no está orientada a la restauración de la ciudadanía con sus prerrogativas, sino malévolamente está pergeñada y tañida por y para la venganza, a la exclusión y al encierro en cárceles que son escuelas del crimen, la manera de cómo se lleva a cabo ataca a la tríada discontinua y bastante aleatoria de sanción, rehabilitación y perdón²⁵.

La única disciplina que frecuentemente actúa como boca de la justicia es la historia, porque su perspectiva diferida desemboca en la catarsis, la purga de odios, esto es,

²⁴ Palazón, María Rosa, Hernández Otañez, Rafael y Beuchot, Mauricio (coords.), *opus citatum*, p. 16.

²⁵ Cfr. Palazón, María Rosa, Hernández Otañez, Rafael y Beuchot, Mauricio (coords.), *opus citatum*, pp. 18-19.

el olvido que se reserva para un momento en el que este solucione problemas. Una paradoja porque en la historia no puede olvidar, sino que su obligación es señalar lo positivo y lo negativo de los protagonistas de un acontecimiento, tengan nombres sonoros o sean agentes anónimos, salvo cuando se trata de la demagogia histórica de héroes y villanos. Como las situaciones injustas han caducado, sopesando por qué ocurrieron desde su presente, el historiador rebasa los antiguos afanes de venganza mediante una actitud equilibrada; los tiranos son señalados, pero si han muerto no es lógico seguir alimentando los rencores por hechos ya irreversibles y acabados, en contrario, las víctimas victimizarán a inocentes, instalándose una cadena sin fin. Lo deseable es que tanto la ley -una vez cumplida la sentencia- como la historia lleven a término un *perdón de reserva*, sin que se silencia la falta, como en las amnistías. La justicia perdona, nunca olvida²⁶.

Al análisis filosófico no se le puede escapar el hecho de que, en orden a tener un sistema penitenciario saludable, debemos hablar de justicia penal en términos democráticos, ya que sin esta institución sociopolítica no podemos hablar de reinserción social, por la mera razón de que la democracia representa la participación de todos los miembros de una colectividad en la toma de decisiones; la sociedad actual, preñada de criminalidad y delincuencia, rampante, que con frecuencia se muestra capaz de desbordar las capacidades del Estado para encarar el problema, el discurso de los derechos acaba por volverse una traba que amenaza con descarrilar toda alternativa de combate a esos poderes fácticos del crimen. Invariablemente, la democracia necesita de un contexto pacífico para recrearse y funcionar adecuadamente; si entendemos que la democracia es necesaria para que el control de criminalidad cobre materialidad con una reinserción social sana, podemos colegir que ambas necesitan existir recíprocamente para ser justas y que el problema del control de la criminalidad excluye la existencia de la democracia de la misma forma en que los problemas de falta de participación en la toma de decisiones en una democracia mal planteada no nos permitiría controlar el delito. Después se arroja la pregunta ¿cómo hacer para que un Estado respetuoso de los derechos sea a la vez eficaz frente a los problemas de índole criminal? La respuesta, pensamos, no está en fortalecimiento a todo costo del poder público para tenga la mínima tentación de

²⁶ *Ibidem*, p. 19.

conculcar los derechos humanos sistemáticamente, sino el establecimiento de mecanismos, que, respetando los derechos, permitan un ejercicio pleno del servidor o funcionario público del Estado en el combate a la delincuencia²⁷.

Es frecuente escuchar en contextos como el nuestro la propuesta de endurecer las penas como una manera de paliar la criminalidad. La tentación de la *prisión vitalicia* o incluso la de la *pena de muerte* suelen ser vistas como soluciones idóneas, aunque se trate de prácticas en la que la reinserción social no es la finalidad última del sistema penitenciario, sino que basta con que sirvan para garantizar a las víctimas y a la sociedad que *esa persona no podrá volver a delinquir*. La lógica de endurecer las penas funciona en dos sentidos; a) disuadiendo, por la naturaleza ejemplar del castigo a otros potenciales delincuentes; b) impedir que el criminal pueda cometer más delitos, ambos fines esconden una trampa, el inciso a es falaz por contrafáctico, no persuade, en la mayoría de los casos, a los potenciales delincuentes de no delinquir, y el segundo el reprochable por tiránico; *la trampa de las penas duras es que a duras penas sirven de algo*. Es cierto que las condenas, para cumplir con sus funciones, deben consistir en hechos desagradables que sirvan para disuadir la comisión de otros delitos y evitar que las personas hagan justicia por propia mano, pero no debemos dejar de lado la lección del Marqués de Beccaria: uno de los más grandes frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino la inhabilidad de ellas [...]. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad²⁸. La lógica es clara y no ha perdido vigencia: es la certeza de la pena, no su gravedad, no su ferocidad ni su cuantía, el elemento que más incide en la disuasión de los delitos²⁹.

2.3. La moral como criterio justificante del castigo.

En la vida del día a día, el hombre actúa como si siguiera normas que regulan su conducta; sabe cómo hacer y decir lo que hace y dice para que su convivencia en la

²⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 56-57.

²⁸ Beccaria, Cesare, *De los delitos y las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza, 1998, p. 56.

²⁹ Palazón, María Rosa, Hernández Otañez, Rafael y Beuchot, Mauricio (coords.), *opus citatum*, p.58.

comunidad y el lugar mismo que en ella posee sea estable y pueda llamarse miembro de la misma. Pero todo esto llega a través de la empiria, el ensayo y el error, es decir, que el hombre desde la infancia por medio de la *praxis* obtiene una noción que lo hace reflexionar sobre su ser, su existencia y su permanencia en la sociedad de que se ostenta como parte, además y por ende, adquiere una orientación regulatoria que dependerá del espacio y el tiempo que ocupe. Aunque hablar de adquirir consciencia de uno mismo nos llevaría a hablar del *ontos*, ese ser inefable de tan difícil análisis. Para poder acercarnos a este craso concepto cito al maestro Carlos Cossio y su obra *La racionalidad del ente: lo óntico y lo ontológico*.

[...] digamos que ónticamente vemos al ente desde afuera, con pasividad (idealmente total), en forma contemplativa, tocado por su presencia y por nada más, en tanto que ontológicamente el ente es visto desde adentro de él mismo, merced a despliegue de una actividad que lo proyecta como LOGOS sobre la evidencia irrebasable, de que todo cuanto existe, existe consistiendo en algo.

La consciencia del ser es un tema muy complejo y poco comprendido por la comunidad científica, aunque hay varias afirmaciones a considerar por ser hijas de las disciplinas que estudian al cerebro; la consciencia del ser es la materia en el momento de ser superada por sí misma, se percibe, se abstrae *per se*, es consciente de su propia existencia y como *fenómeno emergente*, una primera aproximación sería: los átomos, partículas, moléculas y células del cerebro, coordinados y dispuestos físicamente en la forma que guardan provoca que esa cantidad determinada de materia se vuelva consciente de su propia existencia. Más aún, a través de método empírico no es posible demostrar directamente la existencia de la consciencia, es decir, un neurocientífico, con todas las técnicas que le permiten medir los fenómenos físicos que se despliegan en el encéfalo, no puede demostrar de forma directa, a través de mediciones del fenómeno físico, que existe dicho ser, ya que la consciencia, o por lo menos una gran parte de ella, no es un fenómeno físico, sólo sabemos que la tenemos en nuestra individualidad porque nos es innata y porque a través de ella construimos nuestro discurso interno, que nos permite hacer juicios.

Al decir de Immanuel Kant, los juicios se clasifican fundamentalmente en cuatro:

Los juicios *a priori*, que son universales y en los cuales la verdad no depende de la experiencia, por ejemplo, la afirmación *dos más dos es cuatro*, que no necesita ser corroborada en la realidad para que sea verdadera.

Los juicios *a posteriori*, que son aquellos en los cuales la verdad depende totalmente de la experiencia, *verbi gratia*, para que en la afirmación *el café está dulce* haya verdad, es necesario corroborar y demostrar que el café está dulce y esto sólo se logra a través de la experiencia de los sentidos y la interpretación que el cerebro hace de esta, para llegar a la conclusión de que el café sí está dulce.

Los juicios analíticos, que son aquellos en los cuales el predicado ya está contenido y es inherente al sujeto de la oración que quiere expresar verdad, por ejemplo, *el triángulo tiene tres ángulos*, en este caso el sujeto *triángulo*, con el simple hecho de ser nombrado y por su mera definición no necesita del predicado *tiene tres ángulos*, para expresar válidamente verdad, esto es, el predicado no agrega novedades al sujeto.

Los juicios sintéticos, por el contrario de los analíticos, son aquellos en los cuales el predicado siempre agrega algo nuevo a lo que significa el sujeto, por ejemplo, *la pared es roja*, en este caso la pared, por el simple hecho de ser pared, no es roja, así la información transmitida por el predicado sí expresa novedad y da más información que la palabra pared por sí sola.

La ética kantiana es sumamente conocida por su *imperativo categórico*, Kant nos dice que existen éticas heterónomas y éticas autónomas, las primeras son aquellas que operan por coacción externa, para evitar el castigo o para conseguir un bien futuro para sí o para alguien más, lo cual es conocido desde los estudios desarrollados en perros por Iván Pavlov como condicionamiento y también existe en animales incapaces de generar éticas autónomas; las segundas éticas, las autónomas operan *per se*, es decir, que es bueno hacer el bien y responden al imperativo categórico que nos dice: *condúcese de tal modo que tu obra pueda ser elevada a máxima universal*, por ejemplo, la expresión *no matarás*, puede ser aplicada a cualquier cultura que necesite de la vida para su existencia y esto la vuelve universal, ya que la consciencia individual puede interiorizar, en consciencias interrelacionadas e interconectadas, juicios que respondan a una ética autónoma y al imperativo categórico, porque matar es no deseable *per se*, no debemos demostrar con experiencia que no matar es algo bueno, toda vez que en nuestras consciencias ya está interiorizado el concepto de vida y todas sus consecuencias.

Cuando la voluntad de la conducta humana está regida por una ética heterónoma, es decir, por coacción, se puede hacer el bien, pero no por los motivos deseables para Kant, esto es, podemos omitir robar por dos razones fundamentales: porque nuestra ley moral interna nos lo ordena –ética autónoma- o porque nuestro entorno social nos lo ordena –ética heterónoma-; para Kant la ética heterónoma no es ética, porque en heteronomía las motivaciones que nos llevan a conducirnos con bien vienen del exterior, no de nuestra interiorización de valores, la cual podemos entender como la construcción interna de la verdad, y que está dada por el discurso de la sociedad en la que vivimos.

En conclusión, los seres humanos como cuerpos dotados de consciencia, que crean la verdad y la moral sociales –discurso-, que a su vez crea juicios, que los juicios son interiorizados por dicha consciencia, que la interiorización de juicios a su vez crea ética tanto autónoma como heterónoma, estos seres humanos, podemos llamarnos parte de una colectividad humana, que genera reglas de convivencia y si estas reglas son violadas, habrá un castigo, idealmente este castigo debe tender a que la ética penetre en la consciencia del que voluntariamente decidió transgredir tal o cual norma, y que este sujeto pueda caminar en la colectividad sin que esta se sienta perjudicada por su presencia, lo cual es la finalidad última de nuestro sistema penitenciario: la reinserción social.

Así también, podemos afirmar con validez que los juicios engendrados por la consciencia, pueden generar éticas autónomas si estos son apriorísticos y sintéticos, es decir, que sean universales y que estos agreguen novedad al sujeto de la oración que constituye al juicio, dicho juicio universal, ético y autónomo debe ser creado, para después ser enseñado al individuo a través de un discurso preñado de verdad social, esto es, que dicho juicio sea bueno sin importar el contexto.

Ahora bien, la consciencia vista como fenómeno emergente es una estructura colectiva que se crea a partir de sus elementos individuales, y que intuitivamente podemos llamar *emergencia*, dicho fenómeno colectivo sólo existe en su colectividad misma, es decir, las partes que lo componen no son la suma del todo, sino que hay algo más, algo que es engendrado a partir de la interacción entre los seres individuales de ese conjunto y a ese algo le llamamos fenómeno emergente, dicho sistema crea propiedades o procesos que no son reducibles a las propiedades o procesos de las partes que lo constituyen, por ejemplo, una colonia de hormigas que crea relaciones de jerarquía, dichas jerarquías no existirían en la individualidad de cada una de las

hormigas, las estructuras y sistemas de organización de las hormigas son fenómenos que suceden una vez que se organizan como colonia, no antes. La consciencia humana podría ser entendida como un fenómeno emergente a partir de las partes que lo componen, que son las neuronas, ya que en su individualidad no crean consciencia humana, sino que esta se crea a partir de la interacción física entre las neuronas, porque lo único sobre lo que la comunidad científica está de acuerdo es en que la consciencia emerge del cerebro, y este a su vez está hecho por neuronas que intercambian información entre ellas y a partir de ese intercambio de información desde el entorno físico hasta el cerebro, podemos recrear y percibir la realidad; todo lo anterior para poder entender un poco más las mentes de los sentenciados sometidos a pena de prisión y así estar más cerca cada vez más de su reinserción social.

Para poder entender al cuerpo del delincuente y su consciencia debemos basarnos en estudios hechos por más de una ciencia o disciplina del conocimiento, para que en conjunto estos saberes y discursos técnicos que cada una de las disciplinas participante posee, nos permitan llegar a conclusiones objetivas y universales sobre la consciencia y así poder interiorizar en ella los valores éticos que permiten que nuestra especie no se extinga y satisfaga sus necesidades. Hecho lo anterior estaremos más cerca de la anhelada reinserción social.

También las neurociencias han ampliado su espectro de conclusiones sobre el fenómeno neurológico, visto este como un fenómeno complejo, por ejemplo: el derecho siempre ha querido pensar que la conducta no está ni estará regida por el *determinismo*, es decir, que el *libre albedrío* –como antagónico del determinismo– opera en todas las decisiones que tomamos en nuestra individualidad, y hay poca verdad en esto, ya que se ha demostrado a través del método científico que las decisiones que tomamos son siempre susceptibles de estar preñadas de emociones, es decir, que la gran mayoría de nuestras emociones influyen profundamente en nuestras decisiones, por lo tanto, contrario al pensamiento general, las decisiones que tomamos en nuestra vida no solo responden a la razón sino también a emociones y estas a su vez responden al ambiente y contexto en el que tomamos tal o cual decisión, lo que significa que factores externos como el clima, el estado de ánimo, la edad, nuestras memorias y todo el contexto que nos rodea se ven reflejados en la bioquímica del cerebro y esta bioquímica gesta diferentes tipos de reacciones a los estímulos del ambiente en el que nos desenvolvemos; lo anterior hace de suma

importancia que en el tratamiento penitenciario se tomen en cuenta todos estos factores para tener más luz sobre aquello que hace que alguien decida cometer un delito.

El libre albedrío, que siempre se nos ha mostrado a los abogados como la única fuente de voluntad humana, queda desplazado por el contexto de la toma de las decisiones, es decir, las decisiones están determinadas en gran medida por fenómenos muy distintos a la razón y el libre albedrío, como son las emociones, la bioquímica cerebral y todo el contexto que nos rodea, esto significa, por ejemplo, que el tratamiento penitenciario –no sólo la pena- que se dará a alguien que decidió robar motivado por el hambre y la falta de recursos, será muy distinto del tratamiento carcelario que el Estado le dará a alguien que robó por motivaciones hedonistas.

La moral, vista como una de las fuentes del derecho establece parámetros para la aplicación de penas dependiendo de la conducta delictiva y de todo el contexto de esta, el entramado de la moral está construido a partir de discursos, entendidos estos como la construcción social de la verdad impuesto por el fenómeno del poder que es el establecimiento de dichas construcciones sociales de la verdad a través de instituciones y que se interioriza a partir de la educación, de la socialización, de la resocialización y los medios de comunicación.

La moral, en su origen no consiste en individuos que razonan, ni acciones, ni aún relaciones elementales, sino pautas, parámetros para realizar las cosas. En este orden de ideas, los códigos morales abstractos son interpretaciones de los usos, formulaciones hipotéticas de valores³⁰.

La moralidad no procede de una deducción lógica, ni de una sumisión a principios generales: es el resultado de una práctica habitual que por imitación y reiteración se vuelven uso, donde los operadores deónticos se vuelven contingentes y generales, la mayoría carentes de *ratio legis* pero que no dejan de regular la conducta humana en sociedad³¹.

³⁰ Escalante Gonzalbo, Fernando, *Ciudadanos imaginarios: memorial de los afanes y desventuras de la virtud y apología del vicio triunfante en la República Mexicana: tratado de moral pública*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, 2002, p. 30.

³¹ Cfr. *Idem*.

Frecuentemente nos encontramos con usos que no están conformes con los valores éticos de una sociedad y esta colisión entre el uso y la moral da génesis y contenido a los tipos penales. Contrario a lo que afirman los teóricos del iusnaturalismo, no estamos frente a un conjunto de imperativos, sino de praxis cotidiana, usos y costumbres consuetudinariamente dotados de razón y sentido. Es una configuración vivencial que tiene lugar en el imaginario colectivo, en la medida en que toda acción supone una interiorización de la realidad, que para autores como Berger y Luckmann, no forma parte de la naturaleza de la cosas ni de las leyes que las rigen y del mundo social, desde este prisma alemán, no puede ser concebida como una creación arbitraria, toda ocasión que reposa sobre una larga serie de hechos físicos, geográficos, demográficos que limitan sus posibilidades y porque la organización social de la vida material genera su propia inercia y sus propios límites. Por lo tanto, la moral no puede identificarse con conductas ignotas o decisiones aisladas, la moral es una dimensión particular del accionar humano que se manifiesta en sistemas habituales de relación y pautas conductuales³².

En este caso cito al escritor Escalante Gonzalbo y su teoría sobre la moral porque permite exponer a la moral como un fenómeno social neutro e inerme; en la inteligencia de que existen otras teorías que merecen toda la credibilidad.

2.3.1. La moral pública.

Es posible identificar los goznes en torno a los cuales giran la vida y la moral pública, que dan coherencia a los juicios dispersos de la cotidianidad, y encontrarse así con un modelo cívico que supone el respeto del orden jurídico, como en su momento lo escribiera el jurista romano Domicio Ulpiano: los preceptos del derecho son vivir honestamente, no hacer daño a nadie y dar a cada quien lo que se merece. Esta idea hecha es lo que podemos llamar moral pública, un modelo de civismo; dicha estructura moral no es una lista taxativa, es un conjunto un tanto indefinido de ideas acerca de la vida pública, un conjunto de virtudes para la convivencia pacífica y para la organización económica y política.

Dice Ulpiano que las únicas reglas que no podemos quebrantar si no queremos ser aislados y castigados por la sociedad son: vivir honestamente, no hacer daño a nadie

³² *Ibidem*, p.32.

y dar a cada quien lo que se merece, el sistema penitenciario está creado para que aquellos que no quieran seguir las máximas de la moral pública, las interioricen en sus consciencias y no reincidan en conductas delictivas.

Este paradigma de moralidad es un resultado histórico que se precipita de tres tradiciones muy discrepantes y comúnmente confundidas una con la otra:

2.3.1.1. *Res publicae*.

La tradición republicana tiene como modelo a la Roma clásica, y adquiere su forma en el Medievo con Maquiavelo. En sus términos, la política y la vida pública tienen un valor propio, con sus normas³³. Es posible concluir que de la república nos queda el ahínco en la virtud de los ciudadanos, y la convicción de que hay un bien común de interés público más allá de los intereses particulares. Como corriente de pensamiento ha dedicado su estructura a la defensa de la Razón de Estado, y siente empatía con los argumentos liberales, mayormente en lo tocante a los prismas económicos liberales, que priman a la propiedad y al mercado, porque el republicanismo supone una superioridad moral del interés público sobre el particular.

2.3.1.2. Liberalismo como basamento de la moralidad pública.

Esta tendencia se concentra en las garantías individuales, en la tolerancia, y la preponderancia del orden jurídico. Se invierte el valor máximo del republicanismo, el bien común, la tradición liberal supone el respeto irrestricto al individuo, en su carácter privado. Su principal argumento político es la limitación del gobierno en favor del interés privado.

³³ Citado por Escalante Gonzalbo, Fernando: “Como Cicerón y Livio, Maquiavelo creía que lo que los hombres –en todo caso los hombres superiores- buscaban era la satisfacción y la gloria provenientes de la creación y mantenimiento, a través del esfuerzo común, de un todo social fuerte y bien gobernado”, Isaiah Berlin, “La original de Maquiavelo”, en *Contra la corriente. Ensayos sobre la historia de las ideas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 99.

2.3.1.3. El gobierno del pueblo.

La *democracia* exige la participación, la justicia y el autogobierno, y tiene muy poco que ver con el liberalismo, a decir del español Damacio Negro:

El gobierno liberal no se confunde, pues, necesariamente, como hoy es habitual, con el gobierno democrático. En famosos párrafos, lamentaba Ortega la confusión entre liberalismo y democracia [...] “Liberalismo y democracia –escribió- son dos cosas que empiezan por no tener que ver entre sí, y acaban por ser, en cuanto tendencias, de sentido antagónico”³⁴.

Es importante aquí hacer reparos entre estas dos discrepancias doctrinales: tanto el republicanismo como la democracia ensalzan la Voluntad General como el apoyo más incontestable que puede tener un Estado y es la única manera de arribo al Bien Común. Por eso no puede confundirse con la voluntad de la mayoría, ni aún con la de todos. La obediencia a la ley no supone sumisión, sino el probo entendimiento del propio interés genérico, el interés general que indefectiblemente nos lleva al bienestar general: la virtud no es otra cosa que la conformidad de la voluntad particular a la general, lo anterior porque esto garantiza que no haya crimen, ya que omitir las conductas delictivas es uno de los objetivos de nuestro sistema penitenciario³⁵.

Al final podemos entender que la reinserción social de aquellos que son criminales es parte medular de la agenda de la Voluntad General y por lo tanto del Estado, independientemente de si su postura sea liberal, republicana, democrática o una mezcla de dos o varias, el control de la criminalidad es un tema fundamental para ser tomado en cuenta por la sociedad de nuestra época.

2.4. La represión como común denominador.

³⁴ Negro Pavón, Dalmacio, *El liberalismo en España*, Madrid, Unión Editorial, 1988, p. 11.

³⁵ Rousseau, Juan Jacobo, *Discurso sobre la economía política*, Madrid, Tecnos, 1985, libro II.

Históricamente el discurso del sistema penitenciario se puede vivir en dos: la primera etapa que se ubica desde la primera civilización de la que se tiene registro hasta principios del siglo XIX y la segunda etapa, en la que vivimos actualmente, que es la de la democratización y humanización del fenómeno del castigo. No sería necesario hacer un exhaustivo análisis del discurso penal a lo largo de la historia de la humanidad para ser consciente de la calidad y de la cantidad de los suplicios vividos por los delincuentes hasta la era moderna; pasando por el Código *Hammurabi* datado del siglo XXIII a.C., las *cinco penas* chinas, las leyes mosaicas de Israel en el siglo XIV antes de nuestra era, las leyes de *Manu* de la India del siglo XI a.C., las leyes persas de esa época, hasta llegar a la Roma republicana y la de los Césares. Así como la caída del imperio romano de Occidente y el largo periodo de la Edad Media, cada etapa con un dejo de sangre, espada y violencia, la creación de los Estados-nación hasta llegar al siglo XIX.

La historia de la política criminal desde que tenemos registro hasta la primera mitad del siglo XIX estuvo matizada por la idea de la venganza, tanto pública como privada, el deseo inherente a los humanos de tomar la justicia en manos propias cuando nos sentimos ofendidos o dolidos por la voluntad del semejante. Es hasta esta época cuando nos empezamos a plantear si la venganza, las torturas, la ignominia y en general la publicidad del castigo penal eran necesarios o por lo menos tolerables.

En principios del siglo XIX las sanciones del derecho penal cambiaron de paradigma y se dejaron de caracterizar por buscar la expiación y redención a través de castigos infamantes e intimidatorios, ya sea con carácter religioso o no, cada suplicio era una búsqueda insaciable de humillar públicamente al gobernado justiciable, a partir de esta época al discurso cambia radicalmente y en lugar de castigar física y directamente el cuerpo del criminal, lo aísla, lo vigila y lo readapta.

Basta con citar los espectáculos punitivos del circo romano o la persecución de cristianos por los gobernantes politeístas detractores de la religión de Jesucristo hasta antes del emperador Constantino, la crucifixión tan usada por los romanos, los calabozos medievales, o los tormentos a los que sometía al Santa Inquisición a sus procesados por todo el mundo cristiano; estructuras muy bien consolidadas de sufrimiento sistemático, diseñado para humillar a los procesados, y propuestas sobre la base de justificaciones religiosas -principalmente-, encaminadas a salvar las almas de los herejes y sembrar la semilla pía de la religión.

Algo interesante en este discurso penitenciario redentor de castigos y hacedor tormentos, es el cambio tan radical de paradigma que se vive, en el mundo occidental principalmente, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX el violento discurso punitivo empieza a extinguirse. En esta transformación han intervenido dos procesos importantes: por un lado, la desaparición del espectáculo punitivo, en la que las solemnidades y lo ceremonial de la pena tiende a entrar en la sombra –aunque no desaparece- para no ser más que un nuevo acto dentro del procedimiento penal o de administración y por otro lado el castigo va cesando poco a poco, haciéndose más sutil, más oculto en la penumbra del proceso penal de ese siglo, su eficacia deja de residir en su intensidad visible, para entrar al terreno de la fatalidad escondida.

La disminución de la sevicia que, hasta antes de la primera mitad del siglo XVIII, caracterizó al sistema monolítico de imposición de castigo es vista, generalmente, por el historiador del derecho como un fenómeno secundario o epifenómeno de cambio, es decir, un proceso que desvirtúa la necesidad del Estado por imponer penas lastimosas a los infractores de la norma penal que con el paso del tiempo cambió de paradigma. Pero esta transformación no surgió en bloque y de un sólo tajo, como podría colegirse, de hecho, estas modificaciones van acompañadas de un cambio de objeto por parte de la operación punitiva, ya no es el cuerpo proclive a sentir dolor físico y humillación pública lo que se busca expiar, sino la catarsis del alma del delincuente se convierte en la teleología del castigo institucional. No solamente fue disminuida hasta su mínima expresión, la violencia ejercida por parte del sistema penitenciario, sino que este mismo tuvo que desplazar su objeto punible desde el cuerpo físico hasta la entelequia llamada alma, que existe en el tiempo, pero no en el espacio, así se mistificó a través de un largo proceso el objeto del sistema penitenciario. Que el castigo, si se me permite hablar así, caiga sobre el alma más que sobre el cuerpo³⁶.

Para dar un ejemplo de la lentitud que tuvo el cambio de paradigma del que hablamos citaremos la aprobación que hasta 1957 se aprobó por la Organización de las Naciones Unidas el texto internacional: *Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos*. Dichas reglas fueron adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente,

³⁶ Citado por Foucault G. De Mably, *De la legislación, Obras completas*, 1789, t. IX, p. 326.

celebrado en Ginebra el 1955 y aprobadas por Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977. Con este marco penitenciario se le da un razonamiento más humanista al sistema penitenciario, buscando su aplicación precisa y eficaz, aunque se considera que la utilidad depende del país que lo aplique. Al final del día no surtió el efecto esperado, la norma jurídica no puede controlar la dinámica social de un sistema penitenciario, sólo da garantía y validez de la norma; la anterior postura llevó a México a crear y aprobar en 1971 La Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados³⁷, dicho documento ha dado legitimidad al tratamiento de la readaptación social en nuestro país, aunque debe ser actualizado y adecuado a la época presente para su eficacia.

Es la certidumbre de ser castigado, y no el teatro medieval, lo que debe apartar del crimen; la mecánica ejemplar del castigo cambia sus engranajes. Para ilustrar esto cito a Michael Foucault con su obra *Vigilar y castigar*:

Quizá nos dan hoy vergüenza nuestras prisiones. El siglo XIX se sentía orgulloso de las fortalezas que construía en los límites y a veces en el corazón de las ciudades. Le encantaba esta nueva benignidad que remplazaba los patíbulos. Se maravillaba de no castigar ya los cuerpos y de saber corregir en adelante las almas. Aquellos muros, aquellos cerrojos, aquellas celdas figuraban una verdadera empresa de ortopedia social.

A los que roban se los encarcela; a los que violan se los encarcela; a los que matan, también. ¿De dónde viene esta extraña práctica y el curioso proyecto de encerrar para corregir, que traen consigo los Códigos penales de la época moderna? ¿Una vieja herencia de las mazmorras de la Edad Media? Más bien una tecnología nueva: el desarrollo, del siglo XVI al XIX, de un verdadero conjunto de procedimientos para dividir en zonas, controlar, medir, encauzar a los individuos y hacerlos a la vez "dóciles y útiles". Vigilancia, ejercicios, maniobras, calificaciones, rangos y lugares, clasificaciones,

³⁷ Documento que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 19 de mayo de 1971.

exámenes, registros, una manera de someter los cuerpos, de dominar las multiplicidades humanas y de manipular sus fuerzas, se ha desarrollado en el curso de los siglos clásicos, en los hospitales, en el ejército, las escuelas, los colegios o los talleres: la disciplina. El siglo XIX inventó, sin duda, las libertades: pero les dio un subsuelo profundo y sólido — la sociedad disciplinaria de la que seguimos dependiendo.

En síntesis, sociedad disciplinaria de la que habla Foucault es, sin duda, aquella que a través de las instituciones que detentan el poder educan, socializan y norman el cuerpo y la mente del individuo por medio de la interiorización de discursos que nos vuelvan dóciles y útiles, dóciles para poder controlar la criminalidad y útiles para que nuestro humano concepto de desarrollo económico siga el curso planteado. A los criminales, enfermos, internos de hospitales psiquiátricos, ancianos y demás minorías sociales no deseables, se les vigila constantemente, se les castiga, su cuerpo es sometido por el creador del discurso técnico y se les aísla en edificios hechos con la idea arquitectónica del panóptico, que Foucault usa como metáfora para describir a la sociedad misma, él cree que el panóptico que nos vigila y juzga en todo tiempo y lugar no sólo es ese edificio con una torre central desde la que se ve toda la construcción, sino que la sociedad misma nos orilla a ejecutar determinadas conductas y a no ejecutar otras, más aún, somos nosotros mismos los que a través de la interiorización de valores ponemos límites a nuestra propia conducta, en todo momento nos auto vigilamos y, por lo tanto, respondemos al imperativo categórico kantiano, porque en nuestro discurso interno ya construimos ética; el problema de la criminalidad actual es que hay individuos que no la tienen interiorizada, por no haberla aprendido a cabalidad, son estos entes a los que hay que socializar y si es necesario resocializar para ser reinsertados a la sociedad dentro de las pautas del sistema penitenciario.

Todavía en la segunda mitad del siglo XVIII existían este tipo de castigos penales en público: *Damiens* fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a pública retractación ante la puerta principal de la iglesia de París, donde debía ser llevado y conducido en una carreta, sin pantalones, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano, después, en dicha carreta, a la plaza de *Grève*, sobre un cadalso que allí habrá sido levantado, deberán serle atenazadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en esta el cuchillo con el cometió parricidio,

quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenazadas, se le verterá plomo fundido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento³⁸. No es necesario relatar el final de esta historia para entender sobre la falta de una cabal reinserción social, para ese sistema de imposición de castigos la reinserción o readaptación social eran secundarias o ni siquiera figuraban en sus objetivos.

Con esto Foucault intenta ilustrar la forma en que había castigado al criminal desde que se tiene registro y en casi todas las culturas hasta el siglo XIX, cuando hubo el cambio de discurso por parte del sistema penitenciario en el mundo occidental, en lo que ahondaremos en páginas posteriores.

Los acontecimientos en esa época sembraron la semilla del cambio, principalmente la revolución francesa, para mejorar los arquetipos de criminalización de conductas; la creación del estado-nación, la codificación de un derecho humanizante, civilizatorio, si lo cotejamos con los sistemas penitenciarios acaecidos hasta antes de dicho cambio de paradigma.

2.4.1. Sistematización de los suplicios.

León Faucher para la Casa de Jóvenes Delincuentes de París hizo un compendio normativo en el año de 1838 que demuestra cómo se inició en el mundo occidental una carrera por hacer del sistema penitenciario una institución que el Estado vuelve monopolio de investigación, procesos penales y criminalización de conductas que atentan contra la estabilidad del mismo, su compendio normativo tuvo como título *De la reforma de las prisiones*, al establecer una compleja estructura de poder, control, vigilancia y castigo sobre los internos de dicha casa, cada movimiento, necesidad y conducta estaban establecidos en este compendio, horarios, lugares, duraciones, horas de sueño, de trabajo, silencios, vestimentas, con lo cual se demuestra cómo la sociedad de esa época empieza a construir el sistema penitenciario sobre la base de la vigilancia, el control total y el castigo.

³⁸ Citado por Foucault, *Pièces originales et procédures du procès fait à Robert-François Damiens*, 1757, t. VI, pp. 372-374.

Esta es la época en que fue redistribuida, en Europa y en Estados Unidos, toda la economía del sistema penitenciario. Época de innumerables proyectos de reforma; nueva teoría de la ley penal y del delito, nueva justificación moral del derecho de castigar. Y así es como se va consolidando el derecho penal moderno.

Poco de esto es funcional en términos prácticos para la reinserción buscada en el presente, ya que toda la búsqueda de sistematizar todos y cada uno de los roles a seguir dentro de las cárceles de casi todo el mundo occidental es inútil para realmente comprender cómo es que se reinserta un reo a la sociedad, para lo cual se necesita cumplir ciertos criterios criminológicos, psicológicos y psiquiátricos para, individualizar el tratamiento penitenciario al reo para así lograr su reinserción, para dejar de pensar en pretender cumplir con este objetivo haciendo que cada conducta dentro de la cárcel esté preprogramada y normalizada en términos de derecho penitenciario.

2.5. La configuración social de la sensibilidad, entenderla para entender la reinserción social.

La individualización del tratamiento penitenciario para los reos no sólo debe ser un fenómeno *a posteriori* de la mente individual de cada persona privada de su libertad, la reinserción social también se puede entender en términos apriorísticos si se analiza cómo se construye la sensibilidad dentro de una cultura específica, *verbi gratia*: una institución penitenciaria vista desde adentro, las sensibilidades y modos de sentir están íntimamente vinculados con la cultura y el lenguaje a través de las estructuras psíquicas y tipos de personalidad particulares a los que dan origen estas relaciones entre cultura-lenguaje y sensibilidades y su construcción.

La masa encefálica no es un receptáculo vacío en el cual la cultura vierte indiferentemente sus contenidos específicos, por el contrario, como se ha demostrado por diversos estudios antropológicos e historiográficos, las emociones, estructuras de afecto, sensibilidades y motivaciones se desarrollan de manera distinta una de la otra, se adaptan a las diversas formas de socialización, *resocialización* y relaciones sociales que tienen sus orígenes en la dinámica psicológica elemental de los seres humanos, y nos llevan a pensar en la *naturaleza humana* no como una disposición

universal sino como un resultado histórico de los diversos modos en que actúa la cultura sobre la naturaleza³⁹.

Es decir, cada prisionero tiene una carga cultural y de lenguaje muy fuerte, estas cargas responden a estímulos individuales de adaptación mental y psicológica a los entornos penitenciarios, pero cada reo tiene una manera particular de relacionarse con su tesitura cultural, reaccionar a ella, construir estructuras afectivas, sensibilidades y modos de sentir, es por eso que cada sentenciado, para poder ser resocializado correctamente, necesita una individualización del tratamiento penitenciario.

Todas las culturas crean en sus miembros formas de expresar sentimientos y emociones y prohíben otras, con lo cual contribuyen a construir la estructura mental de los individuos en los afectos, empatías, sensibilidades e insensibilidades; es importante comprender cómo se construye la sensibilidad y la forma en que la dinámica social hace que cambie, porque la sensibilidad guarda una relación directa con el castigo. El crimen y el castigo son fenómenos que provocan una respuesta emocional tanto en los involucrados como en el público en general, los sentimientos de temor, hostilidad, agresión y odio compiten la piedad, la compasión y el perdón para definir la respuesta adecuada ante el que viola la norma jurídica. En la actualidad la política criminal tiende a ser vista como un fenómeno meramente administrativo, judicial y de trámite, que implica medios, como lo es la pena de prisión, y fines, como es la reinserción social, ya no lo vemos como un fenómeno moral o social; dichos medios, como medida penal, se consideran aplicables en tanto se adaptan a nuestro concepto de *tolerable*, y el hecho de que los castigos contemplados por el derecho penal sean tolerables los vuelve moralmente correctos, la *aceptabilidad* de las políticas penales es un tema medular cuando hablamos de *castigos aceptables* y *tolerables*, ya que estos se dan en función de las *sensibilidades* y lo ético que pueda haber en los castigos o no, por lo tanto, de la amplia gama de castigos posibles, los Estados, a través de sus gobiernos, establecen parámetros aceptables de castigos en concreto: cuáles se pueden desplegar y cuáles son bárbaros, excesivos o crueles en

³⁹ Garland, David, *Castigo y sociedad moderna*, traducción por Berta Ruiz de la Concha, España, Oxford university press, 1990, p. 249.

extremo, en el caso del sistema penitenciario mexicano, el artículo 22 del Pacto Federal establece esas pautas cuando prohíbe determinados castigos⁴⁰.

En conclusión, la estructura específica de nuestras sensibilidades determina qué castigos imponer a los delincuentes y cuáles no, y a su vez, las sensibilidades específicas son proclives al cambio; ahora bien, la función en que se da el cambio es la de si el castigo es *civilizado*, este parámetro es utilizado desde que los detractores de la Ilustración del siglo XVIII criticaban al sistema penitenciario europeo de aquella época que empleaba métodos de castigo intolerables en cualquier sociedad que pretendiera ser civilizada. A partir de entonces lo *civilizado* se ha utilizado como parámetro para evaluar la penalidad, así se demuestra con la famosa declaración de Winston Churchill respecto a que los métodos penales son índice y medida de su civilización. Así, la *civilización* puede ser entendida objetivamente como el aumento y diferenciación de los controles impuestos por la sociedad sobre sus individuos, así como mayor inhibición psicológica en la medida en que las normas de conducta adecuadas se vuelven más exigentes⁴¹.

2.5.1. El derecho como norma social y como instrumento de control.

Para poder acercarnos a una definición completa del derecho debemos primero determinar sus cuatro causas: eficiente, material, formal y final; asimismo, hay que partir del hecho de que el derecho no es un ser dado en la naturaleza y por lo tanto debe ser creado; su causa eficiente es el ser humano, ahora bien, los hechos del mundo ontológico y los valores del mundo axiológico determinan la materialidad del derecho en tanto que tal, así mismo, esta causa material debe estar delimitada por una formalidad que le brinde una estructura que la contenga, la cual es la norma jurídica, misma que demanda ser construida mediante definiciones y juicios expresados de manera escrita, para dotar de continente tangible al contenido intangible, de igual manera, el derecho necesita ser obligatorio y además contener elementos coercitivos que puedan legitimar el uso de la fuerza para su exacta observancia, por último nos encontramos con su fin que se traduce en el trabajo de los jueces que aplican la norma a casos concretos, labor que es el objeto de estudio

⁴⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 249-251.

⁴¹ Cfr. *Idem*.

de la dogmática jurídica, entendida esta como el estudio sistemático de la norma jurídica para que esta pueda ser aplicada, aquí estriba el fin del derecho, ser aplicado⁴².

Casi sin darnos cuenta vivimos inmersos en un mar de normas e instituciones, y todo esto está presente en la mente de casi cualquier ser humano, de alguna manera y en diferentes grados de evidencia y claridad: la idea y la necesidad de lo jurídico, la justicia, porque ambas nociones se inscriben en la esfera de nuestros más íntimos sentimientos y aspiraciones éticas⁴³.

De esta forma, la primera vía de aproximación al derecho es la constituida por el sentimiento, que aparece en todo ser humano desde temprana edad, y cuya importancia estriba en el hecho de que sin este sentimiento jurídico sería difícilmente explicable la mera existencia de la sociedad humana. En efecto, la sociedad surge, además de la necesidad de colectividad del ser humano, de la aspiración natural del ser humano a la justicia, cuya actualización la reclama⁴⁴.

Como instrumento de control social, el derecho, ha sido ampliamente reconocido por los sociólogos jurídicos y podemos referirnos a esta instrumentalidad desde el espectro de Edward Ross, quien fuera uno de los primeros que plantean al derecho como un método de control social, así como Roscoe Pound, del que suele citarse su definición del derecho: *el derecho es una forma altamente especificada de control social en una sociedad organizada y políticamente desarrollada*. El derecho como conjunto de normas protegidas por el aparato coactivo del Estado, en palabras del autor Ramón Soriano, goza de las siguientes notas: *Certeza* de la fijación de modelos de comportamiento, la certeza es un imperativo que atañe a los poderes públicos y es presupuesto para su exigibilidad, por lo tanto, este goza de claridad expresiva y publicidad, en orden a que este sea certero. La *exigibilidad* juega un papel primordial en el derecho como instrumento de control social, toda vez que la norma jurídica tiene

⁴² Cfr. Espinosa y Gómez, Magdalena, “¿Qué es y para qué sirve el Derecho?”, tema presentado en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho celebrado en julio de 2003, en Problemas contemporáneos de la filosofía del Derecho, Cáceres, Enrique, et al. (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm., 244, UNAM, México, 2005, pp. 147-148.

⁴³ Cfr. Soriano, Ramón, *Sociología del derecho*, España, Ariel, 1997, p. 173.

⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 174.

órganos de poder, régimen sancionatorio e instituciones que velan por su protección, por ello, en una sociedad, la norma jurídica es la más exigible; esta exigibilidad recibe el nombre de coacción o coercibilidad. La *generalidad* es la tercera de las notas descritas por el autor en cita, ya que el derecho crea modelos generales que afectan a todos los individuos dentro del Estado que promulgó dichos ordenamientos. La *expansionabilidad*, en palabras de Soriano, afecta a la sociedad en la impera de tal manera que, paulatinamente, las zonas de anomia jurídica o sectores de comportamiento que no se ven afectados por este, serán susceptibles de acatar dichos parámetros de comportamiento, el crecimiento de la materia jurídica es un efecto del propio Estado social, aunque no siempre comporta un crecimiento ascendente, existen casos en los que el derecho debe retroceder, principalmente con las ideas liberales que permearon en su momento histórico, sin embargo la tendencia al crecimiento normativo es mayor que el decrecimiento jurídico en la mayoría de los casos. Como consecuencia de esta expansión del derecho, se hace imprescindible la llamada *uniformidad* que provoca que el derecho tienda a ser uniforme en todos sus ámbitos de validez, a saber: subjetivo, objetivo, espacial y temporal⁴⁵.

También podemos hablar de la coercibilidad como elemento del derecho encargado del control social inherente a este, entendida como la compulsión potencial que protege la eficacia del derecho, cuando esta compulsión deja de ser potencial y se actualiza, entonces estaremos hablando de coacción, por lo tanto, ambos conceptos guardan una relación temporal y causal entre sí, pero expresan la misma idea⁴⁶.

Debemos entender que, para establecer la eficacia del derecho, la del derecho penal y de sus objetivos como la reinserción social, primero tenemos que entender que derecho tiene como una de sus principales funciones la del control y determinación del comportamiento, lo cual importa evidentemente una justificación y un límite. La justificación estriba en la naturaleza de los derechos y los bienes protegidos por el derecho, la esencialidad de los mismos justifica su protección por normas coactivas, así como exigible. El límite está en la axiología social, al ser esta la que legitima la coercibilidad del ordenamiento jurídico, evitando que queden fuera del derecho conductas que deben ser protegidos por este⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 339-341.

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 342.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 387.

3. Análisis de la legislación local aplicable a la reinserción social.

*A menudo, os he oído hablar del hombre
que comete una falta, como si él no fuese uno
de vosotros, sino un ser extraño, un intruso
en vuestro mundo.*
Gibrán Jalil Gibrán.

3.1. Análisis dogmático de los principios rectores de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal.

La naturaleza de esta ley es la de ser de orden público y de interés social, cuyo estudio sistemático y aplicación a casos concretos corresponden a los órganos de gobierno tanto en el ámbito ejecutivo como en el jurisdiccional del otrora Distrito Federal, hoy Ciudad de México, así como las autoridades auxiliares que sostengan vínculos de auxilio del Sistema penitenciario. Por cuanto hace a los objetivos de esta ley, el artículo segundo de la citada ley hace referencia a dos: I. El cumplimiento, modificación y duración de las penas y medidas de seguridad impuestas por la autoridad judicial y, II. La organización, administración y operación del sistema penitenciario de la capital de la República, para lograr la reinserción social y procurar que no vuelva a delinquir la persona sentenciada. En este orden de ideas la legislación secundaria que tiene, en una primera instancia, la tarea de procurar política públicas *ad hoc* a los principios constitucionales de la reinserción social es la ley en comento, ya que a partir de estas se puede lograr la reinserción a la sociedad de los sentenciados a través de programas que fomenten la capacitación del personal de los centros penitenciarios, el correcto desarrollo de la vida dentro de los mismos y en la medida en la que sea hecha una clasificación de la población penitenciaria se arribará a una individualización del tratamiento penitenciario para lograr que este se convierta en uno progresista.

Los principios que esta ley enarbola en cuanto hacen a la ejecución de las penas, medidas de seguridad y sistema penitenciario, son: legalidad, garantía de audiencia y defensa adecuada, igualdad, especialidad, judicialización, respeto a la dignidad humana, socialización del régimen penitenciario, prevención especial de la pena y mínima afectación.

Cuando de *legalidad* se habla, nos encontramos ante la obligación que tienen los jueces encargados de la ejecución de las sentencias penales o comúnmente denominados jueces de ejecución, de fundar y motivar sus resoluciones y determinaciones en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano fuere parte, la presente Ley; la sentencia judicial, si se nos apura agregaríamos el atributo de *ejecutoriada* con la finalidad de otorgar certeza jurídica, del delincuente en cuanto no deben extralimitarse de ella y demás disposiciones aplicables a la materia.

La *garantía de audiencia y defensa adecuada* se refiere a que la duración y la modificación de las penas se realizarán con respeto perenne al artículo 14 de nuestra Carta Magna; y, que los sentenciados tengan acceso a una asesoría jurídica técnica y especializada de parte de su abogado particular o la Defensoría de Oficio.

La máxima de la *igualdad* envuelve que, tanto en la reinserción social como en la modificación y extinción de la pena y medidas de seguridad, debe ceñirse al principio de imparcialidad para jamás perder objetividad, el órgano jurisdiccional no está facultado para hacer discriminaciones o prejuicios de valor de ninguna índole, esto es, se debe usar un sistema meritario que no tome en cuenta elementos subjetivos; aunque la ley hace una mención especial sobre las mujeres, los adultos mayores, las personas que padecen enfermedades infecto-contagiosas, aquellas que sufren alguna discapacidad física, mental o sensorial, indígenas o extranjeros, es decir, que cuando hablamos de estos sectores sociales, la ley permite a la autoridad hacer ciertas distinciones fundadas en elementos personales y subjetivos de estos grupos sociales, por la razón de su condición de vulnerabilidad. Lo cual busca la ecuanimidad a pesar de las diferencias.

El principio de *especialidad* limita a los jueces de ejecución de sentencias a únicamente conocer asuntos que tengan que ver, dentro del ámbito de sus competencias, con el conocimiento, el cumplimiento, modificación y duración de las penas y medidas de seguridad.

La máxima jurídica de *judicialización* estatuye que todos los órganos jurisdiccionales encargados de las cuestiones relativas a sustitución, modificación o extinción de las penas o medidas de seguridad se ventilarán ante el Juez de Ejecución en audiencia incidental que se desarrollará de forma oral y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, a que se refiere la Constitución Federal y la ley en comento.

El *respeto a la dignidad humana* del que reza la fracción quinta del arábigo tercero de la ley aludida protege a todas las personas que estén privadas de su libertad somática y prescribe que se tratará con absoluto respeto su integridad física, psíquica y moral, así como su dignidad humana y sus garantías y derechos fundamentales, en apego irrestricto a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado Mexicano. Esto incluye a cualquier trato degradante, inhumano o cruel que comporten, aún de manera indirecta, violencia de índole físico, psíquico o moral, tales como el exceso de luz, ruido, música u otros análogos emitidos de manera ininterrumpida o no razonable, generando un problema en el equilibrio físico o psíquico de aquellos que los sufrieren.

Otro de los principios que rigen a esta ley es el de la *socialización del régimen penitenciario* que consiste en tender a reducir las diferencias entre la vida en el interior del establecimiento penitenciario y la vida en libertad en conjunto con la preservación y reforzamiento de la continuidad de los vínculos familiares, educacionales y laborales, todo esto con el fin de lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad, Aquí volvemos a otra deficiencia legislativa porque los que están en un establecimiento penitenciario por virtud de una medida cautelar, la de la prisión preventiva, estas personas que esperan sentencia no están protegidas por esta ley si pensamos que también deben ser resocializadas. En todo caso, es imperante abordar este tópico con toda seriedad, ya que es uno de los denominadores comunes de esta investigación, primeramente, el término *socialización del régimen penitenciario* presenta múltiples deficiencias: socializar un constructo social resultaría, a la luz de la lógica, circular, ya que todo lo emanado de una sociedad, como lo es el régimen penitenciario, está socializado *per se*, a lo que se refiere esta parte de la ley, en líneas posteriores, es a hacer que la vida en libertad sea lo más parecida a la vida dentro de los establecimientos penitenciarios, cosa que se plantea como un mandato legislativo, lo que no basta para su cabal materialización, ya que semejantes reformas deben ir acompañadas por una robustecida política pública en orden a lograr dicho cambio.

El principio de *prevención especial de la pena* es uno de los más significativos, ya que establece que la reinserción social debe inducir al sentenciado a comprender primeramente el significado del hecho, lo cual es relativo, toda vez que no todos los delincuentes están faltos de entendimiento del significado del hecho criminal, así como las consecuencias que este genera tanto para sociedad como para la víctima y/u ofendido del delito, todo esto es parte de la generalizada ideología que estatuye que

ese tipo de disciplina de poder resocializa al sentenciado, pero la violencia institucional y la corrupción sistemática generadas por el sistema penitenciario impiden que esto llegue a buen puerto. Asimismo, este principio legal prescribe que esto se logrará a partir de la educación, trabajo y capacitación para el mismo, salud y deporte con el fin de que, al momento de su reincorporación a la sociedad, adquiera una mayor capacidad de autodeterminación conforme a valores éticos. Se habla de educación: las cárceles son escuelas de criminalidad, sus bibliotecas, son insuficientes para la población de 223,656 personas como población reclusa al final de 2014, de los cuales, 67,802 estaban cumpliendo una pena y 75,025 en espera de su respectiva sentencia; también se habla de trabajo y capacitación para ello, dicha capacitación es insuficiente ya que no se cuenta con una oferta laboral competitiva con el mercado laboral externo; por lo que hace a la salud, las cárceles han estado caracterizadas, desde sus orígenes, es ser de las instituciones estatales más insalubres que existen, no hace falta hacer mayor numeralia; en cuanto al deporte, estamos también ante un gran problema, porque las instalaciones carcelarias, además de estar sobrepobladas, son insuficientes para dar servicios deportivos a todos los presos. Por último, cuando se habla de valores éticos, los establecimientos penitenciarios son los últimos que a la mente vendrían, la mayoría de los reos aprender cualquier cosa, antes de aprender valores éticos o de otra índole.

La *mínima afectación* es una máxima legislativa que versa sobre el deber de no agravar los sufrimientos inherentes a la pena privativa de libertad. También, el mismo artículo tercero, en su último párrafo establece que durante la reinserción social y el régimen de disciplina no se aplicarán más medidas que las necesarias y efectivas relacionadas con el control del establecimiento penitenciario y la protección de la integridad corporal de las personas que se encuentren en los establecimientos penitenciarios.

El numeral quinto de la ley en cita establece los derechos de los que gozarán en todo momento los sentenciados, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualquier otra circunstancia discriminatoria, serán los siguientes:

- I. La asistencia de una defensa en cualquier incidente suscitado durante la ejecución de la pena;
- II. Recibir un trato digno;

- III. No ser objeto de violencia física o moral por parte de funcionarios, personal y empleados de los Centros Penitenciarios, ni de otros sentenciados;
- IV. Gozar de condiciones de estancia digna dentro de los Centros Penitenciarios;
- V. Recibir visita de su familia, amistades e íntima.
- VI. Recibir un tratamiento técnico progresivo e individualizado que permita su reinserción a la sociedad;
- VII. No ser discriminado en razón de su situación jurídica y criminológica;
- VIII. Ser llamados por su nombre y apellidos, no permitiéndose el uso de apodosos que impliquen discriminación;
- IX. Recibir la información que conste en los expedientes judicial y técnico; y,
- X. Profesar el culto religioso de su preferencia. La Autoridad Penitenciaria y las autoridades administrativas de los Centros Penitenciarios facilitarán los medios necesarios para el ejercicio de prácticas religiosas y espirituales.

En síntesis, la defensa de la que gozará el sentenciado en cualquier momento de la ejecución de la pena, debería ser técnica y efectiva para coadyuvar en la ejecución de la sentencia y esta sea lo más apegada a los principios de dignidad humana y reinserción social; el trato que el sentenciado tiene derecho a recibir en todo momento deberá ser digno y con respeto a su integridad física y mental; ningún sentenciado puede ser objeto de un trato indigno ni discriminatorio, cualquier violación de este axioma debe ser denunciado por ser violatorio de derechos fundamentales; los sentenciados podrán recibir visitas de su familia, de sus amistades, así como visitas íntimas; uno de los derechos menos respetados y de los más importantes, aquel que establece la obligatoria existencia de un tratamiento técnico, progresivo e individualizado, lo cual puede ser en la mayoría de los casos, pieza clave y medular para lograr la reinserción social; en el campo de la práctica penitenciaria, un factor casi imprescindible para la reinserción social y la resocialización de algunos sentenciados, es el ejercicio de las prácticas religiosas y espirituales, la experiencia nos ha enseñado que la mente de las personas que han delinquido se ve muy influenciada por el fenómeno religioso y espiritual.

Por su parte, el artículo sexto establece de manera taxativa las obligaciones de los sentenciados a pena privativa de libertad somática dentro de las instituciones penitenciarias de la Ciudad de México:

- I. Conocer y acatar las normas del régimen interior y cumplir las sanciones disciplinarias que le sean impuestas en caso de infracción de aquellas;

- II. Respetar a los funcionarios y personal del establecimiento penitenciario en que se encuentren, tanto dentro del mismo como fuera de él, con ocasión de traslados, conducción o práctica de diligencias;
- III. Respetar la dignidad y derechos de los otros sentenciados; y,
- IV. Vestir las prendas que proporcione el establecimiento penitenciario o determine el reglamento.

3.2. Análisis estadístico de la reinserción laboral.

Así como la temperatura se confunde con el calor las más de las veces en nuestras clases de física de bachillerato, la gente cree que la cárcel es sinónimo de reinserción social, pero hay algo peor, las autoridades de los tres niveles de gobierno, tanto legislativo y ejecutivo, como las judiciales hacen suponer que creen lo mismo. En otras palabras, la pena de prisión, al ser institucional y socialmente tan violenta, no cumple siempre con sus propósitos, tan no lo hace, que en el periodo 2005-2009 la Auditoría Superior de la Federación sondeó que de los 20,390 beneficios de libertad anticipada que se otorgaron a internos del fuero federal sentenciados, 210 personas fueron reincorporadas por el Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social a un puesto de trabajo, lo que representó el 1.0% de los liberados⁴⁸. Como han señalado distintos autores, el castigo penal es un proceso de estigmatización. La designación de *criminal* confiere a una persona una marca que lo señala como inferior y peligroso en las estructuras sociales.

3.3. La marca social de la población liberada.

Aun cuando normativa y discursivamente se afirma que la pena termina con la liberación, la marca o etiquetamiento que produce el estar en prisión no termina con la excarcelación o con una sentencia absolutoria; solemos pensar en los criminales

⁴⁸ Cfr. Auditoría Superior de la Federación (ASF), Prevención y readaptación social, seguridad pública. Auditoría de desempeño: 09-0-36E00-07-1120, México, 2009, t. II, Función Gobierno, II.11.3.1.1., disponible en: <http://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2009i/Indice/iGeneral.htm>.

como personas contaminadas, riesgosas y que inspiran poca confianza; esta idea no desaparece con la compurgación de una pena privativa de la libertad.

En un estudio de Adolfo Sachsida y Jorge de Mendonça sobre excarcelados en Brasil se muestra que, en la provincia de Brasilia, los excarcelados perciben hasta el 39% menos salario que quienes no han sido *marcados* por el sistema⁴⁹. Para poder afirmar válidamente que el sistema penitenciario es eficiente, estas cifras deberían ser una apreciación falsa de la realidad, pero estadísticamente no es así y Brasil, a pesar de ser un país lejano en términos de lenguaje, culturalmente Brasil y México son muy cercanos es por ello que nos atrevemos a hacer una comparación entre ambas sociedades para lograr ampliar los horizontes de esta investigación.

3.3.1. Problemas de género en el sistema penitenciario.

El uso de las cárceles representa igualmente un serio problema de género que pocas veces es notado, el 95% de las personas encarceladas en los centros de reclusión mexicanos son varones, mientras que sólo el 5% son mujeres⁵⁰. Esta desproporcionada distribución de género nos da pie a pensar que el uso indiscriminado de las cárceles afecta mayormente a los varones de esta sociedad. Esta desproporción de género ha dado pie a que se considere que las cárceles son un problema que afecta principalmente a hombres. Sin embargo, esta visión es parcial y omite tomar en cuenta la realidad de nuestras prisiones, las carencias que ahí se viven y la corrupción existente en el sistema penitenciario. Actualmente, muchas de las cárceles de nuestro país omiten proporcionar a los presos neceseres básicos como comida, ropa, cobijas, jabón, shampoo, agua, cigarros, medicamentos, y son las familias de los presos quienes los mantienen proveen de dichos bienes, eso en el mejor de los casos, ya que muchas personas, deciden abandonar en esos reclusorios a sus parejas y formar nuevas familias.

⁴⁹ Cfr. Sachsida, Adolfo y Mendonça, Mario Jorge, *Ex-Convicts Face Multiple Labor Market Punishments: Estimates of Peer-Group and Stigma Effects Using Equations of Re-turns to Schooling*, Revista Economía, vol. 7, núm. 3, 2007.

⁵⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*, México, Tabuladores Básicos, 2015.

3.3.2. La gestión corrupta de las instituciones penitenciarias en México.

Decir que la corrupción en México representa un grave problema parece una obviedad, lo que no es tanto es ¿qué tipo de problema representa? La corrupción es un fenómeno presente que reconocemos los mexicanos en distintas áreas de nuestra vida. En la Encuesta Nacional de Corrupción y Cultura de la Legalidad hecha en 2015, 92 por ciento de los encuestados consideró que hay corrupción en México, frente a 5.8 por ciento que consideró que no la hay⁵¹. Gracias a la corrupción del sistema penitenciario las familias también están obligadas a pagar sobornos a los guardias para proteger a sus familiares, para que a estos les sea proporcionada una cama, para que no tengan que hacer los trabajos más arduos dentro de la prisión o para pasar alimentos a los penales. Esto implica también para las familias hacer visitas a los penales que involucran normalmente traslados, largas filas de espera para ingresar a los centros de reclusión, el sometimiento a revisiones corporales y el pago de sobornos para poder entrar con los neceseres.

Estas obligaciones las asumen principalmente mujeres —madres, parejas o hijas— de los hombres que se encuentran en prisión. Cuando sus parejas, padres, hijos o hermanos son recluidos, el peso de mantenerlos recae principalmente en ellas. Aunque no tengamos datos estadísticos para establecer qué porcentaje de hombres/mujeres visita los penales de la región, diversos estudios han constatado que los reclusorios de hombres son visitados mayoritariamente por mujeres: madres, hijas, hermanas y parejas heterosexuales que buscan ver a sus parientes en prisión y llevarles los bienes que necesitan para sobrevivir ahí⁵².

Cuando se da el caso en que los presos tienen hijos, las mujeres asumen el costo pleno de mantenerlos y cuidarlos, quedando así con una doble carga: la de mantener

⁵¹ Cfr. Biblioteca: Los mexicanos vistos por sí mismos, Los grandes temas nacionales, Universidad Nacional Autónoma de México (<http://www.losmexicanos.unam.mx/corruptcionyculturadelalegalidad/libro/html5forpc.html?page=68&bbv=1&pcode=>), p. 69.

⁵² Azaola, Elena y Yacamán, Cristina, *Las mujeres olvidadas*, México, El Colegio de México, 1996.

a sus parejas o hijos en los centros de reclusión y a los hijos e hijas de estos, con ahora menos recursos para mantenerlos porque habitar la cárcel es un gran gasto, casi incosteable. En otro orden de ideas, encarcelar implica no solamente una pérdida de una fuente de ingresos para las familias, sino frecuentemente una carga económica considerable adicional y ambas cosas las absorben principalmente las mujeres.

3.3.3. Problemas endémicos de salud en las cárceles.

Las mujeres, que constituyen el puente entre las prisiones y el resto de la sociedad, son además expuestas a enfermedades comunes en las prisiones. A nivel mundial, las cárceles han sido vinculadas a enfermedades como en VIH/SIDA, tuberculosis, hepatitis C y otras de transmisión sexual. Sobre la base de factores de riesgo que marcan la vida en las prisiones mexicanas, como el hacinamiento, la alta prevalencia de relaciones sexuales sin protección, el consumo de drogas -principalmente las intramusculares o intravenosas-, la falta de servicios médicos, los deplorables servicios sanitarios -como la falta de agua potable, siendo derecho humano y derecho fundamental en nuestra legislación- y a la falta de higiene en general. Los riesgos de salud son mayores para las familias de los presos, en especial para sus parejas sexuales. Estos riesgos no sólo existen cuando las personas están presas. Algunos estudios demuestran elevados niveles de relaciones sexuales sin protección entre los presos recién liberados y sus parejas, un comportamiento posiblemente motivado por el deseo de restablecer intimidad y mostrar confianza tras una larga separación. Esto nos invita a pensar que hasta las parejas de los presos resienten en su persona las deficiencias del sistema.

3.3.4. Los estigmas remanentes después de la liberación.

La propia condena *per se* es la que marca al reo con el signo negativo y unívoco. Los debates intraprocesales y las sentencias son públicos, pero la ejecución de la misma es como una vergüenza que provoca encono y que la justicia, al verla como un oprobio, una felonía, la mantiene a distancia en la secrecía y la delega a personas distintas a los administradores de justicia. Es mal visto ser objeto de castigo, pero poco digno de vanagloria castigar. No estamos únicamente frente a un problema de retórica institucional o de redefinición de los discursos teleológicos del castigo, la coyuntura se

nos presenta desde sus más profundas justificaciones, conflictos entre elementos del sistema, principios, contraprincipios, durante más de un siglo que han venido cambiando los términos clave para dar base a la sanción penal: reforma moral, adiestramiento, tratamiento, corrección, rehabilitación o disuasión.

Pero lo preocupante de la marca que se le impone al reo es que su castigo continúa después de que compurgó su respectiva condena carcelaria, la sociedad –el Estado mismo- lo sigue viendo como un agente de peligro al perseguirlo por doquier con un registro de antecedentes penales que además en algunos casos es vitalicio, como lo dice nuestro poder judicial en un criterio jurisprudencial con número: 2010684 en materia constitucional, publicado en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, perteneciente a la décima época. Tesis PC. XXII. J/1 P (10ª.), libro 25, diciembre de 2015, tomo I, pág. 632, que atendiendo a su texto dice:

ANTECEDENTES PENALES DERIVADOS DE LOS PROCESOS SEGUIDOS POR DELITOS GRAVES. EL ARTÍCULO 124 BIS, PENÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERÉTARO, AL ESTABLECER LA EXPRESIÓN DE QUE AQUELLOS NO PRESCRIBIRÁN, NO CONTRAVIENE LOS ARTÍCULOS 1º., ÚLTIMO PÁRRAFO Y 18, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El artículo 1º, último párrafo, constitucional, prevé que: “Queda prohibida toda discriminación motivada por el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Asimismo, el diverso 18, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el fin último del sistema penitenciario mexicano es lograr la reinserción social del sentenciado y procurar que no vuelva a delinquir. Por su parte el artículo 124 BIS del Código Penal para el Estado de Querétaro dispone que los antecedentes penales prescriben en un plazo igual al de la pena de prisión impuesta, sin que

pueda ser menor a tres años, el cual, por lo general, correrá a partir de que cause ejecutoria la sentencia y, en su penúltimo párrafo, puntualiza que no prescribirán los antecedentes penales derivados de los procesos seguidos por delitos graves. Ahora bien, esta excepción cumple con los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica y, por ende, no contraviene los citados artículos 1º, último párrafo y 18, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la medida que privilegia el interés público que justifica que la sociedad tenga noticia en todo lugar y tiempo la conducta anterior del reo, por encima de su interés individual de no quedar estigmatizado por su conducta.

Es decir, se debe tener por entendido que el derecho humano de cualquier persona a la no discriminación, al libre desarrollo intelectual y laboral y el derecho fundamental de protección de la dignidad y autorrealización quedan siempre, por lo menos en el caso de la entidad federativa de Querétaro y en el tratamiento de un delito grave, coartado y por debajo del interés público que justifica que la sociedad siempre tenga noticia de la conducta anterior de la persona. La estigmatización del ex presidiario continúa aun cuando este ha sido liberado y más importante, *reinsertado a la sociedad*, con todo lo que ello implica.

En este caso no podemos hablar de reinserción social, más bien sería *estigmatización* social para continuar con la usanza del verbo de la jurisprudencia antes citada, cada argumento de dicha exégesis normativa contradice directamente el principio de reinserción social porque el castigo *discriminatorio* de los antecedentes penales persigue a la persona a donde quiera que esta se dirige, socavando su derecho fundamental a la autorrealización; ¿no se supone que quien sale de la cárcel ha sido ya curado, readaptado o reinsertado? ¿Para qué llamar a la sociedad a cometer conductas discriminatorias con aquiescencia del propio Estado, que procura su seguridad, en contra de personas que ya han compurgado una sanción penal y seguido un proceso de la misma naturaleza?

Pero esto no es todo, esta estigmatización de la que habla nuestro poder judicial es vitalicia, imprescriptible, es una huella que seguirá al reo hasta su tumba, muy probablemente no lo dejará conseguir un trabajo que sirva para alcanzar su dignidad humana, no podrá realizar trámites migratorios sin ser discriminado e interrogado,

tampoco podrá crecer laboralmente con la misma facilidad que cualquier otra persona, o viajar al extranjero sin sentirse observado, discriminado, vigilado, castigado, estigmatizado.

3.4. Las consecuencias del aislamiento social sistemático.

Diversos estudios han demostrado lo nocivo que pueden ser los resultados de las prisiones, es que dentro de las cárceles las injusticias no sólo no aminoran, sino que recrudecen; todo esto rompe con esos objetivos tan nobles de reinserción social y hace que choquemos de frente con la realidad, uno de los ejes torales de esta discusión es la llamada *prisonalización* y sus efectos carcelarios y sociales *a posteriori*. Se piensa que la prisión tiene, efectivamente, todos los medios necesarios para que el individuo sea reinsertado a la sociedad, esto es, que el sentenciado se desarrolle a cabalidad y con responsabilidad al interior del espacio penitenciario; entonces se considera que cualquier falta a tal argumento le será imputable siempre al individuo, no a la institución, esta idea, vista así es totalmente falsa y mendaz ya que no existe un cárcel totalmente acendrada e impecable.

El término reinserción social obliga constitucionalmente a reelaborar los fines de la prisión las posteriores consecuencias el individuo obtenga su libertad, es decir, disminuir los efectos de la prisión traducidos comportamientos reincidentes. En nuestro país se carece de investigación seria al respecto de la *desadaptación* y la *reeducción* que produce el encierro, saber un poco más sobre estos fenómenos sería de gran valía para la reestructuración del sistema penitenciario, dentro de las prisiones existe una marcada desconfianza, no sólo es la institución misma, sino hacia y entre sus propios habitantes, el miedo y las formas violentas a través de las cuales se llevan a cabo la vida y las relaciones entre los habitantes y los trabajadores han convertido a la prisión en una estructura jerárquica y de poder que tiene como motor el dinero.

4. La psicología y sociología del castigo y su relación con la reinserción social.

*El ceremonial de la pena
tiende a entrar en la
sombra, para ya no ser más
un nuevo acto de procedimiento o de administración [...] El castigo*

*tenderá, pues, a convertirse en la parte más
oculta del proceso penal.*

Michel Foucault.

Cada sometimiento dentro de la ciencia penitenciaria es, si bien sistemático, también personalizado e individualizado, como un traje a la medida hecho por un sastre-verdugo para cada infractor de la norma; cuando los patíbulos y rastros humanos medievales se convirtieron en cárceles se acabó con el derramamiento de sangre y los suplicios se volvieron a la parte más oscura de cada código de procedimientos penales. Tras la cortina administrativa penal, existen unas mordaces estructuras de poder y sometimiento que a su vez soterran toda la justificación sociológica y psicológica que da sustento al castigo, siendo que el castigo es un fenómeno conductual digno de estudio serio.

La justicia no toma sobre sí públicamente la parte de violencia vinculada a su ejercicio, si mata o si hiere, no le importa más la glorificación de su fuerza y fiereza, es un elemento de sí misma al que no tiene más remedio de tolerar como medio *sine qua non* para reinsertar a la sociedad al delincuente⁵³. Esta justificación es real, existe *de facto* y se conoce por la población, los sentenciados, sus familiares y amigos; es parte de un inmarcesible Estado que busca tener cabida en un mundo que esta colmado de organizaciones criminales internacionales que han hecho tambalear los engranajes de muchos países al rededor del mundo, por ejemplo: el Estado Islámico, que de hecho es una organización terrorista y busca la aceptación internacional, es decir, pretende ser un Estado más parte de la comunidad internacional; o la guerra que conmocionó al país africano de Ruanda, una hecatombe entre dos tribus africanas que dejó más de un millón de cadáveres en las calles de ese país a finales del siglo XX. Este tipo de eventos son los que el *derecho penal del enemigo*⁵⁴, tanto el internacional como los sistemas jurídicos internos, busca erradicar, y las fallas comienzan cuando el Estado protector de la seguridad de su población y de su propia estabilidad, se vuelve paranoico y cree que cualquier delincuente es una amenaza y viola sus derechos fundamentales como la inconstitucionalidad de la prueba o las

⁵³ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Argentina, Siglo veintiuno editores, 2002, p. 12.

⁵⁴ Término acuñado por el jurista alemán Günther Jakobs en el año de 1985.

violaciones contra el debido proceso. Cada estado debe tener una regulación bien definida, ministerios públicos que investiguen la realidad, no aquellos representantes de la sociedad que lo único que buscan es demostrar la culpabilidad del imputado, al mundo le falta un sistema penitenciario eficiente.

Hará, asimismo, falta analizar cómo se construye la realidad en la conciencia del ser humano, en aras a comprender lo más ampliamente posible el cómo la conciencia humana tiene fuerte injerencia en la forma en la percibimos el delito, la pena y la posterior reinserción social del delincuente. En este tenor, tenemos al autor Augusto Sánchez Sandoval cuando habla sobre la *conciencia de la realidad* al definirla como el conocimiento superficial, aparente y subjetivo que nace de la inmediatez de la *interacción recursiva* entre un sujeto-objeto y un objeto-sujeto de los entes que constituyen el universo. Aunque algunas categorías de diferenciación sean el resultado de un razonamiento consciente, el primer acercamiento que tiene cualquier ser viviente conocido con lo que le rodea, es pues, el proceso de distinción que se realiza en forma automática e inconsciente⁵⁵.

Este primer acercamiento con la realidad es muy importante para entender nuestra percepción del castigo y la reinserción social, ya que este fenómeno es gracias al cual podemos emitir juicios de valor sobre conductas humanas.

De igual forma es importante destacar que la conciencia humana no es únicamente un fenómeno fisiológico, originado por determinado grupo de neuronas, sino que también es uno del nivel *energético-fenomenológico* que se produce más allá de la fisiología orgánica, esto es, en niveles superiores de experiencia intuitiva que no son observables empíricamente, pero que sí son sensibles. Como consecuencia de lo anterior, nuestro autor describe dos tipos de conciencia⁵⁶:

- La *conciencia primaria* que surge cuando los procesos cognitivos van acompañados por experiencias preceptivas, sensoriales y emocionales básicas.

⁵⁵ Sánchez Sandoval, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, México, 2012, pp. 45-47.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 39-40.

- La *consciencia de orden superior*, con *sc*, que implica la conciencia de uno mismo, un concepto del propio ser, mantenido por un sujeto pensante y reflexivo.

4.1. Implicaciones sociales del paradigma de la reinserción social.

Después de haber reconocido las deficiencias de las formas correctivas más evolucionadas, resulta muy significativo el hecho de que el lema que enarbola esta crisis de credibilidad hacia el sistema penal sea *pocas cosas funcionan*, una idea que revela a todas luces la idea instrumental que tiene el castigo en estos tiempos, es una expectativa común que una institución especializada dependiente del Estado sea la encargada de materializar el castigo, la consiguiente reinserción del delincuente y el control de la criminalidad. Parece que, desde el punto de vista social, lo que se quiere desvirtuar es esta idea de institucionalizar las penas y dejar toda la responsabilidad de reinserción social en los hombros del Estado⁵⁷.

Este prototipo de solución del problema no requiere de una reforma meramente institucional únicamente; es necesario un cambio en el fondo del asunto, que se pregunte si los procesos sociales y las subclasificaciones del castigo mismo pueden ser contenidos dentro de una parte especializada del andamiaje estatal. Se considera al castigo como un asidero más para poder alcanzar el bien común y el buen funcionamiento de la sociedad, idea muy vetusta que data de la época de la Ilustración. En la década de los ochenta surge por vez primera un gran debate en la comunidad de investigadores de la ciencia jurídica en torno a los resultados funcionales del sistema penal y su basamento moral, los actuales defensores del modelo de regresión genérica institucionalizada o *modelos de justicia* le dan nuevo aliento a las interpretaciones jurídicas del siglo XVIII, cuestionando los puntos fundamentales: el derecho a castigar, los límites del poder del Estado, la responsabilidad y dignidad del delincuente, la naturaleza del delito y la descripción de la naturaleza humana, entre otros. También se han hecho interesantes replanteamientos sobre situaciones que se mantenían en la oscuridad institucional y se tenían como ya dadas, como el tratamiento que se le da a las víctimas de los delitos dentro de los procesos penales y la responsabilidad o irresponsabilidad de la sociedad

⁵⁷ Garland, David, *opus citatum*, p. 20.

en la motivación de la delincuencia, que constituyen una forma muy loable de reaccionar ante el delito, infortunadamente argumentos casi ausentes en el discurso punitivo de la vigésima centuria⁵⁸.

Otras prácticas estiladas en la actualidad como la redefinición de las multas e infracciones, la jerarquía de su gravedad, los límites de la indulgencia y el perdón, lo que antes era tolerado y lo que hoy se reprime, muchos delitos han dejado de serlo⁵⁹. En pocas palabras, la adaptación racional del derecho a la dinámica social.

4.1.1. La eficacia social del derecho para entender la ineficacia funcional del sistema penitenciario.

Los filósofos del derecho señalan tres dimensiones del ámbito del derecho: la vigencia, que interesa esencialmente a los teóricos del estudio de la dogmática jurídica, entendida esta como el estudio sistemático de ordenamiento jurídico positivo con la finalidad de hacerlo aplicable; a la justicia les interesa a los filósofos del derecho; y la eficacia a los sociólogos del derecho. Para lo que nos atañe, la eficacia jurídica ha sido con frecuencia esgrimida y valorada como instrumento de legitimidad, libertad, igualdad, pluralismo, secularidad, entre otros⁶⁰. Lo anterior significa que para la sociología jurídica, entendida como una disciplina científica que estudia al fenómeno jurídico desde una óptica externa, lo que realmente importa del derecho y aquello para lo que debe ser hecho, es que este sea obedecido por la colectividad a la cual va dirigido el cuerpo normativo, es decir, la reinserción social al ser un principio constitucional, *de iure* rige a todo el sistema penitenciario de nuestro país, pero *de facto* o en los hechos no, y esto es alarmante.

En lo atinente a la falta de eficacia en la funcionalidad del sistema penitenciario mexicano, estamos de acuerdo en que la norma que establece parámetros para el tratamiento que se le da a los sentenciados dentro de las cárceles, es conculcada sistemáticamente, ya que las estadísticas aquí presentadas y la realidad social que hoy se vive en el país dan testimonio de que la autoridad penitenciaria es la mayoría de las veces negligente respecto de la aplicación de la norma que regula la reinserción

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 21-23.

⁵⁹ Foucault, Michel, *opus citatum*, p. 19.

⁶⁰ Soriano, Ramón, *opus citatum*, p. 401.

social del sentenciado dentro del sistema penitenciario mexicano, especialmente cuando se habla de los principios que rigen a la reinserción social en la capital de México, así como de las Unidades de Atención Integral, establecidas por los artículos 23 y 24 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social, de las que se hizo un análisis en el capítulo tres de esta investigación y sobre los que se hace hincapié aquí porque consideramos que mientras esta normatividad carezca de eficacia institucional y funcional, no podremos hablar válidamente de la eficacia de la reinserción social de los sentenciados.

El derecho opera como un instrumento que tiene que desarrollarse y adaptarse a la colectividad a la que va dirigido, un instrumento que tiene una función que cumplir, función que en este caso llamamos *reinserción social* y cuyo instrumento es llamado *sistema penitenciario*, para que el sistema jurídico que regula el sistema penitenciario desde el bloque de constitucionalidad, las leyes secundarias y las de inferior jerarquía, logre su función es imprescindible que las normas que lo regulan sean obedecidas, ya que esta obediencia afirma su eficacia funcional, es decir, que la entidad encargada de administrar el sistema penitenciario obedezca las reglas impuestas por el poder legislativo y una de estas reglas es la de lograr que la reinserción social sea un objetivo alcanzado, objetivo hacia el cual no hemos llegado y, por lo tanto, es un problema a solucionar.

4.2. Derivaciones sociales del fenómeno de la política penal.

Aquí se intenta reflexionar sobre los orígenes de la política penal y sus derivaciones en la sociedad, con la finalidad de revalorar los axiomas que fundamentan el castigo haciendo un ejercicio retrospectivo, por ejemplo, en la época de la cúspide de la corrección en Estados Unidos, los investigadores se preguntaban por qué la sociología del castigo era un área de estudio tan descuidada, estábamos frente a un modelo arbitrario e impuesto por las instituciones penitenciarias que no dejaban lugar a cuestionamientos sobre el sistema y solamente se limitaba a pulir los detalles faltantes para su buen funcionamiento y afinamiento de la maquinaria institucional; pero ahora que los penitenciaristas han perdido la fe en el proyecto institucional y se

han vuelto más críticos y reflexivos; en estos temas la historia y la teoría sociales han demostrado ser de mayor utilidad que la ciencia penitenciaria⁶¹.

Hoy en día, se deben buscar los constructos normativos y operadores deónticos que den sentido a esta búsqueda de nuevos modelos dentro de la filosofía del castigo. En la década de los noventa los especialistas buscaban en los lugares más recónditos de la filosofía moral, para adecuar el sistema penitenciario a novedosos modelos basados en estudios muy minuciosos sobre modelos cívicos y morales de corte liberal principalmente. Aunque para llegar a esto primero tendrían que haberse hecho estudios y evoluciones sobre el papel del castigo en la sociedad, su naturaleza y su amplitud en la filosofía⁶².

La forma tradicional de la concepción del castigo lo plantea como una suerte de relación entre el Estado y el individuo, un concepto unívoco que existe en forma de ataraxia que nunca ha necesitado revalorizarse o reorientarse, se ha visto durante mucho tiempo como un concepto autónomo como muchos que se dan por entendidos y normados *per se*, pero esta idea debe ser cuestionada y analizada para que el sistema penitenciario mexicano pueda ser bien entendido, y por lo tanto, mejorado, en aras de dejar de un lado las copias mal hechas de otros sistemas y empezar a templar uno que sirva para lograr los fines que se propone.

El castigo es un evento que va más allá de una relación jurídica de supra a subordinación entre el Estado y el delincuente, es un fenómeno complejo lleno de matices sociales, culturales e históricos.

4.3. El castigo.

Dicho término podría parecer como algo que no tiene trascendencia en la dilucidación del problema de la reinserción social, pero sería un buen inicio para entender mejor este problema y determinar qué se puede y qué se debería hacer. El castigo tiene objetivos diversos, por lo regular se considera que su *ratio* principal es servir de instrumento para controlar y reducir los índices de conducta delictiva.

Es necesario un preámbulo que explique los cimientos sociales del castigo visto como fenómeno social y jurídico, en aras de entender en toda su amplitud su

⁶¹Garland, David, *opus citatum*, p. 24.

⁶²*Idem*.

connotación cultural y, actualmente, sobre qué tipo de base ideológica opera el castigo, y así poder crear una base descriptiva y demostrativa para generar criterios normativos en la política penitenciaria.

David Garland entiende, en su sentido amplio, a la sociología del castigo como el *corpus* que explora las relaciones entre castigo y sociedad, su tendencia es estudiar el castigo como fenómeno social y entender el rol que juega dentro de la sociedad, cómo está relacionada esta con el castigo y las instituciones penales y por lo tanto cómo la sociedad comparte esencia con la ciencia penitenciaria, cuyo campo de estudio se encuentra las instituciones penales y busca conocer el *funcionamiento penitenciarista* interno -en el siglo XIX *criminología* era sinónimo de *ciencia penitenciaria*-, la sociología del castigo contempla a dichas instituciones desde un punto de vista exógeno para entender su papel como conjunto distintivo de procesos sociales inmersos en una red social más amplia⁶³.

Infortunadamente la doctrina carece de un término reiterado para referirse al complejo de leyes, procedimientos, discursos e instituciones que dan génesis al proceso de criminalización y penalización de conductas, eso hace necesario hacer una acotación importante para el desarrollo de este trabajo monográfico, utilizaré el término penalidad –*penality*-, de la misma forma que la usa el investigador David Garland; sin embargo, el *castigo* debe entenderse de forma distinta, en términos de *control*⁶⁴.

En *El espíritu de las leyes* de Montesquieu se señala de manera particular y reveladora los vínculos entre la estructura y la fe que unieron las formas de castigo con las formas de autoridad: Sería fácil probar en todos, o prácticamente todos los gobiernos de Europa, los castigos han incrementado o disminuido en la medida en que dichos gobiernos favorecen o desalientan la libertad⁶⁵. En palabras de Montesquieu podemos colegir que el fenómeno del castigo, por lo menos en el contexto de este autor, tiene que ver con la promoción de la libertad por parte de los gobiernos europeos de su época, es decir, cuando un gobierno que fomenta la libertad también tiende a criminalizar las conductas que lesionan bienes jurídicos, y en este

⁶³ Cfr. *Idem*.

⁶⁴ Cfr. *Ibidem*, p.25.

⁶⁵ Montesquieu, *El espíritu del derecho*, traducción de Thomas Nugent, Nueva York, MacMillan, 1762, p. 88.

sentido es importante señalar que la actualidad de México no es la excepción, ya que en la mayoría de las políticas públicas encaminadas al fomento de las libertades del ser humano, tienen como elemento inmanente que los códigos penales contemplen nuevos tipos penales o que los preexistentes comporten mayores penas, en cada caso debemos atender a que la libertad no sólo se da en función de las políticas públicas, sino que, en mayor medida, se da a partir de la moralidad de una sociedad y época determinadas. En palabras de Garland esta relación de causalidad entre la amplitud de la libertad y el amplio espectro de la penalidad delineó la dinámica política y psicológica que generan estos vínculos entre el castigo y la autoridad institucional: La severidad del castigo es más acorde con los gobiernos despóticos, cuyo principio es el terror, que, con una monarquía o una república, cuyo venero son el honor y la virtud⁶⁶.

Entender el fenómeno del castigo nos podría ayudar a entender y revalorizar la reinserción social, en aras de construir una política criminal y un derecho penal de vanguardia que sea eficaz en este fin tan noble y de tan difícil acceso; la sociología del castigo no es aún un área bien desarrollada del pensamiento sociológico, ya que no ha sido objeto de una investigación sociológica intensiva, de hecho, la sociología del castigo se reinventa en cada nuevo estudio. Pocos son los estudios serios con gran calidad intelectual que se han hecho en este campo de investigación, como los trabajos de Michel Foucault, Émile Durkheim o George Herbert Meade, por citar algunos ejemplos. Los dos primeros autores, por ejemplo, consideran el castigo como una clave que permite desentrañar un fenómeno cultural masa amplio, como la naturaleza de la solidaridad social o el carácter disciplinario del pensamiento occidental⁶⁷.

4.3.1. La sociología del castigo.

Las teorías sociológicas que tratan de explicar y analizar la naturaleza del castigo son antagónicas unas con las otras, se confrontan, se retan entre ellas y parece que son irreconciliables, pero podríamos encontrar un punto ecléctico que concilie cada una

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Garland, David, *opus citatum*, p. 28.

de ellas en una suerte de síntesis dialéctica que sirva en la praxis para entender y aplicar eficazmente los modelos dogmáticos de penalidad y reinserción social.

Las tres teorías más importantes en la actualidad son: La tradición durkheimiana hace hincapié en las raíces morales, sociales y psicológicas del castigo, así como en los supuestos efectos de solidaridad a los que da lugar. Michel Foucault por su parte argumenta que el castigo disciplinario actúa como mecanismo de poder-conocimiento dentro de estrategias más amplias de dominación y sometimiento. Los estudios marxistas ven al castigo como un proceso de regulación económica y social basado en la división de clases. Cada moción establece una serie de conclusiones insoslayables que merecen toda la atención de los estudiosos por su seriedad, asimismo establecen una imagen particular del castigo, que lo define de una manera precisa, resaltando ciertos aspectos y descuidando, inevitablemente, otros. Si consideramos que cada una de estas aristas representan diversas interpretaciones y perspectivas, de principio se podría pensar que esta circunstancia las hace indefectiblemente antagónicas e irreconciliables, pero esto no nos obliga a dar por verdad una de ellas y decir que las demás son mendaces; las teorías son medios conceptuales para interpretar y explicar cierta información, y entran en conflicto cuando ofrecen explicaciones alternativas e incompatibles. Una teoría únicamente es desplazada por otra cuando explica los mismos datos y problemas de manera las convincente, no queda claro entonces la relación entre las diversas teorías que versan sobre el castigo, pues en realidad las teorías no han sido invalidadas sino omitidas⁶⁸.

4.3.2. Concepto de castigo.

Según la vigesimotercera edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española la voz *castigo* tiene más de cuatro definiciones, entre las cuales encontramos: 1. Pena que se impone a quien ha cometido un delito o falta, 2. Enmienda, corrección de una obra o un escrito. Para los fines de esta investigación nos quedaremos con la primera acepción.

Consideraremos al castigo como el procedimiento legal que sanciona y condena a aquellos que conculcan la ley penal, de acuerdo con categorías y procedimientos

⁶⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 29.

legales específicos⁶⁹. Pero son muchos los elementos los que componen todo este complejo engranaje institucional, el elemento legislativo, los elementos sociológicos, el elemento cultural, el elemento político, el elemento jurisdiccional de administración de justicia como función monolítica estatal; siempre visto el castigo solamente como fenómeno jurídico, ya que el castigo no sólo es un constructo del derecho o del Estado, esta palabra cabe en muchos campos de la semántica –inclusive de semiótica-, existe el castigo como fenómeno social, antropológico o psicológico, pero este análisis se asirá sólo a la arista que ve al castigo como un hecho estudiado por el derecho y la sociología jurídica.

Es de especial importancia centrar nuestra atención en el concepto de castigo dentro de la cárcel, porque aquí es donde nos interesa que este opere como un elemento de la reinserción social. El estudio sobre el castigo en la cárcel presenta una gran complejidad analítica y rebasa los límites del espacio carcelario; las violentas prácticas que acontecen en las cárceles, la conformación de grupos de poder que vigilan y controlan el mercado interno de la droga, la administración de la corrupción, el control sobre las familias de los reos e incluso la naturaleza de la intersubjetividad que logra extraer ventajas del disfrute del cuerpo, todo esto nos hace reflexionar para llegar a la conclusión de que el cautiverio, en tanto castigo, está ahí como instrumento de control de socialización e interiorización de axiomas dentro de nuestra colectividad⁷⁰.

4.3.3. Las deficiencias de la praxis del castigo como medio de control social.

Las diferentes instituciones del sistema penitenciario han sido pasadas bajo la lupa del análisis de la investigación científica y la mayoría han demostrado ser un fracaso en su aplicación y en su teleología, por ejemplo: las multas, la libertad condicional, las medidas correctivas comunitarias, los instrumentos de vigilancia para reducir sustancialmente los índices de criminalidad; la tendencia de las prisiones a formar criminales reincidentes o los altos costos sociales de la ineficacia de las medidas cautelares penitenciarias. Es decir, la incapacidad funcional del aparato estatal

⁶⁹ *Ibidem*, p. 33.

⁷⁰ Cfr. Payá, Víctor, *Vida y muerte en la cárcel, estudio sobre la situación institucional de los prisioneros*, México, Plaza y Valdés, 2006, pp. 99-100.

penitenciario moderno ha sido una característica desde sus inicios; los métodos de castigo en la modernidad no son tan obvios ni tan evidentemente racionales y justificados desde su raíz, por el contrario, requieren de una seria explicación formal.

Si bien, las instituciones penales de un principio daban la impresión de tener una justificación ontológica y deontológica evidente, en la actualidad parecen cada vez menos apropiadas⁷¹.

Su adecuación al entorno social y su fundamento en el orden natural de las cosas cada día convencen menos. Antes las críticas a las deficiencias e irracionalidades del castigo se dirigían al pasado o al presente y, en su anhelo de una reforma penal, cada crítica era también en aras de realizar cambios futuros. Pero hoy el castigo no parece tener futuro, o por lo menos se busca que tenga un futuro con una perspectiva diferente a lo que actualmente existe⁷².

Hasta este punto tenemos y tememos grandes problemas de origen académico en torno al castigo visto como objeto de estudio serio por parte de la sociología, uno de ellos es la falta de aquiescencia entre las perspectivas que le tratan de dar explicación al fenómeno del castigo, *verbi gratia*: la óptica de Foucault parece inconciliable con la marxista o con la teoría del castigo de Durkheim. Todo esto se agrava con la ausencia de paradigma en el estudio del castigo toda ocasión que no ha sido objeto de investigación intensiva –como lo ha sido la religión, la familia o el fenómeno de la industrialización o la globalización–, como tampoco el castigo ha sido objeto del proceso racional para formación de una disciplina, tal como lo concibe actualmente un proceso académico.

Los intereses de los grandes desarrolladores del concepto del castigo no se han preocupado por la materialización de una comprensión integral de dicho fenómeno, y aunque indefectiblemente contribuyen a ella, ese no ha sido su propósito principal sino consecuencia de su estudio. Ante esta problemática la estrategia que parece más loable es la de la inclusión, la integración y la de la síntesis dialéctica, por lo menos en primera instancia. Por ello buscaremos analizar cada una de las tradiciones teóricas, tratándolas como fuentes de perspectivas específicas e interpretaciones que

⁷¹ Cfr. Garland, David, *opus citatum*, p. 20.

⁷² Citado por Garland, David: sobre la crisis ideológica del sistema penal véanse A. E. Bottomsy R. H. Preston (comps.), *The coming penal crisis*, 1980y F. Allen, *The decline of the rehabilitativeideal*, 1981.

se basan en una particularidad, no en el todo del fenómeno social como casi siempre se les ha querido ver, para lograr esto se buscará identificar los problemas que plantea cada tradición y analizar sus propuestas sobre los fundamentos, las funciones del castigo, así como su aportación para la comprensión del castigo en nuestros días. Estas tradiciones sociológicas son: el marxismo, el estudio de Emile Durkheim, el de Michael Foucault y el de Norbert Elias que inspiró a autores como Spierenburg a ubicar al castigo dentro de un análisis del cambio cultural en la sensibilidad y la mentalidad⁷³.

4.3.4. Las dificultades para abordar el castigo como fenómeno sociológico.

Los sociólogos modernos, lejos de preocuparse por buscar consenso y crear paradigmas genéricos que permitan la construcción homogénea de una ciencia cultural tan dinámica como la sociología, estudian encargándose de refinar el debate, es decir, reivindicarse a partir de la negación de la otra teoría, lo que hace difícil arribar a un cabal estudio del castigo.

Los distintos enfoques suelen quedar encubiertos por falta de precisión analítica y porque cada teórico se niega a insertar su trabajo en el contexto de otras interpretaciones del mismo asunto. Por ello es imprescindible hacer un análisis detallado y evitar la tendencia a ver al *castigo* como un objeto único.

Tal vez el infaltable Friedrich Nietzsche pueda ayudarnos a vislumbrar esta ardua tarea:

“Ocurre que, en un estado muy tardío de la cultura (por ejemplo, en la Europa actual), el concepto de “pena” no presenta ya de hecho un sentido único, sino toda una síntesis de “sentidos”: la anterior historia de la pena en general, la historia de su utilización para las más distintas finalidades, acaba por cristalizar en una especie de unidad que es difícil de disolver, difícil de analizar, y que, subrayémoslo, resulta del todo indefinible... Todos los conceptos en que se condensa

⁷³ Cfr. *Ibidem*, p. 30.

*semióticamente un proceso entero escapan a la definición; sólo es definible aquello que no tiene historia*⁷⁴.

El castigo es una institución social y cultural que condensa una serie de propósitos y un profundo significado histórico, por ello no es susceptible de una definición basada en la lógica formal –como insisten algunos filósofos del castigo-. Como afirma Nietzsche, debemos explorar sus diversas dinámicas, aristas y vectores a fin de formar una imagen completa de los circuitos de significado y acción dentro de los que funciona, sin embargo, si hemos de emprender una investigación de esta envergadura, debemos considerar materializar claramente algunos parámetros, por lo que nos ceñiremos a ver al castigo como proceso jurisdiccional, independientemente de sus acepciones culturales, psicológicas o sociales⁷⁵.

El propósito formal del castigo es controlar el delito, por lo tanto, puede verse como un medio para lograr un fin determinado: un método legal de control y disciplina social que se convierte en venganza por parte del ente soberano sobre los que conculcan la ley penal, cuando se les trata como animales de engorda en total hacinamiento, cuyos derechos humanos son violados sistemáticamente.

El sistema penal también encuentra en el control de los delitos su razón de ser y su justificación; sin embargo, esta noción utilitarista e instrumental resulta poco atractiva para los sociólogos del castigo, quienes perciben que su significación o función social va más allá del reducido ámbito del control del delito o la reinserción social y esto se considera como una reducción injustificada del campo de estudio, inclusive algunos estudiosos del castigo han llegado a la conclusión de que su función no es la de servir como medio para controlar el delito, arguyendo que la penalidad no se adapta a ese fin y que por lo mismo, debe postularse otro propósito para explicar su carácter. *Verbi gratia*: la conocida afirmación de Durkheim, *si el crimen no es patológico, el propósito del castigo no puede ser curarlo*, o que la finalidad del castigo sea la dominación política a través de la disciplina como afirma Foucault. Como dice Nietzsche, no podemos atribuir un fin absoluto a un concepto de desarrollo histórico tan amplio como el fenómeno que analizamos, ya que condensa una serie de fines y propósitos como

⁷⁴ Nietzsche, Friedrich, *La genealogía de la moral*, traducción de Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza Editorial, 1996, p. 91.

⁷⁵ Cfr. Garland, David, *opus citatum*, p. 32.

la arquitectura, la alimentación, el vestido y la educación, son constructos sociales que persiguen fines de la más diversa naturaleza, además de ser un estilo cultural y una tradición histórica que depende de condiciones técnicas, retóricas e institucionales que hacen las veces de artefactos de organización social⁷⁶.

Para entender tales artefactos debemos concebirlos como entelequias sociales y culturales cuyo significado debe ser ampliamente analizado. Por consiguiente: *la necesidad de controlar el delito en sus diversas formas y de responder a los abusos de los transgresores de la ley es sólo uno de los factores que ayudan a diseñar las instituciones de la penalidad*⁷⁷.

Concebir al castigo como un artefacto social que cumple varios propósitos y está basado en un conjunto de fuerzas sociales nos permite considerarlo en términos sociológicos, sin descartar su naturaleza punitiva, que depende de una extensa lista de consideraciones y fuerzas sociales. Pero este artefacto debe encontrar justificación, como acto de poder como acota Foucault, que legitima el poder punitivo. Por ejemplo, el castigo se justifica en el hecho de que un individuo merece ser castigado, y merece serlo en la medida en que ha sido culpable de un delito⁷⁸, no se va más allá del *imperativo categórico* kantiano.

No es el crimen ni el conocimiento criminológico de la conducta lo que determina la política punitiva respecto de los tipos penales, sino la percepción oficial del problema del crimen y las posiciones políticas que determinan aquellas. Por otro parte las formas específicas de vigilancia -policía-, enjuiciamiento -órgano jurisdiccional- y castigo en las prisiones, la severidad de las sanciones y la frecuencia con que se aplican, los regímenes institucionales y los marcos de condena, están más determinados por la convención social y la tradición que por los perfiles de criminalidad. El castigo es un proceso legal y legítimo cuya existencia y funcionamiento dependen de un extenso sistema de fuerzas y condiciones sociales, cimentado en categorías legales, morales, procesos de legitimación social e histórica ya que el castigo se va moldeando con el

⁷⁶ Galand, David, *opus citatum*, p.35.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 36.

⁷⁸ Rabossi, Eduard, *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires, Astrea, 1976, p. 26.

paso de los acontecimientos históricos, ese adaptar cumple con las exigencias sociales, más que con patrones de investigación criminológica⁷⁹.

Tal vez el castigo esté administrado por el Estado y sus funcionarios, pero indefectiblemente está permeado por patrones más amplios de conocimiento, formas de actuar, sensibilidad, y su legitimación y operación constantes dependen de estas bases sociales. El castigo es un producto de la política y tradición presentes, por eso surge la necesidad de darle una perspectiva funcional e histórico-evolutiva para comprender las instituciones penales; es importante subrayar que así como las condiciones y evolución social e histórica, también el fenómeno de criminalización de conductas y castigo institucional permean e influyen en el proceso social, esta dialéctica de influencias también debe ser tomada en cuenta en orden a poder inteligir en toda su amplitud el castigo⁸⁰. El castigo, como se podría concluir, es más que un elemento de la reinserción social, o si se nos apura, es otra cosa que un medio para la reinserción social, es decir, cuando la constitución federal establecía el paradigma de la readaptación social en su arábigo 18 el castigo era el medio para alcanzarla, pero con el cambio de readaptación por reinserción pasa de ser un medio a una causa de la reinserción social, es decir, para que alguien pueda ser reinsertado primero debe ser desinsertado de la sociedad y esto lo logra el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia penal. Primero existe la conducta socialmente y jurídicamente punible, después el castigo que desinserta al sujeto, lo aísla, y después viene la reinserción social, y todo este proceso en una relación de causalidad, todo esto parecería una verdad obvia a primera vista, pero cuando el legislador quería quitarse de encima la responsabilidad tan grande que traía consigo la readaptación social se olvidó de hacer un análisis más exhaustivo del término que añadió en lugar de la readaptación.

4.4. El legado de Émile Durkheim para entender el castigo.

Durkheim consideró el castigo como el objeto central del análisis sociológico y le asignó un lugar privilegiado en su marco teórico, su análisis práctico del fenómeno se debió a que lo consideraba una institución relacionada con el corazón mismo de la

⁷⁹ Cfr. Garland, David, *opus citatum*, p. 37.

⁸⁰ Rabossi, Eduard, *opus citatum*, p. 29.

sociedad. Esto es muy importante porque el castigo siempre ha estado presente en la vida social de las personas, desde que comenzamos a dar nuestros primeros pasos hasta el lecho de muerte y sirve para controlar la conducta humana, es esencia del derecho mismo. Durkheim afirmaba haber encontrado, en los procesos y rituales de la penalidad, la clave para el análisis de la sociedad misma. Se preocupaba sobre otras cosas, en descubrir los orígenes de la solidaridad social que, para él, eran las condiciones fundamentales de la vida colectiva y cohesión social⁸¹.

[...] consideraba que la sociedad y sus patrones de interacción mutua sólo pueden funcionar si existe primero un marco compartido de significados y moralidades, sin el cual es imposible concebir la vida social, ya que incluso los intercambios más elementales entre los individuos requieren una serie de normas consensuales. Estas normas sociales y *representaciones colectivas* no son fortuitas ni autodeterminantes, sino más bien un aspecto de las formas de organización e interacción social que existen en un momento determinado⁸².

La moral de un pueblo está siempre determinada por las interacciones entre sus miembros, desde sus más íntimos deseos hasta sus pulsaciones más recalcitrantes, así, cuando está mal visto por la norma social no saludar a las personas que te rodean cuando llegas a un lugar y su consecuencia moral es el rechazo grupal, nos damos cuenta de que la cultura influye en todas las aristas de la moralidad del grupo social y muchas veces norma social y norma moral se confunden ya que ambas se funden en los rasgos culturales de la sociedad; entre estos aspectos socio-morales encontramos el fenómeno de la reinserción social como una estructura cultural que forma parte del aparato del imaginario colectivo ya sólo ahí se cumple dicha reinserción, es decir, pensando que la reinserción social no es un fenómeno readaptativo sino que se ciñe únicamente a insertar de nueva cuenta a la sociedad a un individuo que fue desinfectado por el Estado como consecuencia de un proceso penal seguido por la comisión de un delito, y digo que forma parte del imaginario colectivo porque es parte de la solidaridad social de la habla Durkheim y no puedo soslayar el hecho de que la solidaridad, si bien forma parte de la cultura, es un mecanismo justificante de la reinserción social que le otorga un sentido humanista pero lo hace muy difícil de lograr.

⁸¹ Garland, David, *opus citatum*, p. 39.

⁸² *Ibidem*, p. 40.

La principal preocupación de Durkheim era desentrañar los determinantes históricos y culturales de la solidaridad social, conforme las sociedades evolucionaban y su estructura básica de organización comenzaba a cambiar. También trataba de entender los orígenes de la solidaridad en las sociedades modernas, que, debido al incremento del liberalismo individualista, a la especialización de los roles sociales y la distribución del trabajo, así como la creciente falta de credibilidad en la fe religiosa, estaba siendo manejado en el ámbito social de diversas formas⁸³.

¿Qué provoca que los delitos se *castiguen*, en vez de que sean tratados de alguna otra manera? Al dar este paso, Durkheim proporciona un análisis complejo e intrigante que toca la naturaleza de las cosas sagradas, la psicología del escándalo moral y los mecanismos de tipo psicológico y social que confieren fuerza y autoridad a las convenciones sociales⁸⁴.

En lugar de abordar al castigo y la penalidad desde su valor aparente como instrumento para controlar el delito, Durkheim los quiere ver como fenómenos profundamente dotados de moralidad y un sentimiento de venganza por parte de la sociedad y al mismo tiempo de solidaridad, esta dimensión moral del *ius puniendi* se nos es presentada como un pilar básico del sistema penal dentro de una sociedad, lo efectos del castigo están básicamente encaminados a reafirmar el orden moral; es uno de tantos mecanismos que mantienen estable a la solidaridad social. De igual manera, nuestro autor, en palabras de David Garland, hace una exégesis histórica de la evolución del castigo a través de dialécticas en el poder político, con base en una adaptación y evolución constantes. Se trata aquí de un análisis de dos tipos sociales históricamente sucesivos –mecánico y orgánico-, que considera como una entidad funcional unificada completa, con sus propias formas de castigo y solidaridad social y cuyo objetivo principal no es hacer historia, sino proporcionar una descripción funcional que vincula y vindica las formas de solidaridad y las formas de castigo.

Para Durkheim considerar que hechos históricos como la conciencia colectiva –que le da contenido ético a los sistemas moral y legal- son resultado de dialécticas y luchas históricas entre diversas facciones que su vez tienen conflictos intrínsecos, es muy importante para llegar a conclusiones congruentes con el funcionalismo evolutivo del que él mismo habla. Esta *conciencia colectiva* es la base teórica del fenómeno

⁸³ *Ibidem*, p. 45 y ss.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 47.

funcional del castigo, esta *conciencia común* define qué es y qué no es una conducta criminal; es la originaria y la beneficiaria del proceso punitivo; tiene el estatus de un fenómeno social dado sobre el que descansan otros fenómenos. Lo describe como el *conjunto de creencias y sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad*⁸⁵.

El problema medular de Durkheim, que dicho sea de paso, nos ayuda a definir el trasfondo que justifica la reinserción social como estructura y medio de control social, es que la sociología del pensador francés tiene como eje rector la socialización del individuo a una sociedad determinada, esto significa que tratamiento carcelario para la reinserción social no sólo es el encarcelamiento, es el tratamiento que se le da al delincuente que debe ir en función de si la conducta fue patológica o no, de si se acreditaron los elementos del cuerpo delito o no, del tipo de delito, el tipo de la pena, los trastornos que el delincuente pueda o no tener, con frecuencia se dice que a los delincuentes se los debe encerrar, y eso no es verdad en todos los casos, o por lo menos no si queremos reinsertar a la sociedad al delincuente. Durkheim afirma que, a mayor frecuencia de la aplicación del castigo, menor será su eficacia, ya que destruye cualquier sentimiento de vergüenza y de moral que el delincuente pueda tener⁸⁶.

Este punto de vista es bien aceptado por los investigadores y ayuda a explicar los altos índices de reincidencia que caracterizan a los sistemas penales modernos, precisamente porque la sentencia que atribuye responsabilidad penal involucra una condena moral pero no genera un vínculo moral, como lo hace la norma religiosa, por ejemplo, que prevé el tejido de un vínculo moral muy fuerte entre el individuo y la deidad religiosa. Sólo sirve para alienar a los transgresores en potencia y en acto cuando han sido sentenciados, más que mejorar su conducta. Como lo menciona Friedrich Nietzsche *vistas las cosas en conjunto, la pena endurece y vuelve frío, concentra, exacerba el sentimiento de extrañeza, robustece la fuerza de resistencia*⁸⁷.

Esto es un tipo de represión social para nuestro autor es síntoma de una sociedad moralmente deteriorada. Es considerado que los vínculos que unen a las personas

⁸⁵ *Ibidem*, p. 69.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁸⁷ Nietzsche, Friedrich, *opus citatum*, p. 93.

dentro de una sociedad son esencialmente de índole moral, de ahí la tendencia a descartar la importancia de sólo controlar conductas⁸⁸. La violencia institucional de que hace uso el Estado en su sistema penitenciario es patente desde todas sus aristas, tanto sociales como psicológicas, en tanto que deja secuelas en el patrimonio moral del reo, dentro y fuera de la institución penitenciaria, esto hace que la funcionalidad de la reinserción social se vea menoscabada y deje de tener razón de ser, por lo menos desde la óptica de la ejecución de las sanciones penales.

El patrón psicológico que describe Durkheim es familiar y verosímil, tener un enemigo común en las estructuras sociales es un factor unificador, esa sensación de solidaridad que proviene de la afirmación colectiva y el placer de lograr una identificación positiva hacia el castigo como fenómeno que sirve antropológicamente para fortalecer los lazos morales entre los miembros de la sociedad. G. H. Mead al respecto, en su obra *The psychology of punitive justice*, afirma que los rituales punitivos suscitan entre los participantes, respuestas emocionales que dan génesis a una forma eficaz de solidaridad⁸⁹. La función administrativa de la sanción penal, por lo menos desde el renacimiento europeo, está fundamentada más que en vínculos morales, en el control eficaz de la conducta, todo esto precisamente porque gran parte de la población –y en especial los estratos bajos de la sociedad de donde surge casi siempre los delincuentes- vive fuera del orden moral dominante o en una relación ambivalente con él; el castigo se ha vuelto menos público y con menos matices morales⁹⁰.

No buscamos convertir los enunciados y las afirmaciones de Durkheim en axiomas o leyes taxativas acerca de la sociedad moderna, este estudio únicamente busca encontrar asideros para poder dar luz al fenómeno del castigo con sus matices antropológicos –cuando es un proceso ritual que nos lleva a la solidaridad social de Durkheim- y sus matices psicológicos –cuando el castigo tiene un efecto unificador entre los miembros de una sociedad que se duelen del daño que les ha hecho aquel que conculca la ley penal y que por ese hecho se vuelve un enemigo de la colectividad.

Una cohesión sustentada en la liberación de las agresiones individuales en la forma de una hostilidad de grupo funcional, dirigida a derrotar al enemigo; indubitablemente

⁸⁸ Garland, David, *opus citatum*, p.97.

⁸⁹ Mead, G. H., *The psychology of punitive justice*, número 23, 1918, p. 586.

⁹⁰ Garland, David, *opus citatum*, p.98.

esto puede unir a los miembros de una sociedad, lo logra de una manera particular y se consumen las diferencias entre los intereses individuales. Cuando Mead describe los costos sociales de esta solidaridad habla sobre consecuencias disfuncionales de ésta, y señala que la hostilidad suscitada por los juicios criminales nos impide enfrentar objetivamente las causas del delito⁹¹.

4.5. El castigo desde el mirador holístico de Karl Marx y los neomarxistas de la escuela de Frankfurt.

Marx afirma que la sociedad tiene una estructura y una organización definidas, así como una dinámica central, que moldean las prácticas sociales de manera observable y descriptible, todo esto vinculando diferentes aspectos sociales, principalmente el aspecto económico y el político, frecuentemente considerados como elementos disímiles. En el devenir estructural de este tipo de sociedades Marx distingue un elemento fundamental que da contenido y génesis a todas las demás estructuras: los modos de producción, ya que la manera como la actividad económica se organiza y controla tenderá a moldear el resto de la vida social. Por lo tanto, los grupos que dominan el ámbito económico serán capaces de imponer su poder a las demás estructuras de la vida social, cualquiera de la que se trate: moral, cultura, religión, derecho y otros elementos de la misma índole. Dicha organización de la sociedad en la que el modo de producción dominante será fundamental y determinante en las relaciones no económicas⁹².

Karl Marx siempre insistió en dos tipos de materialismos: el histórico y el dialéctico, el primero deja de relieve la dinámica histórica de la humanidad basada en el trabajo y el análisis de los diferentes factores y medios de producción; el materialismo dialéctico hace hincapié en la eterna lucha de clases y el hecho de que el sector capitalista burgués que detenta los medios de producción y por ese hecho exprolian al sector obrero para quedarse con la plusvalía de su mano de obra abundante y barata.

Massimo Pavarini, por ejemplo, hace énfasis en elementos de la criminalidad olvidados por algunos criminólogos de su época, como son la criminalidad económica, los delitos de las clases sociales subalternas contra la propiedad, que son elementos

⁹¹ Cfr. *Ibidem*, p. 100.

⁹² Cfr. *Ibidem*, p. 108.

que se deben tomar en cuenta por cualquier juez penal a la hora de firmar su sentencia; o elementos del delito tan importantes y poco estudiados como la ilegalidad de las clases trabajadoras contra la propiedad como un intento por defender los niveles de supervivencia de esta clase amenazados por la inflación, o entender las estadísticas criminales en conexión con la evolución del mercado del trabajo, salarios más dignos, inflaciones menos abrumadoras, estrés en las clases desfavorecidas, es decir, todo un cumulo de elementos económicos, sociales y culturales que amenazan la estabilidad emocional de quien lo sufren y lo llevan en muchos casos a cometer delitos⁹³.

Este antagonismo entre la clase dominante y la clase dominada es un aspecto objetivo de las relaciones productivas, en estas sociedades las clases dirigentes organizan su poder no sólo en el lugar de producción sino en todo el ámbito social, de tal suerte que las instancias públicas e instituciones bajo su hegemonía tienden a volverse instrumentos más o menos desarrollados para la preservación del predominio de clase. Estas instituciones a su vez se encargan de legitimar las divisiones de clase y las desigualdades justificándolas como necesarias o inevitables⁹⁴.

El surgimiento de derecho penal y del castigo como objeto del análisis marxista ha sido en buena medida parte de este renovar y repensar la tradición marxista son resultado principalmente resultado del trabajo neomarxista moderno, más que de la bibliografía clásica de Karl Marx. El problema de ubicar el *castigo* dentro de un marco conceptual marxista ha llevado a algunos autores como Rusche y Kirchheimer o Melossi y Pavarini, a subrayar la interrelación entre las instituciones penitenciarias y los requerimientos económicos de los modos de producción; sin embargo, hay otros autores que hacen énfasis en el papel del castigo en el materialismo dialéctico y en la conservación del poder del Estado o de la hegemonía de la clase dominante, como lo son Pashukanis, Hay o Ignatieff⁹⁵.

Las propuestas teóricas que enumeran Rusche y Kirchheimer sobre el castigo, son que este fenómeno debe ser considerado como un hecho histórico específico que sólo

⁹³ Pavarini, Massimo, *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, traducción de Ignacio Muñagorri, Siglo XXI editores, Argentina, 2002, pp. 164-165.

⁹⁴ Cfr. Garland, David, *opus citatum*, p. 109.

⁹⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 110-111.

aparece en formas particulares y concretas, la historicidad del castigo es central en la visión marxista, tanto por razones prácticas como teóricas. El castigo es determinado esencialmente por el modo particular de producción de una sociedad, en periodos históricos específicos. El castigo debe ser considerado como un fenómeno social analizado tanto desde la óptica jurídica como desde sus fines sociales, tocado también por dinámicas sociales y fuerzas más amplias para no intentar siempre comprenderlo únicamente a partir de sus objetivos técnicos como control del delito⁹⁶.

Esta interpretación conflictiva de la sociedad destaca la naturaleza coercitiva y represiva del sistema legal; la ley funciona, no como un instrumento neutral para la solución de conflictos, sino como instrumento a través del cual los grupos económicamente dominantes en la sociedad consiguen imponer sus propios intereses sobre los de los demás. La ley representa sólo los intereses de quienes tienen el poder de producirla, sin ninguna consideración para quien no tiene ese poder o para el interés general⁹⁷.

Las formas penales deben ser vistas desde su interrelación con las demás instancias sociales y sus aspectos no penales. Desde la óptica marxista finalmente es un elemento dentro de una estrategia más amplia para controlar a la clase oprimida y carente de recursos económicos en términos generales, o con las palabras de George Rusche en su ensayo de 1933: *el derecho penal y el trabajo diario de los tribunales están dirigidos casi exclusivamente en contra de aquellos cuya clase, pobreza, deficiente educación o falta de moral los llevaron a cometer un delito*; esta lucha de clases –y el castigo que involucra su ejercicio- se desarrolla sobre todo en el mercado laboral⁹⁸.

En *Punishment and social structure*, obra de los autores alemanes ya citados, se insiste en estudiar a la penalidad sólo desde el enfoque económico, esto convierte a la teoría de Rusche y Kirchheimer en un reduccionismo y por consiguiente de vuelve parcial; la penalidad debe ser entendida como un fenómeno implícito en fuerzas

⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 114.

⁹⁷ Pavarini, Massimo, *opus citatum*, p. 138.

⁹⁸ Cfr. Garland, David, *opus citatum*, p. 115.

políticas y sociales, no únicamente considerarla en términos económicos, toda esta observación es hecha por David Garland en su obra antes citada⁹⁹.

En su interpretación del castigo, el pensador ruso estudioso del derecho Pashukanis, en su obra *Law and Marxism*, lo considera un instrumento político-ideológico del Estado burgués, estructurado por categorías económicas y organizado para incrementar el poder de la clase hegemónica¹⁰⁰. Aquí se relaciona al castigo con una legitimación ideológica y una coerción por parte de la clase dominante hacia la clase oprimida, pero mientras Pashukanis pone de relieve los efectos de las fuerzas estructurales económicas y de las formas culturales y lingüísticas que operan tras bambalinas, el historiador británico Douglas Hay le da más peso a la conducta humana deliberada y consciente y a las maquinaciones estratégicas de quienes detentan el poder¹⁰¹. Por lo que hace al derecho penal y el fenómeno del castigo, Hay hace algunos apuntes desde esta óptica neomarxista en el contexto de la Inglaterra de su época: el derecho penal tuvo una importancia medular para mantener los vínculos de obediencia y respeto, para legitimar el *status quo*, para recrear de manera constante la estructura de autoridad derivada de la propiedad y para proteger sus intereses¹⁰². Este autor hace uso de los términos de persuasión física e ideológica para engendrar una caracterización ontológica y teleológica de la justicia penal, calculando todo muy bien para *moldear una consciencia por la cual la mayoría se sometía a la minoría*¹⁰³. Existe otro estilo de análisis de las formas penales y el castigo, una sobredeterminación del castigo en cualquier sociedad, un conjunto de fuerzas interrelacionadas que se repelen entre sí, para arribar siempre a la conclusión indefectible de que toda sociedad se reestructura y muta para adaptarse a las nuevas bases de la vida social, es decir, una determinada configuración de los progresos económicos, intereses de clase y crisis sociales permiten determinar casi del todo toda una política pública de criminalidad y no podemos dejar de analizar el hecho de que

⁹⁹ Cfr. *Ibidem*, p.137 y ss.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 145.

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² Hay, Douglas, *Property, authority and the criminal law*, Nueva York, IX, 105. 1975, p. 26.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 45.

la política criminal en cualquier sociedad determina cómo, cuándo, dónde y por qué se va materializar la reinserción social como teleología de dichas políticas públicas¹⁰⁴.

La relación existente entre el sistema penal y estas estructuras sociales se construye a través de un puente de confianza en el concepto que se tiene del criminal, donde queda subrayada la libertad, la responsabilidad y la igualdad del sujeto legal, el individualismo implícito de la proclividad por el aislamiento en una celda, la ideología de la ética del trabajo transmitida a través de las labores remuneradas y subordinadas en las instituciones penitenciarias, ausencia de ayuda estatal para los que conculcan la ley penal y el significado operativo del castigo como una especie de contrato social para responder al individuo que *motu proprio* decide infringir la ley.

Las implicaciones marxistas que están involucradas en este análisis y con base en las cuales podemos colegir que apuntarían a los vínculos entre modelos de producción y modelos de penalidad, la tendencia de las categorías penales para adecuarse al patrón dominante de relaciones económicas y también a la función secundaria que desempeñan las ideologías penales en la construcción de una forma hegemónica de dominación social¹⁰⁵.

Así, por ejemplo, en el campo sociológico del derecho penal y del castigo, se ha determinado que las aplicaciones del castigo no guardan relación directa con los cambios en las tasas oficiales de comportamiento delictivo y aun así el Estado sigue insistiendo en que el castigo es lo único que nos ayudará en el control de la criminalidad; el nivel volátil del uso del castigo y parece responder a las preocupaciones institucionales y de la sociedad, respecto de los cambios que ocurren en los valores simbólicos y en las condiciones económicas como la tasa de desempleo que es tan cambiante¹⁰⁶.

Todo esto en orden a entender cómo es que el Estado no busca materialmente reinsertar al transgresor de la norma a la sociedad, mejor dicho, este fin ideal del sistema penitenciario serviría como justificación para la expoliación que día a día se ha ido desplegando dentro de las cárceles, ya que un gran número de sentenciados

¹⁰⁴ Cfr. Garland, David, *opus citatum*, pp. 153-154.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 155-156.

¹⁰⁶ Cfr. Melossi, Dario, *El estado del control social, un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*, traducción de Martín Mur Ubasart, México, Siglo XXI editores, 1992, pp. 192-193.

aislados en un solo lugar representa mano de obra barata y abundante desde el mirador marxista y neomarxista.

4.6. La obra de Michel Foucault en relación con el castigo y las *tecnologías de poder*.

Foucault presenta una particularidad que lo distingue de las tradiciones marxista y durkheimniana y da las bases para una perspectiva importante en el campo del castigo y su pragmatismo. En vez de subrayar las bases morales o el contexto social de la penalidad, su trabajo pone directamente de relieve el funcionamiento interno del propio aparato, en donde se concentraría en las tecnologías reales del poder penal y en su forma de operación. Analiza con detalle los principios de *disciplina* y *vigilancia* que se inscriben en las instituciones penales modernas, la gramática del discurso penitenciario moderno y lo que podría describirse como la *racionalidad penitenciaria* que opera en el ámbito penal. Todo esto en aras de dar una explicación holística del fenómeno del castigo, sus características, alcances epistemológicos y limitaciones prácticas¹⁰⁷.

Su análisis se enfoca en la retórica de los discursos y todo el aparato institucional del sistema penitenciario, asimismo estudia los vínculos y las similitudes entre el poder penal del Estado y otros tópicos específicos del ejercicio del poder y las medidas disciplinarias; en su análisis de la *ciencia penitenciaria* desvela el papel regulatorio en individualizante de las ciencias humanas de forma genérica. Para este pensador francés el castigo se trata de un sistema de poder y regulación impuesto a la población, y su interpretación apenas menciona el origen de este poder, Foucault ve al castigo como algo que básicamente involucra cuestiones de poder y gobierno¹⁰⁸.

Las reglas que imprime Foucault en su trabajo para estudiar el castigo se basan en tres importantes conceptos interrelacionados con los que analiza los fundamentos de cualquier estructura de dominación, estos son: *poder*, *conocimiento* y *cuerpo*. Tanto para este autor como para Nietzsche el cuerpo humano es el material prístino que es atrapado y modelado por todas las instituciones políticas, económicas y penales. Los sistemas de producción, dominación y socialización dependen fundamentalmente de subyugar el cuerpo, se requiere que el cuerpo sea dominado y sometido a

¹⁰⁷ Garland, David, *opus citatum*, p. 160.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pp. 161-162.

adiestramiento para volverlo dócil, obediente y útil en mayor o menor medida, algunas instituciones dominan el cuerpo desde el exterior –como los trabajos forzados- en las que se utiliza la fuerza y la coerción con el propósito de moldear conforme a deseos subjetivos, sin embargo, otros intereses subjetivos tienen la finalidad de interiorizar las órdenes, produciendo un individuo que hace lo que se le pide sin necesidad de aplicar la citada fuerza exterior¹⁰⁹.

Este cuerpo *autocontrolado* se logra ejerciendo influencia en lo que Foucault llama el *alma* que, a su vez, dirige la conducta; para este filósofo el alma es lo que los psicólogos denominan psique, la subjetividad, la personalidad, la conciencia o el yo, para Foucault el alma es la *sede de los hábitos*, por lo tanto, el objeto de las técnicas disciplinarias. En este sentido, el verdadero motor de las estrategias de poder se encuentra en el punto en el que entran en contacto con el cuerpo de los sujetos: existe una *microfísica del poder* donde el poder encuentra su materialidad y sus efectos corporales¹¹⁰. Como menciona Foucault en cierto momento: *al pensar en los mecanismos de poder, nos referimos, más bien, a sus formas capilares de existencia, el punto en el que el poder llega a la médula de los individuos, toca su cuerpo y se inserta en sus acciones y actitudes, sus discursos, procesos de aprendizaje y cotidianidad*¹¹¹.

Para Foucault el *poder* no debe pensarse como algo que es detentado por determinados grupos o minorías sociales que son propietarios del mismo, tampoco es un instrumento que de algún modo puede ser explotado *ad libitum*, más bien se refiere a las diversas formas de dominación y subordinación y al equilibrio asimétrico de fuerzas que actúan siempre que existen relaciones sociales. Las relaciones de poder de las que habla Foucault tienen relaciones de paralelismo con las relaciones sociales en virtud de que carecen de un patrón sencillo, toda ocasión que la vida social se desarrolla dentro de una multiplicidad de campos de fuerza social que en ocasiones están relacionados pero que nunca construyen un todo homogéneo.

Simultáneamente [los individuos] siempre se encuentran en posición de someterse a y ejercer el poder. No sólo son un blanco inerte o

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 167.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ Foucault, Michel, *Poder/conocimiento*, edición a cargo de Gordon, C., 1980, p. 39.

*anuenta, también son los elementos de su articulación [...] El individuo es un efecto del poder y, al mismo tiempo, o precisamente en la medida en que es el efecto, es un elemento de su articulación*¹¹².

En esta tesitura, para este autor francés, el poder se ejerce y funciona por medio de los individuos y no contra ellos y coadyuva a construir al individuo que al mismo tiempo es el vehículo del poder. Estas relaciones entre los cuerpos como vehículos de poder y el poder mismo tienen otro elemento para formar un trípode que explica y da respuesta a muchas incógnitas que nacen de las relaciones interhumanas, este tercer elemento es el conocimiento, sustantivo abstracto del que dependen las técnicas y estrategias de las políticas públicas y programas de acción. En determinada medida cualquier ejercicio del poder está interconectado y tiene relación de causalidad con el conocimiento, *verbi gratia*, para controlar un objeto, ya sea un cuerpo humano o un cuerpo de la naturaleza *in genere*, se requiere cierto grado de conocimiento de sus fuerzas, reacciones, sus puntos fuertes y débiles o sus posibilidades de mutación y adaptación, por lo tanto, mientras más se conozca más controlable se vuelve¹¹³. Esta trinidad parece dar explicación irreductible a la sociedad y su proceso histórico: cuerpos atrapados en las relaciones de poder-conocimiento forman una especie de sustrato físico que cimienta las instituciones y relaciones sociales¹¹⁴.

La crítica que se le hace a todo el sistema de imposición de penas del siglo XVIII en Europa consistía en la impetrante insistencia en cambiar el sistema de justicia, del que se hace mención en el punto 2.2, por un sistema penitenciario más racional y confiable, cimentado en una vigilancia más amplia, en procedimientos penales uniformes y sistemáticos, castigos debidamente moderados conforme a la magnitud y los alcances del delito, esto es, que la identidad entre la verdad histórica de la investigación policial y la verdad legal ubicada en la sentencia hecha por el órgano jurisdiccional en aras de encontrar justicia social en la imposición de sanciones penales que tengan una relación de causalidad entre la conducta punible y la sentencia y se alcance, por ende, una reinserción social adecuada y que funcione de forma correcta y tenga materialización eficaz. Por lo tanto, esto fue diseñado con un discurso que disuade y limita el poder del soberano y se deja de ver al castigo penal

¹¹² *Ibidem*, p. 98.

¹¹³ Garland, David, *opus citatum*, pp. 168-169.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 169.

como un fenómeno de venganza y se comenzaría a ver como un fenómeno con determinadas finalidades y objetivos, entre ellas, la eficaz reinserción social. En la centuria decimonónica se difundió este estilo de reformas penales en toda Europa, quedaron legislados códigos penales con nueva vida teórica, se tipificaron nuevos delitos con nuevas sanciones, se reorganizaron procedimientos penales, competencias y jurisdicciones; las estructuras penales y penitenciarias se adaptaron a estas nuevas ideas de modernidad¹¹⁵.

Se comienzan a crear nuevos modelos de confinamiento punitivo, se hace hincapié en el trabajo remunerado y la enmienda con la sociedad por parte de aquellos que conculcan la ley penal, los regímenes penitenciarios dejan de relieve el carácter correccional y de reinserción social más que en la parte punitiva de la sanción penal, sin embargo, cada sistema penitenciario europeo poseía y empleaba mecanismos, tecnologías y procedimientos penales diametralmente diferentes entre sí para aprehender al individuo y transformarlo, se desarrollan discrepantes técnicas para tener acceso al *cuerpo* y manejarlo en aras de modificar el *alma* o psique del sentenciado¹¹⁶. Para Foucault la disciplina es *un arte del cuerpo humano* y un método ancestral de dominarlo y volverlo útil¹¹⁷. Desde la época clásica las organizaciones humanas cayeron en la cuenta de que era muy costoso usar la violencia para ejercer control sobre el cuerpo, *verbi gratia*: instituciones como el ejército, las iglesias y monasterios, hospitales, talleres, escuelas, pero según nuestro autor empiezan a consolidarse y reproducirse hasta el siglo XVI, cuando se los considera útiles. Asimismo, en la descripción del filósofo francés la disciplina es, sobre todo, una *anatomía política del detalle*¹¹⁸ que requiere un grado de mínimo de control y se concentraría en cada uno de los movimientos y gestos del cuerpo, todo esto permite un control meticuloso del cuerpo y la mente sujetos a la disciplina¹¹⁹.

Los seres humanos podemos ser necios y recalcitrantes *per se*, por lo que enfrentar la desobediencia es nodal para el Estado y sus métodos de control, es evidente que cuando se trata de personas reacias al control corporal se desarrolla un método de

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 172.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 174.

¹¹⁷ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, p. 141.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 143.

¹¹⁹ Garland, David, *opus citatum*, p. 175.

sanción al que Foucault apela *normalización*; en esencia se trata de un método correctivo antes que punitivo, se estudia al individuo en relación con una determinada conducta deseada, se observan sus movimientos y su conducta es calificada en función del cumplimiento de la norma. El objetivo es corregir más que castigar, en las sanciones con las que se pretende castigar se suele recurrir al ejercicio y al adiestramiento que ayudan a *alinear* la conducta y forman personas con mayor control de sí mismos¹²⁰.

Foucault se empeña en dejar de relieve los procedimientos de observación, examen y medición que dan génesis a este conocimiento ejercen poder y control sobre los individuos aislados y hacinados para su observación, en este caso dentro de los centros penitenciarios y con especial interés lo que el autor llama *panóptico* o *casa de inspección* diseñada por Jeremy Bentham en 1791 como el epítome de estos principios del poder-conocimiento; esta *casa* penitenciaria está configurada por un edificio circular con celdas individuales en su perímetro, cuyas ventanas e iluminación están dispuestas de manera que los ocupantes puedan ser vistos con claridad desde la torre central de inspección sin que ellos distingan algo. Se trata de una forma arquitectónica diseñada para individualizar los cuerpos y conseguir que los individuos estén constantemente sujetos al conocimiento y al poder de las autoridades que ocupan el centro¹²¹.

Este concepto arquitectónico panóptico, al ser una metáfora con la que Foucault intenta ilustrar el control que como sociedad vivimos a pesar de no estar encerrados, nos puede ayudar a comprender la funcionalidad de la reinserción social a través de las relaciones de conocimiento, control del cuerpo y poder verticales, de supra a subordinación entre el ente público, sus funcionarios y servidores públicos que administran las instituciones penitenciarias y toda la comunidad recluida en dichas instituciones sin contar a sus familiares que también sufren secuelas por el encierro de sus seres queridos, todo esto en términos de dominación y la consecuente reinserción social de los sentenciados y la forma tan ineficaz en que esta se materializa. Cualquier remanente de violencia física anterior a esta forma de administrar las instituciones del sistema penitenciario se sustituye gradualmente por una estructura de dominación benévola pero eficaz, el cambio de paradigma de esta

¹²⁰ *Ibidem*, p. 176.

¹²¹ *Ibidem*, p. 177.

época tiene bases sólidas y busca que la reinserción social sea un objetivo tangible, para poder dejar atrás esta idea de venganza institucional que se vivía hasta antes del siglo XVIII, aquí la prisión aparece como un aspecto de este fenómeno histórico más amplio: el desarrollo y la generalización de las medidas disciplinarias.

Todos estos fenómenos históricos relatados por Foucault harían pensar que la prisión es una institución *obvia* o *natural*, en una sociedad avezada al funcionamiento de mecanismos disciplinarios, la prisión podría parecer a simple vista como un bien evidente, pero esta conclusión no debería ser necesariamente verdadera. Asimismo Foucault afirma que en efecto: las técnicas penitenciarias de aislamiento, trabajo, tratamiento individualizado y ajuste de la sentencia conforme al grado de enmienda del individuo son elementos con un sello distintivo del sistema penitenciario, inclusive se señala que una contradicción de la función disciplinaria de la prisión es que otorga a las autoridades penitenciarias un alto grado de autonomía y discrecionalidad para desempeñar su trabajo, recreando así de manera novedosa la arbitrariedad y el despotismo de los tan criticados sistemas penales antiguos¹²². Todo esto nos puede hacer pensar que en realidad el sistema penitenciario no cambió en esencia, es decir, el modelo europeo del que habla Foucault nunca cambió su *ontos* y sólo cambió su estructura para tener una apariencia de acercarse a la civilización, los patíbulos de los que el autor habla no fueron suprimidos, fueron sustituidos por cárceles panópticas llenas de suplicios y arbitrariedades.

Cuando Michel Foucault pretende explicar el fenómeno de los objetos, lo primero que hace es desmembrarlos desde su origen menos próximo y quiere que los veamos como *superficies de emergencia del objeto*, después nos lleva a la senda de objetos concretos, como son: *enfermedad, enajenación, anomalía, demencia, neurosis, psicosis, degeneración*, que como elementos que constituyen el saber, son explicados a través de una postura epistemológica. Estas superficies de emergencia no son las mismas para las diferentes sociedades, las distintas épocas y en las diferentes formas del discurso, para Foucault el discurso es la *construcción social de la verdad*, verdad que tiende a ser subjetiva y, por lo tanto, no puede ser absoluta. En cuanto a las diferentes superficies emergentes del objeto, tenemos que tener presente que la psicopatología del siglo XIX y sus conceptos fueron construidos por una vorágine de instituciones normalizadoras como la familia, la iglesia, el grupo social próximo, el

¹²² *Ibidem*, p. 179.

medio de trabajo o la institución escolar, todos estos elementos son *normativos*, son sensibles a la desviación, todos los cuales tienen un margen de tolerancia y un umbral a partir del cual se requiere la exclusión, todas estas instituciones tienen un modo de designación y de rechazo de la locura, la criminalidad, que en pleno siglo XIX se conceptualiza como un trastorno emparentado con la locura¹²³.

La cárcel no *descubrió* a los delincuentes, los *fabricó*, esto es, las instituciones penitenciarias crean delincuentes en el sentido literal del verbo, crea también las circunstancias propicias para hacer que los sentenciados se vuelvan proclives a la reincidencia criminal, quien entró a la cárcel por el delito de robo sale en tres o cuatro años y regresa por secuestro o por homicidio, los sentenciados están tan estigmatizados, desmoralizados y descalificados que al quedar libres suelen volver a delinquir, a ser sentenciados y en un tiempo corto convertirse en criminales de carrera. ¿Qué se espera que aprenda un delincuente rodeado día y noche de delincuentes iguales o peores que él si no volver a delinquir, inclusive a llegar a la especialización criminal? Además, las cárceles producen delincuentes en un sentido categórico y epistemológico, al configurar con sus sistemas la categoría de *criminal individual*; es en la institución penitenciaria donde el sentenciado se vuelve por vez primera un objeto asilado de estudio y control¹²⁴.

En términos penitenciarios la prisión siempre ha sido un fracaso, ha tenido efectos políticos y sociales en niveles y grados amplios y genéricos, los números del estudio de campo revelan la realidad, los defectos de las cárceles son tangibles, contantes y sonantes: su ineficacia para reducir el crimen, la tendencia a producir reincidencia, ineficacia para organizar el medio criminal y dejar en desamparo a la familia del delincuente. Incluso cada vez que se reitera esta crítica la respuesta oficial es reafirmar las máximas de un buen sistema penitenciario en vez de repensar y desmembrar dicha institución. Foucault argumenta que la creación de la delincuencia es útil como estrategia de dominación política, porque sirve para separar el crimen de la política, para dividir y contraponer a las clases trabajadoras, para aumentar el miedo a la prisión y garantizar el poder y la autoridad de la policía y la representación social.

¹²³ Cfr. Foucault, Michel, *La arqueología del saber*, traducción por Garzón del Camino, Aurelio, Siglo XXI editores, Argentina, 1970, p. 67.

¹²⁴ Garland, David, *opus citatum*, p. 180.

Afirma que en un sistema de dominación basado en el respeto a la ley y a la propiedad es esencial asegurar que la ilegalidad y las violaciones al derecho no se conviertan en una práctica extendida y popular¹²⁵. Por lo tanto, las instituciones penitenciarias se sostienen debido a sus propios fracasos.

En nuestros días se considera que los castigos, si son legales entonces son legítimos se los hace ver menos como formas de infligir daño o ejercer coerción, y se comienzan a ver como métodos de reinserción social que de *facto* no son funcionales en términos de reinserción social. Asimismo, el autor nos acerca un estudio de las instituciones penales desde el supuesto de que todo lo que ocurre está fundamentalmente orientado a mejorar el control sobre el cuerpo y optimizar al supremo límite el poder normativo, sin dejar de lado que el *modus operandi* del sistema penitenciario no es eficaz en términos de control del crimen y reinserción social.

4.7. Otras formas culturales para entender al delincuente, su reinserción social y la neurofenomenología como disciplina auxiliar.

En la segunda mitad del siglo XIX los textos de Beccaria, Bentham, y Mill dejaron de relieve un concepto del delincuente que pugnaba con las otrora definiciones: proponían un concepto que hacía énfasis en las facultades de raciocinio de la persona y en su aptitud para calcular intereses y utilidades. Este concepto hedonista del delincuente, juntamente con el de Locke, desempeñó un papel importante en la creación de los códigos penales tanto sustantivos como adjetivos de este lapso histórico; en los albores del siglo XX, como propuesta de las nuevas criminologías científicas se presentaba al criminal como un tipo humano *anormal*, modelado por factores genéticos, el poco desarrollo del *neocórtex* como predisposición genética que necesita un detonante social para convertir una persona *normal* en una persona con tendencias psicopáticas, psicológicos o sociales y, hasta cierto punto incapaz de resistir la tendencia inherente hacia una conducta criminal¹²⁶.

A raíz de la década del cerebro, comprendida entre 1990 y 2000, se fueron dando múltiples descubrimientos sobre sus funciones y conformación. Todos ellos generaron

¹²⁵ *Idem.*

¹²⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 244.

un fuerte impacto respecto de lo que se conocía previamente sobre la conducta humana, misma que constituye la materia prima del derecho. Desde entonces las mejores y más connotadas universidades del mundo continuaron con la investigación sobre el funcionamiento del cerebro, el año 2012 fue considerado como el año de las *neurociencias*, esta tarea se emprendió por médicos, neurólogos, biólogos, psicólogos, terapeutas y demás interesados en el tema; en lo que corresponde a nuestro orden de ideas, el motivo por el cual debemos entender a cabalidad cómo funciona el cerebro es el de saber hasta dónde podemos afirmar que este funcionamiento neurológico y cerebral hace operar el proceder humano¹²⁷.

Es de vital importancia abordar las implicaciones que tiene el cerebro en la conducta humana, no sólo en el ámbito neurológico, sino en todos los tópicos del proceder humano, en tanto consciente. Dados todos los hallazgos dados, hoy resulta improporcionable el comprender lo inherente a algo tan fundamental dado que incide en la *responsabilidad o no responsabilidad* del individuo, lo cual impacta socialmente al fenómeno de la reinserción social¹²⁸.

Asimismo, es menester tomar en cuenta que en el derecho se conglomeran distintos tipos de datos: 1) Los de la experiencia sensible, estructurados por las leyes físicas, biológicas, económicas, psicológicas y sociológicas; aquí se ubica *lo neurológico*. 2) Los ideales aprehendidos a través de la intuición intelectual, regidos por las leyes lógicas que se procesan en las operaciones mentales y se expresan el enunciado y el argumento, con los que se construye el lenguaje, es decir: *lo lógico*. 3) Por último, los que se expresan de la experiencia moral regulados por las leyes éticas, en donde *lo jurídico* queda como los *valores* a ser custodiados por el derecho positivo. De esta manera, el derecho participa entonces de tres órdenes respectivamente: 1) El social fenomenológico 2) El lógico normativo y 3) El ético o deontológico: el primero implica a la persona y su contexto, tiene que ver con los hechos que se viven día a día, en lo individual, en la familia y en lo social, el segundo corresponde al conjunto

¹²⁷ Cfr. Espinosa y Gómez, Magdalena, *Neurociencias, bioética y derecho, una visión hacia la complejidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, 2017, p. 11.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 12.

de las normas jurídicas que, como expresión del derecho positivo, quedan contenidas en las leyes y los códigos que conforman el *ordenamiento jurídico*, en tercero, en tanto tejido moral, le da sentido la rectitud del hombre, a su honestidad, como algo esencial, tanto para la persona, como para la sociedad¹²⁹.

Incuestionablemente, mediante los avances tecnológicos logrados en los últimos años, es como nos fue posible descubrir e identificar lo que antes parecía imposible. De esta forma, gracias a las técnicas de *neuroimagen*, tanto la *resonancia magnética* estructural como la funcional, permitieron localizar las distintas actividades en el cerebro, así como las relaciones que existen entre sus diversas zonas; también se conocieron las actividades mismas, es decir, se pudo ver al *cerebro en acción*. De este modo, gracias al uso de estas técnicas no agresivas, fue posible el avance agigantado de las neurociencias¹³⁰.

Ha de decirse también que gracias a estas técnicas de neuroimagen, también ha sido posible comprobar que existe una *vinculación* entre ciertas áreas cerebrales y nuestro *razonamiento moral*. Cuestión que es primordial cuando se habla de *responsabilidad penal*. Así mismo, ha sido de vital importancia descubrir en las bases cerebrales el trascendental papel que juegan las *emociones y los sentimientos*. A raíz de lo cual, se puso en relieve cómo los juicios *morales* están regulados en un alto grado por las *emociones*, cuando la concepción mayormente extendida había sido que se dan génesis a partir de argumentos *racionales*¹³¹.

Las emociones cumplen una función importante en la *intuición*, ese rápido proceso cognitivo en el que llegamos a una conclusión concreta sin ser conscientes de todos los pasos lógicos intermedios, lo cual tiene repercusiones concretas en la acreditación de los elementos del cuerpo del delito dentro de una carpeta de investigación; no siempre es el caso que no haya conocimiento de los pasos intermedios, sólo que las *emociones* proporcionan una *conclusión* de manera tan *rápida y directa* que no es necesario que llegue a la mente mucho conocimiento. La *intuición* es esa *cognición rápida* con el conocimiento requerido parcialmente oculto bajo la alfombra, todo por cortesía de las emociones y de mucha práctica anterior¹³².

¹²⁹ *Ibidem*, pp. 13-14.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 16.

¹³¹ *Ibidem*, p. 17.

¹³² *Ibidem*, p. 19.

De esta manera, llegamos a la doctora Candace Pert, quien les llamó a las sustancias químicas de los sentimientos *neuropéptidos*, con estos descubrimientos quedó demostrado que lo que se *siente* se *comunica*, de manifiesta, es decir, todo *pensamiento* va acompañado de una *emoción*; y la calidad del pensamiento siempre se ve reflejada corporalmente, esto hace pensar que en ausencia de emociones sociales y de los sentimientos subsiguientes, incluso en el supuesto improbable de que otras capacidades intelectuales pudieran permanecer intactas, los instrumentos culturales que conocemos, tales como los comportamientos *éticos*, *creencias religiosas*, *leyes*, *justicia*, y organización política o bien no habrían tenido lugar nunca, o bien habrían sido de un tipo de construcción inteligente muy distinto¹³³.

Estos nuevos conceptos deben servir para reestructurar la política penal y penitenciaria de tal modo que el proceso formal de evaluación de personalidad se convierta en un auxiliar importante para el desarrollo de las sentencias, debemos fabricar instituciones especializadas y regímenes para tratar a los diferentes tipos de personalidad: infractores consuetudinarios, delincuentes culposos, ebrios, psicópatas, en general cualquier persona que en su conducta social tenga proclividad a la criminalidad, a partir de esta clasificación criminal deberíamos estar más cerca de la reinserción social, porque a través del discurso técnico especializado podemos determinar la culpabilidad y la punibilidad en el esclarecimiento de los hechos en las carpetas de investigación de nuestro país, ya que de esta forma podremos determinar qué conductas, por culposas, pueden no tener contemplado el aislamiento y la exclusión como medio de control social.

Esto podría servir, si se implementara por el Estado de una forma adecuada, para que la reinserción social de los sentenciados encuentre buen puerto, es decir, con base en una correcta clasificación criminológica llevada a cabo por las aludidas Unidades de Atención Integral podemos hacer que las sentencias privativas de libertad sirvan como mecanismos eficaces para una correcta reinserción social de la comunidad de cuarto de millón de reclusos en las instituciones penitenciarias mexicanas, en aras de que el Estado mexicano tenga controles eficaces de criminalidad y reinserción social, toda vez que no es lo mismo estructurar un tratamiento penitenciario individualizado en un primo delincuente que a una persona con tendencias criminógenas psicopáticas. Autores como Robert Nye, John Bender y

¹³³ *Ibidem*, pp. 20-21.

David Garland, han esquematizado la influencia de algunos discursos en el ámbito penitenciario y penal como la teoría médica de la degeneración, la criminología científica, la criminología crítica, la eugenesia, y algunas definiciones filosóficas sobre el yo que también caracterizan a las tendencias reformadoras en el ámbito penal de la centuria XVIII¹³⁴. Un determinante total de las políticas penales, criminales, penitenciarias administrativas y de reinserción social siempre será la capacitación, la educación y la instrucción de los funcionarios inmiscuidos en todo el sistema penitenciario: el personal de los tribunales, de las prisiones, los funcionarios de libertad condicional y las secretarías de Estado.

Actualmente, se ha retomado el aspecto que el checo Edmundo Husserl (1859-1938) había identificado como *fenomenología* para el estudio de la conciencia, y con los avances logrados en la neurología sobre el cerebro, el neurólogo Francisco Varela ha acuñado el término *neurofenomenología*¹³⁵.

Primero, la doctora Espinosa hace mención de una herramienta: *cuerpo-cerebro*, el cuerpo visto como lo que es, el instrumento total a través del cual el ser humano se manifiesta y crea, cuyo elemento primordial para el análisis del castigo y la reinserción social, lo es el sistema nervioso, entendido este como el encargado de los enlaces entre los órganos sensitivos y sensoriales, los mensajes que estos envían a gran velocidad al córtex cerebral en el que se originan las sensaciones conscientes. De los centros nerviosos -cerebro, cerebelo, tronco cerebral, médula espinal, ganglios del sistema nervioso vegetativo- parte una corriente incesante de flujo nervioso que inspira, regula y coordina todas las reacciones del organismo a las modificaciones del universo ambiente, rige la motilidad, asegura la satisfacción de necesidades orgánicas y ejecuta las órdenes del psiquismo¹³⁶.

La segunda parte que se aborda en la obra en cita es el proceso: *la relación cerebro-mente* que comienza hace aproximadamente cinco mil años con la aparición

¹³⁴ Cfr. Garland, David, *opus citatum*, p. 245.

¹³⁵ Espinosa y Gómez, Magdalena de Lourdes, *La neurofenomenología: cuerpo-cerebro, mente-conciencia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, 2012, pp. 25-26.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 27.

del *homo sapiens* en la faz de la tierra, Karl Popper aduce que es sencillamente admirable que la materia pueda crear algo nuevo, diferente y superior a sí misma. La materia muerta parece tener más potencialidades que la mera reproducción de materia y transferencia de información. Ha producido de forma gradual mentes que pueden ser conscientes de su propia existencia y de la existencia del universo¹³⁷.

Por último, Espinosa y Gómez, se refiere a la *conciencia* como el producto de estos procesos entre el cuerpo, el cerebro y la mente, y al mismo tiempo asevera que sólo la mente es capaz de volverse sobre ella misma y en este desenvolvimiento recursivo a través del acto de darse cuenta, se logra el despertar de la conciencia como el aspecto fundamental de lo humano, al resaltar la responsabilidad que conlleva¹³⁸.

En las vicisitudes de la historia humana han existido diversos estudios en materia de neurología y estudio general del cerebro, con el paso del tiempo los estudios hechos sobre la masa encefálica nos han demostrado su sofisticación y la forma en nos han permitido ser sabedores sobre los misterios del interior de las conductas humanas. En 1969 el científico Paul MacLean habló sobre las tres partes que configuran el cerebro humano: neocórtex, sistema límbico y la amígdala o cerebro reptílico, y lo llamó *cerebro triuno*. Para 1985, Sternberg hacía hincapié en la parte que trasciende al coeficiente intelectual y la *inteligencia emocional* comenzó a cobrar importancia¹³⁹. Es de admirarse que la materia se supere a sí misma de esta forma, produciendo mentes, propósitos y todo un universo de constructos y productos¹⁴⁰.

Así se supo que todos estos elementos constituyen una especie de central eléctrica en la que las capacidades intelectuales que se pueden usar para pensar, escribir, hablar, decidir, transformar y crear; los reptiles tienen su inicio en el período mesozoico, hace unos 270 millones de años, la parte más ancestral del cerebro es la amígdala y actúa con mecanismos de defensa y ataque como un reptil, es el radar que detecta los peligros del exterior y está íntimamente relacionado con la agresión,

¹³⁷ Popper, Karl y Eccles, John, *El Yo y su cerebro*, 2da Reimpresión, Barcelona, Labor, 1985, p. 12. Citado por Espinosa y Gómez, Magdalena, *opus citatum*.

¹³⁸ Espinosa y Gómez, Magdalena, *opus citatum*, p. 29.

¹³⁹ Sternberg, R. J., *Más allá del IQ: Una teoría triárquica sobre la inteligencia humana*, Cambridge university press, New York, 1985.

¹⁴⁰ Popper, Karl, y Eccles, John, *opus citatum*, p. 12.

el enojo, los impulsos, la ira, la angustia y el miedo. Esta parte del cerebro puede encargarse de desplegar conductas de las cuales se puede arrepentir en el futuro y es entonces cuando sufrimos algo que se llama *secuestro amigdalal*¹⁴¹ que ocurre básicamente cuando nos encontramos en un riesgo inminente o sometidos a mucho miedo o estrés, la amígdala toma las riendas del encéfalo, principalmente del córtex prefrontal que es una región de cerebro que se encarga de la planificación de comportamientos cognitivamente complejos, la expresión de la personalidad, los procesos de toma de decisiones y *la adecuación del comportamiento social adecuado en cada momento*¹⁴², aquí es donde podemos generar conductas criminógenas, psicopatológicas o parafilias, máxime cuando las conductas reptilianas tienen un detonante; y, por último, el neocórtex, encargado del pensamiento racional y de la creación de lenguaje, se encuentra poco desarrollado.

En el proceso evolutivo, los mamíferos¹⁴³ pueden ser ubicados 70 millones de años después de los reptiles, corresponden al período triásico, con ellos se identifica el sistema límbico que es el encargado de la manifestación de los afectos y que la parte sensible, la empatía por el ser espejo, el ser parecido, aquel con el que construimos un vínculo, se despierte mediante el contacto físico -el primer contacto con la madre es el más importante-, cuando la madre lame a su crío al nacer y también cuando lo amamanta¹⁴⁴.

El *homo sapiens*, en contraste con lo anterior, es mucho más joven evolutivamente hablando, tiene apenas cien mil años de antigüedad. El neocórtex es la parte más joven de la evolución del encéfalo humano, es una delgada capa de tres milímetros de grosor en donde radica lo que nos hace humanos: lenguaje y la memoria. En el cien por ciento de la comunicación únicamente las palabras (lenguaje, neocórtex) representan un siete por ciento de toda la comunicación¹⁴⁵ –vista como un fenómeno cargado de significados, significantes y emociones-, que, para ser más explícitos,

¹⁴¹ Goleman, Daniel, *El cerebro y la inteligencia emocional: nuevos descubrimientos*, traducción de Carlos Montemayor, Grupo Zeta, España, 2012, pp. 38-39.

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ Esta palabra proviene del latín y etimológicamente significa *aquel que lleva mamas*, proviene del verbo polirrizo: *ferre, fero, tuli, latum*, que significa llevar o traer.

¹⁴⁴ Espinosa y Gómez, Magdalena de Lourdes, *opus citatum*, pp. 26 y ss.

¹⁴⁵ *Idem*.

citamos a Octavio Paz y su obra *El arco y la lira: La palabra es el hombre mismo. Estamos hechos de palabras. Ellas son nuestra única realidad o, al menos, el único testimonio de nuestra realidad. No hay pensamiento sin lenguaje, ni tampoco objeto de conocimiento: lo primero que hace el hombre frente a una realidad desconocida es nombrarla, bautizarla. Lo que ignoramos es lo innombrado. Todo aprendizaje principia como enseñanza de los verdaderos nombres de las cosas y termina con la revelación de la palabra llave que nos abrirá las puertas del saber. O con la confesión de ignorancia: el silencio. Y aun el silencio dice algo, pues está preñado de signos. No podemos escapar del lenguaje. Ciertamente, los especialistas pueden aislar el idioma y convertirlo en objeto. Mas se trata de un ser artificial arrancado a su mundo original ya que, a diferencia de lo que ocurre con los otros objetos de la ciencia, las palabras no viven fuera de nosotros. Nosotros somos su mundo y ellas el nuestro. Para apresar el lenguaje no tenemos más remedio que emplearlo. Las redes de pescar palabras están hechas de palabras. No pretendemos negar con esto el valor de los estudios lingüísticos. Pero los descubrimientos de la lingüística no deben hacernos olvidar sus limitaciones: el lenguaje, en su realidad última, se nos escapa. Esa realidad consiste en ser algo indivisible e inseparable del hombre*¹⁴⁶. El lenguaje es una condición de la existencia del hombre y no un objeto, un organismo o un sistema convencional de signos que podemos aceptar o desechar. El estudio del lenguaje, en este sentido, es una de las partes de una ciencia total del hombre; para comprender mejor esto digamos que está demostrado con el método científico que del 100% de la comunicación, un 7% de esta son las palabras, 38% el tono de voz y el lenguaje corporal, posturas y gestos representan el 55%, la suma de los últimos dos elementos da 93%, por lo cual el siete por ciento restante del lenguaje verbal, oral o escrito es *mínimo*, según un estudio hecho por Albert Mehrabian y Susan R. Ferris en el año de 1967. *La existencia humana se realiza en el lenguaje y lo racional, desde lo emocional*¹⁴⁷.

Recapitulando, desde una perspectiva general, el cerebro está compuesto por tres zonas de importancia capital para comprender la conducta humana desde la óptica de

¹⁴⁶ Paz, Octavio, *El arco y la lira*, segunda edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 8-9.

¹⁴⁷ Maturana Romecín, Humberto, *Desde la biología a la psicología*, cuarta edición, Argentina, Lumen, 2004, p. 90.

las neurociencias: 1. *Tronco, cerebro reptil o inferior* que incluye el tallo cerebral o cerebelo, que, como su nombre nos lo indica, se comporta de una forma parecida a los reptiles: es instintivo, predatorio, da respuestas raudas, orienta la conducta hacia la sobrevivencia, se defiende frente a una situación; es el causante de actitudes conformistas, territoriales y rituales, en la violencia es similar a un ataque frío. 2. *Sistema límbico, mamífero o medio* formado por el tálamo, el hipocampo, el hipotálamo y la amígdala cerebral. Este sistema es el centro de las emociones y la afectividad, es responsable de los vínculos sociales y provee de necesidades como la alegría, la tristeza, la motivación; controla la temperatura, el sentido de la sed, el hambre y prepara al organismo para responder en caso de percibir dolor, presión, miedo o peligro. Uno de los tipos más generalizados de conducta agresiva es la reactiva; la violencia se manifiesta en actitudes o reacciones impulsivas, producto del enojo o la cólera incontrolable, ya que un evento amenazante o frustrante dispara la agresión. 3. *Neocórtex, isocórtex, cerebro neomamífero o superior* que es la capa neuronal que recubre los lóbulos prefrontales, especialmente el frontal. Es la parte del cerebro pensante, racional; analiza, resuelve problemas; es el del lenguaje, el de la creatividad, la planeación, del desarrollo de la conciencia. La constante transmisión de señales eléctricas entre el neocórtex y el sistema límbico permite el control de nuestras emociones. La violencia se manifiesta en agresiones premeditadas, instrumentales o proactivas, con objetivos claros. Los psicópatas presentan altos niveles de violencia instrumental¹⁴⁸.

Las neurociencias han revelado que en la vida cotidiana la mayoría de nuestras acciones derivan más de las emociones y de los estímulos exteriores, que de nuestra conciencia y razón¹⁴⁹.

Tocamos el tema de la comunicación y del cerebro y su actividad porque las conductas todas, inclusive las que actualizan tipos penales, son comunicación y en términos psicosociales podemos entender al criminal dentro de los presidios para clasificarlo, clasificar su criminalidad y su pena para así poder darles un tratamiento penitenciario individualizado y con ello poder hacer eficaz la figura constitucional de la reinserción social para así, hacerla tangible y evidente.

¹⁴⁸ Espinosa y Gómez, Magdalena, *Neurociencias, bioética y derecho... opus citatum*, pp. 157-158.

¹⁴⁹ *Idem*.

5. El sistema penitenciario en términos criminológicos.

*En situaciones extremas,
caracterizadas por fuertes afectos
o gran miedo, las normas
pierden su fuerza de motivación.
Claus Roxin, Teoría del delito.*

Las penas no son el instrumento idóneo para luchar contra la criminalidad porque las causas de la delincuencia son multifactoriales: el carácter psicopático de algunos individuos, las situaciones imprevistas que pueden afectar mental o emocionalmente a cualquiera de nosotros o las desavenencias familiares que estropean la socialización afectiva de miles de personas alrededor del orbe. Ante estas circunstancias, en la inmensa mayoría de los casos, la magnitud de la pena no gravita cuando los delitos se cometen, sino cuando son objeto del Estado punitivo¹⁵⁰.

Las penas privativas de la libertad fueron la respuesta de la modernidad contra la bestialidad del derecho penal anterior y, sin embargo, adolecen de muchos inconvenientes: sustrae al delincuente de la vida en sociedad, lo que tiene un efecto disocializador, las más de las veces irreversible y los centros penitenciarios se convierten en escuelas del crimen. La tendencia garantista y progresista del sistema penitenciario contemporáneo apunta en dos direcciones: a) limitar esta clase de penas a los delitos capitales y a los delincuentes reincidentes; y b) reducir la duración de las penas en vez de incrementarla. Las penas de media vida en la cárcel van diametralmente en contra de esta tendencia progresista. Se trata de una pena injusta y desigual, porque tiene una mayor duración para los sentenciados más jóvenes y, además, contradice los postulados éticos del liberalismo igualitario; se considera al delincuente como un medio y no como un fin en sí mismo; niega la capacidad de transformación y redención que es propia de todos los seres humanos. Ya lo dijo Ferrajoli: *el grado de dureza tolerable de las penas está ligado en cada ordenamiento*

¹⁵⁰ Palazón, María Rosa, Hernández Otañez, Rafael y Beuchot, Mauricio (coords.), *opus citatum*, p. 58-59.

al grado de desarrollo cultural alcanzado por él¹⁵¹. Una sociedad democrática es aquella en la que la dignidad de todos -incluidos los delincuentes- está por encima de los poderes y, por esto, en la que se privilegia la política de la prevención del delito, antes que la penalización y el castigo¹⁵².

5.1. La figura del juez en la ejecución de sanciones.

El grado de democratización de un Estado, en otras palabras, el grado de su desarrollo como Estado de derecho, puede ser medido si damos un vistazo a su proceso penal, la fase de ejecución de una sanción es tópico medular y adquiere relevancia trascendental, ya que es en ese momento cuando se ejerce el poder punitivo estatal con mayor vigor y desenfado, en este tenor, Gabriel Bombini asevera: ...por lo tanto, más que nunca los conceptos jurídicos que se desarrollen deben construirse sistemáticamente en función de los principios de respeto y dignidad de la persona... y conforme al esquema de principios fundamentales de ellos derivados que forman el marco normativo constitucional para la aplicación de las penas con el objeto de minimización de la violencia estatal¹⁵³.

Desde la óptica del procedimiento penal de nuestro país, el modelo pretérito establece que la ejecución de las penas corresponde principalmente a las autoridades administrativas, lo que conlleva diversos problemas, como lo son: los amplios márgenes de discrecionalidad de las autoridades ejecutivas penitenciarias; lo poco diáfanos que son sus procesos de operación; la carencia de recursos humanos, financieros e infraestructura del sistema penitenciario mexicano; una sobrepoblación preocupante. La situación actual de nuestras cárceles debe ser considerada indigna de la condición humana, máxime si hablamos de alimentación, salud y asistencia sanitaria, género y situación social en particular, todo esto se vuelve aún más

¹⁵¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2006, p. 267.

¹⁵² Palazón, María Rosa, Hernández, Rafael y Beuchot, Mauricio (coords.), *opus citatum*, pp. 59-60.

¹⁵³ Cfr. Champo Sánchez, Nimrod Mihael y Juárez Bribiesca, Armando, "El juez de vigilancia de ejecución de sanciones", *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, cuarta época, número 18, noviembre-diciembre 2010.

alarmante si consideramos que en las prisiones hay más gente en prisión preventiva que sentenciadas.

Una forma con la que se intentó sanar estos problemas es la figura del juez de sanciones, después de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, que modificó, entre otros, el artículo 21, para quedar de la siguiente manera: La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo el mando y la conducción de aquel en el ejercicio de esta función. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial. La imposición de penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

En términos de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, el juez de ejecución de sanciones será aquel competente para conocer de los procedimientos en etapa de ejecución de sentencias¹⁵⁴ contenidos en la presente Ley¹⁵⁵, asimismo, en su arábigo noveno, se estatuyen las atribuciones que tendrán los administradores de justicia en este tenor, a saber:

- I. Hacer cumplir, sustituir, modificar o declarar extintas las penas o medidas de seguridad;
- II. Sustituir de oficio la pena de prisión por externamiento, a partir de que el Juez tenga conocimiento de la procedencia o a petición de parte, cuando fuere notoriamente innecesario que se compurgue, en razón de senilidad o el precario estado de salud del sentenciado; o sea posible realizar ajustes razonables para que el condenado con discapacidad compurgue la pena en condiciones conformes con los principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al efecto, el Juez de Ejecución se apoyará siempre en al menos dos dictámenes de peritos;
- III. Librar las órdenes de reaprehensión que procedan en ejecución de sentencia;

¹⁵⁴ Para los términos de esta Ley, deberemos entender a la etapa de sentencia a aquella que toma existencia desde la sentencia que condene al imputado, hasta la finalización de esta.

¹⁵⁵ Artículo octavo de la ley en comento.

- IV. Resolver, necesariamente en audiencia oral, en los términos de la presente Ley y supletoriamente, conforme al Código de Procedimientos Penales, todas las peticiones y planteamientos de las partes, relativos a la revocación de cualquier sustitutivo o beneficio concedido a los sentenciados por cualquier autoridad jurisdiccional; de igual manera procederá en los casos en que deba resolver sobre beneficios penitenciarios mediante el programa de monitoreo electrónico a distancia, y de todas las peticiones que por su naturaleza o importancia requieran debate o producción de prueba;
- V. Resolver sobre las solicitudes de traslación y adecuación de la pena o medida de seguridad;
- VI. Determinar, cuando se impongan dos o más penas de prisión en sentencias diversas, el cumplimiento sucesivo de las mismas, estableciendo el cálculo correspondiente;
- VII. Vigilar el cumplimiento de cualquier sustitutivo o beneficio relacionado con las penas o medidas de seguridad impuestas en sentencia definitiva;
- VIII. Ordenar, previo aviso del Centro Penitenciario, con cuando menos cinco días hábiles previos al compurgamiento, la cesación de la pena o medida de seguridad, una vez transcurrido el plazo fijado en la sentencia ejecutoriada; IX. Resolver todo lo relacionado con la reparación del daño;
- IX. Entregar al sentenciado que lo solicite, su constancia de libertad definitiva;
- X. Rehabilitar los derechos de los sentenciados una vez que se cumpla con el término de suspensión señalado en la sentencia, en los casos de indulto o en los casos de reconocimiento de inocencia;
- XI. Autorizar traslados de sentenciados a los diversos Centros Penitenciarios.
- XII. En los casos en que se ponga en riesgo la seguridad integral de los Centros Penitenciarios, la del sentenciado y por urgencia médica, el Titular de la Subsecretaría del Sistema Penitenciario será quien suscriba el traslado, enviando informe al Juez de Ejecución, en el que se expresen los motivos que dieron origen a dicho traslado, mismo que a juicio del juez podrá ser revocado con la debida motivación y fundamentación, en los casos en que este determine perjuicio al sentenciado.
- XIII. Designar a la Subsecretaría de Sistema Penitenciario los lugares en que los sentenciados deban extinguir las sanciones privativas de libertad;

- XIV. Otorgar el beneficio de medidas de protección y seguridad que se indican en el artículo 48 de la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y
- XV. Las demás atribuciones que esta Ley y otros ordenamientos le confieran.

Uno de los motivos por los cuales los jueces de ejecución de sentencias son dotados de este tipo de atribuciones es el de buscar un contrapeso que equilibre el juego de poder público entre el poder Ejecutivo y el poder Judicial, ya que se ha visto una disminución de conductas que perjudican al sistema penitenciario cuando un órgano jurisdiccional, y no uno administrativo, despliega discrecionalmente estas funciones de derecho penitenciario. Los jueces tienen superiores jerárquicos que revisan la legalidad y la constitucionalidad de sus actos de autoridad cada vez que una de las partes advierte alguna irregularidad en su actuar y esto permite que nos acerquemos a un control más eficaz de la constitucionalidad, la convencionalidad y la legalidad de los actos de las autoridades judiciales penitenciarias.

Es evidente que habrá violaciones a los derechos humanos, como las estadísticas y los hechos lo muestran, pero estas serán menos frecuentes por las razones *supra* expuestas, aunque hay que ser certeros en este tópico: difícilmente habrá juez que oficiosamente realice modificaciones en pro del reo, es decir, los abogados de las partes, en la mayoría de los casos tendrán que hacerle notar al juez las circunstancias que razonablemente pugnen por darle un trato benévolo al prisionero.

De esta forma es importante diferenciar el juez sentenciador del juez de ejecución: este es quien tiene conocimiento de la causa penal después de emitida una sentencia condenatoria, y aquel será el que haya dictado la misma sentencia. Otro órgano que es imprescindible señalar es el conocido como Unidad de Atención Integral¹⁵⁶, que coadyuva a los órganos jurisdiccionales en materia penal y estarán constituidos por expertos en medicina, psicología, psiquiatría, pedagogía, trabajo social, criminología, sociología y las demás profesiones que por su propia naturaleza sirvan como elementos que compartan sus conocimientos con la disciplina penitenciaria en orden a que las penas sean llevadas a cabo desde la óptica multidisciplinaria para un mejor despacho de las actuaciones judiciales, tanto en los expedientes técnicos como en la evolución que pudiese tener el sentenciado cautivo, todo esto siguiendo un régimen

¹⁵⁶ Arábigos 23 y 24 de la ley analizada.

de tratamiento progresivo y fomentando en el prisionero capacidades de reinserción social.

Existe también una forma de socializar al sentenciado con una pena que se conoce por la ley en cita como *reclusión domiciliaria mediante monitoreo electrónico a distancia*, que consiste en el beneficio para ejecutar la sanción penal hasta en tanto se alcance el beneficio de tratamiento preliberacional, y tendrá por finalidad la reinserción social del sentenciado con base en el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte. Este es considerado como uno de los beneficios más importantes en cuanto a tratamiento penitenciario, ya que el reo puede ser vigilado mientras está cautivo en su domicilio, trabaja y es útil para el desarrollo económico del país y además se encuentra en posición de resocializarse porque no estará aislado. Los requisitos para ser beneficiario de este medio de control de criminalidad serán los siguientes¹⁵⁷:

- I. Ser primodelincuente;
- II. Que la pena privativa de la libertad sea menor a cinco años y menor a diez años de prisión;
- III. Que le falten por lo menos dos años para obtener el beneficio de tratamiento preliberacional;
- IV. Cubra en su totalidad la reparación del daño;
- V. Obtener resultados favorables en los exámenes técnicos que se le practiquen;
- VI. Compruebe fehacientemente contar en el exterior con un oficio, arte o profesión o exhiba las constancias que acrediten que continúa estudiando;
- VII. Cuento con aval afianzador;
- VIII. Acredite apoyo familiar;
- IX. Cubra el costo del dispositivo electrónico de monitoreo, en términos del Reglamento de esta Ley, y
- X. Las demás que establezca el reglamento de la presente ley.

Nos parece imprescindible que los abogados defensores estén enterados de este tipo de beneficios que no van sólo en pro del cautivo, sino también para la economía nacional y el desarrollo del país.

Asimismo, existe un diferente beneficio penitenciario es el que está establecido en el arábigo 34 de la ley en comento, consistente en el *Tratamiento preliberacional*

¹⁵⁷ Artículo 31 del compendio dogmático en comento.

que se otorga al sentenciado después de haber cumplido una parte de la sanción que le fue impuesta, a través del cual queda sometido a las formas y condiciones de tratamiento propuestas por el Consejo Técnico Interdisciplinario y autorizadas por el juez de ejecución. El tratamiento preliberacional comprenderá tres aspectos: 1. La preparación del sentenciado y su familia en forma individual o grupal acerca de los efectos del beneficio; 2. La preparación del sentenciado respecto de su corresponsabilidad social; 3. Concesión de salidas grupales con fines culturales y recreativos, visitas guiadas supervisadas por el personal técnico.

Los requisitos para el otorgamiento de este beneficio son los siguientes:

- I. Cuando haya cumplido el cincuenta por ciento de la pena privativa de libertad impuesta;
- II. Ser primodelincuente;
- III. Que acredite los estudios técnicos que le sean practicados por el Centro Penitenciario;
- IV. Haber tenido buena conducta durante su internamiento;
- V. Haber participado en el tratamiento técnico progresivo a través de las actividades educativas, recreativas, culturales y deportivas organizadas por el Centro Penitenciario;
- VI. Haber cubierto reparación del daño, en su caso; y,
- VII. No estar sujeto a otro proceso del fuero común o federal.

Otro beneficio establecido en la ley sujeta a análisis es la *Libertad preparatoria*, que es concedido por el juez de ejecución antes de cumplir la pena privativa de libertad, a los internos sentenciados que se encuentren bajo los supuestos previstos en dicha Ley, este beneficio podrá ser otorgado al sentenciado que tenga sentencia ejecutoriada de privación de la libertad por más de tres años, y satisfaga los requisitos siguientes:

- I. Que haya cumplido las tres quintas partes de la pena de prisión impuesta;
- II. Que haya acreditado plenamente, durante su estancia en prisión, los estudios técnicos que le sean practicados por el Centro Penitenciario;
- III. Que adopte, en el plazo que mediante resolución le establezca el Juez de Ejecución un modo de vida honesto; y,
- IV. Que tenga cubierta la reparación del daño.

Este beneficio operará siempre y cuando el sentenciado no esté sujeto a otro u otros procesos penales del fuero común o federal o haya sido condenado por

sentencia ejecutoriada, por delito doloso y de la misma inclinación delictiva y no se le haya concedido el tratamiento en externación de reclusión domiciliaria de monitoreo electrónico y/o algún beneficio de libertad anticipada y se encuentren vigentes o que alguno de éstos le hubiese sido revocado.

La *Remisión parcial de la pena* es un beneficio otorgado por el Juez de Ejecución y consistirá, en que, por cada dos días de trabajo, se hará remisión de uno de prisión, siempre que se reúnan los requisitos siguientes:

- I. Que el sentenciado haya observado durante su estancia en prisión buena conducta;
- II. Que participe regularmente en las actividades laborales, educativas, deportivas o de otra índole que se organicen en el Centro Penitenciario; y,
- III. Que con base en los estudios técnicos que practique el Centro Penitenciario, pueda determinarse la viabilidad de su reinserción social. Este será el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los dos requisitos anteriores.

Todas estas atribuciones engendran un gran cambio normativo de nuestro sistema jurídico, sin embargo, si partimos de la idea de que el derecho es hecho, valor y norma a la vez, colegimos que a nivel fáctico los cambios en la legislación no se han visto reflejados del todo, por lo que la percepción de lo logrado es bastante desalentadora.

5.1.1. Juez de ejecución de sanciones a nivel legislativo.

Desde que le Diario Oficial de la Federación publicó la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia el dieciocho de junio de 2008 se establece que solamente los jueces podrán imponer o modificar las penas, en el tercer párrafo del 21, para quedar como sigue: La imposición de penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial. Así se sientan las bases para el juez de ejecución de sanciones en nuestro país, pero no debemos dejar de resaltar el artículo *quinto* transitorio del decreto de reforma, que establece un plazo máximo de tres años para la entrada en vigor de esta reforma, dejándole libertad a la legislación secundaria en reglamentar estos temas.

5.1.2. La ejecución de sanciones como etapa del sistema penal acusatorio.

El arábigo 20 de nuestro pacto federal establece que el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Con base en esta disposición constitucional, entendemos que la ejecución es la última de las etapas del proceso acusatorio, por lo tanto, creemos que este tópico debe formar parte de la ley adjetiva en materia penal y no versar en leyes locales como lo está hoy, ya que eso ocasiona confusiones al momento de aplicar la ley.

5.2. Una política criminal democrática y legítima para llegar a la reinserción social.

Este arduo trabajo requiere que primeramente echemos a la mesa una definición eficaz de política criminal, para lo cual nos serviremos de los conceptos de algunos autores y uno genérico para no entrar en discrepancias ontológicas o deontológicas, ya que este término se utiliza desde el siglo XVIII y es uno de esos que evoluciona rápidamente con el paso de los lustros, sin embargo, podremos comenzar con la idea general de política criminal para conocerla como aquel conjunto de normas, principios y directrices obtenidos del estudio del delito, del delincuente, de la pena y, en su caso, de las medidas de seguridad tomadas en la lucha contra la delincuencia, tanto en el aspecto preventivo como el represivo.

Heinz Zipf, jurista alemán y autor de la obra: *Introducción a la política criminal*, establece que la política criminal es la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal; por su parte, el reconocido jurista y político alemán Franz von Liszt, define a la política criminal como un conjunto sistemático de conceptos fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, a partir de los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito a través de la pena y de las instituciones que se relacionen con esta¹⁵⁸.

Asimismo, Mezger, teórico penal y criminólogo alemán, concibe a la política criminal, de forma genérica, como todas aquellas medidas estatales que sirven tanto para la prevención como para la represión del delito¹⁵⁹. Por otro lado, Hans Heinrich

¹⁵⁸ Cfr. Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 4ª. Ed., traducción de Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, t. III, *passim*.

¹⁵⁹ Cfr. Mezger, Edmund, *Derecho penal, parte general*, sexta edición, traducción de Ricardo C. Núñez, España, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, *passim*.

Jescheck establece que la política criminal se encarga de la forma en que debe configurarse el derecho penal para cumplir con su misión de proteger a la sociedad y para lograrlo deberá analizar las causas del delito, los elementos integrales de los tipos penales y los efectos que causan las sanciones penales¹⁶⁰. Para Jescheck, profesor de la universidad alemana de Freiburg, nuestra materia estará delimitada por tres principios: culpabilidad, Estado de derecho y humanismo.

El principio de *culpabilidad* se refiere a que solamente podrá sancionarse a una persona cuando la conducta desplegada por esta sea reprochable, por ende, la pena supone culpabilidad y aquella no puede superar la medida que le marca la culpabilidad.

El *Estado de derecho* será el rector de autoridad estatal que es competente para ejercer el *ius puniendi*; de manera formal deberá velar por garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, para evitar los abusos, materialmente configurará el contenido del derecho penal para corresponderse lo más posible con la cuasi-utópica idea de Estado justo.

En la mentalidad de Jescheck, el *humanismo* dota al derecho penal de las bases para su aplicación, apoyado en la solidaridad recíproca, en la responsabilidad social para con los reincidentes, de la libre disposición hacia la ayuda y la asistencia social y, desde la óptica de nuestro tópico principal, una decidida voluntad de recuperar a los delincuentes y condenados.

Existe también otro aclamado autor que parte del concepto de Liszt pero indica que la política criminal es aquella disciplina que posee los métodos adecuados en un sentido social para luchar contra el delito, es decir, cumple con la misión social del derecho penal, mientras que al derecho penal, en el sentido jurídico de la palabra, le corresponde la función liberal del Estado de derecho, asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque o restricciones del Estado.¹⁶¹

¹⁶⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal, parte general*, tercera edición, traducción de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, volumen I, pp. 17, 18 y ss.

¹⁶¹ Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, segunda edición, traducción de Francisco Muñoz Conde, Argentina, Hammurabi, 2002, pp. 32, 33 y ss.

Roxin tomará su distancia respecto del pensamiento de Liszt al afirmar que las cuestiones político-criminales no deben penetrar en la dogmática, pues no es posible escindir la dogmática penal de la sistemática de la política criminal, no podemos pensar que los resultados logrados en la teoría sobre la criminalidad nos van a llevar en la práctica a resultados predeterminados e inequívocos, ya que por ser estas dos disciplinas que se ocupan del comportamiento social, no podemos hacer predicciones certeras respecto de los resultados. Esto significa que en cada caso concreto debemos dejar que el juez abandone el automatismo -silogismo jurídico-, y se use la política criminal para adaptar la norma a cada caso concreto. Un derecho penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible, es decir, tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de derecho con las de un Estado social. El Estado de derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de nuestra sociedad, algo que nuestro Tribunal Constitucional Federal ha caracterizado a través del concepto de *funcionalidad de la justicia penal*.

En este sentido, la política criminal será el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetos que regulan la coerción penal y forman parte del conjunto de la actividad política de una sociedad. Es entonces cuando se hace necesario confrontar a las dos escuelas que teorizan sobre la pena: la *escuela clásica*, que mantuvo siempre el criterio legitimador de la justicia a través de las *teorías absolutas de la pena*, mientras que la *escuela positiva* proponía como único criterio para legitimar a la pena el de la utilidad, expresándolo por medio de las *teorías relativas de la pena*; pero estas teorías, que más que teorías son axiomas o principios, no se preocupan de la ontología de la pena sino que se plantean la pregunta: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?, y la respuesta ineludible es justicia y utilidad.

Así, encontramos que las teorías que intentan explicar el fin de la pena, son tres:

5.2.1. Teorías absolutas o retribucionistas.

Sus principales promotores son Kant y Hegel y su principal punto de vista es que la pena constituye un fin en sí mismo, entonces se castiga porque se debe castigar, porque es necesario, ya sea como una retribución de carácter moral, ético o jurídico, y esta teoría no se preocupa por justificar la existencia de la pena, si no que afirma

que su solo existencia *per se* es suficiente para justificarse, por ello no puede considerarse como un medio para ulteriores fines, por ello es *absoluta*, porque el efecto de la pena está desvinculado a su efecto social -*lat. Absolutas = desvinculado*.¹⁶²

Así, al no encontrar el sentido de la pena en la persecución de un fin socialmente útil, lo encuentra mediante la imposición de un mal que merecidamente se le retribuye. Para esta teoría el sentido de la pena consiste en que la culpabilidad del autor del hecho delictivo sea compensada mediante la imposición de un mal penal; porque debe imperar la justicia. Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimación de la pena, propia de los Estados absolutistas, que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él, indispensable para el desarrollo posterior del capitalismo, entendiéndose por expiación una actividad anímica del penado, de carácter moral, para hacer catarsis en su interior por virtud del arrepentimiento experimentado después del castigo.

Hegel es considerado como el máximo defensor de la fundamentación jurídica de esta teoría, ya que afirmaba que el carácter retributivo de la pena tiene una base jurídica, ya que se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la voluntad general, representada por el orden jurídico, que resulta negada por voluntad especial del delincuente y así la pena no persigue fines preventivos, intimidatorios o correccionales. Por su parte, quien aporta la fundamentación ética a estas teorías es el filósofo Immanuel Kant, quien afirma que el hombre es un fin en sí mismo, aquí la ley se presenta como un *imperativo categórico*, una exigencia incondicionada de la justicia y libre de toda consideración utilitaria; también nuestro autor afirmaba que el castigo debe ser equivalente al delito y la pena es un fin y no un medio para otra cosa.

También nos encontramos con una fundamentación religiosa basada en dogmas impuestos por las diferentes religiones que parten de la correlación entre las exigencias religiosas de justicia divina y la función de la pena, y tales concepciones parten de la arraigada idea de la venganza humana.

5.2.2. Teorías relativas o preventivas.

¹⁶² Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, 2011, Flores Editor y Distribuidor, *passim*.

La *escuela positiva* realiza sus propuestas respecto de la pena expresándolas a través de las teorías relativas o también llamadas de la prevención. Teorías que se caracterizan por considerar a la pena un medio para alcanzar una *meta*, que puede ser la prevención, la rehabilitación, la reinserción o la defensa social, y resaltan que sería inhumano e incluso absurdo aplicar una pena sin perseguir una finalidad.¹⁶³

Se posiciona una idea contraria de las teorías absolutas en *quia peccatur est*, esto es, sólo porque se ha delinquido, estableciendo que, en las teorías relativas, la pena se *imponen ut ne peccetur*, es decir, para que no se delinca. La formulación más antigua de esta teoría se le atribuye a Séneca, quien, con base en el Protágoras de Platón, afirmó *Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, que significa que ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque¹⁶⁴.

Estas teorías procuran legitimar la pena mediante la obtención de determinado fin, o por lo menos la tendencia a obtener este fin, basando su criterio legitimador en la utilidad de la pena y en donde su fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados.¹⁶⁵

En esta tesitura, se puede afirmar que las teorías retribucionistas o absolutas de la escuela clásica miran al pasado, porque parten de bases religiosas, éticas o idealistas y las teorías relativas o preventivas miran al futuro porque toman como piedra angular el hecho de que la pena es necesaria para el mantenimiento del orden social y de ciertos bienes sociales para la realización del desarrollo, en este sentido, la pena se erige como un instrumento para prevenir delitos futuros.

5.2.2.1. Teoría de la conservación del pacto social.

Como máximo exponente de esta teoría encontramos a Juan Jacobo Rousseau, el cual afirmaba que el objeto de la pena es la conservación del pacto social, es decir, que el contrato social tiene como único fin la conservación de los contratantes. La

¹⁶³ Fernández Muñoz, Dolores E., "La función de la pena", *Revista de Derecho Comparado*, México, UNAM, p. 963.

¹⁶⁴ Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Las teorías de la pena*, Guanajuato, México, p. 20, disponible en: <http://usic13.ugto.mx/derecho/pdfs/BIJ/BOLET46.pdf>.

¹⁶⁵ Cfr. Benavente Chorres, Hesbert, *opus citatum*, p. 29.

teoría contractualista dogmatiza que el orden social no es un derecho que viene de la naturaleza y, por el contrario, está fundado en convenciones; así, la pena es una reacción defensiva para la conservación del pacto firmado, ya que el delito coloca al interno fuera de la protección del orden social y el delincuente se convierte entonces en un traidor a este pacto.

5.2.2.2. Teoría de la prevención general.

Esta no va enfocada al delincuente, sino que atiende mayormente a la sociedad y su responsabilidad frente al delito, y se subclasifica en positiva y negativa.

La teoría de la *prevención general negativa* tiene su origen científico en Feuerbach, quien concibe a la pena como una amenaza que, por medio de las leyes, es dirigida a la sociedad con el objeto de limitar el peligro derivado de la delincuencia latente en una sociedad; esta coacción abstracta se concretiza mediante una sentencia condenatoria, en términos generales, cuando el juez anuncia a toda la sociedad lo que a cualquier miembro podría sucederle si despliega la misma conducta, esto es, que la consecuencia del delito recae sobre la generalidad de la población.

De ahí que se le conozca a esta teoría intimidatoria, es por eso que esta teoría es de corte psicológico, que Feuerbach resalta, la prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psicológica o interna, que en los casos en que se conculque el derecho penal se ejerza un influjo motivador o inhibitorio.¹⁶⁶

Para el maestro Heinz Zipe, la prevención general negativa como reinserción social, pasa de la intimidación negativa al positivo fortalecimiento y al mantenimiento de la confianza del derecho en la integración social, por lo tanto, se da a través del cumplimiento de la prevención de integración social.¹⁶⁷

La *teoría de la prevención general positiva*, a la que también se le conoce como *integradora* o *estabilizadora*, y lo único que la diferencia de la teoría de la prevención general negativa es su fin.

¹⁶⁶ Jiménez Martínez, Javier, *La ejecución de penas y medidas de seguridad en el juicio oral (ensayos de recopilación para una antología*, México, Raúl Jiménez Carro Editorial, 2012, col. Juicio Oral, p. 100.

¹⁶⁷ Cfr. Benavente Chorres, Hésbert, *opus citatum*, p. 30.

Si bien puede manifestarse por la vía intimidatoria y fortalecer el derecho frente a la colectividad, como se postula en la prevención general negativa, que tiene por fin conservar el orden o conservar el derecho; para Kaufman esta teoría encuentra tres metas:

- Una función informativa, que advierte al ciudadano sobre los operadores deónticos prohibitivos y permisivos.
- La función de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y ser capaz de ejercer control social.
- Y por último la idea de fortalecer en la población una conducta de respeto a la ley penal.

En este contexto podemos destacar que el destinatario de la pena no es el infractor potencial, ni mucho menos el delincuente, sino el ciudadano honesto que cumple las leyes y la opinión pública al mismo tiempo, cuya confianza en el sistema es la que hay que fortalecer.¹⁶⁸

Esta prevención general positiva materializa tres efectos: el aprendizaje social, la confianza y la pacificación. El aprendizaje social orbita en torno a la idea de la pedagogía social por la mera actividad de la justicia penal, es decir, algún miembro de la colectividad conoce de un proceso penal y se entera por algún medio de información que alguien que cometió un delito, fue reprimido por el estado; la confianza de la sociedad estriba en el hecho de que la sociedad está tranquila respecto de la función estatal, esto es, los miembros de esta sociedad teórica tienen certeza de que el Estado castigará a cualquiera que conculque la norma jurídica; por último, la pacificación, esta idea que se persigue utópicamente, en la que se ve a una sociedad que hace conciencia jurídica y queda tranquila en razón de la sanción y la seguridad y eficacia con que esta se materializa, asimismo, la pacificación enarbola la bandera blanca con el autor del delito, ya que una vez cumplida su sanción deja de haber conflicto entre la sociedad y el autor de la conducta típica, antijurídica y culpable.

La prevención general positiva como prevención-integración, propuesta por Jakobs, se refiere a que la pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad del derecho, de ahí que la elaboración conceptual penal se realice con base en exigencias preventivo generales. Jakobs, de la mano de Luhmann, expresa que la pena confirma la identidad

¹⁶⁸ *Ibidem*, pp. 31-32.

normativa de la sociedad, es decir, que su fin último es reafirmar la vigencia de la norma.

Esta teoría, en general, es atribuible al modelo tecnocrático, legitimador y acrítico, ya que el eje toral de la pena pasa de la subjetividad del individuo al mundo de la axiología, al sistema y a las expectativas institucionales, y elude así cualquier reflexión crítica ajena a la funcionalidad del castigo para el sistema penitenciario.¹⁶⁹

El maestro Sánchez Galindo resalta que la importancia en el funcionamiento del sistema de justicia penal estriba en tres momentos: procuración de justicia, impartición de justicia y la ejecución de la pena. Siendo que a la pena le ha sido asignada la función de prevención general que dada su ejemplaridad inhibe la realización de conductas delictivas, y de prevención especial que segrega y readapta al que cometió delitos.¹⁷⁰

5.2.2.3. Teoría de la prevención especial.

La teoría de la prevención especial es también conocida como *prevención individual*; referimos que es totalmente contraria a la prevención general y en esta teoría podemos establecer como máximo exponente del pensamiento penal de la escuela alemana, Franz von Liszt.

Aunque también esta teoría es desarrollada por el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social, cuyo denominador común es la afirmación de que el fin de la pena está dirigido exclusivamente a la persona que cometió el delito, esto es, que el fin de la pena es la prevención dirigida al autor individual.

En la *teoría de la prevención especial positiva*, la finalidad de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles o evitar reproducción de patrones criminales, procurando readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización; así, la necesidad de la prevención especial es lo que legitima la pena y, por lo tanto, esta sería justa, de aquí que se haga referencia a ella como *relativa*, porque su finalidad va

¹⁶⁹ *Ibidem*, p.33.

¹⁷⁰ Sánchez Galindo, Antonio, "Seguridad pública y prisiones en México", *Penitenciarismo (la prisión y su manejo)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penal (Inacipe), 1991, p. 646.

dirigida a evitar el delito, la concepción de este argumento se encuentra influenciada por el determinismo, ya que no admite la libertad de la voluntad y niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

En esta moderna orientación de la prevención especial se encuentran como partidarios a Bacigalupo, Jean Vallejo y José Cansino, los cuales afirman que el fin principal de la pena es la reeducación o la reinserción social del delincuente.

Para la escuela positiva italiana, que ha centrado su atención en el delincuente, y entre cuyos principales exponentes encontramos a Lombrosio, Ferri y Garófalo, han concebido al delito como un hecho natural y social, y llegan a la conclusión de que el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz, por esa razón debe ser reemplazada por las medidas de seguridad.¹⁷¹

Sin embargo, para la escuela sociológica alemana, representada por Von Liszt,¹⁷² se establece que la finalidad de la pena debe determinarse en función de las distintas categorías de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor, considerando que la eficacia de la incriminación exige ella se adapte a cada sujeto, así es como este autor hace una clasificación de los delincuentes, quedando de la siguiente manera:

- Delincuentes recuperables o habituales, en donde el fin de la pena es de prevención especial, cuya finalidad es la inocuización del delincuente no capaz de corrección; aquí la solución es privar de la libertad de por vida o de manera indeterminada.
- Principiantes de la carrera criminal, para quienes la pena cumple una función de prevención especial positiva, que consiste en la corrección del delincuente, aquí existe la esperanza de que sean salvados.
- Delincuente ocasional, aquí la pena cumple un cometido de prevención especial negativa, que consiste en la intimidación del delincuente que no necesita corrección. En esta hipótesis no se necesita una corrección sistemática, sólo debe ser una intimidatoria o una advertencia al impulso egoísta del delincuente.

¹⁷¹ Cfr. Benavente Chorres, Hesbert, *opus citatum*, p. 34.

¹⁷² Cfr. Von Liszt, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México, Universidad de Valparaíso de Chile-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 83 y ss.

La necesidad de la pena es lo que fundamenta esta teoría y su premisa mayor se establece en que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delincuentes, lo que, además, han sido parte de la mayor parte de los hechos delictivos y así poder predecir quién desplegará este tipo de conductas.

Así podemos colegir que los métodos predicativos de esta teoría se basan en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad, y así poder abordar el delito con técnicas cuantitativas y probabilísticas, recurriendo a un método estadístico que toma como base determinados indicadores y cuya cuantificación permite emitir pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos.¹⁷³

Es vital mencionar que una sociedad que quiere mantenerse en un derecho penal respetuoso de los derechos humanos y fundamentales de la persona, incluyendo los del delincuente, y quiere también conceder a todo autor del delito la oportunidad de resocialización, debe soportar de manera simultánea un riesgo para la comunidad, esto es, que cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad deba asumir el riesgo de un posible delito futuro.¹⁷⁴

5.2.3. Teorías mixtas.

A partir del intercambio de ideas respecto al verdadero fin de la pena, de las propuestas realizadas por las teorías absolutas y relativas, emergen las teorías mixtas, unificadoras o eclécticas, que consideran que estas dos teorías opuestas son insuficientes para sus fines y no lograban agotar la explicación de todas las aristas de la pena, y al efectuar una síntesis de ellas realizan sus propias propuestas.¹⁷⁵

Las teorías eclécticas parten de la hipótesis que piensa que es imposible adaptar la fundamentación desde las formas de pensar más puras; suponen una combinación de fines preventivos y retributivos e intenta recoger los elementos más positivos de cada una de las concepciones puras. Cabe mencionar que las teorías mixtas son dominantes en el derecho penal contemporáneo vigente; en esta tesitura, diversos autores consideran que su existencia deja de relieve que su existencia exhibe una crisis que exige una serie de carencias doctrinarias y legislativas armónicas para

¹⁷³ Cfr. Champo Sánchez, *opus citatum*, p. 50.

¹⁷⁴ Benavente Chorres, *opus citatum*, pp. 37 y 38.

¹⁷⁵ Champo Sánchez, *opus citatum*, p. 51.

justificar el *ius puniendi* del Estado, con todas las consecuencias de inseguridad que inundan el mundo moderno y que allí son engendradas.¹⁷⁶ Las principales teorías eclécticas son las siguientes:

5.2.3.1. La teoría retributivo-preventiva.

Esta teoría es atribuida a Nowakowski, a Welzel y a Kaufmann, autores que piensan que la pena persigue, a la misma vez, el fin de retribuir el delito como un suplicio al delincuente por la acción cometida y el fin de prevenir que futuros delitos sean cometidos.

5.2.3.2. La teoría diferenciadora.

Teoría en la que encontramos como principal autor a Schmidhäuser, para quien la pena hace las veces de fin en la lucha contra el delito y medio adecuado para hacer posible la convivencia, manteniendo la comisión de crímenes dentro de los límites socialmente tolerables.¹⁷⁷ Schmidhäuser afirma que la pena es necesaria para la convivencia social; de esta manera, Schmidhäuser orienta su teoría en los siguientes conceptos:

- a) *Prevención general*: entendida como una función realista de la pena, en la cual la colectividad, ante el castigo de los delincuentes por los delitos cometidos, en muchos casos se inhibirá de la ejecución de delitos, pero no como el único medio posible para la comisión de delitos, sino como medio para reducir la delincuencia a niveles que hagan posible la convivencia.
- b) *Prevención especial*: que no permite configurar la concepción de la pena con la sola consideración al fin de lograr la prevención específicamente de cada sentenciado en lo individual.
- c) *Sentido de la pena*: entendiendo que la pena, en tanto se justifica por su necesidad, tiene un sentido diferente para cada uno de los intervinientes en el proceso punitivo, para el legislador, con miras de prevención general la pena sirve para la defensa colectiva, para los órganos encargados de la persecución

¹⁷⁶ Benavente Chorres, *opus citatum*, p. 38.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 44.

de delitos, que deben cumplir con la función del esclarecimiento del delito y puesta del delincuente a disposición de los tribunales, regidos por el principio de igualdad, para el juez, con criterios de justicia y de prevención especial, que debe perseguir una pena justa, tomando en cuenta el hecho cometido con las otras penas, y para los funcionarios de las prisiones, que deben otorgar a la ejecución de la pena la finalidad de ayudar al condenado para aprovechar el tiempo de cumplimiento a través de la resocialización.¹⁷⁸

5.2.3.3. La teoría dialéctica de la unificación o unificadora.

Esta teoría es propuesta por Claus Roxin, aunque anteriormente planteada por Beccaria, quien legitima la pena por virtud de la prevención general, la retribución y la prevención especial, cada una centrada en una instancia diferente,¹⁷⁹ similarmente a la manera de pensar de Roxin el cual parte de la idea de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo, puesto que las normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio; de ello resulta que la prevención especial y general deben figurar conjunta, simultánea y equilibradamente como fines de la pena, excluyendo a la retribución como fin de la sanción punitiva, según nuestro autor, el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: *amenazando, imponiendo y ejecutando penas*. Esta teoría es perseguida igualmente por Muñoz Conde, quien también explica a la teoría en sus tres fases: la amenaza penal, cuando el legislador tipifica una conducta, pero si esta llega a ser desplegada, su autor debe cumplir la pena prevista para ese hecho, aquí predomina la idea retributiva, y finalmente en la ejecución de la pena, principalmente en una privativa de la libertad, la idea se prevención especial; así se logrará la integración armónica, progresiva y racional de los tres estados del *ius puniendi*, y así se superan los peligros propios de cada teoría.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Champo Sánchez, *opus citatum*, pp. 53-54.

¹⁷⁹ Botero Bernal, Andrés, “La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2001-2002, p. 201.

¹⁸⁰ Champo Sánchez, *opus citatum*, p. 54.

Conclusiones.

1. De las estadísticas oficiales expuestas en el apartado 1.1. concluimos que, a partir de los estudios estadísticos mencionados, queda ampliamente demostrada la realidad fáctica del sistema penitenciario mexicano y a partir de esto poder estudiar su comportamiento como fenómeno jurídico y social.
2. El sistema penitenciario puede ser entendido como el tratamiento y control institucional que el Estado contemporáneo hace sobre la criminalidad de su población.
3. El sistema penitenciario *progresivo* es aquel que está implementado legalmente en nuestro país y es el más aceptado por los modernos penitenciaristas y por la criminología ya que establece parámetros clínicos y médicos para una correcta individualización del tratamiento penitenciario.
4. Dentro de las cárceles la personalidad de la población es alterada de forma negativa por la proliferación institucional de la violencia, el hacinamiento, las enfermedades, el aislamiento y el castigo vengativo como fenómeno social que se refleja en las políticas criminales del Estado mexicano.
5. Las prisiones en México, en lugar de aportar seguridad jurídica sobre la situación que vive su población, se vuelve un mundo de inseguridad social, un lugar donde impera la violencia, tanto por parte de las autoridades carcelarias, como la dominación y delitos que existen entre los internos.
6. Las cárceles no alejan a los delincuentes del delito del que fueron imputados, todo lo contrario, la norma general es que quien ya ha estado en la cárcel, con mucha probabilidad, reingresará al círculo vicioso de la criminalidad carcelaria, ya que las cárceles son escuelas de crimen.
7. La violencia física, psicológica y simbólica que se vive todos los días en nuestro sistema penitenciario no ayudan en la socialización de los internos, hace todo lo contrario, se vuelve factor criminógeno.
8. En el año 2008, cuando se adoptó por el constituyente mexicano el término de reinserción social, se dejó de lado la insistencia en las categorías morales y psicológicas previas que establecía el Pacto Federal.
9. El sistema penitenciario nacional actual, entiende al autor de un delito como una persona desintegrada o meramente desinsertada de la sociedad, es decir, la

interiorización ética que nos impone la sociedad en la que nos desenvolvemos, no siempre opera con todos nosotros.

10. La implementación del término *reinserción social* abre la puerta a entender que las normas penales están dirigidas a personas cuerdas, que son susceptibles de ser intimidadas por la normatividad penal.
11. Los medios que establece la Constitución Mexicana para reinsertar al delincuente son el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.
12. La reinserción social significa volver a encauzar al delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer el delito, una forma de reacción a los esquemas y valores de la sociedad a la que el delincuente pertenece y que no pudo en su momento interiorizar.
13. La institución penitenciaria, por su naturaleza de exclusión social, no puede incluir o readaptar a nadie a la sociedad, razón por la cual, la Constitución Federal dejó de llamarle readaptación social para comenzar a llamarle *reinserción social*.
14. Este cambio de readaptar a reinsertar tiene la importancia de que la cárcel ya no tendrá la intención de *curar* a los delincuentes, sino sólo reinsertarlos, para lo cual, según el Poder Constituyente, es necesario un castigo somático.
15. La individualización del tratamiento penitenciario es pieza medular para la lograr la eficacia funcional de la reinserción social, ya que las circunstancias de un delito dependen del caso concreto y del contexto del se hable, el problema con esta individualización es que es costosa.
16. La ley en la materia establece que el régimen penitenciario será progresivo y técnico, se dará un tratamiento especializado y basado en exámenes de personalidad, el tratamiento preliberacional se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo.
17. La vida en colectividad del ser humano requiere de la existencia de sistemas penales que castigan al miembro que decide no tomar en cuenta los axiomas de su colectividad en su toma de decisiones.
18. La prevención de los delitos no llega por la vía de la represión, sino por la vía de la transformación social.
19. La corrupción, por ser un problema institucional sistemático, juega un papel nocivo en la implementación de políticas públicas en pro de la prevención del delito no represiva.

20. La filosofía jurídica, al determinar a la justicia como el fin último del derecho, establece criterios lógicos para lograr la reinserción social, pero la falta de recursos en esta institución hace imposible que se lleven a cabo las propuestas preventivas progresistas propuestas en líneas anteriores.
21. La venganza colectiva es el principal motor del sistema penal y penitenciario y la historia lo demuestra, la justicia penal perdona, pero nunca olvida; esto nos lleva a la negación de la reinserción social, ya que si lo que se quiere es vengarse del delincuente, sólo debemos aceptarlo y no ponerle otros nombres.
22. Cualquier sistema penitenciario que quiera lograr la reinserción social de su población debe estar rodeado por un clima político democrático, y la democracia precisa un contexto libre de violencia para poder desarrollarse y el sistema penitenciario mexicano está preñado de violencia.
23. La falta de participación en la toma de decisiones en el ámbito penitenciario debilita la democratización del sistema penitenciario mexicano.
24. Los servidores públicos encargados del sistema penitenciario nacional, deben tener mecanismos que, en respeto sepulcral de los derechos humanos, permitan un ejercicio pleno en el combate de la delincuencia.
25. El endurecimiento de las penas no representa en términos estadísticos, un indicio de disminución de la criminalidad nacional.
26. Frecuentemente creemos que las cárceles alejan al delincuente del delito, pero en muchos casos, sucede lo contrario, no hay mejor lugar para empaparse de criminalidad que una cárcel.
27. La moral, como costumbre, es una de las fuentes del sistema penitenciario, tanto a nivel legislativo, como a nivel social.
28. No podemos ver al castigo como un fin ético en sí mismo, si lo hacemos atentamos contra el propio espíritu de nuestra Carta Magna y en contra de los derechos fundamentales que de ella emanan, ya que el castigo se convierte en una venganza.
29. Debemos acercarnos a ciencias nuevas e innovadoras como las neurociencias y la neurofenomenología para hacer análisis más objetivos e integrales sobre la conducta humana, en particular la conducta delictiva.
30. Dichas ciencias han demostrado en la praxis jurídica que son de gran ayuda para revelar la verdad histórica en casos penales concretos, y que los jueces puedan

añadir a sus análisis dogmáticos de estas disciplinas para emitir sentencias más justas.

31. Debemos entender mejor qué es la consciencia humana, para así poder determinar la maldad o bondad de las conductas humanas en un marco respetuoso de los derechos humanos.
32. El ser humano, como ente capaz de engendrar éticas autónomas, debe interiorizar valores éticos a lo largo de su vida, para que su conducta esté genuinamente apegada a la moral de su contexto y, por añadidura, a la ley, esto es un buen control de criminalidad.
33. El tratamiento penitenciario debe ser individualizado para que este sea efectivo.
34. El libre albedrío está sujeto al entorno que rodea al sujeto que toma una decisión, y esto influye profundamente en su conducta.
35. Factores económicos como la inflación, el desempleo o los bajos salarios son detonantes para actividad delictiva en la población que se ve afectada por estas fluctuaciones económicas.
36. Las emociones influyen profundamente en la toma de decisiones de un ser humano, al contrario de lo que se creía sobre la toma de decisiones, que era que las decisiones se tomaban con parámetros lógicos, pero nos hemos dado cuenta que estos parámetros lógicos a veces son traspasados por las emociones, es decir, no todas las decisiones se toman pensando lógicamente en sus consecuencias y esto depende de la actividad emocional y neuroeléctrica de la mente humana.
37. La construcción social de la verdad que se da a través del discurso y del poder es la encargada de la interiorización de los valores y la socialización humana.
38. Dado que la moral no procede de un razonamiento lógico en todas sus manifestaciones, debe ser cuestionada y cambiada si es necesario para el bien de una colectividad que rige.
39. Toda conducta humana viene después de una interiorización de la realidad y la realidad que vive cada ser humano es distinta de las demás.
40. La moral pública es un conjunto heterogéneo de axiomas, pautas conductuales, virtudes para la convivencia pacífica y para la organización económica y política.
41. La república, como fenómeno moral, establece que el bien común siempre estará por encima del bien particular y esta ideología permea al sistema penitenciario y la reinserción social.

42. La ideología liberal prima la libertad individual sobre la colectividad, lo genera conflicto con la república a su vez afecta al sistema penitenciario.
43. No importa cómo le llamemos a nuestra ideología política, en cualquier escenario la criminalidad es un tema medular que requiere interés por todos los integrantes de una colectividad humana.
44. Lo que aleja de la criminalidad, en la mayoría de sus manifestaciones, es la certeza del castigo, es decir, que quien tenga tentación de caminar fuera del marco de la ley, sepa que lo más probable es que sea castigado.
45. Las instituciones que detentan poder, son las que educan, socializan, interiorizan valores y establecen pautas de comportamiento.
46. La estructura concreta de la sensibilidad social determina qué conductas han de criminalizarse y qué castigos aplicar a dichas conductas.
47. La civilización de una sociedad, puede ser entendida como el aumento y diferenciación de los controles impuestos por la sociedad sobre sus individuos, así como mayor inhibición psicológica en la medida en que las normas de conducta adecuadas se vuelven más exigentes.
48. Es obligación del Estado mexicano hacer que el sentenciado adquiera aptitudes conductuales y mentales loables para volver a desenvolverse en sociedad.
49. La doctrina penal establece penas de prisión para aquellos que cometieron delitos imprudenciales, es decir, cometieron un delito, pero no querían hacerlo, siendo que estos no quisieron ni aceptaron las consecuencias nocivas de su conducta, sólo faltaron a su *deber de cuidado* y esto nos lleva a concluir que la reinserción social debería operar de manera distinta en los crímenes dolosos y los imprudenciales.
50. Reinserción social significa que el sentenciado no vuelva a delinquir.
51. Debemos tener un sistema penitenciario respetuoso de los derechos humanos para poder hablar después de reinserción social.
52. Es indispensable la individualización del tratamiento penitenciario para lograr la reinserción social dentro del sistema penitenciario mexicano.
53. Actividades como el trabajo, la educación y las actividades culturales tienden a mejorar la conducta del criminal, en orden a la no reincidencia criminal.
54. Con ayuda de las neurociencias podemos entender las posibles causas de la inadaptación y las formas de ayuda para superarlas y adquirir una nueva consciencia que le haga percibir su comportamiento pasado como algo nocivo,

que el reo acepte aquellos esquemas morales y axiomas que antes eran rechazados.

55. La moral de una sociedad determina qué conductas serán aceptadas y cuáles serán castigadas.
56. La finalidad del sistema penitenciario y la reinserción social es evitar la reincidencia criminal, objetivo que, según cifras oficiales, no se está logrando a pesar de todo el dinero del erario que recibe cada año esta institución gubernamental.
57. El castigo es un fenómeno inherente al ser humano y sirve para controlar la conducta en sociedad.
58. Emile Durkheim afirma que la solidaridad social es pieza clave para entender el castigo, la interacción social sólo puede funcionar si existe primero un marco compartido de significados y moralidades.
59. Según Durkheim, el castigo tiene como fuente de existencia la interacción social y la venganza colectiva en contra de los criminales.
60. No podemos socializar delincuentes si estos viven encerrados con peores delincuentes que cometen delitos dentro de las cárceles.
61. El castigo tiene un efecto unificador entre los miembros de una sociedad que se duelen del daño que les ha hecho aquel que conculca la ley penal y que por ese hecho se vuelve un enemigo de la colectividad.
62. El castigo engendra una cohesión sustentada en la liberación de la violencia individual en la forma de una hostilidad de grupo funcional, al cual llamamos sistema penitenciario y, por lo tanto, la hostilidad suscitada por los juicios criminales nos impide enfrentar objetivamente las causas del delito.
63. El derecho penal y penitenciario, siguiendo la doctrina neo marxista, está dado en función de los intereses de los grupos de poder que detentan los medios de producción económica de una colectividad determinada, por consiguiente, este derecho tiende a castigar a las clases sociales obreras y trabajadoras, lo cual vuelve más difícil hablar de reinserción social en un sistema penitenciario que discrimina entre imputados que portan riqueza y aquellos que no, independientemente de su culpabilidad.
64. Los juzgadores en materia penal, tendrían mayor objetividad en la emisión de sentencias si hicieran su análisis criminal tomando en cuenta fenómenos económicos como la tasa de desempleo y la inflación monetaria, ya que esto

afecta más a unos miembros de la sociedad que a otros por ser estos últimos los pocos que detentan la mayoría de la riqueza y productividad económicas de una colectividad, así es como funciona el sistema económico hegemónico de la actualidad.

65. Para Michel Foucault, el castigo se trata de un sistema de poder, regulación somática e interiorización de valores impuesto a la población.
66. El poder, como eje rector que engendra el castigo a través de su *microfísica*, establece parámetros para determinar conductas que sean proclives a castigar, y esto se comienza por controlar y vigilar el cuerpo de las personas cautivas, para después controlar la conducta de las mismas por virtud de la coerción somática y de la interiorización de axiomas impuestos, los cuales nacen de los discursos, que para Foucault son fruto de un intento de construcción social de la verdad y que, por ser producto de la mente humana carecen de objetividad y del carácter de verdades absolutas.
67. Para Foucault la cárcel no *descubrió* a los delincuentes, los *fabricó*, esto es, crea las circunstancias propicias para hacer que los sentenciados se vuelvan proclives a la reincidencia criminal. Esto vuelve a la cárcel, paradójicamente, un detonante de aquello que intenta controlar.
68. Foucault argumenta que la creación de la delincuencia es útil como estrategia de dominación política, porque sirve para separar el crimen de la política, para dividir y contraponer a las clases trabajadoras, para aumentar el miedo a la prisión y garantizar el poder y la autoridad de la policía y la representación social.
69. La conducta humana, como materia prima del derecho penal, es imprescindible para comprender la voluntad humana, ya que aquella determina esta, es por esto que surgen las neurociencias y la neurofenomenología, para describir más objetivamente el libre albedrío y entenderlo como un fenómeno permeado por las emociones y el contexto del humano que toma una decisión, al contrario de lo que se pensaba anteriormente, que las decisiones estaban fundadas únicamente en el razonamiento lógico y esto carece de verdad, ya que la *voluntad* es sólo una construcción social de la verdad que la mayoría da por hecho, pero en realidad la voluntad opera en función de elementos externos a la mente que toma una decisión, como procesos neuroquímicos, clima, contexto cultural e interiorización de valores impuestos por instituciones que detentan el

poder ideológico como los medios de comunicación masiva, la religión, el Estado o el sistema penitenciario.

70. Lo anterior incide en algo tan importante para el derecho penitenciario, como lo es la responsabilidad o no responsabilidad frente a la conducta criminal.
71. Es gracias a las técnicas de *neuroimagen* y de *resonancia magnética*, que podemos comprender con mayor cabalidad las funciones que el cerebro y el sistema nervioso central despliegan para determinar patrones de conducta, ya que gracias a esta tecnología el posible *ver* cómo es que el encéfalo opera en cuanto a actividad neuroeléctrica y bioquímica, para desarrollar fenómenos cognitivos y conductuales como la toma de decisiones.
72. La calidad del pensamiento siempre se ve reflejada corporalmente, esto hace pensar que en ausencia de emociones sociales y de los sentimientos subsiguientes, incluso en el supuesto improbable de que otras capacidades intelectuales pudieran permanecer intactas, los instrumentos culturales que conocemos, tales como los comportamientos *éticos*, *creencias religiosas*, *leyes*, *justicia*, y organización política o bien no habrían tenido lugar nunca, o bien habrían sido de un tipo de construcción inteligente muy distinto.
73. Lo cual hace pensar en un delincuente como un sujeto susceptible ser entendido como una víctima de su contexto, nunca justificar la conducta criminal, sino entender cabalmente sus orígenes para poder determinar castigos más objetivos y basados en la realidad, no meras venganzas solidarias que nos hacen ver como seres hedonistas y primitivos que usan la violencia institucionalizada para paliar problemas de difícil entendimiento.
74. Estos nuevos conceptos deben servir para reestructurar la política penal y penitenciaria de tal modo que el proceso formal de evaluación de personalidad se convierta en un auxiliar importante para el desarrollo de las sentencias, debemos fabricar instituciones especializadas y regímenes para tratar a los diferentes tipos de personalidad: infractores consuetudinarios, delincuentes culposos, ebrios, psicópatas, en general cualquier persona que en su conducta social tenga proclividad a la criminalidad.
75. El cerebro está compuesto por tres zonas de importancia capital para comprender la conducta humana desde la óptica de las neurociencias: 1. *Tronco, cerebro reptil o inferior* que incluye el tallo cerebral o cerebelo, que, como su nombre nos lo indica, se comporta de una forma parecida a los reptiles, es

instintivo, predatorio, da respuestas raudas, orienta la conducta hacia la sobrevivencia, se defiende frente a una situación; es el causante de actitudes conformistas, territoriales y rituales, en la violencia es similar a un ataque frío, 2. *Sistema límbico, mamífero o medio* formado por el tálamo, el hipocampo, el hipotálamo y la amígdala cerebral. Este sistema es el centro de las emociones y la afectividad, es responsable de los vínculos sociales y provee de necesidades como la alegría, la tristeza, la motivación; controla la temperatura, el sentido de la sed, el hambre y prepara al organismo para responder en caso de percibir dolor, presión, miedo o peligro. Uno de los tipos más generalizados de conducta agresiva es la reactiva; la violencia se manifiesta en actitudes o reacciones impulsivas, producto del enojo o la cólera incontrolable, ya que un evento amenazante o frustrante dispara la agresión, 3. *Neocórtex, isocórtex, cerebro neomamífero o superior* que es la capa neuronal que recubre los lóbulos prefrontales, especialmente el frontal. Es la parte del cerebro pensante, racional; analiza, resuelve problemas; es el del lenguaje, el de la creatividad, la planeación, del desarrollo de la conciencia.

76. Hablamos sobre la comunicación, el cerebro y su actividad porque las conductas todas, inclusive las que actualizan tipos penales, son comunicación y en términos psicosociales podemos entender al criminal dentro de los presidios para clasificarlo, clasificar su criminalidad y su pena para así poder darles un tratamiento penitenciario individualizado y con ello poder hacer eficaz la figura constitucional de la reinserción social para así, hacerla tangible y evidente.
77. El grado de democratización de un Estado de derecho, puede ser medido si analizamos su proceso penal, tanto a nivel legislativo, como a nivel fáctico y práctico, la fase de ejecución de una sanción es tópico medular y adquiere una gran relevancia, ya que es en ese momento cuando se ejerce el poder punitivo estatal con mayor vigor, y esto es un buen medidor para conocer un aspecto muy importante para la reinserción social, la democracia y su consecuente respeto a los derechos humanos de los sentenciados.
78. Tener jueces de ejecución de sanciones hace más fácil controlar la constitucionalidad y legalidad del trato que reciben los sentenciados durante su tránsito por la cárcel, y esto es mejor que tener autoridades administrativas que no tienen que rendir cuentas a superiores jerárquicos imparciales que vigilarán sus actos como autoridad penitenciaria, menor corrupción dentro del sistema de

ejecución de sanciones penales, significa mayor respeto a los derechos humanos de los internos.

79. Para que la justicia penal logre su objetivo de prevenir el delito, tiene que hacer justamente eso, prevenirlo, no reprimirlo, el Estado gasta mucho dinero reprimiendo y muy poco previniendo el delito, esto es, la política penal tiene que verse permeada por ideas preventivas en sus primeras instancias, y si estas políticas preventivas no funcionan, entonces usar la violencia del sistema penitenciario sólo última solución, además de que el castigo a una conducta criminal debe ser certero, es decir, que quien delinca no tenga duda de que será castigado por su conducta.

Fuentes.

Bibliografía.

- AZAOLA, Elena y YACAMÁN, Cristina, *Las mujeres olvidadas*, México, El Colegio de México, 1996.
- BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011.
- CHAMPO, SÁNCHEZ, Nimrod Mihael, *El juez de ejecución de sanciones en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- ESCALANTE GONZALBO, Fernando, *Ciudadanos imaginarios: memorial de los afanes y desventuras de la virtud y apología del vicio triunfante en la República Mexicana: tratado de moral pública*, México, El Colegio de México, Centro de Estudios Sociológicos, 2002.
- ESPINOSA Y GÓMEZ, Magdalena de Lourdes, *et al, Neurociencias bioética y derecho, una visión hacia la complejidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, 2017.
- ESPINOSA Y GÓMEZ, Magdalena de Lourdes, *La neurofenomenología: cuerpo-cerebro, mente-conciencia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, 2012.

- ESPINOSA Y GÓMEZ, Magdalena, “¿Qué es y para qué sirve el Derecho?”, tema presentado en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho celebrado en julio del 2003, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del Derecho*, Cáceres, Enrique, *et al.* (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm., 244, UNAM, México, 2005.
- FOUCAULT, Michel, *La arqueología del saber*, traducción por Garzón del Camino, Aurelio, Argentina, Siglo XXI editores, 1970
- FOUCAULT, Michel, *Poder/conocimiento*, edición a cargo de Gordon, C., 1980.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Argentina, Siglo XXI editores, 2002.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008.
- GARLAND, David, *Castigo y sociedad moderna*, traducción por Berta Ruiz de la Concha, España, Oxford university press, 1990.
- GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, Argentina, Astrea, 3° edición, 1993.
- GOLEMAN, Daniel, *El cerebro y la inteligencia emocional: nuevos descubrimientos*, traducción de Carlos Montemayor, España, Grupo Zeta, 2012.
- JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *La ejecución de penas y medidas de seguridad en el juicio oral (ensayos de recopilación para una antología)*, México, Raúl Jiménez Carro Editorial, 2012, col. Juicio Oral.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de derecho penal (parte general)*, Madrid, Universitas, 1996, t. I.
- MATURANA ROMECÍN, Humberto, *Desde la biología a la psicología*, cuarta edición, Argentina, Lumen, 2004.
- MELOSSI, Dario, *El estado del control social, un estudio sociológico de los conceptos de estado y control social en la conformación de la democracia*, traducción de Martín Mur Ubasart, México, Siglo XXI editores, 1992.
- MÉNDEZ PAZ, Lenin, *Derecho penitenciario*, México, Oxford, 2008.
- MONTESQUIEU, *El espíritu del derecho*, traducción de Thomas Nugent, Nueva York, MacMillan, 1762.

- NEGRO PAVÓN, Dalmacio, *El liberalismo en España*, Madrid, Unión Editorial, 1988.
- NIETZSCHE, Friedrich, *La genealogía de la moral*, traducción de Andrés Sánchez Pascual, Madrid, Alianza Editorial, 1996.
- OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Reinserción social y función de la pena*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Argentina, Heliasta, 1974.
- PALAZÓN, María Rosa, HERNÁNDEZ Otañez, Rafael y BEUCHOT, Mauricio (coords.), 2015, *Derecho (justicia legal) y utopía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, traducción de Ignacio Muñagorri, Siglo XXI editores, Argentina, 2002.
- PAYÁ, Víctor, *Vida y muerte en la cárcel, estudio sobre la situación institucional de los prisioneros*, México, Plaza y Valdés, 2006.
- PAZ, Octavio, *El arco y la lira*, segunda edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- POPPER, Karl, y ECCLES, John, *El Yo y su cerebro*, 2da Reimpresión, Barcelona, Labor, 1985.
- PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *Lecciones de filosofía del derecho*, 6° edición, México, Jus, 1970.
- RABOSSO, Eduard, *La justificación moral del castigo*, Buenos Aires, Astrea, 1976.
- RALUY P., Antonio, revisado por Monterde, Francisco, *Diccionario Porrúa de la lengua española*, 37a. edición, México, Porrúa, 1995.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2014.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *La crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión*, México, Porrúa, 2004.
- ROLDÁN QUIÑONES, Luis Fernando, et al., *Reforma penitenciaria integral. El paradigma mexicano*, México, Porrúa, 1999.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *Discurso sobre la economía política*, Madrid, Tecnos, 1985, libro II.

- SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, “Seguridad pública y prisiones en México”, *Penitenciarismo (la prisión y su manejo)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penal (Inacipe), 1991.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Control social, económico-penal en México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, México, 2009.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Dirección General de Asuntos del Personal Académico, México, 2012.
- SORIANO, Ramón, *Sociología del derecho*, España, Airel, 1997.
- STERNBERG, R. J., *Más allá del IQ: Una teoría triárquica sobre la inteligencia humana*, Nueva York, Cambridge university press, 1985.
- VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México, Universidad de Valparaíso de Chile-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

Hemerografía.

- BOTERO BERNAL, Andrés, “La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2001-2002.
- CEREZO MIR, José, *El tratamiento de los semi imputables*, en *Anuario Derecho penal*, t. XXVI, fasc. I, 1973.
- FERNÁNDEZ Muñoz, Dolores E., “La función de la pena”, *Revista de Derecho Comparado*, México, UNAM, p. 963.
- HAY, Douglas, *Property, authority and the criminal law*, Nueva York, IX, 105, 1975.
- MEAD, G. H., *The psychology of punitive justice*, *American journal of sociology*, número 23, 1918.
- SACHSIDA, Adolfo y Mendonça, Mario Jorge, *Ex-Convicts Face Multiple Labor Market Punishments: Estimates of Peer-Group and Stigma Effects Using Equations of Re- turns to Schooling*, *Revista Economía*, vol. 7, núm. 3, 2007.

Referencias cibernéticas.

- Auditoría Superior de la Federación (ASF), Prevención y readaptación social, seguridad pública. Auditoría de desempeño: 09-0-36E00-07-1120, México,

2009, t. II, Función Gobierno, II.11.3.1.1., disponible en: (<http://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2009i/Indice/iGeneral.htm>).

- Biblioteca Los mexicanos vistos por sí mismos, Los grandes temas nacionales, Universidad Nacional Autónoma de México (http://www.losmexicanos.unam.mx/corrupcionyculturadelalegalidad/encuesta_nacional.html) consultado el 14 de octubre de 2018.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, 2015, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm> (consultado el 13 de febrero de 2017).
- <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3169/7.pdf> (consultado el 13 de febrero de 2017).
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*, México, Tabuladores Básicos, 2015.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo Nacional de Gobierno, Seguridad Pública y Sistema Penitenciario Estatales*, México, Tabuladores Básicos, 2015.
- PÉREZ GÁNDARA, Raymundo, *Las contradicciones en la llamada reinserción social del adolescente*, revista “Hechos y derechos” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, número 36, noviembre-diciembre 2016, México, 2016, consultado el 4 de marzo de 2017 (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10697/12856>).
- SARRE IGUÍNIZ, Miguel, *Debido proceso y ejecución penal: reforma constitucional de 2008*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 2010. (<http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/31/Interiores/13%20Miguel%20Sarre%20Pag%20251-268.pdf>).
- Secretaría de Seguridad Pública, *Estadística del sistema penitenciario*, México, SSP-OADPRS, Julio de 2011.
- Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Las teorías de la pena*, Guanajuato, México, p. 20, disponible en: <http://usic13.ugto.mx/derecho/pdfs/BIJ/BOLET46.pdf>.

Referencias legislativas.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal.
- Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.

Jurisprudencia.

- Tesis 1a. CCXXII/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 34, septiembre de 2016, p. 504.
- Tesis 1a. CCXXI/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 34, septiembre de 2016, p. 509.
- Tesis PC. XXII. J/1 P *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 25, diciembre de 2015, p. 632.