

881309



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL LOMAS VERDES
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
NUMERO DE INCORPORACION 8813-09

Frey

"LA READAPTACION SOCIAL: ANALISIS DE UN MITO"

FALLA DE ORIGEN
EN SU TOTALIDAD

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

• LICENCIADO EN DERECHO •

P R E S E N T A :

ANGEL CRUZ LORA

Director de la Tesis: Lic. Sergio Salinas Carmona

Revisor de la Tesis: Lic. José Antonio Mendoza Aguirre

NAUCALPAN, EDO. DE MEXICO

1995

FALLA DE ORIGEN



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

I N D I C E

Introducción.	1
CAPITULO I	
LA NATURALEZA HUMANA Y EL CASTIGO	36
I.1 La naturaleza humana y el castigo.	36
I.2 ¿Cómo se consideraba la conducta de los delin- cuentes en la prehistoria del castigo (Lo no declarado).	40
I.3 La tecnología del castigo, el cuerpo como objeto	53
I.4 Cómo el naciente sistema de producción capitalis- ta utilizó la fuerza de trabajo de los delincuentes: la explotación	64
CAPITULO II	
EL LIBERALISMO Y LA ¿HUMANIZACION DE LA PENAS?.	77
II.1 La aparición del absolutismo y el Ius Puniendi: dialéctica del cielo a la tierra	77
II.2 La Ilustración y la naturaleza humana.	91
II.3 Cesare Beccaria y el discurso de las penas.	103
II.4 Lardizabal y Uribe y el discurso de las penas.	110
CAPITULO III	
EL ENCIERRO Y SU DISCURSO	122
III.1 El encierro y su discurso.	122
III.2 La arquitectura del castigo: las mazmorras de la edad media en plena modernidad	129
III.3 De cómo los que inventaron las libertades, le dieron un subsuelo: la disciplina	133
CAPITULO IV	
LA READAPTACION SOCIAL: ANALISIS DE UN MITO.	152
IV.1 La cárcel como castigo	152
IV.2 La cárcel rehabilitadora	155
IV.3 El modelo carcelario en las sociedades capitalistas contemporáneas.	161
IV.4 Detenido versus Sociedad	166
IV.5 Análisis y crítica de un mito: la readaptación social	167
CONCLUSIONES.	179
BIBLIOGRAFIA.	185

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Realizar un proyecto de investigación, una tesis, significa adentrarse en un mundo misterioso e insondable, ambas cosas por las limitaciones que enfrenta un estudiante a lo largo de su paso por una escuela. El estudiante enfrenta situaciones como un acentuado desinterés por la investigación y por todas aquellas materias que tengan algo que ver con ella, desinterés por convertir la lectura y la escritura en una vocación insoslayable. Y si no existe interés por investigar la posibilidad de elegir un tema de tesis se convierte en una pesada loza.

Es por eso que nosotros cuando nos percatamos de estos problemas, asumimos un serio compromiso para culminar con éxito nuestro proyecto de investigación. Procuramos ceñir la elección del tema de investigación a tres características desde nuestro punto de vista fundamentales, a saber interés, importancia, novedad.

Bajo estas tres características, entonces, nosotros elegimos como tema de investigación el problema de la

carcel. su discurso de formación en la antigüedad y el discurso en el cual descansa en nuestros días, así como el estudio de otro tema estrechamente vinculado con la prisión, es decir, el discurso de la readaptación social.

En relación con la primera característica citada es innegable que el tema nos interesa; ello debido no sólo a los comentarios escuchados en clase, de amigos, encontrados en la prensa o vistos en la televisión, sino sobretodo porque pertenece de un modo estrecho al campo de estudio del derecho. Es por esto que hemos convertido el tema de investigación en una prueba para medir nuestras habilidades y nuestro interés.

Respecto a la segunda característica citada, importancia, podrían existir innumerables objeciones. Una de ellas podría ser la pregunta: ¿que tiene de importante un tema como este? Es evidente que la cárcel ha sido objeto de investigación desde el siglo pasado y la acelerada carrera por abordarlo aún no se detiene. Pero, para nosotros su importancia radica en que los problemas socioeconómicos que viven las sociedades, la creciente desigualdad realmente existente y la sobrepoblación que

acusar, reflejan, por una parte, la imposibilidad de realización de un proyecto que data apenas del siglo pasado y, por otra parte, consecuencia de lo anterior la imposibilidad de cristalización del proyecto de readaptación de los reos. Y si esto no es importante, entonces, no sabemos que lo sea.

En relación con la tercera característica, novedad, exponemos dos argumentos. El primero, se refiere a que si la prisión se encuentra en crisis vale la pena indagar que tanto esa crisis se debe al mismo discurso ideológico que le dio vida. El segundo, aceptamos que existen interpretaciones teóricas desde las cuales sería posible analizar la prisión, pero también reconocemos que se tratan de paradigmas reduccionistas de la realidad. Es por ello que como una novedad significativa el análisis que llevamos a cabo se encuentra sustentado en las aportaciones de dos corrientes de reconocido prestigio: una, la representada por Michael Foucault y, la otra, la encarnada por la corriente criminológica crítica.

En suma, lo que se pretende demostrar con la investigación es tan sólo que la prisión funciona a través de

la implementación de una ideología de castigo, cuyas pretensiones son el sometimiento de los seres humanos no sólo a través de la violencia informal y formal, sino mediante el control de los cuerpos. Una ideología del castigo que se encuentra influenciada por el mito de la readaptación social que, como se demostrará, lejos de representar una solución adecuada se ha convertido en un elemento más, un promotor, que contribuye a ampliar la problemática que enfrenta la institución llamada prisión.

Esta historia a través de los cuatro capítulos que componen la tesis. En el primer capítulo, se aborda la historia del castigo desde sus primeras manifestaciones hasta el nacimiento de la prisión; no se hace una historia para contar hechos o anécdotas, lo que se hace más bien es analizar esa historia desde las funciones declaradas y no declaradas que ha cumplido el castigo. En el segundo capítulo, se lleva a cabo el análisis del contexto social que existió antes de la aparición de la cárcel: un contexto donde resalta la presencia de encontrados proyectos políticos que dejaron su huella en los discursos de las penas que son presentados. En el tercer capítulo, se realiza un detallado estudio de la prisión

para conocer el discurso mediante el cual funciona. El trabajo finaliza con un capítulo donde se develan mitos, es decir, la readaptación social.

El tema de la readaptación social, entendida como la principal panacea para los internos de la cárcel, ha sido objeto de innumerables investigaciones. Un rasgo que caracteriza a muchas de esas investigaciones es el hecho de que representan meras apologías; en cambio, una muy pequeña cantidad de investigaciones opta por la crítica del tema en cuestión. Motivados por línea abierta por las investigaciones citadas en segundo término, es que nosotros optamos por realizar la crítica de la readaptación social a fin de presentarla, como a nosotros nos parece, como un mito, es decir, como una pretensión utópica de improbable realización.

Nuestro trabajo aborda en su primer capítulo, intitulado *La naturaleza humana y el castigo*, diversos tópicos. En el primero de ellos nos planteamos las siguientes preguntas, a saber: ¿Existe una proclividad humana innata hacia la criminalidad?, ¿Qué ha sostenido la certeza de la criminalidad innata?, y ¿Cuáles son las

funciones reales del castigo en nuestras sociedades? Cabe destacar que estas preguntas constituyen desde nuestra perspectiva el mejor inicio, pues, si pretendemos discutir si la readaptación social representa una alternativa de solución o una alternativa tendiente al fracaso, es indispensable discutir inicialmente los motivos que originaron el surgimiento de la readaptación social y su presentación como quimérica panacea.

En relación con la primera pregunta consideramos que han existido una diversidad de respuestas que se inclinan a conceder veracidad a la pregunta. Lo anterior por que resulta más sencillo imputarle a los hombre la criminalidad que buscar en otros lugares la etiología de este fenómeno. Así, lo demostraremos al realizar el análisis del fenómenos en investigación desde la antigüedad cuando guiados por los imperativos de sus divinidades juzgaban la conducta humana, hasta los tiempos modernos. En relación con esto último, establecemos que la irracionalidad del problema ha tendido a incrementarse en virtud del papel legitimador que la ciencia ha jugado y juega en la legitimación de las tesis de la criminalidad innata.

La segunda pregunta se encuentra estrechamente concatenada con la última parte de nuestros argumentos. En efecto, desde el siglo XIX y a lo largo del presente siglo la ciencia ha desempeñado un importante papel de legitimación. No obstante, cabe mencionar que al referirnos a la Ciencia especialmente consideramos a las posturas positivistas y clínicas de la criminología. En particular pensamos en personajes como César Lombroso y Enrico Ferri.

En torno a la tercera pregunta recordemos que la aplicación del castigo se realiza a través de funciones declaradas y funciones no declaradas. Donde las primeras representan -como es el caso del castigo, funciones de reparación del daño cometido- aquellas funciones evidentes al análisis, en contrapartida las funciones no declaradas constituyen aquella porción de la realidad que no es evidente al análisis.

La importancia de esta distinción radica en que si existe conocimiento de las funciones declaradas del castigo ello no sucede con las funciones no declaradas.

en virtud de que como su denominación lo indica no se encuentran a la vista ni son abiertamente perceptibles.

El misterio que encierran las funciones no declaradas puede comenzar a ser develado al mirar como a lo largo de su historia el castigo se ha convertido en el principal elemento de degradación para aquellos hombres que lo padecen. Por todo ello es que consideramos pertinente no sólo abordar el tema del castigo y de la prisión desde sus funciones declaradas, sino también contemplar sus funciones no declaradas.

La prehistoria del castigo, segundo tópico del primer capítulo, es un tema indispensable para realizar una mejor distinción entre funciones no declaradas y funciones declaradas del castigo. Ello nos permitió descubrir que la prehistoria del castigo se encuentra caracterizada por la presencia de distintas fases en las que el castigo responde a las necesidades de su tiempo.

La fase vindicativa -primera de las fases, y presente en los pueblos primitivos- funcionaba mediante una lógica sencilla vista desde nuestro tiempo, como es

devoiver un mal a quien lo ha causado. Una logica presente en todos aquellos pueblos primitivos cuya existencia dependia de sus reacciones de derensa y proteccion del medio natural en que vivian, toda vez que la sobrevivencia dependia exclusivamente de los bienes materiales que hombres y mujeres lograban acumular y proteger de posibles ladrones.

a pesar de la longevidad la fase vindicativa no ha sido suficientemente analizada, ello en virtud de que los pueblos primitivos no nos legaron sus codificaciones. Aún más, y no lo hicieron porque esos pueblos carecian de los elementos indispensables para ese efecto o bien porque sus necesidades de sobrevivencia eran mucho mas apremiantes.

El progreso de las sociedades trajo consigo cambios sustanciales que incluyeron tambien el castigo. Uno de esos cambios se encuentra en el poder que adquirieron las instituciones religiosas para detentar de manera exclusiva el castigo. Una atribucion que impediria disociar al poder politico del poder religioso.

Por todo lo anterior, la principal aportación de la nueva fase de castigo, llamada expiacionista o retribucionista, proviene de su fuente de origen; es decir, en la fase vindicativa el promotor del castigo es el demandante de su aplicación, quien queda satisfecho cuando esto sucede. En cambio, en la fase expiacionista o retribucionista el titular de la aplicación del castigo era el representante de la divinidad.

El discurso legitimador de la nueva fase mantuvo claras diferencias con su antecesora. Si la fase vindicativa tenía como propósito imponer un castigo a solicitud expresa del demandante, en la nueva fase los beneficiarios con la aplicación del castigo son al mismo tiempo el ofensor, la divinidad y el grupo social.

Para la consecución de sus objetivos durante la fase expiacionista o retribucionista se crearon cuatro formas de sanción penal, a saber: galeras, presidios, deportación y establecimientos correccionales.

La primera forma de castigo, galeras, era una nave movida a remo por los condenados. El éxito de esta forma

de castigo se hizo evidente con celeridad. Las galeras además de su función de castigo fueron utilizadas también para contribuir a la expansión económica de las naciones que favorecieron su aparición.

Así lo constata, por ejemplo, el que las galeras hayan sido utilizadas para realizar actividades militares de conquista y sometimiento o bien hayan sido utilizadas para transportar mercancías o metales preciosos de las colonias.

Desde esta perspectiva, lo ante expuesto nos permite aseverar que las galeras constituyeron un instrumento de castigo inhumano por las condiciones de vida y trabajo que sufrieron los condenados a padecerlas.

La segunda institución de castigo, presidios, tiene como similitud con las galeras la explotación inhumana de los condenados, pero presenta como punto diferenciación la privación de libertad.

El presidio a diferencia de las galeras también presenta una diversidad de formas. La primera de ellas,

llamada presidios artesanales, consistia en la extracción de agua en los diques de los lugares donde se construían las galeras. La segunda de ellas, presidios militares, era el trabajo destinado a la fortificación de los establecimientos militares. La tercera de las modalidades, presidios de obras publicas, se distinguía por el trabajo para la reparación o construcción de carreteras, acueductos y canales.

La tercera institución punitiva de esta fase, deportación, no demanda grandes explicaciones, pues, representa la utilización de la fuerza de trabajo de los condenados para, mediante su envío, facilitar la colonización y explotación de territorios inhóspitos y de difícil acceso, que así se convertían en zonas habitables y explotables, como parte del proceso expansionista precapitalista.

En cuanto a la cuarta institución punitiva, establecimientos correccionales, su función continúa siendo la explotación de los condenados. La explotación es evidente porque los establecimientos correccionales fueron instituciones de producción de mercancías en las cuales,

por supuesto, los condenados no percibien ningún ingreso. Aún más, se encontraban expuestos a condiciones de vida y de trabajo degradantes e inhumanas.

No obstante ello, los establecimientos correccionales contaron con tres aspectos distintivos: el primero de ellos es su innegable éxito, que produjo su difusión en toda Europa; el segundo, lo es el que constituye el antecedente inmediato de lo que será la prisión, con la salvedad de que esta institución aún no tenía como fin último la corrección sino la explotación; el tercero, se refiere a la participación de particulares en la administración de estos centros, ya que representaban una aceptable fuente de ingresos y, por ende, de enriquecimiento.

Otros aspectos a destacar de los establecimientos correccionales es el que jamás se realizó algún tipo de selección acerca de la clase de personas que las deberian integrar, antes bien, su característica fue la aceptación de cualquier desviado social. Es por ello que esta institución albergaba lo mismo infractores de la ley junato a mendigos, prostitutas, vagos y enfermos mentales. Esto último representa una muestra de la irracional

lidad del castigo de esta fase, que en su afán de lucro sometió a los seres humanos a jornadas agotadoras y contrarias a la dignidad humana.

Ante la pregunta ¿cuáles son las funciones no declaradas en la prehistoria del castigo?, no dudamos en afirmar que lo fue: la explotación de los seres humanos. Los seres humanos, en suma, son condenados a someterse a un castigo en beneficio del grupo político dominante. Pero, ¿a quién le importaba ello?. Por supuesto que sólo a los beneficiarios directos de la explotación, ya que los infractores al carecer de voz igualmente se encontraban imposibilitados para exigir otro tipo de trato.

En la tercera parte del primer capítulo -intitulada la tecnología del castigo, el cuerpo como objeto- se pretende establecer una estrechísima relación entre el castigo y su objeto de aplicación, es decir, el cuerpo, una relación que se encuentra mediada por la presencia del poder.

En efecto, es innegable que hablar del castigo es hacerlo de algo que se encuentra estrechamente vinculado

con el tema del poder, ya que el castigo aplicado por el Estado era la expresión del poder del soberano, un poder que para mayor ejemplaridad y para la realización de la intimidación punitiva se aplica en el cuerpo de los reos.

Al inflingir, entonces, castigo en el cuerpo de los hombres la presencia del poder se hacía evidente; empero, también es necesario consignar que a esta forma de castigo se sumaban otras que provocaban iguales efectos en el cuerpo, una de las cuales es el caso del castigo psicológico que sufrían los reos antes de la aplicación, en virtud de que para un hombre en estas condiciones el conocimiento de su castigo se erige en una salida que lo libera de tensos y difíciles momentos.

En suma, se trata de una forma de control que tiene como objeto de materialización el cuerpo de los hombres, pero también sus mentes y las ideas que rondan en ella. Una forma de control que, empero, dado su característica no formal es difícil conocer sus efectos. No obstante, los fines de esta forma de control son similares a las del control formal, pues, ambas coinciden en que persi-

guen la explotación y sometimiento de los hombres, es decir, el no permitir su libre realización.

En la parte final del primer capítulo, intitulado **Cómo el naciente sistema de producción capitalista utilizó la fuerza de trabajo de los delincuentes: La explotación, se aborda el espinoso tema aunque real, otra vez, de superexplotación de los reos sufrían en las incipientes prisiones.**

Así a finales del siglo XVI los métodos punitivos comenzaron a sufrir lentos pero profundos cambios con el creciente interés que recibía la posibilidad de explotación de mano de obra de los sometidos a penas de prisión. Estos cambios constituyeron el resultado no de consideraciones humanitarias, sino de un cierto desarrollo económico que revelaba el valor potencial de una masa de material humano a entera disposición del aparato administrativo.

La primera institución creada con el propósito específico de liberar a las ciudades de vagabundos y mendigos, es probablemente la de Bridewell en Londres. La

esencia de las casas de corrección resulta de la combinación de los principios que regían las casas de pobres, las casas de trabajo y las instituciones penales. Su objetivo principal era transformar en socialmente útil la mano de obra discola.

Siendo obligados a trabajar dentro de la institución, los prisioneros adquirían hábitos laborales al mismo tiempo que recibían un adiestramiento profesional, a fin de que una vez en libertad se incorporaran voluntariamente al mercado de trabajo.

Consolidada y extendida la reputación de las casas de corrección, los ciudadanos comenzaron a internar en ellas a sus hijos y parientes descarriados.

A pesar de su trabajo en favor de los menesterosos de la sociedad, pronto las casas de corrección fueron objeto de censuras provenientes de los sectores privilegiados, que tendieron a agravarse por las difíciles condiciones de vida que vive Europa entre el siglo XVIII y el siglo XIX.

Para los sectores beneficiados por naciente modo de producción las casas de corrección lejos de representar una institución benéfica para la sociedad era una institución improductiva en tanto no consigue el mejoramiento de sus habituales inquilinos. En las casas de corrección, para estos grupos, se repetían los mismos males que se intentaba combatir.

Frente a esta situación, la clase dominante demandó el regreso a las antiguas formas de castigo o en su defecto la invención de nuevas instituciones para frenar la criminalidad. Clamores que son escuchados cuando es creado un nuevo instrumento de castigo: la cárcel. Un nuevo instrumento que, empero, ya contaba con algunos años de existencia en los que su papel sólo había sido de custodia. Por eso es que la transformación que experimenta, proporciona a la cárcel diferentes fines y funciones, como son: entre los primeros, la corrección y, entre los segundos, el trabajo.

en el segundo de los capítulos, intitulado *El Liberalismo y la humanización de las penas?*, se hace referencia a una diversidad de autores -algunos de ellos

pertenecientes al liberalismo y otros distantes a esta corriente filosófica, así como la influencia de la Ilustración- al rededor del tema del castigo. Para esta tarea, en primer lugar, se aborda el panorama histórico en que vivía Europa antes de la aparición de la Ilustración.

Un contexto que se encuentra signado por la presencia de tres sectores fundamentales: nobleza, burguesía y campesinado. Las relaciones entre estos sectores se hacen difíciles en el siglo XVI con la aparición y el predominio del absolutismo en algunos países de Europa.

En este contexto es la nobleza el principal beneficiario del absolutismo, pues, no solo el monarca omnipotente que regia los destinos del país provenía de este sector, sino que también la totalidad de las medidas económicas y políticas emanadas del gobierno beneficiaban directamente a la nobleza.

La Ilustración representa un movimiento intelectual impulsado por filósofos, algunos de ellos nacidos en Francia y otros provenientes de otros países europeos.

El propósito central de la Ilustración es la crítica del absolutismo por su negativa a conceder libertad de pensamiento y por la desigualdad en que viven los hombres.

La Ilustración encuentra en el absolutismo un enemigo detestable que ha convertido a los hombres en máquinas carentes de libertad para usar como mejor les parezca la razón. Y son máquinas porque no actúan guiados por sus propios impulsos, sino que lo hacen bajo las directrices establecidas por otros, aquellos que detentan el monopolio de la razón. Por eso es que el hombre necesita ser el mismo a través del uso de la razón y en un ambiente de libertad.

Libertad y razón son las máximas de los filósofos de la Ilustración. Dos máximas defendidas a toda costa aún a costa de represión, encarcelamiento o el pleno rechazo a sus ideas. Tres autores de este movimiento intelectual son el mejor de ellos, a saber: Voltaire, Montesquieu y Rousseau.

Los rasgos más sobresalientes de la personalidad y la obra de Voltaire, Francois Maire Arquet, son, por un

lado, sus mordaces cuestionamientos contra la Iglesia y, por otro lado, sus llamados en defensa de la tolerancia social.

La Iglesia representa para Voltaire una institución que se encuentra distante de los motivos que le dieron origen. Es una institución, estima Voltaire, que ha sustituido las demandas de amor y ayuda para el semejante por otras que tienen como fin el engaño, la dominación y la corrupción.

Respecto a su llamado a la tolerancia, Voltaire lo opone contra la persecución y violencia que viven los hombres cuando intentan hacer uso de la razón. Una tolerancia que no existía en Francia porque el absolutismo perseguía y encarcelaba intelectuales, es el caso de Voltaire, cerraba periódicos y, en suma, cancelaba la libertad de expresión y de pensamiento.

El siguiente intelectual de la Ilustración, el barón de Montesquieu, es importante por su crítica a la concentración de poderes en el soberano, así como por su demanda de separación de los mismos. En su célebre obra, El

espíritu de las leyes. Montesquieu reconoce la necesidad de la libertad humana, pero para él la libertad no es un derecho innato ya que la fuente de la cual demanda es precisamente la ley.

El tercer filósofo de la Ilustración, Juan Jacobo Rousseau, ha trascendido porque en su teoría presentó una visión diferente de la establecida del hombre y porque sus libros contienen críticas acabadas del gobierno absolutista.

Para Rousseau, la libertad nunca ha existido, nunca ha sido una realidad. Los hombres han vivido bajo limitaciones, como lo ha sido la esclavitud o la enajenación de la libertad. Y el resultado ha sido que los hombres han perdido la oportunidad de ser ellos mismos.

Lo que Rousseau tienen en mente es la creación de una sociedad en la cual los hombres ocupen un papel central, ya que la sociedad les pertenece como ellos pertenecen a la sociedad, y sobretodo porque para Rousseau los hombres independientemente de su posición son iguales. Aparece con ello un argumento novedoso: el

referente a la igualdad humana como principio fundamental de la sociedad, un principio que por obvias razones contrasta con la situación de vida durante el absolutismo.

Un intelectual en quien la influencia de la Ilustración pronto se hizo evidente es Cesare Beccaria. Este intelectual italiano es sobresaliente porque con su célebre obra, "De los Delitos y de las Penas", llevó a cabo una crítica contra el orden imperante en el campo del derecho penal.

Beccaria cuestiona el excesivo número de leyes creadas por la monarquía, la creciente influencia de la Iglesia en la definición y sanción de los delitos, y al procedimiento penal inquisitivo. Asimismo, Beccaria rechaza el uso de la tortura, la desigualdad social, el poder discrecional de los jueces, la inexistencia de una adecuada tipificación de los delitos, la pena de muerte como principal y única forma de castigo.

Frente al mundo penal que rechaza, Beccaria erige al pueblo en el detentador de la soberanía y en virtud de

ese derecho en el único sujeto facultado para crear leyes. Con esto Beccaria rechaza el absolutismo. Sin embargo, su crítica continua al demandarse a los representantes del poder soberano los encargados de la tipificación de los delitos. En cuanto al procedimiento penal inquisitivo. Beccaria propone la celebración de una justicia penal pública.

Asimismo, Beccaria se opone al uso de la tortura al proponer un trato humano y respetuoso de los seres. Como consecuencia de ello, estima Beccaria, los hombres pueden ser tratados en igualdad de circunstancias. Aún más, sera posible sujetar a los jueces al poder soberano. Y, finalmente eliminar la pena de muerte.

En oposición a Beccaria, se encuentra otro intelectual, Don Manuel Lardizábal y Uribe, quien al mismo tiempo se acerca y aleja de Beccaria. Lo primero porque hasta cierto punto Lardizábal y Uribe es partidario de un trato más humano para los presidiarios. En cambio, es el distanciamiento donde ambos autores establecen sus diferencias, pues, mientras Beccaria es un crítico punzante

del absolutismo. Lardizábal y Uribe constituye un férreo defensor del mismo.

El tercer capítulo gira en torno preferentemente a las diversas posturas que han intentado justificar el "ius puniendi". al respecto los planteamientos acerca de la justificación del "ius puniendi", son inseparables de los argumentos que se expone respecto de la existencia del Derecho Penal, y no solamente eso, sino que el fundamento de ambos deriva de la existencia del Estado.

El derecho de castigar supone la existencia de una autoridad para aplicarlo. Por esta razón, Estado y Derecho, y particularmente el derecho de penar, tienen una historia común.

Desde una perspectiva liberal, el estado como guardián, en su carácter de depositario de todas las voluntades individuales se arroga el derecho a castigar, justificando esta facultad punitiva precisamente con la imposición de penas a todos los individuos que con sus actos delictivos se oponen al contrato social.

El otro fenómeno interviniente en la transformación del Estado y, por supuesto, del Derecho Penal es la Ilustración. Este trascendente movimiento intelectual impregnó con sus ideas todos los ámbitos culturales.

Uno de los logros más sobresalientes de la Ilustración lo constituye el cambio que produce en las aparentes verdades en que vivían los hombres, hay renovación y uso de los saberes, se cuestiona el *status quo* y se exige el reemplazo de las instituciones y de todo orden basado en el paradigma de la penumbra y la oscuridad, por un orden nuevo enteramente racional.

En este estado de cosas surge la concepción contractualismo, cuya ideología sirve de fundamento al derecho de castigar, ya que en lo sucesivo se castiga en nombre y para la conservación del contrato social.

La pena en el derecho penal liberal perseguía una doble finalidad: la prevención de los delitos y la retribución por el mal cometido, ambas en el contexto del contractualismo. Vista la pena desde una perspectiva preventiva, la pena debería perseguir fines socialmente

útiles, es decir, el Estado castiga para lograr efectos disuasivos en los potenciales delincuentes. Actualmente todo esto continua siendo una promesa, ofrecida con las mejores intenciones, para que el que ya delinquiró no reincida, esta teoría declinó por la prevención general que se fundamentó en el carácter intimidatorio de la norma penal. La pena ya no puede ser entendida como expiación, porque ya no existe la identificación de religión-estado, moral-derecho, delito-pecado, esta ha de ser reemplazada por la retribución, es decir, se castiga para retribuir un mal por el mal causado con el delito que, desde luego es atentatorio contra el orden jurídico establecido por el contrato social.

La retribución significa pago, jurídicamente hablando es una categoría punitiva derivada de un principio filosófico de justicia absoluta, en este sentido, retribución de la pena es la causación de un mal por el mal causado con el delito.

Entendida así la retribución es el castigo impuesto al delincuente por la comisión de un delito, este castigo se le retribuye por el mal que ha ocasionado. De esta

manera el suprimiento impuesto al sujeto por el daño que causó con su conducta es justo.

En este sentido al realizarse la justicia con la aplicación de la pena, ésta se justifica por sí misma. al que actuó mal se le devuelve otro mal. En estricto sentido filosófico, no se puede hablar de fines de la pena en la retribución, pues, este es un principio que se justifica por sí mismo: es decir, la pena retributiva es un fin en sí misma.

La esencia retributiva de la pena es en razón de la culpabilidad del delincuente, de ahí que la idea de retribución exige que al delito le siga la aflicción de la pena para la realización de la justicia.

Expuesta de esta manera, pareciera que el paradigma retributivo, considera a la pena como justa, no teniendo otra finalidad más que la idea de justicia, consideramos que una teoría de los fines de la pena, sólo puede ser entendida desde una nueva perspectiva utilitarista y no desde un ideal de justicia.

Agostado y superado el paradigma retributivo, surge la llamada prevención especial, que no persigue retribuir el hecho pasado, sino que justifica a la pena en función de que debe prevenir nuevos delitos del autor, corrigiendo al corregible, o sea, resocializándolo, intimidando al intimidable y por último haciendo inofensivo, mediante la pena de privación de libertad, a los que ni son corregibles ni intimidables.

Sin embargo, la idea de un derecho penal preventivo de seguridad y corrección de la prevención especial adolece de una justificación de las medidas estatales necesarias para lograr sus propósitos.

Según esta concepción el esfuerzo terapéutico-social del Estado, debe dirigirse contra los inadaptados; empero, esto puede ser peligroso en aquellos casos en que un gobierno someta a tratamiento penal en calidad de inadaptados socialmente a enemigos políticos e incluso - si se dirige la vista a los asociales en sentido tradicional- con los mendigos, vagabundos, vagos, prostitutas y otras personas, supuestamente indeseables para la comunidad. Ingresan a la esfera del derecho penal grupos

de personas cuyo tratamiento como criminales apenas se puede fundamentar en un orden jurídico.

La teoría de la prevención especial tiende todavía más que un derecho penal de la culpabilidad retributivo, a dejar al particular ilimitadamente a merced de la voracidad del intervencionismo estatal.

Los representantes más radicales de esta teoría, la mayoría de ellos, sigue aferrada al derecho penal de hecho, a la precisión del tipo y a la exactitud de la pena. La circunstancia a que se pueda haber sujetos o grupos incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos, es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes.

La teoría de la prevención especial no es idónea para justificar el derecho penal, ya que no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, no explica la punibilidad de los delitos sin repetición.

La prevención especial ha sido erigida en la columna que sostiene a las cárceles modernas, y así como comenza-

ron a ser expuestas las limitaciones de la prevención especial es posible pasar ahora a demostrar las limitaciones de la cárcel y de su proyecto de readaptación social, temas objeto de análisis en nuestro cuarto capítulo.

La realidad que viven los hombres en las prisiones no es otra cosa más que el reflejo de las desigualdades sociales, reproduciendo cada vez más la marginación. La cárcel, una institución arcaica, a pesar de todas las opiniones en contra permanece inamovible, como un insulto a la más pura dignidad del ser humano.

Los centros de detención y de pena ejercen efectos contrarios a la reeducación y a la reinserción del condenado a la sociedad. La cárcel es contraria a todo moderno ideal educativo, ya que multiplica y fomenta la individualidad. El autorrespeto del individuo, alimentado por el respeto que le profesa el educador a su alumno no son producidos.

Un ejemplo ilustrativo del proceso de degradación y humillación comienza con la detención, con las cuales se

despoja al encarcelados de los símbolos exteriores de su autonomía (vestimenta y objetos personales). Si bien la educación alienta el sentimiento de libertad y de espontaneidad del individuo; la vida en el encierro, como universo disciplinario, tiene un carácter eminentemente represivo y uniformante.

Las consecuencias negativas de la privación de la libertad son realmente nocivas, el discurso penal todavía se aferra a eso que nosotros denominamos una utopía, es decir, la readaptación social. Y lo hace con la idea de socializar a alguien que supuestamente no lo está, pues, su indicador, o sea, su carrera criminal así lo demuestra.

Sin embargo, a las vejaciones sufridas se agregan muchas más. Algunas de ellas son la desadaptación a las condiciones que son necesarias para la vida en libertad, aunado a la incapacidad para aprehender la realidad del mundo exterior y la formación de una imagen ilusoria del mismo, el alejamiento progresivo de los valores y modelos de comportamientos propios de la sociedad exterior, es decir, el indiciado al ser detenido se enfrentará a otra

escala de valores. Ese depósito que la sociedad tiene y donde van a parar los que optaron por otro camino, el lugar de los condenados. Los valores de esa microsociedad, antitesis de la sociedad, terminarán por doblegar y dominar a un sujeto que será fácil presa de la voracidad de la estructura carcelaria.

Otros ejemplos de la paulatina degradación lo constituyen la adopción de las actitudes, los modelos de comportamiento y los valores característicos de la subcultura carcelaria. Ante la adquisición de esta subcultura criminal las expectativas de readaptación social mueren antes de haber nacido, pues, en una prisión los hombres han aprendido a sobrevivir en un ambiente signado por la existencia de jerarquías y la organización informal de la comunidad, ambos impuestos por una minoría restringida de criminales con fuerte vocación asocial que por el poder y, por lo tanto, por el prestigio que gozan asumen la función de prototipos para los otros.

Sin embargo, el mito aún es fomentado. Y lo es por el artículo 18 de nuestra Constitución. La ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la

sociedad, sino una persona que continua formando parte de la misma, incluso como miembro activo.

Esto de resocializar al delincuente nos parece saludable, el optimismo en la idea de resocialización, quizá excesivo y hasta tal punto acritico, que nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y definitivo.

Por nuestra parte y asumiendo los riesgos de una decisión, en nuestras conclusiones presentamos algunas propuestas que desearíamos fueran tomadas en cuenta por aquellos que sepan leer y entender.

En primer lugar, abogamos por un nuevo replanteamiento de la criminalidad y de su etiología. Un nuevo planteamiento que posibilite conceptualizar la criminalidad como un producto social y no como una expresión individual. Hablar de resocialización del delincuente tendría sentido cuando la sociedad a la que se pretende se incorpore el delincuente, sea objeto de cuestionamientos en virtud de que no hacerlo significa aceptar como perfecto el orden social vigente.

Asimismo, si la cárcel y la readaptación social han sido objetos de innumerables cuestionamientos, estimamos que es el momento adecuado para sustituirlos. Por ejemplo, con la creación de nuevas instalaciones de reclusión, así como la utilización de teorías críticas de la sociedad que contribuyan a un uso adecuado de esas nuevas instalaciones.

Finalmente, somos partidarios de reconocer el problema de búsqueda de mejores métodos terapéuticos pero no únicamente para el delincuente, sino también para la sociedad.

CAPITULO I

LA NATURALEZA HUMANA Y EL CASTIGO

CAPÍTULO I

LA NATURALEZA HUMANA Y EL CASTIGO

I.1 La naturaleza humana y el castigo.

Hoy es común, como en otros tiempos, la aparición de noticias o comentarios que nos alertan y, por que no, nos intimidan sobre un tema de enorme preocupación: el tema de la criminalidad. Los casos de los cuales recibimos información poseen en su gran mayoría dos características sobresalientes: uno, su análisis y explicación es producto del trabajo de un ingente número de especialistas cuyos resultados inmediatos y mediatos han sido y son utilizados para mostrarnos, 'la evidente degradación de la especie humana'. (1)

Para enfrentar el mal que asola a nuestras sociedades, los diferentes gobiernos del mundo han erigido al castigo, una vieja pócima de dudosos resultados, en una moderna panacea que nos exorcizará del mal. Bajo esta lógica nuestros gobiernos continúan aplicando un remedio no sólo sin discutir sus posibles beneficios, sino tam-

bién sin formularse algunas preguntas torales respecto a la relación que existe entre naturaleza humana y castigo, tales como: ¿Existe una proclividad humana innata hacia la criminalidad?, ¿Qué ha sostenido la certeza de la criminalidad innata?, y ¿Cuáles son las funciones reales del castigo en nuestras sociedades?

Respecto a la primera pregunta han existido una diversidad de respuestas que se inclinan a conceder veracidad a la pregunta. Ello porque, como demostraremos más adelante, ha resultado y resulta más sencillo imputarle a los hombres la criminalidad que buscar en otros lugares el origen de este fenómeno. Así, lo demuestran los pueblos de la antigüedad cuando guiados solamente por los imperativos de sus divinidades juzgaban la conducta humana. La misma situación se repite a lo largo del medioevo cuando, por ejemplo, hombres y, sobretudo, mujeres con argumentos principalmente centrados en su personalidad fueron condenados, por supuesto, por la Santa Inquisición a la hoguera. En nuestro tiempo, la irracionalidad del problema ha tendido a incrementarse en virtud del papel legitimador que la ciencia ha jugado y juega en la legitimación de la tesis de la criminalidad innata.

La segunda pregunta se encuentra estrechamente concatenada con la última parte de nuestros argumentos. En efecto, por que desde el siglo XIX y a lo largo del presente siglo la ciencia ha desempeñado un importante papel de legitimación. No obstante, cabe mencionar que al referirnos a la ciencia especialmente consideramos a las posturas positivistas y clinicas de la criminología. En particular, pensamos en personajes como César Lombroso y Enrique Ferri.

"... quienes hacen hincapié en el carácter biológico, degenerativo, de las conductas que están fuera de la norma ... Para la escuela italiana, el loco y el criminal están estrechamente ligados y se les considera en conjunto como degeneraciones del tipo humano evolucionado".(2)

Bajo estos argumentos criticos podemos constatar como para los positivistas italianos la criminalidad era producto de patologías innatas, pero también es muestra de las debilidades de una interpretación que nunca pudo romper con las limitaciones de su estrecha visión.

En torno a la última pregunta partimos de un reconocimiento frecuente o intencionalmente soslayado por los creadores de las normas penales y el castigo, es decir, el reconocimiento de que el castigo abiertamente cumple funciones aceptadas por todos, de reparación de un daño cometido; funciones que reciben el nombre de declaradas y que se contraponen con aquellas otras

"... que no son expresamente buscadas ni admitidas por la institución que la impone y que no obstante se producen; estas últimas estarán comprendidas bajo la denominación 'funciones no-declaradas' o 'no reconocidas'"; (3)

La importancia de esta distinción radica en que si existe conocimiento de las funciones declaradas del castigo ello no sucede con las funciones no declaradas, en virtud de que como su denominación lo indica no se encuentran a la vista ni son abiertamente perceptibles.

Pero y entonces ¿qué es lo que se encuentra oculto bajo estas funciones? El misterio que encierran las funciones no declaradas puede comenzar a ser develado al

mirar como a lo largo de su historia el castigo se ha convertido en el principal elemento de degradación para los hombres que lo sufren. Así lo constata, como se demostrará, la cárcel que de sus funciones declaradas de resocialización y ayuda para los criminales ha pasado a convertirse en una institución segregativa, donde los hombres son degradados por los estigmas que la sociedad les impone como por el ambiente en que viven.

Por todo ello es que consideramos pertinente no sólo abordar el tema del castigo y de la prisión desde sus funciones declaradas, sino también contemplar sus funciones no declaradas para así tener una visión más completa del problema. Al fin y al cabo, porque la cárcel no se reduce a constituir un gran panóptico, pues es al mismo tiempo un gran calabozo donde se encierran grandes mentiras.

1.2 ¿Cómo se consideraba la conducta de los delincuentes en la Prehistoria del castigo? (lo no declarado)

La prehistoria del castigo debe ser enmarcada en aquellos momentos en los cuales la vida humana se realiza

en, los así llamados, pueblos primitivos. Se trata de un momento en la historia de la humanidad en que el objetivo principal del castigo era tan sólo la venganza.

La fase vindicativa predominó, afirman Fauto Costa, durante siglos entre los pueblos primitivos sin que presentara modificaciones en sus primeros momentos.

"También entre los latinos, como entre los pueblos primitivos, el derecho penal se desarrolla partiendo de la venganza privada y sólo gradualmente asume un carácter público. Aún después de constituirse la ciudad y de suceder a la antigua justicia, familiar y gentilicia, la jurisdicción de los magistrados ciudadanos, los delitos todavía se distinguen en públicos y privados". (4)

La fase vindicativa funcionaba mediante una lógica sencilla vista desde nuestro tiempo, como es devolver un mal a quien lo ha causado. Una lógica presente en todos aquellos pueblos primitivos cuya existencia dependía de sus reacciones de defensa y protección del medio natural

en que vivían, toda vez que la sobrevivencia dependía exclusivamente de los bienes materiales que hombres y mujeres lograsen acumular y proteger de posibles ladrones.

Si bien es cierto que la reacción social es fundamental para la realización de la fase vindicativa, igualmente lo es que ello de ningún modo constituye siempre una regla; antes bien, como en todo existen excepciones. Así lo confirma, por ejemplo, el trabajo de un destacado antropólogo:

"(la opinión pública) no se mostraba ultrajada en absoluto por el conocimiento del delito... adentrándome más en la materia y recogiendo información concreta, descubri... que la opinión pública se muestra indulgente aunque decididamente hipócrita. Si el asunto se lleva a cabo ocultamente, con cierto decoro, y si nadie en particular suscita dificultades, la 'opinión pública' murmurará, pero no pedirá un castigo severo. Si por el contrario se produce escándalo..." (5)

A pesar de su longevidad la fase vindicativa no ha sido suficientemente analizada, ello en virtud de que los pueblos primitivos no nos legaron sus codificaciones. Aún más, y no lo hicieron porque esos pueblos carecían de los elementos indispensables para ese efecto o bien porque sus necesidades materiales eran mucho más apremiantes.

El progreso de las sociedades trajo consigo cambios sustanciales que incluyeron también al castigo. Uno de esos cambios se encuentra en el poder que adquirieron las instituciones religiosas para detentar de manera exclusiva el castigo, una atribución que impediría disociar al poder político del poder religioso. Al respecto Emilio García-Méndez señala:

"En la sociedad precapitalista las prácticas de dominación se fusionaban de tal modo con el discurso de fundamentación del poder, que obviaban la necesidad de una reflexión sobre las facultades punitivas del Estado". (6)

No obstante, esta práctica de ningún modo representó una invención, toda vez que se encontraba presente en antiguas culturas.

"... la idea de la penalidad en el antiguo Oriente tiene un carácter profundamente religioso. Ejercido por el rey, o por jueces que obran en su nombre, o por las castas sacerdotales, el derecho de castigar se presenta siempre como una emanación de la divinidad". (7)

Por todo lo anterior, la principal aportación de la nueva fase de castigo, llamada expiacionista o retribucionista, proviene de su fuente de origen; es decir, en la fase vindicativa el promotor del castigo es el demandante de su aplicación quien queda satisfecho cuando esto sucede. En cambio, en la fase expiacionista o retribucionista "... la titularidad de la acción punitiva ya no radicaba en el particular ofendido sino que se había desplazado al representante de la divinidad. Por ello varios autores denominan a este periodo como el de la venganza divina o religiosa". (8)

El discurso legitimador de la nueva fase mantuvo claras diferencias con su antecesora. Si la fase vindicativa, como ya se explicó, tenía como propósito imponer un castigo a solicitud expresa del demandante, en la nueva fase los beneficiarios por la aplicación del castigo son al mismo tiempo el ofensor, la divinidad y el grupo social.

"La tesis expiacionista y por consiguiente la retribución suponen... que el sentenciado como autor de un hecho punible recibe un beneficio a través de la ejecución de una pena y que, por ende, él mismo posee interés en que la sanción se haga efectiva. Tal suposición proviene, a su vez, de otra: de que sólo tras su reconciliación con la divinidad (expiación) o con la colectividad (retribución) podría el sentenciado gozar de tranquilidad espiritual, de allí que a éste le afane expiar o retribuir el daño ocasionado con su conducta". (9)

Para la consecución de sus objetivos durante la fase expiacionista o retribucionista fueron creadas cuatro

formas de sanción penal, a saber: galeras, presidios, deportación y establecimientos correccionales.

Las instituciones señaladas realizaban su función mediante la privación de libertad del condenado, pero sólo como "un medio de asegurar su utilización en trabajos penosos". (10)

La primer forma de castigo, las galeras, era una nave movida a remo por los condenados. sus orígenes se encuentran en Francia.

"... cuando el francés Jacques Coeur, un constructor de galeras, obtuvo que Carlos VIII lo autorizara a tomar para su servicio, por la fuerza, a los 'vagabundos, ociosos y mendigos'". (11)

El éxito de esta forma de castigo se hizo evidente con celeridad. A tal grado que dos años después de su aprobación, 1488,

"los tribunales franceses ordenaron destinar para el servicios en galeras a todos lo sentenciados a pena de muerte o a castigos corporales y tambien aquellos que escrupulosamente podian ser declarados incorregibles y de vida y conducta pernicioso". (12)

Las galeras además de su función de castigo fueron utilizadas tambien para contribuir a la expansión económica de las naciones que favorecieron su aparición. Así lo constata, por ejemplo, el que las galeras hayan sido utilizadas para realizar actividades militares de conquista y sometimiento o bien hayan sido utilizadas para transportar mercancías o metales preciosos de las colonias.

Desde esta perspectiva, lo antes expuesto nos permite aseverar que las galeras como se repitió con las otras instituciones de castigo de esta fase, constituyeron un instrumento de castigo inhumano por las condiciones de vida y trabajo que sufrieron los condenados. Al respecto Daniel Sueiro expresa,

"La galera, como institución legal, tiene aparte de su sentido punitivo, un carácter de explotación gratuita e hipócrita del esfuerzo humano, que revela claramente hasta que punto el poder puede hacer acomodar las leyes a su gusto, y disponer de las vidas de los demás como mejor le plazca". (13)

La segunda institución de castigo, presidios, tiene como similitud con las galeras la explotación inhumana de los condenados, pero presenta como punto de diferenciación la privación de libertad.

El presidio a diferencia de las galeras también presenta una diversidad de formas. La primera de ellas, llamada presidios artesanales, consistía en la extracción de agua en los diques de los lugares donde se construían las galeras. La segunda de ellas, presidios militares, era el trabajo destinado a la fortificación de los establecimientos militares. La tercera de las localidades, presidios de obras públicas, se distinguía porque

"... los sentenciados, atados entre sí y bajo vigilancia armada, eran forzados a trabajar en la construcción o reparación de carreteras, acueductos, y canales, la explotación de minas, el mantenimiento de puertos, el adoquinamiento de calles, la tala de bosques y otros servicios públicos". (14)

La tercera institución punitiva de esta fase, deportación, no demanda grandes explicaciones, pues, representa la utilización de la fuerza de trabajo de los condenados para, mediante su envío, facilitar la colonización de territorios inhóspitos y de difícil acceso, que así se convertían en zonas habitables y explotables, como parte del proceso expansionista precapitalista.

En cuanto a la cuarta institución punitiva, establecimientos correccionales, su función continúa siendo la explotación de los condenados. La explotación es evidente porque los establecimientos correccionales fueron instituciones de producción de mercancías en los cuales, por supuesto, los condenados no percibían ningún ingreso.

Aún más, se encontraban expuestos a condiciones de vida y de trabajo degradantes e inhumanas.

No obstante ello, los establecimientos correccionales contaron con tres aspectos distintivos: el primero de ellos es su innegable éxito, que produjo su difusión en toda Europa; el segundo, lo es el que constituye el antecedente inmediato de lo que será la prisión, con la salvedad de que esta institución aún no tenía como fin último la corrección sino como lo señalamos la explotación; el tercero, se refiere a la participación de particulares en la administración de estos centros, ya que representaban una aceptable fuente de ingresos y, por ende, de enriquecimiento.

Otro aspecto a destacar de los establecimientos correccionales es el que jamás se realizó algún tipo de selección acerca del tipo de condenados que podían integrarla, antes bien, su característica fue la aceptación de cualquier tipo de desviado social. Es por ello que esta institución albergaba lo mismo infractores de la ley junto a mendigos, prostitutas, vagos y enfermos mentales. Esto último representa una muestra de la irracionalidad

del castigo de esta fase, que en su afán de lucro somete a los seres humanos a trabajos desgastantes y contrarios a la dignidad humana. No obstante, como lo señalan los Basaglia, esta clase de convivencia fue una constante:

"Durante siglos, locos, delincuentes, prostitutas, homosexuales, alcohólicos, ladrones y extraños (compartieron) el mismo lugar en donde la diferente naturaleza de sus 'anormalidades' era ocultada y nivelada por un elemento común a todos: la desviación de la 'norma' y de sus reglas, unida a la necesidad de aislar al anormal del comercio social. Las paredes del asilo circunscribían, contenían y escondían al endemoniado, al loco... junto al delincuente... Locura y delincuencia representaban juntos la parte del hombre que debía ser eliminada, circunscrita y escondida, hasta que la ciencia no estableció claramente la división a través de la individualización de los diversos caracteres específicos". (15)

Después de esta breve revisión de la prehistoria del castigo y ante la pregunta ¿cuáles son sus funciones no declaradas?, la respuesta no requiere mayores embages, pues, es bastante simple, es decir: la explotación de los seres humanos. No obstante, que en la fase vindicativa el castigo aplicado era en beneficio del solicitante, ello no invalida nuestra aseveración en virtud de que en ese momento el castigo impuesto era una forma de explotación en beneficio de particulares o de la divinidad. En la segunda fase, expiacionista o retribucionista, la función no declarada puede ser identificada al mirar los fines de explotación e inhumanidad de la pena, con la realización de trabajos desgastantes e innecesarios para obtener la redención de los infractores. No obstante, ese castigo sí era necesario para la expansión y establecimiento de la nueva forma de producción que se encontraba en ascenso.

Los seres humanos, en suma, son condenados a someterse a un castigo que los degrada en beneficio del grupo político dominante. Pero, ¿a quién le importaba ello? Por supuesto que sólo a los beneficiarios directos de la explotación, ya que los infractores al carecer de voz

igualmente se encontraban imposibilitados para exigir otro tipo de trato.

Es por ello que con el paso del tiempo esa pequeña minoría -por supuesto que nos referimos a los explotadores- lleva a cabo la tarea de redefinir los fines y funciones del castigo que aparecerá a partir del siglo XVIII. Un proceso que tendrá como punto central la aparición de la cárcel, una institución que, como ya expusimos, es la continuación con los mismos medios o con otros de las antiguas formas de castigo. Y a tal grado es todo esto que los promotores de la cárcel logran hacer aún más ignotas las funciones ocultas de la nueva institución de castigo; empero, el misterio puede ser revelado al reconocer el objeto central de la nueva institución de castigo y de las anteriores, es decir, el cuerpo.

1.3 La tecnología del castigo, el cuerpo como objeto.

El castigo, como ya lo expusimos, ha sido una constante presente desde la antigüedad, y lo mismo ha sucedido con el objeto de su aplicación, es decir, el cuerpo.

Lo anterior es expuesto por Michael Foucault, en su famoso libro Vigilar y Castigar, con su ejemplo de los tormentos que sufre un regicida (o parricida como también se le llamaba). Un ejemplo que a pesar de extensión vale la pena citar:

"Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París, adonde debía ser llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con una hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano; después, en dicha carreta, a la plaza de Grève, y sobre un cadalso que allí habrá sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido de ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemado con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación, su cuerpo estirado desmenbrado por cuatro caballos y sus miembros y troncos consumidos en el

fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento.

Finalmente, se le descuartizó... Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar: de suerte que en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas...

Aseguran que aunque siempre fue un gran maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna: tan sólo los extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: "Dios mío, tened piedad de mí; Jesús, socorredme". Todos los espectadores quedaron edificados de la solicitud del párroco de Saint-Paul, que a pesar de su avanzada edad, no dejaba pasar momento alguno sin consolar al paciente.

Se encendió el azufre, pero el fuego era tan pobre que sólo la piel de la parte superior de la mano quedó no más que un poco dañada. A continuación, un ayudante, arremangado por encima de los codos, tomó unas tenazas de acero hechas para el caso, largas de un pie y medio aproximadamente, y le atenaceó primero la pantorrilla de la pierna derecha, después el muslo, de ahí paso a las dos mallas del brazo derecho, y a continuación a las tetillas. A este oficial, aunque fuerte y robusto, le costó mucho trabajo arrancar los trozos de carne que tomaba con las tenazas dos y tres veces del mismo lado, retorciendo, y lo que sacaba en cada porción dejaba una llaga del tamaño de un escudo de seis libras.

Después de estos atenaceamientos, Damiens, que gritaba mucho aunque sin maldecir, levantaba la cabeza y se miraba. El mismo atenaceador tomó con una cuchara de hierro del caldero mezcla hirviendo, la cual vertió en abundancia sobre cada llaga. A continuación, ataron soguillas

las cuerdas destinadas al tiro de los caballos, y después se amarraron aquéllas a cada miembro a lo largo de los muslos, piernas y brazos.

...

Los caballos dieron una arremetida, tirando cada uno de un miembro en derechura, sujeto cada caballo por un oficial. Un cuarto de hora después, vuelta a empezar, y en fin, tras de varios intentos, hubo que hacer tirar a los caballos de esta suerte: los del brazo derecho a la cabeza, y los de los muslos volviéndose del lado de los brazos, con lo que se rompieron los brazos por las coyunturas. Esos tirones se repitieron varias veces sin resultado. El reo levantaba la cabeza y se contemplaba. Fue preciso poner otros dos caballos delante de los amarrados a los muslos, lo cual hacía seis caballos. Sin resultado. En fin, el verdugo Samson marchó a decir al señor Le Breton que no había medio ni esperanza de lograr nada, y le pidió que preguntará a los señores si no querían que lo hiciera cortar en pedazos...

Después de dos o tres tentativas, el verdugo Samson y el que lo había atenaceado sacaron cada uno un cuchillo de la bolsa y cortaron los muslos por su unión con el tronco del cuerpo. Los cuatro caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron tras ellos los muslos... Fue preciso cortar las carnes hasta casi el hueso; los caballos con todas sus fuerzas, se llevaron el brazo derecho primero, y el otros después.

... Los cuatro miembros, desatados de las sogas de los caballos, fueron arrojados a una hoguera dispuesta en el recinto en línea recta del cadalso; luego el tronco y la totalidad fueron enseguida cubiertos de leños y fajina, prendiendo el fuego a la paja mezclada con esta madera.

... En cumplimiento de la sentencia, todo aquello quedó reducido a cenizas. El último trozo hallado en las brazos no acabó de consumirse hasta las diez y media más de la noche. Los

pedazos de carne y el tronco tardaron unas cuatro horas en quemarse. Los oficiales, . . . , permanecimos en la plaza hasta cerca de las once. Se quiere hallar significado al hecho de que un perro se echó la mañana siguiente sobre el sitio donde había estado la hoguera, y ahuyentado repetidas veces, volvía allí siempre. Pero no es difícil comprender que el animal encontraba aquel lugar más caliente". (16)

Los acontecimientos descritos en la cita anterior, constituyeron una práctica común en tiempos pretéritos. Una práctica que su uso se encuentra presente, por citar exclusivamente una zona, en todas las naciones del viejo continente.

Una práctica que, como se verá con mayor amplitud más adelante, tiene como propósito imponer a los sujetos el peso de la ley sea esta divina o humana, a través de, en primer lugar, la presentación de la denuncia ante las autoridades pertinentes y, en segundo lugar, la utilización de la tortura como último antecedente para la apari-

ción del eslabón más importante del proceso, es decir, el castigo.

Pero, ¿de qué modo se pueden combinar la tecnología del castigo y el cuerpo como objeto de la misma? Al respecto encontramos dos respuestas encontradas. La primera, que no compartimos, es reduccionista en tanto la relación de los dos elementos de la pregunta es presentada como producto de un determinismo preestablecido. Un determinismo preestablecidos por dos razones: la primera, porque la fuente del poder reside en la soberanía, el monarca, el príncipe, y, la segunda, porque en ese determinismo preestablecido no se hace referencia al contexto histórico-social en que se lleva a cabo esa relación. Así se trata de una interpretación incompleta.

La segunda, en cambio, más acorde con nuestras expectativas, parte no únicamente de ubicar en un contexto histórico-social específico esa relación, sino también de situar ambos elementos en lugar que les corresponda dentro de las relaciones de poder que rigen a la sociedad.

En efecto, es innegable que hablar del castigo es hacerlo de algo que se encuentra estrechamente vinculado con el tema del poder, ya que el castigo aplicado por el Estado era la expresión del poder del soberano, un poder que para mayor ejemplaridad y para la realización de la intimidación punitiva se aplica en el cuerpo de los reos. Un castigo que, por si fuera poco, posee una característica, pues,

"El cuerpo y la sangre venían a constituir un doble basamento sobre el que ejercitar la represión y la confesión, prueba reina, permitía el desarrollo de todo el procedimiento penal. Pero esta concepción de la tortura como elemento central del procedimiento no tiene todavía ningún matiz peyorativo en el marco en que se realiza. Más aún, es bien vista por sus respectivas sociedades". (17)

Al infligir, entonces, castigo en el cuerpo de los hombres la presencia del poder se hacía evidente; empero, también es necesario consignar que a esta forma de castigo se sumaban otras que provocaban iguales efectos

en el cuerpo, una de las cuales es el caso del castigo psicológico que sufrian los reos antes de la aplicación, en virtud de que para un hombre en estas condiciones el conocimiento de su castigo se erige en una salida que lo libera de tensos y difíciles momentos.

Sin embargo, también vale la pena destacar que junto a esta forma de control, dada su insuficiencia, de ella han dimanado diversas formas de control.

"Entre cada punto del cuerpo social, entre un hombre y una mujer, en una familia, entre un maestro y su alumno, entre el que sabe y el que no sabe, pasan relaciones de poder que no la proyección pura y simple del gran poder del soberano sobre los individuos; son más bien el suelo movedizo y concreto sobre el que ese poder se incardina, las condiciones de posibilidad de su funcionamiento ... Para que el Estado funcione como funciona es necesario que haya del hombre a la mujer o del adulto al niño relaciones de dominación bien específicas que

tienen su configuración propia y su relativa autonomía". (18)

Así, se trata de formas de control que de ningún modo el Estado impone, pues, se encuentran contenidas en el conjunto de instituciones de la sociedad, y, su importancia radica en que a través de estas formas de control cobra vida un esfuerzo de control de los seres humanos, cuya realización se encuentra a cargo de ellos mismos con la introyección de diversos imperativos que son puestos en práctica en la vida cotidiana.

En suma, se trata de una forma de control que tiene como objetos de materialización el cuerpo de los hombres, pero también sus mentes y las ideas que rondan en ella. Una forma de control que, empero, dado su características no formal es difícil conocer sus efectos. No obstante, los fines de esta forma de control son similares a las del control formal, pues, ambas coinciden en que persiguen la explotación y sometimiento de los hombres, es decir, el no permitir su libre realización.

1.4 Cómo el naciente sistema de producción capitalista utilizó la fuerza de trabajo de los delincuentes: La explotación.

A finales del siglo XVI, los métodos punitivos comenzaron a sufrir lentos pero profundos cambios con el creciente interés que recibía la posibilidad de explotación de mano de obra de los sometidos a penas de prisión. La esclavitud en galeras, la deportación y servidumbres penales de trabajo fueron puestas en práctica; las dos primeras, temporalmente, la tercera, como forma precursora e indecisa de una institución que ha sobrevivido hasta nuestros días. Algunas veces ellas aparecían complementando el sistema tradicional de penas pecuniarias y corporales; otras veces, tendían al desplazamiento de estas últimas. Estos cambios constituyeron el resultado no de consideraciones humanitarias sino de un cierto desarrollo económico que revelaba el valor potencial de una masa de material humano a entera disposición del aparato administrativo.

Durante el siglo XVI se acentuó particularmente el énfasis en la distinción entre mendigos aptos e ineptos

para el trabajo, considerando a los segundos como sujetos adecuados para un sistema racional de asistencia social, y a los primeros, como destinatarios de la política criminal.

La primera institución creada con el propósito específico de liberar a las ciudades de vagabundos y mendigos, es probablemente la de Bridewell en Londres (1555), la esencia de las casas de corrección resulta de la combinación de los principios que regían las casas para pobres (Poorhouse), las casas de trabajo (Workhouse), y las instituciones penales. Su objetivo principal es transformar en socialmente útil a la mano de obra discolosa.

Siendo obligados a trabajar dentro de la institución, los prisioneros adquirirían hábitos laborales al mismo tiempo que recibían un adiestramiento profesional, a fin de que una vez en libertad se incorporaran voluntariamente al mercado de trabajo.

Mendigos aptos para el trabajo, vagabundos, prostitutas y ladrones constituían la población habitual de

esta clase de instituciones, en las que al principio sólo aquellos condenados por pequeños delitos fueron aceptados; más tarde, sin embargo, arribaron flagelados y marcados, así como sentenciados a largos periodos.

Consolidada y extendida la reputación de las casas de corrección, los ciudadanos comenzaron a internar en ellas a sus hijos y parientes descarriados. En general, la composición de estas casas parece haberse desarrollado de manera similar en todas partes. Ello a tal grado que algunas casas de corrección fueron más lejos al aceptar pobres y necesitados, siempre y cuando no se encontraban en condiciones de ganar un salario para vivir. Esta última categoría de individuos ocupó un lugar de particular importancia en los Hospitales Generales de Francia, los cuales inclusive proporcionaban alimento y trabajo a las viudas y huérfanos. El primer Hospital General fue fundado en París en 1656, y le siguieron rápidamente otros por toda Francia como resultado de la enérgica actividad de los jesuitas Chau Raud, Dunod y Guevarre.

Sin embargo, la época de oro de las casas de corrección y sus trabajos en favor de los menesterosos de la

sociedad, pronto esta labor es objeto de censuras provenientes de los sectores privilegiados y que tienden a agravarse por las difíciles condiciones de vida en Europa entre el siglo XVII y el siglo XIX.

Las condiciones de vida en esos años se encuentra signada por

"El agravamiento de la lucha por la existencia llevó las condiciones de vida de los trabajadores a niveles increíblemente bajos. En Inglaterra, el mayor grado de pauperización fue alcanzado entre 1780 y 1830. A lo largo de la primer mitad del siglo XIX, detrás de un panorama de hambre creciente, inmoralidad y alcoholismo, se encuentra la amenaza de la revolución: un proletariado recién formado, permanentemente al borde de la rebelión y la violencia". (19)

Los conflictos que provoca la consolidación del nuevo régimen de producción, el capitalismo, provoca, entre otras cosas, una crisis al interior de las casas de

corrección en tanto que ahora ya no cuentan con prerrogativas como apoyos preferenciales para la producción y comercialización de productos. ante esta situación las casas de corrección abandonan a sus protegidos y, aunque no como consecuencia directa, la criminalidad se incrementa considerablemente con sus reacciones de inquietud y molestia.

A todo ello, también se agregan los vientos de críticas surgidos de grupos conservadores, para estos grupos, las casas de corrección lejos de representar una institución benéfica "es improductiva en tanto no consigue el mejoramiento de sus habituales inquilinos. En las casas de corrección, para estos grupos, se reproducen los mismos males que se pretenden combatir.

"Esto resulta altamente negativo, ... , porque no puede existir nada más contrarios de la detención, que un recluso considere que el bienestar de la vida en prisión compensa la pérdida de libertad. Pero ello no debería extrañarnos, ... , si comparamos la ausencia de preocupaciones, el trabajo fácil y placentero,

la posibilidad de ahorrar o gastar dinero a discreción, las comidas diarias y la buena ropa, con la vida normal a que tales individuos están acostumbrados: vestidos con andrajos, condenados al trabajo duro sintiendo el eterno tormento de tratar de comprar la comida suficiente con un salario inadecuado... El resultado era que numerosos reclusos no temían a las casas de corrección y que muchos llegaban a cometer delitos solo con el fin de ser enviados a ellas y rogando después que se les permitiera permanecer allí indefinidamente". (20)

Frente a esta situación, la clase dominante demanda el regreso a las antiguas formas de castigo o en su defecto la invención de nuevas, a fin de detener la criminalidad. Y sus clamores son escuchados, pues,

"el trabajo carcelario se transformó en un método de tortura, y las autoridades se mostraron lo suficientemente expertas para inventar las más variadas formas; ocupaciones de carácter meramente punitivo, ejecutadas de la manera

más fatigosa posible durante insoportables lapsos de tiempo. Reclusos transportando enormes piedras de un lugar a otro, para luego retornarlas a su emplazamiento original; trabajos de bombeo en los que el agua regresaba finalmente a la fuente de la que era succionada, o accionar molinos de rueda que no cumplían función alguna". (21)

De esta manera, el mundo penal contaba con un nuevo instrumento de castigo: la cárcel. Un nuevo instrumento que, empero, ya cuenta con algunos años de existencia en los que su papel había sido de un lugar de custodia. Por eso es que la transformación que experimenta, proporciona a la cárcel diferentes fines y funciones, como son: entre los primeros, la corrección y, entre los segundos, el trabajo.

Con la cárcel se persigue, entonces, ya no el exterminio de los hombres sino la eliminación en ellos de todos aquellos factores que los inducen a la criminalidad. Asimismo, para alcanzar dicho fin se utiliza al trabajo como mecanismo de corrección. Sólo que ese

mecanismo de nueva cuenta encierra intenciones, a saber:
la explotación de la fuerza de trabajo de los hombres.

"Sólo con la aparición del nuevo sistema de producción la libertad adquirió un valor económico: en efecto, sólo cuando todas las formas de la riqueza social fueron reconocidas al común denominador de trabajo humano medido en el tiempo, o sea trabajo asalariado, fue concebible una pena que privase al culpable de un quantum de trabajo asalariado. Y desde este preciso momento la pena privativa de la libertad, o sea la cárcel, se convierte en la sanción penal más difundida, la pena por excelencia en la sociedad productora de mercancías".

(22)

Una pena que, además es productora de una ideología de control del cuerpo más cualificada porque no utiliza la violencia formal como en el pasado (azotes, tortura); con el predominio de la cárcel también nace una ideología informal de control, otra vez, del cuerpo. Una ideología que ya no requiere de Dios o el derecho para legiti-

marse, pues, su fuente de legitimación le es proporcionada por una forma de saber de gran importancia para la consolidación del capitalismo, es decir, la ciencia.

"Con esto se realizaban, por primera vez, las condiciones para un nuevo conocimiento: en los restringidos espacios de la penitenciaría el criminal perdía definitivamente los contornos abstractos de quien viola la norma penal para transformarse en un sujeto concreto de necesidades materiales, es algo que finalmente podía ser observado, espiado, estudiado, en última instancia conocido". (23)

CITAS CAPITULO I

- 1 Pitch, Tamar. Teoría de la desviación social. Editorial Nueva Imagen, México, 1980, p. 41.
- 2 Pitch, Tamar, op. cit., pp. 42-43.
- 3 Sandoval Huertas, Emiro. Penología. Parte General. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, p. 41.
- 4 Costa, Fausto. El delito y la pena en la historia de la filosofía. Uthea, México, 1953, p. 24.
- 5 Malinowski, Bronislaw. Crimen y costumbre en la sociedad salvaje. Ariel, Barcelona, 1951, p. 83.
- 6 García Méndez, Emilio, "Criminología o Derecho Penal en América Latina", en Derecho penal y criminología, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Vol. II, No. 7, Bogotá, 1979, p. 35.

- 7 Costa, Fausto, op. cit., p. 6.
- 8 Sandoval Huertas, Emiro, op. cit., p. 48.
- 9 Sandoval Huertas, Emiro, op. cit., p. 51.
- 10 Newman, Elías, Evolución de la pena privativa de libertad y regimenes carcelarios, Pannedille, Buenos Aires, 1971, p. 20.
- 11 Del Pont, Marco, Penología y establecimientos carcelarios, De Palma, Buenos Aires, 1974, p. 41.
- 12 Del Pont, Marco, op. cit., pp. 41-42.
- 13 Sueiro, Daniel, La pena de muerte, Alianza Editorial, Madrid, 1974, 223.
- 14 Newman, Elías, op. cit., pp. 41-42.
- 15 Basaglia, Franco y Franca Basaglia, Los crímenes de la pez, Siglo XXI, México, 1977, p. 80.

- 16 Foucault, Michael. Vigilar y castigar (El nacimiento de la prisión), Siglo XXI, 1977, p.
- 17 Marquez, Rafael. "Antecedentes históricos de la práctica de la tortura en México". en Magdalena Aguilar Alvarez (comp.), Jornada Nacional contra la tortura, CNDH, México, 1991/4, p. 19.
- 18 Foucault, Michel, Microfísica del poder, La Piqueta, Madrid, 1979, p. 157.
- 19 Rusche, George y Otto Kirchheimer, Pena y Estratificación social, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1984, p. 112.
- 20 Rusche, George y Otto Kirchheimer, op. cit., pp. 124-125.
- 21 Rusche, George y Otto Kirchheimer, op. cit., pp. 132-133.

22 Pavarini, Massimo, Control y dominación. Teorías
criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.
Siglo XXI, México, 1983, pp. 36-37.

23 Pavarini, Massimo, op. cit., pp. 37-38.

CAPITULO II

EL LIBERALISMO Y LA ¿HUMANIZACION DE LAS PENAS?

CAPITULO II

EL LIBERALISMO Y LA HUMANIZACIÓN DE

LAS PENAS?

II.1 La aparición del absolutismo y el "ius puniendi": Dialéctica del cielo a la tierra.

En el año 1400 de nuestra era Europa -y especialmente Italia- se encuentra sacudida por los primeros efectos que produce la aparición de un nuevo movimiento social: se trata de un movimiento impulsado por una pléyade de científicos, artistas e intelectuales unidos por su visión disidente y su propuesta de cambio del orden existente. Ese movimiento es conocido hoy por nosotros como el Renacimiento.

Los ideales de cambio de los hombres del Renacimiento se encuentran sustentados en la importancia que conceden al uso de la razón, pues, la razón es medio indispensable para la comprensión de la realidad. Pero, lo

anterior también es reclamo por la censura que la razón ha sufrido a lo largo de la Edad Media.

"La actitud mental de la Edad Media era la de ignorante prosternación ante los ídolos de la Iglesia, el dogma, la autoridad y el escolasticismo ... La razón, en una palabra, no había despertado de su letargo: el espíritu del hombre no había cobrado aún la conciencia de sus propios tesoros y de sus propias capacidades". (1)

Los hombres del Renacimiento, entonces, al exaltar la razón rompían con el pasado opresor, ofreciendo un destino diferente: "el del hombre pugnando por convertirse en el monarca del universo en que tiene el privilegio y el destino de vivir". (2)

Así, el Renacimiento es uno de los primeros momentos de ruptura con el pasado medieval, un momento que a su vez es el anuncio de la aparición de uno nuevo, es decir, el del advenimiento del mundo moderno.

No obstante, la cristalización del nuevo escenario social es construido a partir de los vestigios del mundo feudal. En este sentido, el Mundo Moderno se configura a partir de la sociedad estamental en que los pueblos habían vivido durante la Edad Media. Por sociedad estamental se debe entender una forma de distinción social

"... en la que cada persona, por nacimiento o por privilegio, era miembro de un estamento, y ello le daba derecho a las posibilidades existenciales monopolizadas por tal estamento. Los estamentos se diferenciaban entre sí por el grado concreto de participación en el poder político, por la forma peculiar de fundamentación de la subsistencia y por el prestigio específico (honor)." (3)

La sociedad estamental de la Edad Media se encontraba compuesta por tres sectores fundamentales: nobleza, burguesía y campesinado. Durante la Edad Media las relaciones entre estos sectores no se caracterizaron por la presencia de conflictos o animadversiones, pues, la

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

flexibilidad y movilidad de la sociedad constituía un importante mecanismo de control y sujeción social.

Sin embargo, ese mundo de armonía como se puede constatar en la siguiente cita, pronto sufrió modificaciones.

"Ya que, mientras en la Edad Media un hombre pobre apenas se distinguía de un campesino rico, un burgués podía alcanzar una posición política más alta que un hombre y los mundos en que vivían aún no se habían separado radicalmente, llevando todos los estamentos, a pesar de las diferencias políticas y legales, una forma de vida similar, a partir del siglo XVI el abismo se hizo cada vez más profundo." (4)

El siglo XVI trae consigo la aparición de limitaciones en la flexibilidad y movilidad de que gozaban la burguesía y los campesinos. La nobleza, en cambio, pasa a ocupar un lugar destacado en la forma de gobierno que se produce en algunos países de Europa: el absolutismo.

El absolutismo constituyo en su tiempo un intento de centralización y de implantación de los poderes burocráticos bajo la dirección de un monarca omnipotente. Un intento que a pesar de algunos éxitos en su instauración, en algunos países del viejo continente enfrenta reacciones y rebeldías. Así, lo constata por ejemplo la revuelta dirigida por Cromwell en Inglaterra, que culmina con la ejecución del Rey Carlos I Estuardo.

El primer intento de legitimación del absolutismo es realizado en el siglo XVI por Juan Bodino. Para este pensador el origen de los problemas que viven los países europeos (guerras religiosas cruentas, entre otros), es producto de la ausencia de una autoridad investida de poderes para dirimir conflictos y conseguir la unión de los miembros sociales.

Para enfrentar esta clase de problemas Bodino elabora una teoría en la cual destaca su concepto de soberanía. En Bodino la soberanía es importante porque

"Así como el navío no es ya más que madera sin forma de barco cuando la quilla, se sostiene

los costillajes, la proa, la popa y el combés son quitados, así también la República sin potestad soberana, que une todos los miembros y parte de aquella y todas las familias y colegios en un cuerpo, no es ya República". (5)

La soberanía, entonces, es para Juan Bodino esa fuerza de cohesión, de unión de la comunidad política, sin la cual ésta se dislocaría. La soberanía es también, según el propio Bodino, la "potestad absoluta y perpetua de una República". Perpetua porque está íntimamente ligada a su directriz de la sociedad, bajo cualquier forma que ésta se encarne.

Absoluta porque

"Es menester que aquellos que son soberanos no estén en modo alguno sujetos al mando de otro y que puedan dar leyes a los súbditos y quebrantarlas o anular las leyes inútiles para hacer otras ... Por eso la ley dice que el príncipe está absuelto (absolutus) del poder de las leyes". (6)

Con lo antes expuesto se puede extraer que para Bodino la posibilidad de corregir el rumbo de las sociedades europeas no se encuentra en las cruentas guerras ni en la adopción de gobiernos democráticos, sino en la instauración de un gobierno absolutista y perpetuo con objeto de ofrecerle al monarca la oportunidad de preservar y mantener unida a la sociedad, así como la posibilidad de conformar un gobierno aceptable para todos porque convertía la voz y la palabra del soberano en una verdad incuestionable.

El segundo esfuerzo de legitimación del absolutismo... es realizado por el filósofo inglés Tomás Hobbes. El título de la obra más representativa de Hobbes, Leviatán, sintetiza la esencia de la teoría del mismo. Para Hobbes el Leviatán puede ser entendido como:

"... (esa) cosa pública o Estado ..., en latín Civitas, y que no es otra cosa que un hombre artificial, aunque de una talla muchos más elevada y de una fuerza muchos mayor que las del hombre natural, para cuya protección y defensa ha sido imaginado. En él la soberanía

es un alma artificial, puesto que da la vida y el movimiento al cuerpo entero ... La recompensa y el castigo ... son sus nervios. La opulencia y las riquezas de todos los particulares son su fuerza. Salus populi, la salud del pueblo, es su función ... La equidad y las leyes son para él una razón y una voluntad artificiales. La concordia es su salud; la sedición, y la guerra civil, su muerte. En fin, los pactos y los contratos que, en el origen presidieron a la constitución. A la agrupación y unión de las partes de este cuerpo político se parecen a este fiat o hagamos al hombre que pronunció Dios en la creación". (7)

Con estos argumentos Hobbes enuncia su reclamo fundamental, es decir, la necesidad de dar vida a un hombre artificial al que se encuentren sujetos los hombres, con la intención de erradicar de esa manera los conflictos entre los seres humanos.

Ante la pregunta ¿por qué es necesario el Leviatán? Tomas Hobbes se esmera en elaborar una respuesta que es

al mismo tiempo utilizada para justificar el absolutismo. Para Hobbes, el hombre que no vive en sociedad, el hombre natural, es un ser poseedor de razón; un atributo que no ha sido garantía de felicidad, ya que el hombre no se encuentra guiado por su razón, sino por sus pasiones. Las cuales se han materializado, estima Hobbes, en el deseo perpetuo, incesante, de poder, y cuyos resultados han sido las guerras y la muerte.

Tomás Hobbes presenta a los hombres como una especie incapaz de gobernarse. Para resolver este conflicto, Hobbes demanda que los hombres naturales pasen a vivir en sociedad cediendo sus derechos para el príncipe, el soberano, los ejerza en nombre y en beneficio de la sociedad. Los hombres entregaban sus derechos con la intención de encontrar una existencia armónica, lo cual en efecto podía suceder; pero, también el establecimiento de ese acuerdo social traía consigo el sometimiento de los hombres.

"... a un amo, a un soberano. No contratan con este amo, sino entre ellos. Entre ellos renuncian, en provecho de este amo, a todo derecho y

a toda libertad que hubiesen de perjudicar a la paz". (b).

Con estas palabras la suerte estaba echada. Tomás Hobbes ve en el monarca, el príncipe, el soberano, la autoridad suprema e incuestionable de la sociedad porque así lo han decidido los hombres. Lo único que faltaba era encontrar un lugar donde el poder absolutista cobrara forma. El 'problema' es rápidamente resuelto, pues, ante los graves problemas que enfrenta Francia en el siglo XVI el absolutismo es convertido en una mágica panacea.

El absolutismo francés realiza cambios fundamentales a través de la eliminación de los vicios de tolerancia y movilidad que habían regido al país a lo largo de la Baja Edad Media. Diversos miembros de la sociedad pronto son perseguidos, estigmatizados y rechazados.

"Mendigos y vagsbundos, comediantes y buhoneros, se convirtieron en marginados, fueron perseguidos como personas no integrables, al igual que los separatistas religiosos y el creciente número de miembros de profesiones no

nonorables'. Bien es verdad que, en general, no se les podía disciplinar o expulsar de hecho, pero el control social y uso de la fuerza puesto en práctica por el Estado tuvieron el efecto de una segregación discriminatoria: un gran número de personas no pertenecientes a un estamento, o de un estamento inferior, fueron difamadas como canalla 'inútil' sólo porque no podían pagar tributos ni ejercer una actividad productiva". (9) ...

La segregación discriminatoria que se produce no responde a las necesidades de la población en un conjunto, sino que es el producto del poder y la autoridad del soberano; un poder y una autoridad que en este caso es utilizado para sojuzgar a los hombres en beneficio de una minoria: la detentadora del poder político y del poder económico. Aún más, la aplicación de un derecho penal opuesto a la cosmovisión popular produjo evidentes desacuerdos, ya que

"Lo que el Estado declaraba como crimen no solía coincidir con el Derecho tácito del pue-

bio, pues muchos delitos perseguidos y penados por el Estado eran encuciertos, tolerados e incluso aprobados por el pueblo". (10)

A pesar de las visiones encontradas no se produjeron reformas. Y, por si fuera poco, el derecho penal estatal produjo mayores encones al convertirse en un instrumento discriminatorio en el tratamiento juridico. Esto porque el peso de la ley se aplicaba con mayor rigor contra las conductas desviadas cometidas por las clases bajas; para la nobleza, en cambio, la tolerancia y hasta en ocasiones la aprobación continúan existiendo.

Para enfrentar los altos indices de criminalidad que produce la depauperada situación económica, el absolutismo implementa un derecho penal represivo cuyo principal objetivo es frenar la comisión de delitos a través de la intimidación. Es por ello que la ejecución pública, principal forma de castigo, haya contado con un énfasis notable en la violencia física a la que se encontraba expuesta el condenado. Por ejemplo,

"El lunes 23 de enero se ha dado muerte en Breslau a un horrible e impio asesino, un tirador, esbirro y verdugo llamado Heinrich Thein, de la manera que sigue a continuación, por haberse reconocido en su prendimiento autor de 251 espantosos asesinatos, sin contar los soldados que ha matado y no ha señalado ni declarado. Primeramente se le han descoyuntado todos los miembros de manos y pies, luego se le han desgarrado en cuatro puntos con tenazas candentes en pechó y brazos, después de esto, ha sido arrastrado ante el tribunal sobre una piel de buey, a continuación se le ha impuesto sobre una palestra el suplicio de la rueda y despedazado en cuatro partes más tarde en los caminos reales. Este malhechor ha sido tan paciente que no ha gritado, ni ha hecho ni manifestado nada que fuera inconveniente".

(11)

De esta manera, para que el castigo y la intimidación fueran exitosos se requería de una aplicación a la vista de la sociedad, hombres y mujeres al mirar un

macabro espectáculo como esos, se supone, habrían intro-
yectado la intimidación.

En suma, el absolutismo había creado un derecho
penal de sojuzgamiento de la sociedad y, en especial, de
las clases bajas, pero que no obstante posibles cuestio-
namientos era legítimo porque representaba la voluntad
del padre de la sociedad: el soberano.

Pero, el absolutismo pronto comienza a enfrentar
serios conflictos y cuestionamientos.

"A pesar de que la monarquía absoluta se había
convertido al comenzar el siglo XVII en la
única fuerza de orden capaz de afrontar los
problemas políticos, sociales y económicos de
la época, el propio sistema absolutista difi-
cultó igualmente la adaptación de la sociedad
francesa al proceso de transformación socioeco-
nómica de finales siglo". (12)

En este escenario surge precisamente en Francia un
movimiento intelectual que lleva a cabo la crítica del

orden establecido. un movimiento intelectual que aporta una nueva visión del hombre y de su relación con el Estado. Aportaciones que son recogidas para elaborar el derecho penal que nace a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX. Ese movimiento intelectual es conocido como la Ilustración.

11.2 La ilustración.

La Ilustración representa una movimiento intelectual impulsado por filósofos, algunos de ellos nacidos en Francia y otros provenientes de otros países europeos. El propósito central de la Ilustración es la crítica del absolutismo por su negatividad a conceder libertad de pensamiento y por la desigualdad en que viven los hombres. Sobre lo primero Immanuel Kant, señala:

"La Ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro". (13)

La Ilustración encuentra en el absolutismo un enemigo detestable que ha convertido a los hombres en máquinas carentes de libertad para usar como mejor les antoje su razón. Y son máquinas porque no actúan guiados por sus propios impulsos, sino que lo hacen bajo las directrices establecidas por otros, aquellos que detentan el monopolio de la razón. Por esos es que el hombre necesita ser él mismo a través del uso de la razón y en un ambiente de libertad.

"Para esta Ilustración no se requiere más que una cosa: libertad; y la más inocente entre todas las que llevan ese nombre, a saber: libertad de hacer uso público de su razón íntegramente. Más oigo exclamar por todas partes: ¡Nada de razones! El oficial dice: ¡no razones, y has la instrucción! El funcionario de Hacienda: ¡nada de razonamientos!, ¡a pagar! El reverendo: ¡no razones y cree! (sólo un señor en el mundo dice: razonad todo lo que queráis y sobre lo que queráis pero ¡obedeced!) Aquí nos encontramos por doquier con una limitación de la libertad. Pero ¿qué limitación es

obstáculo a la ilustración? ¿Y cual, por el contrario, estímulo? Contesto: el uso público de su razón le debe estar permitido a todo mundo y esto es lo unico que puede traer ilustración a los hombres; su uso privado se podra limitar a menudo ceñidamente, sin que por ello se retrase en gran medida la marcha de la Ilustración". (14)

Libertad y razón son las máximas de los filósofos de la Ilustración. Dos máximas defendidas a toda costa aun a costa de represion, encarcelamientos o el pleno rechazo de sus ideas. Para analizar ambas máximas hemos elegido a tres pensadores relevantes de este movimiento intelectual, a saber: Voltaire, Montesquieu y Rousseau.

Los rasgos más sobresalientes de la personalidad y la obra de Voltaire, Francois Marie Arouet, son, por un lado, sus mordaces cuestionamientos contra la Iglesia y, por otro lado, sus llamados en defensa de la tolerancia social. Tal vez con todo ello, Voltaire no estaba inventando nada nuevo, pues, en Inglaterra ambos temas habían sido abordados por John Locke. No obstante, la aporta-

ción de Voltaire radica en el tono en que las dice y el lugar en que lo hace, ya que en Francia ante la intolerancia del gobierno y la Iglesia "hasta las ideas moderadamente liberales resultaban subversivas". (15)

La Iglesia representa para Voltaire una institución que se encuentra distante de los motivos que le dieron origen, es una institución, estima Voltaire, que ha sustituido las demandas de amor y ayuda para el semejante por otras que tienen como fin el engaño, la dominación y la corrupción. Es por ello que

"Para el masón Voltaire, la Ilustración se presenta aquí como la dedicación activa del potentado . . . a mejorar la cultura del país y poner freno a la influencia de la Iglesia. No en vano tronaba contra la Iglesia oficial al grito de "¡Aplastad a la infame!"." (16)

Respecto a su llamado a la tolerancia, Voltaire lo opone contra la persecución y violencia que viven los hombres cuando intentan hacer uso de la razón. Una tolerancia que no existía en Francia porque el absolutis-

no perseguía y encarcelaba intelectuales, es el caso de Voltaire, cerraba periódicos y, en suma, cancelaba la libertad de expresión y de pensamiento. Es por esto que se pregunta y responde:

"¿Qué es la tolerancia? Es la pancea de la humanidad. Todos los hombres estamos llenos de debilidad y de errores y debemos perdonarnos reciprocamente, que ésta es la primera ley de la humanidad". (17)

Asimismo, es dable encontrar en Voltaire una demanda de justicia para los grupos que integran la sociedad, Voltaire demanda que

"el campesino no sea vejado por un pequeño tirano; que el ciudadano no sea encarcelado por sin un juicio inmediato ante los jueces adecuados que median entre él y el acusador ...; que nadie pierda su parcela o su vifa bajo el pretexto del interés público y sin indemnización suficiente". (18)

De esta manera, la voz de Voltaire se alzaba contra las injusticias y la corrupción creadas por el absolutismo francés. En oposición a ese mal, intenta elevar la justicia en el principio rector de la vida.

El siguiente intelectual de la Ilustración, el barón de Montesquieu, es importante por su crítica a la concentración de poderes en el soberano, así como por su demanda de separación de los mismos. En su célebre obra, "El espíritu de las leyes", Montesquieu reconoce la necesidad de la libertad humana, pero para él la libertad no es un derecho innato ya que la fuente de la cual dimana es precisamente la ley. Montesquieu establece que

"La libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes permiten; y si un ciudadano pudiese hacer lo que prohíben, no tendría ya libertad, porque los demás tendrían igualmente ese poder". (19)

Si las leyes son significativas en la obra de Montesquieu, la misma importancia posee su demanda de separación de los poderes. Montesquieu ha tenido oportunidad

de conocer naciones con gobiernos centralistas, y esa concentración de poderes trae consigo la restricción o desaparición de la libertad. En palabras de Montesquieu

"Todo estaría perdido si el mismo hombre o el mismo cuerpo de los principales, o de los nobles, o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los criminales o las diferencias de los particulares".

(20)

La libertad desaparece, entonces, en gobiernos donde existe la concentración de poderes, y estos gobiernos son llamados por Montesquieu como tiranías. Montesquieu propone como alternativa, la creación de gobiernos moderados en los cuales exista división de poderes; por ejemplo, el príncipe reuna los poderes legislativo y ejecutivo y delegue en otras manos el poder judicial.

El tercer filósofo de la Ilustración Juan Jacobo Rousseau, ha trascendido porque en su teoría presenta una visión diferente de la establecida del hombre y porque

sus libros contienen críticas acerbadas del gobierno absolutista.

A diferencia de Tomás Hobbes quien como ya vimos encuentra maldad en los nombres naturales, Rousseau los concibe como seres limpios, inmaculados, cuya maldad, cuando aparece, es producto de su vida en sociedad (21). Y, si el hombre es bueno por naturaleza es indispensable encontrar las causas de su perversión.

Rousseau encuentra a un hombre que posee una característica fundamental

"... ha nacido libre, y sin embargo, vive en todas partes entre cadenas. El mismo que se considera amo, no deja por eso de ser menos esclavo que los demás". (22)

Sin embargo, la libertad, supone Rousseau, nunca ha sido una realidad. Los hombres siempre han vivido bajo limitaciones, como lo ha sido la esclavitud o la enajenación de la libertad. Y el resultado ha sido que los hombres han perdido la oportunidad de ser ellos mismos.

"Renunciar a su libertad es renuncia a su condición de hombre, a los derechos de la humanidad y aún a sus deberes. No hay resarcimiento alguno posible para quien renuncia a todo. Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre; despojarse de la libertad es despojarse de moralidad. En fin, es convención fútil y contradictoria estipular de una parte una autoridad absoluta y de la otra una obediencia sin límites". (23)

Para liberar a los hombres, Rousseau propone

"Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Tal es el problema fundamental cuya solución da el contrato social". (24)

Aún más, para la realización correcta del contrato social Rousseau demanda de los hombres un compromiso fundamental, a saber:

"... la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, por que, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos: y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás".

(25)

Lo que Rousseau tiene en mente es la creación de una sociedad en la cual los hombres ocupen un papel central, ya que la sociedad les pertenece como ellos pertenecen a la sociedad, y sobre todo porque para Rousseau los hombres independientemente de su posición son iguales. Aparece con ello un argumento novedoso: el referente a la igualdad humana como principio fundamental de la sociedad, un principio que por obvias razones contrasta con la situación de vida durante el absolutismo. Pero Rousseau no se contenta con esto.

Frente a las opiniones de Bodino y Hobbes quienes depositan la soberanía en manos de la monarquía, Rousseau lo hace en las manos del pueblo, ya que, otra vez, es el firmante del contrato social. Se trata de un concepto conformado en base a cuatro caracteres, a saber: inalienable, indivisible, infalible, absoluta. Caracteres en los cuales no existe novedad ciertamente, pero ésta se encuentra presente en el detentador de la soberanía, es decir, el pueblo.

El pueblo es convertido por Rousseau es el sujeto principal de su teoría, y se trata de un pueblo el cual dota de facultades para castigar y legislar. El derecho penal, según Rousseau, debe dejar de ser una propiedad exclusiva del príncipe. El derecho penal creado a partir del contrato social es legítimo porque los hombres lo aprobaron, así como aprobaron la existencia de castigos. El hombre que trasgrede el derecho social no es digno de vivir en sociedad.

"... conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra.

La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como un enemigo que como ciudadano". (26)

La cita anterior hace suponer que Rousseau era partidario de la pena de muerte, pero ello es una falacia. Rousseau, sin ser un experto en el tema, es más bien partidario de la aplicación de este castigo sólo en aquellos casos en que la conducta humana lesione el interés colectivo. Aún más, Rousseau manifiesta su rechazo a las formas de castigo utilizadas por el gobierno absolutista, al señalar:

"Además, la frecuencia de suplicios es siempre un signo de debilidad o de abandono en el gobierno. No hay malvado a quien no se pueda hacer útil para algo. No hay derecho, ni para ejemplo, de matar sino a aquel a quien no puede conservarse sin peligro". (27)

En suma, Rousseau es puntual: la posibilidad de modificar los problemas que enfrentan los hombres en su vida social, incluyendo los referentes a la criminalidad, deben ser resueltos por los hombres mismos. Pero, lo deben hacer unidos para que con ello desaparezcan cualquier clase de dificultades. Si Rousseau ha elaborado los argumentos ya expuestos, ello es debido a una razón: su confianza en los hombres. Y Rousseau no se equivocó, pues, las ideas de la Ilustración son recogidas y enriquecidas por otros escritores, estos sí expertos en el tema, para elaborar un nuevo discurso sobre la pena.

11.3 Cesare Beccaria y el discurso de las penas.

En el año de 1764 es publicado en Europa un libro que pronto cambia las ideas que sobre el derecho penal existían en el mundo. Se trata de la célebre obra "De los delitos y de las penas", del marqués Cesare Beccaria Bonesana. La trascendencia de este libro es producto de la concatenación de dos factores: por una parte, en "De los delitos y de las penas", comienzan a cobrar vida los argumentos elaborados por los filósofos de la Ilustración

y, por otra parte, ese mismo libro constituye una crítica contra el orden imperante en el campo del derecho penal.

Pero, ¿cuál es la realidad a la que se opone Cesar Beccaria? En primer lugar, se encuentra el excesivo número de leyes creadas por la monarquía en su afán de controlar todos los intersticios de la vida humana. En segundo lugar, la creciente influencia de la Iglesia en la definición y sanción de los delitos. En tercer lugar, su rechazo al procedimiento penal inquisitivo, ya que reflejaba una

"...clara desigualdad entre las partes, en perjuicio del presunto delincente, con un sistema de pruebas legales y de elásticas presunciones que permitían probar casi cualquier acusación contra el reo, el cual disponía de muy menguados recursos defensivos.

En cuarto lugar, se encuentra el uso de la tortura como principal instrumento probatorio. En quinto lugar, aparecen las diferencias sociales que producían desiguales procedimientos penales. En sexto lugar, el poder

discrecional de los jueces para interpretar y aplicariás leyes. En séptimo lugar, la inexistencia de una adecuada tipificación de los delitos. En octavo lugar, la pena de muerte erigida en principal forma de castigo. Finalmente, se hayan los fines y funciones de la pena de muerte

"... como arma represiva, como invitación a la obediencia de la ley por el camino del ius puniendi. Se pensaba que cuanto más temor produjera una pena, era más ejemplar y, por consiguiente, más eficaz". (29)

En respuesta a estos problemas, Beccaria se pregunta en primer lugar ¿cuál es el origen de las penas? y ¿quién debe aplicar el castigo? Influido por los trabajos de los filósofos de la Ilustración, Beccaria estima que el origen de las penas se encuentra en la necesidad e incapacidad humana para regirse adecuadamente, es decir, con respeto hacia los otros. En este sentido,

"Las leyes son las condiciones con que hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, fatigados de

vivir en continuo estado de guerra y de gozar una libertad convertida en inútil por la incertidumbre de conservarla. La suma de todas estas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno constituye la soberanía de una nación, y el soberano es el legítimo depositario y administrador de ellas". (30)

Para Beccaria, entonces, las leyes responden a una necesidad humana de vivir con armonía, así como su detentador debe ser el soberano. Pero ¿qué entiende Beccaria por soberano? Beccaria de nueva cuenta incluido por la Ilustración erige al pueblo en el soberano, ya que, otra vez Rousseau, es el pueblo el promotor de las leyes.

A partir de estos argumentos, Beccaria obtiene cuatro consecuencias: la primera, se refiere a "que sólo las pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social". La segunda, establece "... que el soberano, que

representa a la misma sociedad, no puede formar sino leyes generales que obliguen a todos los miembros, pero no puede juzgar ... es, por tanto, necesario que un tercero juzgue sobre la verdad del hecho". La tercera, señala "... que si se probase que la atrocidad de las penas ... fuese por lo menos inútil, también en tal caso sería no sólo contraria a las virtudes benéficas ... sino que sería también contraria a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social. La última demanda que "... la autoridad de interpretar las leyes (no) puede residir en los jueces de lo criminal, por la misma razón de que son legisladores". (31)

Así, Beccaria realiza, por una parte, una crítica puntual e inteligente al absolutismo. Por otra parte, lleva a cabo una defensa del principio de legalidad, con objeto de eliminar el poder judicial arbitrario.

Asimismo, Beccaria exige la realización de una justicia penal pública, al sugerir que

"Sean públicos los jueces y las pruebas de un delito para la opinión, que es quizá el único

fundamento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones". (32)

Lo anterior se encuentra acompañado de la solicitud que pide la desaparición de la tortura. Beccaria argumenta que la tortura debe desaparecer porque más que representar un instrumento infalible, constituye una prueba con la que se mide únicamente la resistencia física de los reos.

Uno de los temas que más ocupan a Beccaria es el referente a la medida de los delitos. En su respuesta a este tema Beccaria deja surgir de nueva cuenta su adhesión a la Ilustración, pues, establece que si la sociedad es lo más importante para el hombre entonces la gravedad de los delitos debe ser medida de acuerdo con el daño social que producen.

En la parte final de su libro, Beccaria aborda un tópico cuya importancia todavía es de actualidad. Nos referimos a la necesidad de implementar una política criminal más orientada a la prevención que a la intimidación. Una de las conclusiones que se obtienen del libro

"De los delitos y de las penas", es la ingente duda que mantiene Beccaria respecto al éxito que puedan tener los fines de intimidación que cumplen las penas, ya que a pesar de la gravedad de los castigos el delito no desaparece, así como por la inhumanidad de algunos castigos como es el caso de la pena de muerte. Al respecto, Beccaria asevera

"Es mejor prevenir los delitos que punirlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir al hombre al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, por hablar según todos los cálculos de los bienes y de los males de la vida. Pero los medios empleados hasta ahora son generalmente falsos y opuestos al fin propuesto". (33)

En su afán de elaborar una política criminal para la prevención de los delitos, Beccaria sugiere cuatro medidas: en primer lugar, que "... que las leyes sean claras, sencillas y que toda la fuerza de la nación esté concentrada en su defensa y ninguna parte de aquella sea empleada para destruirlas". En segundo lugar, solicita

"... que las luces (el conocimiento) acompañen a la libertad". En tercer lugar, exige "... interesar a la corporación de los ejecutores de las leyes más en la observancia de estas que en su corrupción". Por último, Beccaria sugiere que "... el más seguro, pero más difícil, medio de prevenir los delitos es perfeccionar la educación ". (34)

Con todos los argumentos ya presentados, Beccaria cambiará radicalmente la visión del derecho penal. Para comenzar sus críticas contra el procedimiento inquisitorial, la tortura, los fines y funciones de las penas, sus demandas de igualdad de los hombres ante la ley penal, son recogidas, aunque algunas sólo en teoría, por los revolucionarios de 1789 para elaborar un nuevo derecho penal.

11.4 Lardizábal y Uribe y el discurso de las penas (35)

En el año de 1872 es publicado, en Madrid, el libro "Discurso sobre las penas", de Manuel de Lardizábal y Uribe. En su obra el autor tiene como propósito, por

encargo de los Reales Consejos de España, la elaboración de un nuevo Código Criminal.

El "Discurso de las penas" y el Código Criminal contenido en él, es significativo más por sus diferencias que por sus coincidencias con el libro de Beccaria. La primera de ellas, se refiere a la opinión de Lardizábal y Uribe sobre el origen de las penas y de las leyes. Lardizábal y Uribe concibe al hombre como un ser incapaz de regirse por sí mismo, un ser que requiere de una "Potestad Suprema", representada por monarcas que gobiernan porque son los representantes de Dios en la tierra. En palabras de Lardizábal y Uribe

"... a los Reyes y Principes ... les confío Dios el Señorío sobre los pueblos, porque la Justicia fuese guardada por ellos, esto es, para que con su protección y gobierno los hagan felices, y los conserven en quietud y seguridad, deben siempre dirigir todo su conato y deavolos a este importante y saludable fin, y para conseguirle es necesario, que las leyes con que han de ser gobernados los pueblos se

acomoden a la república, y no la república a las leyes". (36)

Al asumir la defensa del absolutismo, Lardizábal y Uribe soslaya los aportes de la Ilustración. Aún más, al ampliar su respuesta sobre el origen de las penas Lardizábal y Uribe recae en los argumentos ya citados, cuando escribe

"Pero la facultad de establecerlas y regularlas, que reside en las Supremas Potestades como un derecho inmanente de la Magestad esencialmente necesario para el gobierno y conservación de la república, dimana del mismo Dios". (37)

Una diferencia más entre los trabajos de Beccaria y Lardizábal y Uribe, es la referida a la medida de las penas. Como ya expusimos, Beccaria erige el daño social como el filtro correcto para medir las penas; Lardizábal y Uribe, en cambio, cuestiona esta opinión en tanto la considera insuficiente porque, por ejemplo, la naturaleza provoca trastornos en la vida social que bien podrían recibir el nombre de daños sociales, y con la diferencia

de que no existiría alguien a quien castigar. Es por ello que Lardizábal y Uribe complementa la opinión de Beccaria al incorporar el dolo como el segundo de los elementos útiles para establecer la medida de las penas, pues,

"... quanto mayor fuere el daño causado á la sociedad ó á los particulares, mayor la libertad y conocimiento con que se hace, mas peligroso el exemplo que resulta de acción, y mas vehemente los impulsos para delinquir, tanto mayor será el delito, y por consiguiente la pena con que se debe castigar. Por el contrario, quanto disminuyeren estas circunstancias, tanto disminuirá el delito y tanto menor deberá ser la pena, guardada la debida proporción".

(38)

La propuesta de Lardizábal y Uribe es doble que contenga defectos, empero, también contiene aciertos. Uno de ellos se refiere a la aparición del dolo y su importancia en la medición de la pena y los delitos, ya

que esta aportación haciendo a un lado el énfasis moral que le da su autor ha sido recuperada en nuestro tiempo.

A partir de los argumentos ya citados, Lardizábal y Uribe realiza una clasificación de delitos semejante a la de Beccaria, pues, ambos establecen una distinción entre aquellas conductas desviadas contra la nación y aquellas otras contra particulares. Sin embargo, en este punto también existe una diferencia consistente en que mientras en la clasificación de Beccaria han desaparecido los delitos contra la Iglesia, Lardizábal y Uribe les sigue concediendo una importancia significativa.

Al llegar a este punto, debemos preguntarnos: para Lardizábal y Uribe ¿cuáles son los fines de la pena? Otra vez a diferencia de Beccaria, Lardizábal y Uribe sostiene que la pena no puede tener otros fines que la intimidación, toda vez

"... que quanto mayor fuere la facilidad par delinquir, mayores, en mas número, ó mas vehementes las causas ó estímulos que incitan á ello, tanto mas se deberán agravar las penas,

para que el miedo de ellas sirva en cuanto sea posible de obstáculo a las causas ú ocasiones que pueden incitar á ello". (39)

a los anteriores defectos se pueden agregar la defensa, aunque también pueda encontrarse una solicitud de aplicación moderada, que Lardizábal y Uribe hace de los siguientes castigos: la pena del talión, la pena capital, los azotes. Lardizábal y Uribe, en cambio, manifiesta su rechazo a la mutilación de miembros porque ello significaba reducir las posibilidades de explotación de la fuerza de trabajo de los reos.

Como se pudo observar, en Lardizábal y Uribe lejos se encuentran los vientos de cambio promovidos por las ideas de la Ilustración, en su pensamiento todavía predominan el autoritarismo y el oscurantismo aprendido del gobierno absolutista español.

Lo cierto es que hemos presentado dos encontradas posturas en torno a un mismo tema, es decir, el discurso de la pena. Una de las posturas, la de Beccaria, adquiere mayor importancia con el paso del tiempo y con la

concatenación de dos hechos: uno, los cambios producidos por la revolución francesa y, dos, la elaboración de nuevas codificaciones penales en las que se encuentra presente la sombra de Beccaria.

CITAS Y NOTAS CAPITULO 11

- 1 Addington Symond, Juan, "El renacimiento en Italia", en Alejandro Herrera (comp), Del Renacimiento a la Ilustración. Textos de Historia Universal, Mexico, UNAM, 1980, p. 14.
- 2 Ibid., p. 20
- 3 Van Dülmen, Richard, Los inicios de la Europa Moderna, Col. Historia Universal Siglo XXI, Vol. 24, México, Siglo XXI, 1984, p. 92.
- 4 Ibid., p. 93
- 5 Bodino, Jan, Los seis libros de la República, Madrid, Aguilar, 1973, p. 25.
- 6 Ibid., p. 47.
- 7 Hobbes, Tomás, Leviatán o la materia: forma y poder de una república, eclesiástica y civil, México, FCE, 1970, p. 49.

- 8 Ibid., p. 84.
- 9 Van Dülmen, Richar, op. cit., p. 94.
- 10 Ibid., p. 219.
- 11 Ibid., p. 218.
- 12 Ibid., p. 167.
- 13 Kanta, Emmanuel "¿Qué es la Ilustración?", en Alejandro Herrera, op. cit., p. 409.
- 14 Ibid., p. 410.
- 15 Sabine, George, Historia de la teoría, decimotercera reimpresión, México, FCE, 1992, p. 414.
- 16 Barudio, Günter, La época del absolutismo y la Ilustración 1648-1779, Col. Historia Universal Siglo XXI, Vol. 25, México, Siglo XXI, 1983, p. 134.

- 17 Voltaire (Francoise Marie Arquet), "Tolerancia", en Alejandro Herrera, op. cit., p. 303.
- 18 Cit en Barudio, Günter, op. cit., p. 133.
- 19 Montesquieu, Charles de Secondat, Del espíritu de las Leyes, México, Porrúa, 1985, p. 210.
- 20 Ibid., p. 214.
- 21 Cfr. El Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres de Juan Jacobo Rousseau.
- 22 Rousseau, Juan Jacobo, El contrato social, Col. Nuestro Clásicos, México, UNAM, 1962, p. 5.
- 23 Ibid., p. 13.
- 24 Ibid., p. 20.
- 25 Chevallier, Jean Jacques, Los grandes textos políticos desde Maquiavelo a nuestros días, Madrid, Aguilar, 1967, p. 151.

- 26 Rousseau, op. cit., p. 46.
- 27 Ibid., p. 46.
- 28 Tomás y Valiente, Francisco, "Introducción al libro de los delitos y de las penas". Madrid, Aguilar, 1969, p. 26.
- 29 Ibid., p. 30.
- 30 Beccaria, Cesare, De los delitos y de las penas, Madrid, Aguilar, 1969, p. 72.
- 31 Ibid., pp. 74-75.
- 32 Ibid., p. 85.
- 33 Ibid., p. 180.
- 34 Ibid., pp. 181-187.
- 35 Las citas de este apartado son correctas, fueron copiadas tal y como aparecen en el libro.

- 36 De Lardizábal y Uribe, Manuel, Discurso de las re-
nas, México, Porrúa, 1982, pp. 2-3. (Subrayado del
autor).
- 37 Ibid., p. 24.
- 35 Ibid., pp. 104-106.
- 36 Ibid., p. 107.

CAPITULO III

EL ENCIERRO Y SU DISCURSO

CAPITULO III

EL ENCIERRO Y SU DISCURSO

La pena privativa de libertad, tiene su antecedente en el encierro, herencia de las mazmorras de la edad media, toda una arquitectura que se vanagloriaba para castigar los cuerpos y reprimir la conducta de los descarriados, los desdichados de la vida, casi siempre se utilizo como instrumento de contencion, y segregacion de los individuos enjuiciados que iban a ser torturados o ejecutados.

El recurso punitivo del encierro fue comunmente utilizado por el clero a traves del enciaustramiento monastico, este aislamiento se imponia como penitencia a los pecadores para que les sirviera de reflexion y a su vez sufrimiento para expiar sus pecados. En similar sentido se utilizo por los monarcas, quienes encerraban a sus familiares descarriados en las torres de sus castillos por faltas en las que incurrian o por desobediencia.

Estas practicas punitivas no son las principales formas de privacion de libertad que influyeron en el surgimiento de la prision, sino que son contingentes a otras de mayor relevancia surgidas a partir del siglo XVI.

Estos descarriados o desdichados como quiera llamar- seles, se les explotó su fuerza de trabajo, particularmente en la etapa mercantilista, este sentido utilitarista permitió la disminucion de los castigos corporales, esta energia fisica de los reos fue utilizada en la naciente industria, que cada vez mas necesitaba carne humana para saciar el hambre de ese enorme monstruo que estaba desarrollandose, para calmar el apetito del mastodonte reclutaron vagabundos, miserables y posteriormente a los delinquentes para incorporarlos al proceso productivo, se dejo a un lado el caracter retributivo y expiatorio establecido en lo que pudiera llamarse las "legislaciones" y en la praxia punitiva tiene sus inicios la explotacion de la fuerza de trabajo como finalidad de la pena.

Cabe recordar que la industrialización mutó la dimensión de la sobreexplotación productiva del hombre, el éxodo rural a los centros urbanos como a las ciudades (burgos) de toda es fuerza de trabajo liberada por el proceso de acumulación de capital, acompañada del proceso de explotación. (1)

Muy pronto deambularían grandes masas de miserables que apremiados por la necesidad realizaban actos de bandadaje. Con el desarrollo del capitalismo estos sectores de la población se fueron depauperizando y, dadas estas condiciones socio-económicas, del encierro se pasó a la pena privativa de libertad, que sirvió para regular el excedente de desocupados y miserables considerados como peligrosos.

Desde una perspectiva socio-económica-histórica parece ser que la práctica mazmorrica y posteriormente las casas de corrección, prestaron un gran servicio a las industrias manufactureras europeas del siglo XVI, pasando en línea directa por la fábrica que, al no poder absorber la sobrepoblación dio lugar a la que sería la pena reina

por antonomasia, de una nueva manera de disciplinar los cuerpos y castigar la mente, lo adivina usted LA CARCEL.

El derecho a castigar en la antigüedad tenía un carácter teológico y por ende la justicia e siempre administrada por el representante de Dios en la tierra EL REY, por lo menos así lo establecían las leyes de las primeras sociedades humanas de Oriente. (2)

En China, el emperador personificaba a la divinidad y sus leyes eran absolutas, las penas eran corporales, degradantes y feroces, podía dirigirse a cualquier objeto incluso cadáveres. El Código de Manu en la India establecía penas cruentas y la responsabilidad era colectiva.

(3)

En la antigüedad griega, la pena es definida como "una medicina del alma" pero debe ser aplicada a través del dolor para lograr la corrección del individuo y, en caso de delinquentes incorregibles éstos han de ser eliminados. (4)

En Roma, la ley de las doce tablas, seguía un criterio talional y emplearon como penas, la flagelación con varas, azotes o bastones y la ruptura de miembros, en la república romana se aplicó la marca a los calumniadores.

(5)

Esta etapa se caracterizó por infringir un daño físico al individuo, un dolor vivo basado en la tortura que de muy variadas formas, tantas como el ingenio del hombre creaba, fueran eficientes para ocasionar el más grave castigo que implicara sufrimiento. Sería una lista muy larga si pretendiéramos enunciar todas las formas corporales de castigar, solo podemos agregar que las penas más feroces y espantosas fueron puestas en práctica, siendo la base de todas las sociedades la pena de muerte. La ritualización del castigo ante la población sigue una tradición religiosa y ejemplarizante. (6)

En la más alta edad media la reacción contra el delito era la venganza privada por la parte agraviada, que consideraba la agresión como una declaración de guerra y el agresor tenía que enfrentar una contienda de sangre. Había otra forma de resolución del conflicto,

era la imposición de una pena pecuniaria que debía ser pagada a la víctima o a sus allegados; una asamblea de hombres libres efectuaba el juicio y obligaban al culpable al pago. (7)

La imposibilidad de pago de los delincuentes pobres los inducía a sufrir penas de tipo corporal. La clásica frase de "ojo por ojo, diente por diente", nos da elementos sobre el sentido de la pena.

En el transcurso del tiempo la venganza privada adquirió un carácter público y entonces la administración de justicia se depositó en órganos estatales, la principal razón del cambio y la transformación de la venganza privada a la función punitiva, radicaba en que la administración de justicia, representaba una fuente de ingresos considerables, provenientes de las costas impuestas a quienes se encontraban sometidos a proceso.

La situación económica y social de la edad media se caracterizó por una gran pobreza de las mayorías y la riqueza de muy pocos, de acuerdo a los cánones establecidos por el modo feudal de producción, paralelo a esta

situación, cabe mencionar las grandes epidemias y mortandad por la peste, males que, sumados a la pobreza de los campesinos los abrumó, y sin otras alternativas de supervivencia emigraron a las urbes. (8)

Toda esta fuerza de trabajo liberada de los feudos, cambio el sentido y fin de la pena (en formación), las condiciones morales y sociales se entremezclaron, la pena se le comenzó a dar un carácter clasista, la pena pecuniaria es reservada a los favorecidos sociales y económicamente, las penas corporales eran en estricto sensu, la forma punitiva para los desfavorecidos de la vida, los desdichados.

Las penas corporales se incrementaron hasta convertirse en la forma de castigo normal, la pena de muerte apareció como forma de exterminación de los individuos que constituían un grave peligro social. En esta época de barbarie punitiva, de crueldad casi inimaginable, de ningún respeto a la vida ni a la dignidad humana. En Alemania se aplicaron mutilaciones de manos, pies y dedos, se cortaban las orejas, se cortaba la lengua, se sacaban los ojos, se castraba, se azotaba y se arrancaba

la carne con tenazas candentes. En Francia se aplicaron penas similares, véase el caso del desdichado Damiens, el suplicio ritualizado cumple entonces una función de operador político. (9)

El Estado persigue con el castigo la intimidación de la población, pero no en un sentido utilitario de prevención del delito, sino tendiente al disciplinamiento de la sociedad a través del terror estatal.

Los medios punitivos utilizados por el sistema penal en la baja edad media (siglo XV) demuestran que no existía escasez de mano de obra y con la disminución del precio de la fuerza de trabajo se redujo el valor de la vida humana. (10)

III.2 La arquitectura del castigo: las mazmorras de la edad media en plena modernidad.

Recorrer minuciosamente la evolución de la prisión en el devenir histórico, implica un gran reto, por el riesgo de las omisiones, sin embargo, el intento se hará.

Desde nuestro punto de vista, caben distinguirse tres etapas distintivas de la función punitiva, la primera la etapa del encierro propiamente dicha, la etapa de la explotación de la mano de obra y finalmente la etapa de la dizque "humanización" de la justicia penal, con la aparición de la prisión.

Si bien, como se ha mencionado, en la antigüedad no existió la prisión como pena propiamente dicha, de los antecedentes que se tienen, sólo se conoció el encierro en pozos aplicados por diversas razones, por lo menos así lo señalan autores como Hans Von Heting. (11)

Sin embargo, en la etapa efervescente de la crueldad corporal, se le dio utilidad como antesala de aseguramiento y contención de la persona que iba a ser sometido a suplicios y a pena de muerte. Cuando se aplicaba la tortura para averiguar la verdad, las casas de aseguramiento y las cámaras de tortura estaban una al lado de otras, esta forma de utilización de la privación de libertad para el aseguramiento (léase segregación) de la persona es el antecedente directo de la detención preventiva. En este sentido se conoció en Oriente y Medio

Oriente, China, Babilonia, Persia, Egipto, Arabia, India e Israel; como antesala del tormento. (12)

Si bien, alguien pudiera no aceptar esta afirmación de ver este tipo de castigos como pena, por la supuesta idea de concebir a la pena, como algo propio del discurso de la modernidad del Derecho Penal contemporáneo, sin embargo, hay elementos que nos permiten concebir que de facto (de hecho), la detención privativa era ya una pena, como acontece en nuestros días, que en las prisiones mal llamadas modernas, los reclusos están en detención preventiva, es decir, actualmente pena privativa de libertad y detención preventiva de hecho cumplen una misma función. Esta forma de detención no se puede considerar como principal antecedente de la prisión, pero fue una práctica punitiva constante que inspiró la restricción de la libertad.

Estas nuevas construcciones, prototipo de la extensión de la maldad humana, destinada a los infractores del ordenamiento legal, es hija del encierro monástico destinado a los pecadores, es el enclaustramiento un vestigio poco significativo de la pena privativa de libertad. Los

religiosos instrumentaron el encierro para sancionar los actos pecaminosos, consistente en el aislamiento total del sujeto a efecto de obligarlo al arrepentimiento y meditación de sus pecados. Su influencia en el derecho secular se advierte en la penitencia del encierro a fin de purgar su falta, que pasa al derecho común convertida en sanción privativa de libertad represiva de los delitos comunes y por su carácter supuestamente vindicativo.

Dentro de esa búsqueda del mejor prototipo de una mejor arquitectura, para castigar las conductas desviadas, gran influencia tuvo la religión luterana y calvinista en el surgimiento de las casas de trabajo para mendigos y vagabundos en Inglaterra y Holanda; basada en su filosofía ascética del trabajo y del ahorro, que constituye un factor importante en el nacimiento del capitalismo. Con el deterioro general de las condiciones de vida se poblaron las ciudades con gente miserable y hubo necesidad de promulgarse leyes para el tratamiento de esa masa poblacional ociosa. Estas disposiciones preventivas que se dictaron tienen un parangón actual en la "norma que tipifica la vagancia y la malvivencia". Se

reprimió la vagancia y la desocupación con trabajo y se incorporó a la producción esta mano de obra barata que era aprovechada por los empresarios que arrendaban al Estado las casas de trabajo. Los salarios en estas casas eran tan bajos que los obreros preferían vivir de la caridad, la poca rentabilidad del trabajo y la rápida emigración de los campesinos a las urbes, desembocó en un exceso de población desocupada y miserable que al no tener alternativa de sobrevivencia se dedicaba al bandi-
'daje. Se tomaron nuevas medidas para controlar a esa población desocupada y se empezó a obligar a los individuos aptos a trabajos, naciendo así en el siglo XVI las casas correccionales de Inglaterra Bridewell en Londres, 1555, primera casa de corrección y Amsterdam (cabe resaltar que Holanda desarrolló este tipo de trabajo, pues las condiciones de su capitalismo floreciente eran muy propicias para la explotación de la mano de obra).

El rasphuis holandés del siglo XVII fue el prototipo de las antiguas casas de corrección, cuya función fundamental fue enseñar la disciplina capitalista de producción. (13)

Para fines del siglo XVIII en Inglaterra se desarrollaban estudios de la prisión. John Howard con actitud filantrópica dedicó gran parte de su vida a visitar las casas de corrección, cárceles y demás recintos de miserables y delincuentes. En 1776 publicó su obra intitulada "El estado de las prisiones", dejando plasmado su humanitarismo y su deseo de humanización, denunciando las condiciones infrahumanas en que se encontraban los sujetos privados de la libertad. Conoció la problemática carcelaria de su época más que ningún otro, en su recorrido por las prisiones de diversos países pudo verificar las condiciones miserables de los reclusos, inspirado en el calvinismo, fundamentó el aislamiento nocturno.

Así como Howard, Bentham, filósofo y jurisconsulto inglés, creador del utilitarismo. Su concepción del orden jurídico lo llevó a sostener que no existían derechos subjetivos anteriores a la constitución del Estado, siendo posible construir un orden normativo midiendo los placeres y los dolores que serían base para determinar la utilidad de las leyes. Pudiendo estimar los placeres y los dolores en su intensidad, duración, certidumbre, proximidad, fecundidad y pureza, y tomando en considera-

ción las circunstancias que influyen sobre la sensibilidad; era posible clasificar las formas de bien y mal político determinantes de la utilidad pública, que no es otra cosa que la "suma total de las felicidades particulares".

El panoptico estaba pensando para aplicarse a las construcciones de casas de corrección, prisiones, manicomios, fábricas, hospitales, escuelas y en general cualquier establecimiento similar. (14)

De este modo Bentham se convierte en el artífice de la arquitectura penitenciaria.

El establecimiento para albergar a los reclusos debía ofrecer seguridad y economía en el cuidado de los internos y perseguir al mismo tiempo, una modernización de los sujetos que importe un entrenamiento para la forma de producción (15), toda vez que la encomienda del individuo se pretendía lograr por el trabajo.

Siguiendo los postulados de Bonecassa, mejor conocido como Marqués de Beccaria y los iluministas, consideran

que la pena debe reunir caracteres de divisibilidad, certidumbre, igualdad, analogía con el delito, eficacia contra el poder de dañar, y eficacia con relación a la enmienda.

Este período que se conoce como humanización de las penas, es el punto de ruptura del derecho penal del dolor y la muerte, y señala el surgimiento del Derecho Penal Moderno. El pensamiento de estos verdaderos humanistas, influyó para que se proscribieran en las legislaciones penales, los suplicios, la tortura y la pena de muerte; todos ellos dirigieron sus impulsos a alcanzar una justicia más humana, rescatar la dignidad del hombre, el respeto a la vida, a la libertad, a la igualdad, de adecuar las penas y hacerlas más benévolas y limitar el poder de castigar del Estado.

No es creación de ellos la prisión, su pensamiento humanitarista fue utilizado por la burguesía en ascenso del siglo XVIII y por quienes dirigían la política repressiva de la época (la aristocracia). Así, autoridades y empresarios dejan a un lado la pena de muerte y las penas corporales que conmutan por un "quantum de libertad".

Estos fortalecieron las ideas de Beccaria de Montesquieu, de Howard, porque encontraron la coyuntura favorable para convencer al mundo de que la prisión era el medio de sanción más humano y atribuyeron a aquéllos la idea, que decoraron con los principios de legalidad y legitimidad (la famosa seguridad jurídica).

III.3 De como, los que inventaron la libertad, les dieron un subsuelo, la disciplina.

Prolijos son los argumentos en que se ha intentado justificar el "ius puniendi", existen gran cantidad de estudios que nos ocuparía otra investigación, sin embargo, la relevancia del asunto, nos obliga a proponer algunas ideas. Filósofos e intelectuales desde muy antiguo han reflexionado acerca del derecho a castigar, las discusiones son abundantes, que bien podríamos afirmar, a menudo son contradictorias y se tornan alguna posiciones diametralmente opuestas.

Los planteamientos acerca de la justificación del "ius puniendi", son inseparables de los argumentos que se

exponen respecto de la existencia del Derecho Penal, y no solamente eso, sino que el fundamento de ambos deriva de la existencia del Estado.

El derecho a castigar supone la existencia de una autoridad para aplicarlo. Por esta razón Estado y Derecho, y en particular el derecho de penar, tienen una historia en común.

En materia de derecho penal, consideran algunos tratadistas, que el derecho penal subjetivo, sería el "ius puniendi", que tiene el Estado de dictar sus propias leyes para sancionar conductas de los particulares y limitar su actividad punitiva, al respecto el francés Duguit, combatió tal derecho subjetivo. Manzini afirmaba que no había tal Derecho subjetivo del Estado, sino que la facultad de penar era un atributo de soberanía. Jiménez de Asúa, dijo que no había derecho subjetivo, sino pretensiones del sujeto activo; en este caso el Estado tiene la pretensión punitiva. (16)

Desde una perspectiva liberal, el estado como guardián, en su carácter depositario de todas las voluntades indi-

viduales se arroga el derecho a castigar, justificando esta facultad punitiva precisamente con la imposición de penas a todos los individuos que, con sus actos delictivos se oponen al contrato social.

El otro fenómeno interviniente en la transformación del Estado y, por supuesto, del Derecho penal es la ilustración. Este trascendente movimiento intelectual impregnó con sus ideas todos los ámbitos culturales.

La razón y la ciencia desplazan a la fe y a la religión. El movimiento intelectual iluminista da origen al denominado "siglo de la razón", porque en efecto "la razón se convirtió en el Dios de estos filósofos", estaban convencidos de que la mente puede aprehender el universo y subordinarlo a las necesidades humanas. Esta corriente filosófica dirigió sus embates contra las instituciones irracionales que impedían al hombre su realización, contra la superstición y el fanatismo, pero, principalmente lucharon por alcanzar la libertad, no física, sino de la razón, presa de las telarañas de la obscuridad y de la penumbra, que desembocaba en dogmas y prejuicios, para desgracia de la naturaleza humana, el hombre se descubre

como hombre, atacaron los privilegios de las clases sociales favorecidas por la usura y la especulación, construyendo y utilizando una arma poderosísima, fuente de inspiración del pensamiento sociológico de los años veinte, la crítica.

Los enciclopedistas, sin pretenderlo a las libertades le dieron un subsuelo, un sótano, un subterráneo, el nacimiento de la disciplina, como una nueva manera de vigilar y castigar los cuerpos, si bien ellos pensaron que la razón no es solamente un sólido conjunto de conocimientos, principios y verdades, sino una especie de "nús" (léase energía), una fuerza que solo es totalmente comprensible en su acción y en sus efectos. Las aparentes verdades comienzan a mutar, hay renovación y uso de los saberes, se cuestiona el *status quo* y se exige el reemplazo de las instituciones y de todo orden basado en el paradigma de la penumbra y la oscuridad, por un orden nuevo enteramente racional.

En este estado de cosas surge la concepción del contractualismo, cuya ideología sirve de fundamento al

derecho de castigar, ya que en lo sucesivo se castiga en nombre y para la conservación del contrato social.

El contractualismo rouseauiano, considera que la sociedad, es producto de un contrato, y quien atente contra ella, debe ser considerado como un violador de dicho pacto. El problema a resolver por los contractualistas es "encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, respecto de toda la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado y en virtud de la cual cada uno, al unirse con todo, no obedece, sin embargo, sino a sí mismo y sigue siendo tan libre como antes" (17)

Bajo estas concepciones, la voluntad general del pueblo (llamada el tercer estado por Sieyès), el estado tendrá la facultad de ejecutar las leyes y mantener la libertad de los individuos. Surge así el Estado liberal de Derecho como expresión soberana del pueblo, desembocando en el nacimiento del concepto Rechtsstaat (Estado de derecho), acuñado dicen por R. Von Mohl, en Alemania, pero la paternidad, algunos se la adjudican a Immanuel Kant, insigne filósofo de Königsberg.

Como podemos ver, el estado liberal de derecho se presenta ya no como investido por la gracia de Dios, sino por la voluntad general del pueblo, por eso Rousseau, desarrollando una idea de Grocio (existen derechos aún cuando Dios no existiese), decía este gran pensador: "un pueblo es pueblo antes que se de un rey".

Concretando, la pena en el derecho penal liberal, perseguía una doble finalidad, la prevención de los delitos y la retribución por el mal cometido, ambas en el contexto del contractualismo. Vista la pena desde una perspectiva preventiva, la pena debería perseguir fines socialmente útiles, es decir, el Estado castiga para lograr efectos disuasivos en los potenciales delincuentes, actualmente, todo esto sigue siendo una promesa, con las mejores intenciones, por el que ya delinquiró no reincida, esta teoría declinó por la prevención general que se fundamentó en el carácter intimidatorio de la norma penal, empero no es esta la teoría más sólida que imperó la concepción de la pena retributiva expuesta por Kant y Hegel.

Como podemos ver, la pena ya no puede ser entendida como expiación, porque ya no existe la identificación de religión-estado, moral-derecho, delito-pecado, esta ha de ser reemplazada por la retribución, es decir, se castiga para retribuir un mal por el mal causado con el delito, que, desde luego es atentatorio contra el orden jurídico establecido por el contrato social.

Desde el paradigma retribucionista y bajo una concepción absolutista de la pena, se pretende la realización de la justicia. Decía Kant: "Aún en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, deben ser antes ejecutados, el último de los asesinos". (18)

Esta postura del retribucionismo se fundamentó en el concepto de culpabilidad del sujeto ya que se tiene una concepción antropológica del libre albedrío.

Según Hegel sólo la pena justa trata al hombre como un ser "racional" y no como el palo al animal, para este filósofo, la pena es un bien que sólo debe aplicarse al hombre libre, es decir, al hombre que ha alcanzado la

autoconciencia y que actúa con libertad, por esta razón la pena se convierte en un "derecho del delincuente".

La retribución significa pago, jurídicamente hablando es una categoría punitiva derivada de un principio filosófico de justicia absoluta, en este sentido, retribución de la pena es la causación de un mal por el mal causado con el delito.

Entendida así la retribución es el castigo impuesto al delincuente por la comisión de un delito, este castigo se le retribuye por el mal que ha ocasionado. De esta manera el sufrimiento impuesto al sujeto por el daño que causó con su conducta es justo.

En este sentido al realizarse la justicia con la aplicación de la pena ésta se justifica por sí misma. Al que actuó mal se le devuelve otro mal.

En estricto sentido filosófico, no se puede hablar de fines de la pena en la retribución, pues, este es un principio que se justifica por sí mismo; es decir, la pena retributiva es un fin en sí misma.

La esencia retributiva de la pena es en razón de la culpabilidad del delincuente, de ahí que la idea de retribución exige que al delito le siga la aflicción de la pena para la realización de la justicia.

Expuesta de esta manera, pareciera que el paradigma retributivo, considera a la pena como justa, no teniendo otra finalidad más que la idea de justicia, consideramos que una teoría de los fines de la pena, solo puede ser entendida desde una perspectiva utilitarista y no desde un ideal de justicia.

El paradigma retribucionista presupone la necesidad de la pena, sin embargo, no resuelve una cuestión muy importante, v. gr. ¿Bajo qué presupuestos, la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar, fracasa ante la tarea de trazar un límite, en cuanto al contenido, a la potestad penal estatal, no impide que se incluya en el código penal cualquier conducta, "se da un cheque en blanco al legislador". (19)

Según investigaciones, no existen determinaciones biológicas general en el hombre, dice Roxin, "la ley se

declara partidaria de la suposición de que hay culpabilidad humana", la idea de la retribución compensador solo se puede hacer plausible mediante un acto de fe, racionalmente no se puede comprender como se puede borrar un mal cometido, añadiendo un segundo mal, sufrir la pena, se sospecha que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humana, del que ha surgido históricamente la pena, "el que la retribución quita la culpa de la sangre del pueblo, expie al delincuente, etc. todo esto es concebible solo por un acto de fe". (20)

Y si hablamos de un acto de fe, estamos invocando el mandato de Dios, lo cual nos parece no válido, porque nuestras sentencias de pronuncian no en nombre de Dios, no se que tanto en nombre del pueblo, pero si en nombre de la justicia.

"... la teoría de la expiación no nos puede servir, porque deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, porque no están comprobados su fundamentos y porque, como conocimiento de fe irracional y además impugnabile no es vinculante". (21)

Agotado y superado el paradigma retributivo, surge la llamada **prevención especial**, que no persigue retribuir el hecho pasado, sino que justifica a la pena en función de que debe prevenir nuevos delitos del autor, **corrigiendo al corregible**, o sea, resocializándolo, intimidando al intimidable y por último haciendo **inofensivo** mediante la pena de privación de libertad a los que ni son corregibles, ni intimidables.

Sin embargo, la idea de un derecho penal preventivo de seguridad y corrección, de la prevención especial, adolece de una justificación de las medidas estatales necesarias para lograr su propósitos.

Según esta concepción el esfuerzo terapéutico-social del Estado, debe dirigirse contra los inadaptados, sin embargo, esto puede ser peligroso, cuando a un régimen en el poder, someta a tratamiento penal en calidad de inadaptados socialmente, a enemigos políticos e incluso, si se dirige a la vista a los asociales en sentido tradicional, con los mendigos, vagabundos, vagos, prostitutas y otras personas, supuestamente indeseables para la comunidad, van a parar a la esfera del derecho penal grupos de

personas, cuyo tratamiento como criminales apenas se puede fundamentar en un orden jurídico-penal.

La teoría de la prevención especial tiende todavía más que un derecho penal de la culpabilidad retributivo, a dejar el particular ilimitadamente a merced de la voracidad del intervencionismo estatal.

Los representantes más radicales de esta teoría, la mayoría de ellos sigue aferrado al derecho penal del hecho, a la precisión del tipo y a la exactitud de la pena.

Se pregunta Claus Roxin:

¿Por qué no han de poder vivir, los que lo hacen al margen de la sociedad, bien se piense en mendigos o prostitutas, bien en homosexuales, del modo que deseen?

La circunstancia de que son incómodos o molestos para muchos de su conciudadanos, es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes.

La teoría de la prevención especial no es idónea para justificar el Derecho Penal, porque no puede delimitar sus presupuestos y consecuencias, no explica la punibilidad de los delitos sin repetición.

Dejamos hasta aquí, las teorías de la pena, particularmente el paradigma preventivo especial, para bajar al nivel del análisis del famoso mito: **LA READAPTACION SOCIAL.**

NOTAS

- 1 Marx, El Capital, Capítulo XXIII.
- 2 Costa, Fausto, El delito y la Pena en la historia de la Filosofía, México, 1953, p. 3.
- 3 Ibid. p. 5.
- 4 Platon, citado por Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, p. 198.
- 5 Cuello Calón, La moderna penología, p. 247.
- 6 Londoño Ruiz, Octavio, Subjetividad de la pena, el autor se refiere que en Oriente se acentúa la crueldad del castigo por razones religiosas y en Grecia y Roma por razones políticas, pero en todo caso unido a estas razones está el carácter expiatorio de la pena.
- 7 Rusche y Kirchheimer, Pena y estructura social, p. 9.

- 8 Vid, El capital, particularmente el capítulo referido a la acumulación originaria del capital, Tomo I, Vol. I.
- 9 Foucault, M., vigilar y castigar, p. 12.
- 10 rusche y Kirchheimer, op. cit., p. 21.
- 11 Hans Von Henting, La pena, Vol. II, p. 185.
- 12 Neuman, Elías, Evolución de la pena privativa de la libertad, p. 22.
- 13 Melossi y Pavarini, Cárcel y Fábrica, pp. 35-37 y 41.
- 14 Ibid, p. 66.
- 15 Sandoval Huertas, Emiro, Penología, p. 66.
- 16 Jiménez de Asúa, Luis, La ley y el delito, p. 21.
- 17 Rousseau, J., J., El contrato social, p. 205.

- 18 Kant citado por Bustos Ramírez, Juan, Bases críticas para un nuevo Derecho Penal, p. 12.
- 19 Vid. Roxin, claus, Problemas básicos del Derecho Penal, pp. 11-16.
- 20 roxin, op. cit., p. 17.
- 21 Ibid, pp. 14-15.

.....

.....

CAPITULO IV

**LA READAPTACION SOCIAL:
ANALISIS DE UN MITO**

CAPITULO IV

LA CARCEL COMO CASTIGO

Hasta el siglo XVII este tipo de instituciones albergaba a pobres, mendigos, ociosos, jóvenes y delincuentes, en algunos países tomó la forma de Asilo, totalmente improductiva. (1)

Con la debacle del mercantilismo a principios del siglo XVIII y el aumento generado en la población europea, estas casas de trabajo, mutan, fundamentalmente su capacidad laboral se degrada y termina por desaparecer para convertirse en depósito de individuos sobrantes (¿Qué ironía, pareciera que la historia se repite, hoy en día la prisión, con todo respeto para quienes lo habitan, esta convertida en un "depósito de cadáveres vivientes", In memoriam de Dostoyevsky).

En este momento, los papeles de las cárceles y de las casas de trabajo se entrecruzan y el nivel de insalubridad y desorden corre paralelamente (2). El parto ha llegado, el capitalismo ha parido, al individuo social-

mente marginado, al que no ha entrado en el sistema de producción laboral, para finales del siglo XVIII la privación de libertad es una de las varias clases de pena que el Estado impone a los individuos condenados por el destino, que se llama capitalismo.

Se evidencian los rasgos de la marginación, falta de preparación laboral y profesional, del que son efectos la pobreza, el vagabundeo y la prostitución. Y a esta zona social se la ha destinado un tipo de pena: la privación de libertad para su educación disciplinaria y/o segregación.

a finales del siglo XVIII, las corrientes ideológicas materialistas, aunadas a las premisas morales de introversión del luteranismo, dan lugar a las posturas reformistas de las cárceles, de las casas de trabajo y de los asilos.

Para mediados del siglo XIX, se tiene indicios de que se establece el penitenciarismo, el sistema celular se institucionaliza primeramente en la sociedad norteamericana, que al romper con su pasado colonial se ve a si

misma no sólo sujeta a distintos peligros sociales, sino también con capacidad para proporcionar al individuo grandes oportunidades. Es en Pensilvania donde se plasma el modelo celular completo o sistema de Filadelfia, que presupone el aislamiento total nocturno y diurno.

Con la evolución de la organización del trabajo en torno a la manufactura y al trabajo en cadena realizado colectivamente, el trabajo manual tosco e individual efectuado en las prisiones del modelo filadelfia deja de ser competitivo y presenta fuertes pérdidas. Esta es la razón principal de que el sistema filadelfiano sea progresivamente abandonado en favor de la implantación del sistema de Auburne, en que el aislamiento es sólo nocturno mientras que el trabajo se realiza colectivamente pero en silencio; por ello a este sistema se le ha denominado "el sistema del silencio".

En el continente europeo, tras larga discusión se impone el modelo celular, autores como Rusche y kircheimer, establecen que el predominio del aspecto moral de la pena con el castigo que atemoriza incluso el corazón de

los hambrientos es imprescindible en Europa, por existir un enorme contingente de ejército de reserva. (3)

Para Melosi y Pavarini, el aislamiento celular, es un tipo de control terrorista para el proletariado, porque con esta medida se eliminan las influencias específicas que en la comunidad crean el delito.

•• IV.2 La cárcel rehabilitadora. ••

A raíz de un Congreso Penitenciario organizado en Alemania 1846, se implanta pública y científicamente el aislamiento celular completo, donde se propone la separación de los prisioneros, el silencio para la introspección y la fuerza del control moral es el tipo de pena que llega a alcanzar una completa legitimidad política y social, convirtiéndose a partir del siglo XIX en la principal forma de control del disidente.

La disciplina está referida al tiempo, al silencio, al silencio, a la religión y al trabajo.

El régimen disciplinario de la prisión como castigo se sustenta en el trabajo duro, tosco y a veces totalmente improductivo, en el silencio obediente y en la moral religiosa, desembocando en la destrucción de toda relación paralela a través del aislamiento y la enfatización de las relaciones verticales a través de la disciplina.

El aislamiento tiende, tanto de hecho como ideológicamente, a contraponerse a la tradicional gestión caótica y promiscua de las cárceles preventivas y a impedir la unión y cohesión espontáneas entre los prisioneros.

Este aislamiento, basado en el silencio y en el coloquio constante con la propia conciencia, reduce progresivamente la estructura del yo hasta destruiría completamente en la alienación. (4)

Para autores como Melossi y Pavarini se transita del sujeto real (criminal) al sujeto ideal (detenido).

Cuando falta la disciplina por sí sola, el sistema de Filadelfia pone en funcionamiento nuevas formas de sumisión basadas en la violencia física, duchas heladas

para los agitadores, mordazas y horcas de hierro para los indomables, a su vez la disciplina del sistema de Auburn, con la asociación diurna y la separación nocturna, se elabora sobre un compromiso: por un lado permanecen las instancia pedagógico-educativas del sistema filadelfiano, por el otro se asienta en la nueva obsesión reformadora: **el trabajo productivo**. Así se formula el eje disciplinario: la asociación diurna para una producción industrial máxima y el sistema del silencio nocturno para la prevención máxima de contaminación.

Distintos factores convergen a finales del siglo XIX, llevando al fracaso de la cárcel como castigo y dando paso a cambios en la política criminal. La cárcel como castigo pierde el apoyo político, social e incluso ideológico, el aislamiento celular completo produce un alarmante récord de muertes, automutilaciones y suicidios, el mismo Estado debe modificar el tipo de control social, ya que en su fase capitalista-imperialista necesita neutralizar la crítica que podría surgir de su propio modelo económico, necesita racionalizar las desigualdades por él producidas.

El paradigma positivista, comienza a imponerse, se comienza a manejar el concepto de "peligrosidad social", haciendo posible el cambio de orientación de la ideología punitiva, trasladándose hacia el individuo.

La cárcel de encierro pasa a ser un Laboratorio de la naturaleza humana, se buscan mecanismos para los tratamientos individuales, con la finalidad de volver a ser libres, el tipo de conducta que la resocialización ha de crear en el individuo, es aquella que le lleve a adaptarse a las normas consensuales capitalistas. Se impone al individuo un método consistente en un tratamiento socio-terapéutico, destacándose en él el aspecto de la reintegración del individuo a la sociedad para que sea útil.

Se concibe al individuo disidente-infractor como una persona peligrosa, cuyo acto es síndrome de un desequilibrio, de una inferioridad o una anomalía médico-psicológica, la producción de un cambio de actitudes deberá también implicar la imposición de un programa terapéutico. En este proceso el recluso será sometido a relaciones

autoritarias, colocado bajo la autoridad medica en la terapia y bajo la de custodia en la laboral.

Terapia, medicalización, aprendizaje y disciplina serán elementos que se entrecruzarán y autoinfluirán en la vida diaria de la carcel durante la ejecución de la condena privativa de libertad.

En 1885 el insigne profesor de sociología criminal, Enrico Ferri en una conferencia titulada "lavoro e celle di condannati", denunciaba los efectos nocivos de la prisión de su tiempo, al afirmar "el sistema celular constituye una de las aberraciones del siglo XIX. (5)

Sesenta y un años después de esta aseveración, 1946 para ser precisos en la ciudad de La Habana, Cuba, al finalizar el primer congreso panamericano de Medicina legal, Odontología y Criminología, se concluía que el sistema penitenciario, no obstante los generosos esfuerzos realizados hasta ahora, constituyen un rotundo fracaso en la lucha de la sociedad contra el crimen. (6)

Cuatro años después de este evento, otra acometida contra la prisión tuvo lugar en el XII Congreso Internacional de Criminología, cuya temática tocaba el tema de la prisión como factor criminógeno, sus exponentes y en particular el relator general Olaf kimberg, después de exponer sus consecuencias nefastas, propugnaron por la abolición de la prisión (bandera del abolicionismo penal cuyo máximo exponente es Lou Hulksman).

A pesar de las críticas, la cárcel permanece, como testimonio y vanagloria de la sed de venganza, la amargura de la propia realidad penitenciaria, supera toda ficción, problemas tales como la sobrepoblación, el tráfico de drogas, la prostitución, etc., terminan por imponerse, aún bajo la mirada celestina del Estado.

Creemos que la crisis de la prisión, y sin temor a equivocarnos, va de la mano con el abuso exagerado de la pena privativa de libertad, si bien el artículo 18 constitucional, establece "que solo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva", que tiene como consecuencia fenómenos tales como la sobrepoblación, y la meta de lograr la readaptación social,

sigue siendo en el mejor de los casos, una utopía que se construye sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

IV.3 El modelo carcelario en las sociedades capitalistas contemporáneas.

Desde hace muchísimo tiempo, se ha producido una abundante literatura basada en la observación empírica de la realidad carcelaria, en sus diferentes aspectos, tales como, psicológicos, sociológicos y organizativos, como se planteó en el apartado anterior todo intento por rescatar a estos desdichados, algunos por accidente y otros por "vocación", han tornado vana toda tentativa de realizar tareas de socialización y de reinserción por medio de estos encierros segregativos, incluso la introducción de modernas técnicas psicoterapéuticas y educativas, ni parciales transformaciones de la estructura organizativa de la cárcel, han cambiado de modo decisivo la naturaleza y la función de los centros de detención en nuestra sociedad. (7)

La realidad vivida por estos desdichados en la sociedad, la propia realidad penitenciaria, la reproduce y la multiplica, lo inhumano de la cárcel, no es otra cosa más que el reflejo de las desigualdades sociales, reproduciendo cada vez la marginación, esta figura arcaica, a pesar de todas las opiniones en contra permanece como insulto a la más pura dignidad del ser humano, los centros de detención y de pena, ejercen efectos contrarios a la reeducación y a la reinserción del condenado, y favorables a su estable integración... de la población criminal. La cárcel es contraria a todo moderno ideal educativo, porque multiplica y fomenta la individualidad, el autorrespeto del individuo, alimentado por el respeto que le profesa el educador, un ejemplo ilustrativo de este proceso de degradación y humillación, comienza con la detención, con las cuales se despoja al encarcelado hasta de los símbolos exteriores de la propia autonomía (la vestimenta y los objetos personales), constituyen lo opuesto a todo esto. Si bien la educación alienta el sentimiento de libertad y de espontaneidad del individuo; la vida en el encierro, como universo disciplinario, tiene un carácter eminentemente represivo y uniformante.

Evaluaciones clinicas, por medio de los famosos Test de personalidad han mostrado los efectos del encierro sobre la psique de estos desdichados y la correlacion de estos efectos con la duracion de este. Se concluye "la posibilidad de transformar un delincuente violento asocial en un individuo adaptable a traves de una larga pena carcelaria no parece existir, y que el instituto penal no puede realizar su objetivo como institucion educativa".

(3)

Las consecuencias negativas de las privaciones de libertad, son realmente nocivas, el discurso penal todavia se aferra, a eso que nosotros denominamos una **utopia**, la **readaptacion social**, con la idea de socializar a alguien que supuestamente no lo es, cuyo indicador más palpable es su carrera antisocial, así llamada por los grupos que desde el poder definen que conductas deben ser consideradas o calificadas así.

Los estudiosos han rescatado como objeto del mismo, el proceso de socializacion, proceso negativo, que como ya apuntamos, ninguna técnica sicoterapéutica y pedagógica logra volver a equilibrar.

Apunta Barrata que todas estas utopias (cursiva nuestra) es imposible de alcanzarse, porque previo al encierro hay todo un proceso de degradación, que comienza con la detención y el despojo de todo aquello que porta el sujeto del entorno cotidiano donde desarrolla sus actividades, una sociedad que lo ha rechazado, que lo ha expulsado, una especie de extranjero en su propia tierra. Este calvario, que se objetiva en la desadaptación a las condiciones que son necesarias para la vida en libertad (disminución de la fuerza volitiva, pérdida del sentido de autorresponsabilidad desde el punto de vista económico y social), aunado a la incapacidad para aprehender la realidad del mundo externo y la formación de una imagen ilusoria de él, el alejamiento progresivo de los valores y modelos de comportamientos propios de la sociedad exterior, es decir, el indicado, antes de la reforma se le denominaba presunto responsable, al ser detenido, se enfrentará a otra escala de valores, ese depósito que la sociedad tiene y donde van a parar los que optaron por otro camino, el lugar de los condenados, los valores de esta microsociedad, antítesis de la sociedad, terminarán por doblegar y dominar a un sujeto que será fácil presa, de la voracidad de la estructura carcelaria.

Pasado este primer calvario, que inicio con la detencion y el despojo de sus pertenencias culturales, se da el fenomeno que Baratta denomina **culturización o prisionalización**, donde se asumen las actitudes, los modelos de comportamiento y los valores característicos de la subcultura carcelaria. Estos aspectos de la subcultura carcelaria, cuya interiorización es inversamente proporcional a las posibilidades de reinserción (léase incorporación) en la sociedad libre. (9)

Como consecuencia de estos procesos calváticos, que desembocaran en haber obtenido una educación para ser un buen detenido y para ser un buen criminal, envidia de cualquier institución educativa, la mejor universidad para ser criminal es la cárcel. ¿Como se da este proceso?, muy sencillo, la jerarquía y la organización informal de la comunidad esta dominada por una minoría restringida de criminales con fuerte vocación asocial que, por el poder y, por lo tanto, por el prestigio de que gozan, asumen la función de prototipos para los otros y pasan a ser al mismo tiempo una autoridad con la cual el personal del centro segregativo se ve constreñido a

compartir el propio poder normativo de hecho. Al respecto Baratta, dice;

"... La manera como se regulan las relaciones de poder y de distribución de los recursos (aún los relativos a las necesidades sexuales) en la comunidad carcelaria, favorece la formación de hábitos mentales inspirados en el cinismo, en el culto y el respeto a la violencia ilegal".(10)

IV.4 Detenido vs. sociedad.

Este binomio de confrontación entre dos enemigos, reproduce la relación entre quien excluye (sociedad) y quien es excluido (detenido). Por más bien intencionada de toda técnica pedagógica de reinserción del detenido choca con la naturaleza misma de dicha relación, parecería un contrasentido, se puede excluir e incluir al mismo tiempo, las relaciones prevaletientes en el sistema carcelario, son relaciones sociales basadas en el egoísmo y en la violencia ilegal, en cuyo seno los individuos.

socialmente más débiles se ven constreñidos a funciones de sumisión y explotación.

Pensamos que la verdadera reeducación debería comenzar por la sociedad antes que por el condenado, por el todo antes que por la parte, antes de querer modificar a los excluidos es preciso modificar la sociedad excluyente, llegando así a la raíz del mecanismo de exclusión.

(11)

IV.5 Análisis y crítica de un mito " La readaptación social ".

El artículo 18 de nuestra carta magna establece:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

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 delincuente.

La ley es, suponemos partidaria utópicamente de la finalidad resocializadora de la pena; la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad; sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometida a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquel y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad.

Cuando habla de reeducar y reinserir socialmente, se parte del supuesto de llevar en el futuro en responsabilidad social una vida sin delitos, de un modo u otro, todas estas expresiones coinciden en asignar a la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad una misma función correctora y aun de mejorar del delincuen-

te. Función que desde los tiempos de Franz Von Liszt, se consideraba como fundamental entre las diversas funciones que se asignan hoy a la pena y, en todo caso, como principio rector y básico de todo sistema penitenciario moderno.

La culminación del encierro que comenzó con la amenaza penal, considerando que la pena pudiera tener un carácter intimidatorio, disuasivo, motivante, para que se abstengan de cometer delitos (paradigma preventivo general) se continúa, con la aplicación efectiva y real de esta pena por los tribunales, como lo establece el artículo 18 de nuestra constitucion política. A primera vista, esto de resocializar al delincuente, nos parece saludable, el optimismo en la idea de resocialización, quizás excesivo y hasta tal punto acritico, que nadie se ha ocupado todavía de rellenar esta hermosa palabra con un contenido concreto y definitivo. Esta misma indeterminación del concepto de resocialización, impide su control racional y su análisis critico, pero, como siempre, existe un "pero", ¿qué es lo que ha ocurrido en estos últimos años para que desde esta creencia optimista, alegre y confiada en la resocialización se pase ahora a un escepticismo

amargo, pero realista, que cuestiona desde su base la idea misma de resocialización y todo sobre lo que ella descansa?

Las críticas a la idea de resocialización son las que mejor reflejan la grave crisis actual del derecho penal, sus íntimas contradicciones, sus fracasos y frustraciones en un mundo en el que mucho creen que el Derecho penal solo sirve para aumentar las diferencias entre ricos y pobres, para defender los intereses de aquellos y para controlar, discriminar y marginar a través del castigo a todo aquel que se atreva a cuestionar el orden social y jurídico actualmente vigente.

Decía un insigne pensador, "la criminalidad es un elemento integrante de una sociedad sana y se considera además, que es esa misma sociedad la que produce y define la criminalidad". (12)

Nos preguntamos, ¿hasta qué punto tiene sentido hablar de resocialización del delincuente en una sociedad que produce ella misma la delincuencia. No es el delin-

cuenta, sino la sociedad la que debería ser objeto de una resocialización.

Hablar de resocialización del delincuente tendría sentido, cuando la sociedad a la que se pretende se incorpore el delincuente, tenga un orden social y jurídico que se estime correcto.

La resocialización supone un proceso de interacción y comunicación entre el individuo y la sociedad, a cuyas normas debe adaptarse el individuo. Las normas sociales no son algo inmutable y permanente a lo que el individuo deba adaptarse obligatoriamente, sino el resultado de una correlación de fuerzas sometidas a influencias mudables. Hablar de resocialización del delincuente sin cuestionar, el conjunto normativo al que se pretende incorporarlo, significa aceptar como perfecto el orden social vigente sin cuestionar ninguna de sus estructuras, ni siquiera aquellas más directamente relacionadas con el delito cometido.

La resocialización es, ciertamente, solo es posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de

llevaria a cabo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia. Pero ¿cómo puede llevarse a cabo esta tarea cuando no se da esta coincidencia? una resocialización sin esta coincidencia significa pura y simplemente sometimiento, dominio de unos sobre otros y lesiona gravemente la libre autonomía individual.

Una resocialización entendida en este plano moral conduciría a la más absurda y peligrosa manipulación de la conciencia individual y siempre dejaría sin resolver la cuestión de cual de los sistemas morales vigentes en la sociedad debe tomarse como sistema de referencia.

Pareciera que se pretende resocializar no para la moralidad, pareciera que es para la legalidad, cuyo objetivo final, sería el respeto y la aceptación por parte del delincuente de las normas penales con el fin de impedirle cometer en el futuro nuevos delitos.

El fin de la ejecución de esa pena sería, por consiguiente, restablecer en el delincuente el respeto por esas normas básicas, haciéndole corresponder en el futuro

a las expectativas en ellas contenidas, evitando así la comisión de nuevos delitos, en una palabra la reincidencia.

La filosofía de la resocialización gira en torno a las pautas de la clase dominante, donde resocializar es aceptar por parte del sujeto el respeto hacia determinados valores y cifrar sus expectativas de vida a través de este mundo de vida.

La resocialización a la legalidad nos conduce, pues, como se ve de nuevo a un callejón sin salida, a la contradicción dialéctica entre dominio y autodeterminación, solo que aquí el sistema de referencia, la legalidad penal, sobre todo cuando esta legalidad refleja una sociedad pluralista y democrática, es mucho más amplio y seguro que el de una supuesta moral.

Una resocialización que solo se dirija o se limite al mantenimiento del respeto de la legalidad penal supone un recortamiento de la meta resocializadora y, a la larga, la renuncia a una duradera estabilización del comportamiento del delincuente, entre el complejo entra-

mado de normas en las que, consciente o inconscientemente se orienta la conducta humana, las normas penales solo representan la parte externa y extrema.

Pero si falta la "infraestructura" moral, la norma penal carecerá de fundamento estable, de toda fuerza motivadora. Si tras el "buen comportamiento externo" no existen positivas convicciones morales, sino simple conformismo o miedo a la pena, el buen comportamiento externo desaparecerá apenas fallen sus condicionamientos coactivos. Si la resocialización se limita, pues, al mantenimiento de una actitud externa de respeto a la legalidad penal, hay que aceptar el riesgo de que ocurra una contradicción entre legalidad y convicciones morales del sujeto resocializado, que atrás la actitud de respeto a la legalidad se oculte un vacío moral, y que la resocialización se quede en una simple adaptación forzosa, en una represión encubierta, sin conseguir la meta de autodeterminación pretendida, cualquiera de ellas es lo suficientemente grave como para replantear el tema de la resocialización a la legalidad, el dilema ¿resocialización para la moralidad? o ¿resocialización para la legalidad?

El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. Frente a esta actitud de optimismo en el tratamiento, se eleva otra pesimista que considera que en la situación de falta de libertad que existe en una prisión, es imposible conseguir un efecto resocializador en el delincuente. Es más, la privación de la libertad no solo es un obstáculo para un tratamiento resocializador, sino que tiene, además, efectos negativos contrarios a la resocialización.

El deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona, tanto más cuanto este tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores. El derecho a no ser tratado es parte integrante del "derecho de ser diferente", que en toda sociedad pluralista y democrática debe existir.

Hay una especie de acuerdo generalizado, de los críticos de la readaptación social, de que el tratamiento no puede ser obligatorio de ningún modo, ni con ningún tipo de medidas coactivas, y que el recluso no debe ser

objeto, sino sujeto activo, en el tratamiento que solo puede llevarse a cabo contando con su voluntad.

No todo delincuente por el hecho de haber sido considerado tal a través de los procesos selectivos de criminalización primaria y secundaria está necesitado de tratamiento, sin perder de vista que también existen los delincuentes que incluso habiendo cometido delitos de cierta gravedad no necesitan ningún tipo de tratamiento por estar perfectamente adaptados a los modos y sistema de vida burgueses correspondiente a las clases dominantes.

Finalmente, la realización del tratamiento, aun admitiendo que las condiciones de vida en la cárcel puedan permitir llevarlo a cabo y aun estando de acuerdo el interno en cooperar, requiere de unos medios y de un personal capacitado para llevarlo a cabo, aspectos todos que no se dan en la realidad.

NOTAS

- 1 Vid., Bergalli y Bustos Ramirez, El pensamiento criminológico, p. 97.
- 2 Ibid.
- 3 Vid., Rushe y Kirchheimer, Pena y Estructura social, p. 11.
- 4 Cfr. Goffman, Erving, Internados, p. 20.
- 5 Citado por Cuello Calon, Eugenio, La moderna penología, p. 613.
- 6 Citado por García Ramírez, La crisis de la prisión, p. 454.
- 7 Loc. Cit., Baratta, Alessandro, Criminología crítica y crítica del Derecho Penal, p. 193.
- 8 E. Paresch, citado por Baratta, op. cit., p. 194.

9 Ibid, p. 195.

10 Ibid, p. 196.

11 Ibid, p. 197.

12 Vid. Durkheim, E., Las reglas del método sociológico, p. 25.

CONCLUSIONES

FALLA DE ORIGEN

C O N C L U S I O N E S

1. Es evidente que la teoría de la prevención especial ha desalojado progresivamente a las anteriores y se presenta como la que más posibilidades tiene de prevalecer. Si no lo ha logrado aún, es porque al no haber podido establecer claramente los límites del "jus puniendi", es sospechosa de dejar al particular ilimitadamente a merced de la intervención estatal.

Las preguntas que se pueden formular, y que no resultan fáciles de responder son: ¿Quiénes deben ser readaptados? y ¿en qué medida?. Inmediatamente surgen otras interrogantes.

2. ¿Debe ser readaptado el sujeto "peligroso" que no hizo nada?. El reparo evidente es que no puede el Estado so pretexto de prevención de supuestas conductas futuras, o presuntas hipótesis de peligrosidad, restringir derechos de sujetos que no han cometido delito alguno.

Con arreglo a qué criterios se determina que un sujeto es antisocial, como para legitimar la intervención "resocializadora" del Estado, ¿cómo se evita la idea sugestiva de someter a "tratamiento" al enemigo político?

3. En realidad la pregunta central es si existe derecho a resocializar. Dejando de lado el poco menos que insuperable problema del autor con convicción, se presentan otros de respuestas nada sencillas. La prostituta que quiere seguirlo siendo, puede considerar legítimo que la castiguen, si la mayoría del conjunto social la considera asocial, pero que no se manipule su personalidad para obligarla a dejar de ser lo que quiere.

4. Normalmente, los efectos del tratamiento readaptador son impredecibles o al menos difícilmente mensurables. De allí que se sostenga la conveniencia de establecer un sistema indeterminado de reacciones. Ello tropieza con nuevos reparos, que afirman que es de la esencia de un sistema humanizador el estable-

cimiento de plazos tanto para la pena como para la medida de seguridad.

5. Los distintos fines de la pena suelen ofrecer soluciones contradictorios. Ello ocurre frente a acciones de escaso contenido de injusto que han puesto de manifiesto sujetos "peligrosos" o, a l inversa, hechos graves realizados por individuos respecto de los cuales existen pronósticos negativos de reincidencia.

6. Las voces en contra de la prisión se han levantado en todos los tonos. Unos consideran que esta debe desaparecer, otros que debe permanecer pero sólo para contener a los delincuentes considerados como peligrosos y reincidentes. Quiroz Cuarón afirmaba que "la prisión castiga y contiene pero no reforma y que la historia de los regimenes penitenciarios es la historia del sadismo colectivo, de la cólera, de la venganza de la sociedad sobre el hombre delincuente, que bajo los criterios clasistas de selección, se le etiqueta como delincuente".

7. Es necesario hacer algo ante tan dramática realidad, sustituir las prisiones aparece como una de las exigencias claras de esta época. La opinión favorable es unánime entre quienes de alguna manera han estado vinculados con la suerte de esta institución. Los especialistas en el campo Criminológico o de la Penología, quienes, tienen a su cargo los programas de tratamiento dentro y fuera de las prisiones y no pocos responsables de la administración penitenciaria, han expresado su convicción sobre la ineficacia, y por lo tanto, inutilidad de la prisión.

8. La readaptación social resulta ineficaz, por lo menos en los actuales términos como se plantea, es decir, recurriendo al encierro segregativo, que por cierto resulta paradójico y sin ningún sentido. Pretende hacer sociales a los antisociales, cortando su contacto con la comunidad cívica y se les asocia con otros antisociales, corriendo el riesgo, ya muchas veces confirmado por la realidad, de la contaminación, vía "Asociación diferencial" como diría Edwin Sutherland.

9. La cárcel lejos de desaparecer el panorama peniten-
ciario, se fianza.
10. Lamentable que se sigan construyendo, a pesar de
reconocer el fracaso de la misma.
11. La readaptación social, no es más que un mito.
12. A corto plazo consideramos, que los encierros segre-
gativos, sean clasificados científicamente. Los
grandes avances en esta materia proponen que las
instalaciones de reclusión sean de tipo abierto,
semiabierto y cerrados; en sustitución de la termi-
nología anacrónica de prisiones de máxima, media y
mínima seguridad.
13. Consideramos, suprimir las penas cortas de prisión,
donde el encarcelamiento de poca duración suele ser
perjudicial en numerosos casos, ya que favorece la
contaminación del delincuente y no da tiempo sufi-
ciente para una obra constructiva de reeducación,
por ello su aplicación frecuente es poco recomenda-
da.

14. Mas que proponer soluciones, seriamos partidario de reconocer el problema de búsqueda de mejores métodos terapéuticos pero no únicamente pensando en el delincuente, sino en la sociedad misma, destigmatizando o discriminando la reacción social que genera este tipo de sujetos.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

Addington Symonds, Juan, "El Renacimiento en Italia", en Alejandro Herrera (comp.), Del Renacimiento a la Ilustración, Textos de Historia Universal, México, UNAM, 1980.

Barudio Günter, La época del absolutismo y la ilustración 1648-1779, Col. Historia Universal Siglo XXI, Vol. 25, México, Siglo XXI, 1983.

Basaglia, Franco y Franca Basaglia, Los crímenes de la paz, Siglo XXI, México, 1977.

Baratta, Alessandro, Criminología crítica y crítica del derecho penal, Edit. Siglo XXI, México, 1984.

Beccaria, Cesare, De los delitos y de las penas, Madrid, Aguilar, 1969.

Bergalli, Bustos, Et. Al., El pensamiento criminológico, (vol. 2), Edit. Peninsula, Madrid, España, 1989.

Bustos Ramírez, Juan, Bases críticas de un nuevo derecho penal, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1987.

Bodino, Jean, Los seis libros de la república, Madrid, Aguilar, 1973.

Costa, Fausto, El delito y la pena en la historia de la filosofía, UTEHA, México, 1953.

Cuello Calón, E., La moderna penología, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1984.

Chevallier, Jean Jacques, Los grandes textos políticos desde maquiavelo a nuestros días, Madrid, Aguilar, 1967.

Del Pont, Marco, Penología y establecimiento carcelario, De Palma, Buenos Aires, 1974.

Durkheim, Emile, Las reglas del método sociológico, Edit. La Pléyade, Buenos Aires, 1974.

Foucault, Michel, Vigilar y castigar (el nacimiento de la prisión), Siglo XXI, México, 1977.

Foucault, Michel, Microfísica del poder, La Piqueta, Madrid, 1979.

García Méndez, Emilio, "Criminología o derecho penal en América Latina", en Derecho penal y criminología, revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, Vol. II, No. 7, Bogotá, 1979.

García Ramírez, Sergio, La crisis de la prisión, Edit. Porrúa, México, 1979.

Goffman, Erving, Internados, Amorrortu Edit., Buenos Aires, 1970.

Hobbes, Tomás, Leviatán, o la materia: forma y poder de una república, eclesiástica y civil, México, FCE, 1970.

Jiménez de Asúa, Luis, La ley y el delito, Edit. Hermes, México, 1987.

Márquez, Rafael, "Antecedentes históricos de la práctica de la tortura en México", en Magdalena Aguilar Alvarez (comp.), Jornada Nacional contra la tortura, CNDH, México, 1991/4.

Kant, Immanuel, "¿Qué es la ilustración?", en Alejandro Herrera (comp.), Del renacimiento a la Ilustración. Textos de historia universal, México, UNAM, 1980.

Malinowski, Bronislaw, Crimen y costumbre en la sociedad salvaje, Ariel, Barcelona, 1951.

.....
Marx, Karl, El capital, Vol. I, México, Edit. Siglo XXI, 1984.

Montesquieu, Charles Louis de Secondat, Des espíritu de las leyes, México, Porrúa, 1985.

Newman, Elías, Evolución de la pena privativa de libertad y regimenes carcelarios, Pannedille, Buenos Aires, 1971.

Pavarini, Massimo, Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Siglo XXI, Mexico, 1983.

Pitch, Tamar, Teoría de la desviación social, Edit. Nueva Imagen, Mexico, 1980..

Rousseau, Juan Jacobo, El contrato social, Col. Nuestros Clásicos, Mexico, UNAM, 1962.

Roxin, Claus, Problemas básicos del derecho penal, Edit. Reus, Madrid, 1985.

Rusche, George y Otto kirchheimer, Pena y estructura social, edit. Temis Librería, Bogotá, 1984.

Sabine, George, Historia de la teoría política, Decimo tercera reimpresion, Mexico, FCE, 1992.

Sandoval Huertas, Emiro, Penología. Parte general, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982.

Tomás y Valiente, Francisco, Introducción al libro De los delitos y de las penas, Madrid, Aguilar, 1969.

Van Dülmen, Richard, Los inicios de la europa moderna, colección Historia Universal, Siglo XXI, Vol. 24, México, Siglo XXI, 1984.

Voltaire, (Francoise Marie Arouet), "Tolerancia", en Alejandro Herrera (comp.), Del renacimiento a la Ilustración. Textos de historia universal, México, UNAM, 1980.

Von Henting, Hans, La pena, Vol. II, Edit. Losada, Buenos Aires, 1976.

Zaffaroni, E. R., Manual de derecho penal, México, Edit. Cárdenas Editor, 1985.