

# **EL CASTIGO COMO FUNCIÓN SOCIAL COMPLEJA.**

Memoria de prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumnos:

**Paulo Enrique Díaz Garay**

**María Javiera Badilla Véliz**

Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar

**Santiago de Chile 2004**



<b>INTRODUCCION .</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO I.- LAS TEORIAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA: Lo que se nos ha dicho hasta ahora por la dogmática jurídico - penal. .</b>	<b>7</b>
<b>I. 1 .-Teorías Absolutas sobre la Pena. .</b>	<b>9</b>
<b>I.1.1.-Teoría de la Expiación. . .</b>	<b>10</b>
<b>I.1.2.-Teoría Retributiva de Kant. .</b>	<b>11</b>
<b>I.1.3.- Teoría retributiva en Hegel. .</b>	<b>15</b>
<b>I.2.-Teorías Relativas de la Pena .</b>	<b>20</b>
<b>I.2.1.-La Prevención General Negativa . .</b>	<b>22</b>
<b>I.2.2.-La Prevención General Positiva o Prevención-Integración. La obra de Émile Durkheim. . .</b>	<b>26</b>
<b>I.2.3. Prevención Especial. Los postulados de Franz Von Liszt <sup>55</sup> . .</b>	<b>29</b>
<b>I.3.-Teorías de la Unión. Las posiciones mixtas o eclécticas. .</b>	<b>34</b>
<b>I.3.1.-Teoría de la Unión dialéctica de Roxin. .</b>	<b>35</b>
<b>I.4.-Funcionalismo retributivo. La pena como confirmación de la vigencia de la norma. La teoría de Günter Jakobs. .</b>	<b>37</b>
<b>CAPITULO II.- ESBOZO DE UNA HISTORIA GENETICA DEL CASTIGO .</b>	<b>41</b>
<b>II.1.-La idea de “Voluntad de Poder” en el pensamiento nietzscheano. .</b>	<b>42</b>
<b>II.2.-Una primera aproximación genealógica: “Bueno y Malo”, “Bueno y Malvado”. . .</b>	<b>45</b>
<b>II.3.-La visión genealógica de la pena en Nietzsche. . .</b>	<b>49</b>
<b>CAPITULO III.- PANOPTISMO Y SOCIEDAD DISCIPLINARIA. LA OBRA DE MICHEL FOUCAULT. . .</b>	<b>59</b>
<b>III.1.-El poder y los poderes. .</b>	<b>60</b>
<b>III.1.1.-El Modelo de la Peste y el Modelo de la Lepra. .</b>	<b>63</b>
<b>III. 2.-Cuando vigilar se hace más eficaz que castigar. .</b>	<b>65</b>
<b>III. 3.- Las disciplinas. . .</b>	<b>72</b>

<sup>55</sup> Además de V. Liszt son varias otras las corrientes que sustentan o han sustentado posiciones de prevención especial en cuanto al delito, tales como el correccionalismo en España, la escuela positiva italiana y la defensa social de Mar Ancel en Francia. Sin embargo por ser la más representativa, analizaremos en detalle la construcción teórica de V.Liszt.

III.3.1.-El espacio disciplinario. . .	73
III. 3. 2.-El control disciplinario del tiempo. . .	74
III. 3. 3.-Normalización. . .	75
III. 4.- El Panóptico, el ojo del poder. . .	76
III. 4. 1. Democracia y panoptismo. . .	77
III. 5.- La pena como mecanismo disciplinario. La prisión. . .	78
III. 6.- El archipiélago carcelario. . .	83
<b>CAPITULO IV.- LA REALIDAD NACIONAL DEL CASTIGO Y LOS DISCURSOS EN TORNO AL MISMO. UNA VISIÓN PANORÁMICA. . .</b>	<b>85</b>
IV.1.- Análisis empírico de la delincuencia en Chile. El trabajo de Doris Cooper. . .	87
IV.2.-La prisión preventiva en el Sistema Penal chileno. Mecanismo punitivo. . .	97
IV. 2. 1. –Evolución histórica de la normativa sobre Prisión preventiva y libertad provisional en Chile. . .	98
IV. 2. 2.-La prisión preventiva en la reforma procesal penal. Una nueva economía de los castigos en Chile. . .	104
IV.3.- La privación de libertad en Chile y las funciones no declaradas del castigo. La peligrosidad como elemento central de nuestro Sistema Penal. . .	107
IV. 3. 1.-Análisis carcelario. Efectos de la pena. . .	110
<b>CAPITULO V.- CONCLUSIONES A MODO DE EPILOGO . . .</b>	<b>117</b>
<b>BIBLIOGRAFIA . . .</b>	<b>121</b>

# INTRODUCCION

## ***“Quien sólo sabe de Derecho, ni siquiera sabe de Derecho” (Eduardo Couture).***

Buena parte del desprestigio que actualmente sufre el Sistema Penal, su dogmática y el derecho penal en sí mismo, es claramente fruto del aislamiento y pretensión de autosuficiencia del saber normativo. Sin duda es de suma importancia que el derecho se configure como un sistema de enunciados y normas internamente coherentes, pero resulta de importancia incluso aun mayor que dicho sistema de normas y enunciados, dotado de una coherencia interna posea una concordancia externa con respecto al resto de los saberes que se tienen por verdaderos, es decir con respecto a la totalidad de la episteme<sup>1</sup> actual. En consecuencia es necesario que si se va a desconocer o rechazar un determinado discurso proveniente de otro saber por parte de la teoría jurídico penal, se planteen desde ésta los fundamentos de tal rechazo, que se haga cargo de las críticas provenientes de saberes como la criminología, la sociología jurídica o la filosofía. Sólo este tipo de proceder puede dotar de legitimidad discursiva al saber jurídico-penal.

Tal como señalan Francisco Muñoz Conde y Winfred Hassemer es necesario comprobar si el derecho penal logra conseguir los efectos que se propone y esta necesidad “convierte la verificación empírica de las consecuencias en un elemento

<sup>1</sup> Entendiendo por episteme el nivel de las certidumbres del saber en un momento histórico determinado. Las polémicas en cada episteme particular aparecen en el nivel doxológico o de la superficie. Es decir, a pesar de que en un saber determinado se generen disputas, permanecen ciertos principios y reglas indiscutidas como base desde la cual se discute. Esto es lo que a grueso modo plantea Foucault en “las palabras y las cosas”, según la interpretación de Carlos Rojas Osorio en “Foucault y el pensamiento contemporáneo”), página 163.

fundamental para la interpretación del conjunto normativo que interesa al jurista”<sup>2</sup>. De esta manera un “derecho penal orientado a las consecuencias” requiere de la verificación del resultado empírico de la aplicación de sus normas y si ese resultado no es acorde a los principios que el propio derecho penal enarbola y a las finalidades que el mismo plantea es necesario que confronte los argumentos de los otros saberes que se refieren al mismo objeto (el fenómeno de la criminalidad) que le señalan el porque del fracaso.

A este respecto, solidarizamos con el planteamiento de Alessandro Baratta: “...el discurso de la norma y su aplicación, la ideología del legislador y la eficacia de la legislación, son dos momentos susceptibles de distinguirse, mas no de separarse. La realidad del derecho está dada por la unidad de éstos. Así, pues, el análisis del sistema penal y de la marginación social ligada a él no puede hacerse, en el aspecto jurídico, si la labor del jurista se limita al universo de la norma con exclusión del conocimiento de la eficacia y de la aplicación de ésta.”<sup>3</sup>

El saber normativo del derecho penal sólo guarda coherencia actualmente con el saber criminológico más primitivo del paradigma etiológico. El nuevo paradigma, el enfoque del etiquetamiento representa un desafío conceptual de tal envergadura al derecho penal que difícilmente podría hacerse cargo sin tener que reconocer falencias en la estructura de su discurso que probablemente causarían su desmoronamiento.

En efecto, el Derecho Penal, su dogmática y la teoría del delito están contruidos sobre la base de la ideología o “discurso-poder” de la defensa social, originalmente enarbolada por el pensamiento clásico y positivista. Aun que, obviamente, las concepciones del hombre y de la sociedad de la ciencia penal y de las escuelas positivas sean profundamente diversas, la ideología de la “defensa social” opera como nudo teórico y político fundamental de ambos ámbitos de saber.

Esta situación de aislamiento de la teoría jurídico penal con respecto al resto de los saberes teóricos y empírico sociales es el fenómeno general y global, a partir del cual se inicia nuestro trabajo. En efecto, uno de los aspectos en que mayor claridad se presenta el problema del que damos cuenta es en las construcciones teóricas que buscan legitimar la existencia y la aplicación de las penas por parte del Estado, es decir en las teorías sobre los fines de la pena.

Como se sabe las teorías sobre los fines de la pena son todas aquellas construcciones teóricas que pretenden explicar cual es el fundamento que legitima la aplicación de penas (bajo cualquiera de las formas que estas se han presentado en la Historia) por parte de la entidad estatal, y que por otro lado pretenden señalar cual es la función legítima que debe cumplir el castigo en la sociedad.

Las respuestas a las interrogantes que plantea la problemática del castigo han sido múltiples y han provenido desde diferentes ámbitos de saber. Contradictorias muchas

---

<sup>2</sup> Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España. 1989. p.15.

<sup>3</sup> Baratta, Alessandro “Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico-penal”. Editorial siglo XXI. Buenos Aires, Argentina. p. 198.

veces entre sí y con la realidad misma, no han sabido otorgarle al Sistema Penal la legitimación completa que éste requiere.

En efecto, las teorías sobre los fines de la pena, que de paso intentan fundamentar la legitimación de la aplicación de la misma al individuo que ha quebrantado el orden del derecho no han logrado otorgar una respuesta coherente con el funcionamiento de las instituciones penales y del Sistema Penal en general. En estos se adivina una estrategia distinta, un modo de operar que obedece a otro tipo de racionalidad y que poco tiene que ver con los postulados teóricos o los principios que el mismo ordenamiento jurídico enarbola.

Así el objetivo del presente trabajo será analizar el problema del castigo y descubrir las causas del fracaso de las teorías sobre los fines de la pena, elaborando una crítica general a éstas, para lo cual pretendemos desentrañar las funciones que efectivamente desempeña el castigo en nuestra sociedad, analizar la racionalidad y la estrategia de la que es fruto y realizar un contraste con los enunciados que pretenden dotar de legitimidad al castigo en nuestra legislación y que funcionan como discursos ideológicos que encubren las funciones, estrategias y técnicas que efectivamente aplica el Sistema Penal en la Sociedad.

A partir de esta premisa, lo que se hará en este trabajo será en primer termino, exponer y analizar las denominadas teorías tradicionales sobre los fines de la pena. Comenzando por las llamadas “Teorías Absolutas” que corresponden básicamente al modelo de tradición cristiana que es la “Expiación”, al modelo retributivo de corte metafísico de Kant y al modelo retributivo dialéctico elaborado por Hegel. Posteriormente expondremos las teorías “relativas”, es decir aquellas teorías que justifican y buscan la finalidad del castigo en las consecuencias favorables de la aplicación de este. Estas consecuencias favorables, se reúnen en el concepto de “prevención”, ya sea general (negativa y positiva) y especial (rehabilitación e inocuización). Luego revisaremos los intentos correctivos de las teorías anteriormente señaladas por parte de los postulados eclécticos de la unión o mixtos, y finalizaremos con la teoría funcional retributiva de Günter Jakobs que señala que la finalidad de la pena no es más que la confirmación de la vigencia de la norma. Cada una de estas teorías será criticada en forma individual con respecto a los enunciados que proponen.

Posteriormente, para efectos de elaborar los cimientos de nuestra crítica global, expondremos y analizaremos la visión de Friedrich Nietzsche sobre el castigo, sobre todo basándonos en la reconstrucción genealógica del mismo que hace en la más sistemática de sus obras “La genealogía de la moral” y la consecuencia inevitable, derivada de su análisis, que es la imposibilidad de reconducir a un concepto material la noción de “pena”.

Luego pasaremos a revisar la visión del filósofo francés Michel Foucault, quien profundiza el método genealógico nietzscheano en su obra “Vigilar y Castigar”. En efecto, dicha obra se elabora como una genealogía del actual complejo científico-judicial de los métodos punitivos, partiendo de la ruptura epistemológica de los sistemas penales nacidos entre los siglos XVIII y XIX que derivarían en la sociedad disciplinaria, basada en el panóptico de Bentham. El estudio crítico sobre el poder, el análisis de la sociedad como modelo estratégico por oposición al modelo jurídico y la visión de la pena como una

función social compleja que va mucho más allá de las finalidades declaradas normativamente, son los elementos centrales que rescatamos de la obra de Foucault y sobre los cuales construimos nuestra principal crítica al Sistema Penal.

Luego desplazaremos nuestra visión hacia la realidad del fenómeno del castigo en nuestro país, mediante una visión panorámica de los más importantes aspectos del fenómeno penal en cuanto a sus estrategias y efectos se refiere. Al respecto podemos adelantar lo alarmante que resulta lo increíblemente bajo, estrecho e irracional del nivel del discurso en torno al denominado “fenómeno de la criminalidad” que se ha instalado en los medios de comunicación de nuestro país, en la clase política y en instituciones como “Paz Ciudadana”. Este es un discurso reduccionista al extremo, y del que uno puede fácilmente sospechar que en el fondo no le interesa las causas y problemas reales en torno al delito, sino que le interesa que la población asuma como verdadero este conjunto de enunciados absolutamente alejados de la realidad y que tiene finalidades estratégicas de beneficio para aquellos que elaboran dichos postulados y que en definitiva son quienes tienen el poder de definición de que es o no es delito. Para efectos de comprobar lo bajo del debate sobre la delincuencia a nivel político, de los medios de comunicación masivos y de la opinión pública en general, analizaremos el fenómeno de la delincuencia en nuestro país sobre la base del trabajo de Doris Cooper, quien realiza un acabado estudio etiológico sobre los tipos y causas de la delincuencia en Chile.

A nivel político se sabe que enarbolar discursos de “guerra contra la delincuencia” sólo tiene efectos de ganancia en el orden electoral. En ese sentido, ni siquiera se trata del hecho que posiblemente aquel que sostenga postulados en torno al fenómeno de la delincuencia con soluciones reales y de fondo pueda perder votos por lo complicado que pueda resultar ser explicar temas criminológicos. Se trata del hecho que a la clase política no le conviene que se apliquen soluciones reales y de fondo, ya que perderían un elemento discursivo demasiado valioso. No resulta creíble que la clase política no sepa que el delito no se encuentra determinado monofactorialmente por el nivel de represión o por la dureza de las penas.

Es evidente que el delito (sobre todo la clase de delitos que más se combate en nuestro país, los delitos en contra de la propiedad) depende de factores económicos, de Política Económica en cuanto a la distribución de ingresos, y de múltiples otros factores sociales. Sin embargo el aplicar soluciones en ese sentido significaría básicamente renunciar a los privilegios que les entrega este Sistema a las clases dominantes.

De lo que estamos hablando es que en nuestro país se ha llegado al nivel máximo del fenómeno conocido como “función simbólica del derecho penal”, fenómeno que se caracteriza por la intención de perpetuar los dividendos políticos de los discursos “anti-delincuencia” y para lo cual debe dejar intactos los factores más importantes que dan origen a la criminalidad, especialmente a los delitos contra la propiedad, creando leyes absolutamente ineficaces cuya única consecuencia es aumentar desmesuradamente las penas y socavar aún más las libertad de los individuos en una sociedad que se autoproclama como de “libertades”, cuando no es más que una sociedad disciplinaria y de control como ya lo adelantara Foucault. Por otro lado cualquier conflicto social se presenta a nivel político como necesitado de una respuesta penal para su solución, aumentando de esta forma no sólo ya las penas, sino que también los tipos



penales.

En un segundo nivel de análisis expondremos lo que sucede con la denominada “prisión preventiva” denunciándola como mecanismo punitivo más que como medida cautelar personal. Revisaremos su evolución histórica en nuestro país y evaluaremos críticamente la situación de continuidad que se presenta con respecto a ésta en el marco de la reforma procesal penal.

Posteriormente dirigiremos nuestra mirada hacia el concepto de “peligrosidad” que es el motor oculto y principal que impulsa toda la maquinaria de nuestro Sistema Penal.

Por último centraremos nuestra atención en el fenómeno carcelario y sus efectos.

Pensamos que es de gran importancia en un trabajo sobre el castigo en su aspecto de función social vislumbrar como se computa la pena empíricamente y cuales son los efectos en el individuo que la sufre.



# CAPITULO I.- LAS TEORIAS SOBRE LOS FINES DE LA PENA: Lo que se nos ha dicho hasta ahora por la dogmática jurídico - penal.

***“¿Qué singular es vuestra forma de castigar! No purifica al criminal, no es una expiación; Por el contrario, mancha más que el propio crimen” (F. Nietzsche, Aurora)***

Ante un hecho constitutivo de delito, el ordenamiento jurídico prevé hasta tres clases de consecuencias. Las dos primeras, sin embargo no son esenciales y puede que no se den en determinadas clases de delitos, por ejemplo en un delito en que el sujeto activo no tenga ninguna intención de generar un efecto jurídico a su favor o en un delito en que no exista daño.

El primer tipo de consecuencias que el legislador adscribe a un hecho constitutivo de un ilícito penal son aquellas de desconocimiento: el ordenamiento jurídico no le reconoce ningún tipo de efecto jurídico provechoso al sujeto activo. Por ejemplo, en el caso de alguien que logra la celebración de un contrato determinado que le favorece mediante la realización de un hecho constitutivo del tipo penal de amenazas condicionales (artículo 296 número 1 del Código Penal), el ordenamiento jurídico desconocerá la validez de las consecuencias de ese ilícito penal, pues la voluntad del coaccionado esta viciada y

autoriza para impetrar su nulidad (artículo 1546 del Código Civil). Tampoco el sujeto cuya acción se califica y valora como dentro del tipo penal “hurto” (artículo 446 del Código Penal) consigue hacerse dueño de la cosa hurtada (ya que, como está claro, la acción de hurto no es un modo válido y reconocido por el ordenamiento jurídico para adquirir el dominio<sup>4</sup>) y en consecuencia no podría ejercer acciones reivindicatorias en sede civil. Por otro lado, y como consecuencia de este desconocimiento, el ordenamiento jurídico dota de las respectivas acciones restitutorias al sujeto pasivo del delito<sup>5</sup>.

El segundo tipo de consecuencias que el legislador encadena al hecho delictivo podríamos denominarlas reparatorias. Es aquí donde el delito se considera una de las fuentes de las obligaciones en sede civil, en concreto como generador de la responsabilidad extracontractual. Es así como el artículo 2314 de nuestro Código Civil señala “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. Como se aprecia para que se siga este tipo de consecuencia jurídica de la comisión de un delito es necesario que exista un daño, ya sea material o moral<sup>6</sup>, en la persona o propiedad de otro.

Las funciones sociales que cumplen los dos tipos de consecuencias anteriormente señalados están bastante claras, y es más, se da una coherencia entre la intención de la ley, y la materialización en la práctica de dicha intención (con las ineficiencias propias de toda institución). Sin embargo con respecto a la consecuencia esencial que el legislador adscribe a un hecho que define como delictivo que es como se sabe, la pena no está claro cual es la función o finalidad que se persigue al aplicarla. En efecto, la discusión acerca de los fines de la pena sigue siendo un tema altamente polémico no sólo a nivel teórico, sino que ya a nivel de praxis en la implementación de políticas penales coherentes. Siguiendo a Roxin, la pregunta clave a este respecto es ¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado aplique una pena (prive de libertad) a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social?<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Sin embargo, buena parte de la doctrina señala que es posible que de un hurto o de la usurpación violenta o clandestina de un bien raíz se siga la adquisición de la propiedad. Esto mediante la figura de la prescripción adquisitiva extraordinaria. Obviamente en el caso de bienes raíces, esto sólo podría darse en el caso de aquellos que no han ingresado al régimen de posesión inscrita (artículo 2505 del Código Civil).

<sup>5</sup> De esta forma quien ha sido despojado de su propiedad o dominio cuenta en nuestro derecho con la acción reivindicatoria (artículo 889 y siguientes del Código Civil); el poseedor regular cuenta con la llamada acción publiciana contemplada en el artículo 894 del mismo cuerpo legal; finalmente el poseedor de un bien raíz o de un derecho real constituido en el que ha sido despojado de ella injustamente cuenta con la “querrela de restitución” establecida en el artículo 926 de nuestro Código Civil.

<sup>6</sup> En doctrina y jurisprudencia se acepta mayoritariamente que los términos que utiliza el Código Civil en el artículo 2329 inciso primero de “todo daño” incluyen el daño moral. Esto utilizando el aforismo interpretativo de “dónde el legislador no distingue, no es lícito al interprete distinguir”.

<sup>7</sup> Roxin, Claus “Sentido y Límites de la Pena Estatal”, tomado de “Introducción al Sistema Penal”, Ediciones Univ. Diego Portales, compilado por Jorge Mera Figueroa y Mauricio Duce Julio. 1996. Pag. 161.

Los intentos por contestar esta pregunta y por consiguiente lograr justificar esta consecuencia esencial que se le adscribe al delito ha desembocado en lo que se conoce como las teorías sobre los fines de la pena. Estas teorías intentan en primer termino fundamentar racionalmente la aplicación del castigo, y en segundo termino, y como consecuencia de lo anterior, intentan señalar cual debe ser la función que debe desempeñar el castigo en la sociedad.

Pasemos, pues, a revisar lo que se nos ha señalado hasta el momento por los teóricos del derecho y pensadores acerca de las finalidades que debe cumplir la pena.

## **I. 1 .-Teorías Absolutas sobre la Pena.**

Se suelen denominar “teorías absolutas de la pena” todas aquellas construcciones teóricas que no vislumbran una finalidad ulterior en la pena, sino que dicha finalidad la conlleva en sí misma. En otros términos, la pena se justifica a sí misma teniendo su finalidad en la aplicación de esta, y por lo tanto tienen su sentido fuera del campo de la realidad social. En consecuencia no se pena para lograr un determinado efecto en el campo de lo empíricamente demostrable, sino que tiene un valor intrínseco el hecho de ocasionar un mal, un sufrimiento al sujeto que con su acción ha quebrantado el derecho.

Las variantes de las teorías absolutas, es decir, expiación y retribución se encuentran altamente emparentadas con el concepto de “venganza”. En efecto, una acción de venganza es una pasión reactiva ante un mal o daño sufrido, por el sólo hecho de que se causo o se infligió dicho mal o daño. Dicha pasión reactiva se materializa mediante la causación de un mal o daño en la persona del ofensor, el cual quien se venga estima como equivalente.

Tanto en la venganza como en la expiación, se causa un mal, se aplica un castigo por que correlativamente se ha causado un mal, se ha cometido una ofensa (quia peccatum est).

Por otro lado, venganza y expiación se encuentran emparentados en relación al quantum del castigo. En ambos casos operan variantes de la lex talionis. En las dos situaciones de lo que se trata es de restablecer el equilibrio alterado por el mal causado o la ofensa cometida y esto se logra mediante la inflicción de un castigo equivalente en intensidad al mal u ofensa cometida.

Sin embargo en el caso de la venganza el mal, la reacción necesaria y merecida ante el daño u ofensa cometida es concebida como una imposición violenta y heteronoma.

En cambio, en el caso de la expiación, la reacción en contra de la ofensa no sólo es impuesta externamente, sino que también es aceptada o incluso requerida por el sujeto ofensor para efectos de lograr una reconciliación consigo mismo, con el ofendido, con la sociedad y la Justicia. Ante el sujeto ofendido esta expiación se le presenta como una compensación por el mal que se le causó.

La Retribución puede ser concebida como una síntesis entre ambas nociones, de

expiación y venganza. Se impone el castigo sin que se requiera la voluntad de aceptación del mismo por parte del sujeto ofensor en su aplicación, pero tiene un efecto análogo o por lo menos similar a la expiación, ya que con la aplicación del castigo merecido se restablece la justicia, el derecho y el sujeto ofensor puede volver a vivir en sociedad.

### I.1.1.-Teoría de la Expiación.

---

En el discurso “*Nous Cryons*”<sup>8</sup>, Pío XII afirma que el Derecho Penal es un sistema normativo que establece una reacción por parte del ordenamiento jurídico contra el delincuente culpable imponiéndole una “pena dolorosa” al autor. La función esencial de la pena sería entonces la “expiación” que se lograría al serle aplicada la pena. Por medio de la pena se le da la posibilidad al condenado de reconocer el acto malo que le acarreó la pena, arrepentirse, expiar su delito, purificarse y proponerse un fin eficaz para el porvenir. El orden violado con el hecho culpable exige la reintegración y el restablecimiento del equilibrio turbado, y es oficio propio del Derecho y de la Justicia custodiar y salvaguardar la concordancia entre el Deber, por una parte, y el Derecho, por otra, y el restablecerla si fuese lesionada. Entonces, el sentido y la finalidad es reinstalar en el orden del deber al violador del Derecho.

Como puede apreciarse, para esta concepción de la pena, ésta es justa y necesaria, pues con su aplicación se logra la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el ordenamiento quebrantado y con la comunidad, reinstalándose (por medio de la pena) en el orden del “deber”.

*En la visión de Pío XII se reconoce a la pena como un sufrimiento en tanto que se manifiesta en la privación de un bien e imposición de un mal. Es indispensable que el reatus culpae - pues debe mediar una relación causal subjetiva además de objetiva entre autor y delito- se convierta en reatus poenae. Ese nexa sirve para conocer la medida de la pena que ya comienza a padecer el imputado de un delito desde el proceso penal mismo.*

Ese sufrimiento aplicado al condenado implica un progreso en la vida interior, y es una reparación y restablecimiento del orden social culpablemente violado. Lo esencial de la vuelta al bien consistiría propiamente no en la aceptación voluntaria del sufrimiento, sino en el apartamiento de la culpa. De este modo, el sufrimiento puede ascender hasta un la expiación salvadora.

En el condenado se puede operar un verdaderocambio de mentalidad, a través del arrepentimiento como voluntario dolor, tristeza voluntaria del alma por el mal realizado, porque es malo su acto, contrario a las normas, y - en definitiva - contrario a Dios. En este arrepentimiento logrado a través de la pena se realiza también, y está contenido, el alejamiento del falso bien al cual el hombre se había entregado con el acto culpable

Esta concepción de la pena, sin embargo no resiste mayor análisis. En concreto,

---

<sup>8</sup> La siguiente exposición está basada en la ponencia de Gerardo Damián Bonastre “Fundamento, esencia y funciones de la pena en el magisterio de Pío XII”. Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Publicado en <http://www.carlospalma.com.ar/Bonastre.htm>

hasta el más somero vistazo a la realidad nos permite verificar que la pena no tiene ninguna función expiatoria, ni del individuo consigo mismo, ni con respecto al ordenamiento quebrantado, ni mucho menos con la sociedad.

En efecto, con respecto al condenado mismo, la pena lejos de generar la culpa necesaria para la expiación suele ser aceptada como una fatalidad, o creando resentimientos en contra de los juzgadores y carceleros. Las palabras de Nietzsche a este respecto son elocuentes: “La pena, se dice, poseería el valor de despertar en el culpable el sentimiento de culpa, en la pena se busca el autentico instrumentum de esa reacción anímica denominada “mala conciencia”. Mas con ello se sigue atentando, todavía hoy, contra la realidad y la psicología: ¡y mucho más aún contra la historia más larga del hombre, contra su prehistoria!. El autentico remordimiento de conciencia es algo muy raro cabalmente entre los delincuentes y malhechores (...) Vistas las cosas en conjunto, la pena endurece y vuelve frío, concentra, exacerba el sentimiento de extrañeza, robustece la fuerza de resistencia”.<sup>9</sup>

Con respecto al ordenamiento jurídico, el condenado e incluso el procesado, pierde el status de ciudadano irreprochable. El extracto de filiación del individuo queda con esa marca individualizante y las posibilidades de que se le considere nuevamente “sospechoso” e ingrese otra vez al sistema penal aumentan considerablemente. Por otro lado el individuo jurídicamente deja de tener “irreprochable conducta anterior”, con lo cual no sólo queda excluido de la circunstancia atenuante sexta contemplada en el artículo 11 de nuestro Código Penal, sino que además con eso queda demostrado que no ha existido ninguna expiación, ni reconciliación del individuo con el ordenamiento jurídico. Su acción definida por otros previamente como “delito” quedará como una marca infamante.

Con respecto a la sociedad misma es aún más claro. El efecto estigmatizante de la pena es por todos reconocido. En consecuencia no hay ninguna expiación que traiga consigo la reconciliación del culpable con la Sociedad. Lo que sucede es todo lo contrario, las puertas de la Sociedad se le cierran incluso más.

La visión de la pena como expiación sólo podría tener cabida en un Estado Teocrático. En los autodenominados “Estados democráticos de Derecho”, por definición no tienen cabida concepciones basadas en un indemostrable derecho natural divino y sus delirios metafísicos. Los discursos legitimadores de Estados secularizados y con pretensiones de neutralidad hacen absolutamente imposible que se adopte una visión expiatoria de la pena por cuanto la legitimidad de dicho discurso se haría insostenible. En efecto, como es el Estado (y no un ente metafísico trascendente y absoluto), quien es el encargado de imponer las penas, dicha imposición debe estar sujeta a los mismos principios, fundamentos y finalidades de cualquier otra función estatal.<sup>10</sup>

### **I.1.2.-Teoría Retributiva de Kant.**

---

<sup>9</sup> Nietzsche, Friedrich “La genealogía de la moral”. Pág. 92. Alianza Editorial S.A. Buenos Aires. 1995.

<sup>10</sup> En ese sentido, Ziffer, Patricia “Lineamientos de la determinación de la pena”. Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires. 1999. Pág. 46

Como se sabe el inicio de la filosofía jurídica en Immanuel Kant tuvo lugar en su obra "Crítica de la Razón práctica" (1784), pero no fue hasta la elaboración de "Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres"(1785) en que el pensador alemán profundiza en los temas jurídico-filosóficos, y en particular, los fundamentos de la pena, que es lo que nos ocupa aquí.

Para comprender a cabalidad lo que nos plantea en relación con la pena, es necesario que se tenga una visión más acabada de los planteamientos generales del filósofo alemán en cuanto al Derecho se refiere <sup>11</sup>. Kant observa en la primera parte de la Metafísica de las Costumbres (denominada "La doctrina del derecho") que existe una doble regulación actuando sobre el hombre, en cuanto consciente de su propia existencia y libertad: una legislación interna y una legislación externa. La primera guarda relación con la moral (ética en el sentido estricto), obedeciendo a la ley del deber, del fuero interno. En cuanto la segunda nos revela el Derecho, con leyes que apuntan a la regulación de las acciones externas. El criterio diferenciador entre esta legislación interna y externa (moral y derecho respectivamente) es la razón por la cual la legislación es obedecida. Afirma que la voluntad jurídica es heterónoma, puesto que es condicionada por factores externos de exigencia de la misma, en tanto que la voluntad moral es autónoma, ya que el móvil de ésta es el deber por el deber.

De esta forma la mera concordancia con la norma, independiente de los motivos del individuo, se encuentra en el plano jurídico de la legalidad, en tanto que para el plano ético se exige una concordancia con valores internos independiente de las inclinaciones.

*La Metafísica de las Costumbres tiene por objeto el estudio de los principios "a priori" del proceder del hombre. Comprender las condiciones a que está sometido el ser humano, liberadas de toda mezcla empírica y, dentro de estas condiciones, la voluntad, en la concepción kantiana, la cual ocupa papel destacado en su filosofía, se vuelve constitutiva de la ética.*

La voluntad, para Kant, constituye la propia razón pura práctica y siendo ella motivo propulsor de la ética, sus principios son elevados a la categoría de lo universal. En otros términos, la moral que estaba centrada en lo individual y subjetivo ahora, tal como la razón, se torna universal y objetiva. Así, los principios de esta moral parten del propio sujeto, sin que pueda ser considerada subjetiva, ya que no son dictados por la sensibilidad, se trata de conceptos derivados de la voluntad pura o "a priori" de la razón. Al actuar sobre tal orden el hombre crea principios universales que deben ser seguidos por todos.

De esta manera, Kant, introduce la existencia del deber como una forma "a priori" de la razón, de la cual deviene el imperativo categórico.

Por su parte y a diferencia de la legislación moral que tiene como principio fundamental el imperativo categórico, en cuanto postulado de razón pura práctica, la norma jurídica tiene como regla un deber exterior, imperio de una autoridad investida de

---

<sup>11</sup> Esta parte introductoria al pensamiento jurídico-filosófico de Kant está basada en el trabajo del Juez brasileño Renato Vasconcelos Magalhães "La filosofía del Derecho en Kant. Un abordaje Metafísico del Derecho" publicado en portugués en <http://www.filosofiaderecho.com/rfdd/numero2/kant2.htm>



poder coactivo. En efecto, el Derecho en la concepción kantiana es esencialmente coactivo.

Ahora bien, cabe preguntarse como se compatibiliza este carácter coactivo del Derecho con el concepto de libertad que se encuentra subyacente a la idea misma del Derecho. A este respecto Kant señala que la acción del individuo será justa si puede convivir con la libertad del otro, según leyes universales y, a contrario sensu, sería injusta la acción del individuo que impide a otro actuar de esta manera. En consecuencia se crea el imperativo categórico del Derecho como discurrir lógico del imperativo categórico de la moral: "Actúa externamente de tal modo que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos según una ley universal".

De esta manera, todo aquello que ejerce coacción a la acción justa de un individuo constituye un obstáculo a la libertad, necesitando, así, de una coacción contraria y justa. Así se demostraría el propio carácter ético de la coacción en el Derecho. "Más allá de eso, la coacción que el otro me ejerce, contraria a mi acción justa, es un obstáculo a la libertad. El obstáculo al obstáculo de la libertad es justo, por cuanto concuerda con la libertad según leyes universales. Así la coacción es conforme al Derecho, o sea, Derecho y facultad de coacción significan una misma cosa"<sup>12</sup>. Compatibiliza, por consiguiente, la idea de coacción y libertad, siendo la coacción necesaria para la libertad.

La idea de la libertad en la concepción kantiana es una noción de la razón pura, es, en consecuencia, trascendente. Como señala Enrique Eduardo Marí "No puede tener objeto adecuado en una experiencia posible; por consiguiente no tiene valor como principio constitutivo, sino regulador (Ideal), y aún simplemente negativo de la razón especulativa"<sup>13</sup>. En cambio, en el uso y aplicación de la razón, la realidad de la libertad se encuentra constituida por principios prácticos. "Esta noción positiva (práctica) de la libertad es la base de las leyes absolutas, llamadas morales. Y estas leyes son imperativos (mandatos de hacer o de no hacer) y aún imperativos categóricos (absolutos o incodicionados)". Como se sabe, según la clásica distinción efectuada por Kant, los imperativos pueden ser hipotéticos o categóricos. Los hipotéticos son aquellos imperativos en que se representa la necesidad práctica de una acción posible como medio, como instrumento para la consecución de un determinado fin. En cambio, el imperativo categórico, es el mandato de una acción que tiene su fin en sí misma, sin referencia a ningún otro fin.

Hasta aquí tenemos claro que los imperativos hipotéticos corresponden a la esfera del Derecho y los imperativos categóricos a la esfera de la moral. Sin embargo Kant complejiza su visión, rompiendo la absoluta división entre las esferas jurídica y moral. Kant señala que la ley penal es un imperativo categórico. En consecuencia la pena es un fin en sí misma, "no admite que se le ponga como condición ningún propósito a obtener por su medio"<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Kant, Immanuel "Principios metafísicos de la doctrina del Derecho". Pág. 68. Citado por Renato Vasconcelos Magalhães en "LA filosofía del derecho en Kant. Un abordaje metafísico del Derecho".<sup>9</sup> Marí, Enrique Eduardo "La problemática del castigo- El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault". Editorial Hachette, Buenos Aires, 1983. Pág.107

<sup>13</sup> <sup>10</sup> Marí, Enrique Eduardo Op.Cit. pág.107.

Surge así, el concepto de pena, como imperativo categórico y como forma específica de la coacción jurídica necesaria para la libertad y la Justicia.

Es así que para Kant, la pena debe imponerse todas las veces, solamente porque se ha delinquido. No puede imponerse como simple medio para procurar a los otros bienestar, ni para la sociedad civil, ni para el delincuente. La pena kantiana es absoluta en cuanto manifestación necesaria de la justicia, la pena como justa en sí. Señala: "...en efecto, el Hombre no puede ser usado nunca como medio de las intenciones de otros, ni mezclado entre los objetos del derecho de cosas, puesto que contra esto le protege el carácter de persona con el que ha nacido". La punibilidad del sujeto debe haber sido acreditada con anterioridad a que se piense utilitariamente en extraer consecuencias de la pena para la sociedad y para el culpable mismo.

De esta forma se completa la construcción teórica de la pena en Kant. Esta se impone por el sólo hecho de haberse delinquido, "qui peccatum est". Esta pena, al ser justa en sí misma, sirve para que sea alcanzada la Justicia. La pena satisface la Justicia retrospectivamente, restableciendo el orden (se refiere a un orden metafísico, accesible sólo por medio de la razón práctica a priori) perturbado por el delito. Así es como surge el conocido y clásico ejemplo de la isla <sup>15</sup> : "Incluso aunque se deshiciera la sociedad civil por unanimidad de todos sus miembros (por ejemplo que el pueblo que habita en una isla decidiera separarse y dispersarse por todo el mundo), habría que ejecutar primero al último de los asesinos que se encontrara todavía en prisión, para que todo el mundo supiera el valor que tienen sus hechos y para que la culpa no aprisionara al pueblo que no ha exigido tal punibilidad: porque entonces se le podría considerar como partícipe en este daño público a la Justicia." Y si "la Justicia se extingue, ya no tienen valor que el Hombre siga viviendo sobre la tierra".

Es así como un comportamiento conforme al derecho y el comportamiento moral son comportamientos guiados por la razón. Una acción injusta o moralmente reprobable de la cual se siga la felicidad implica una contradicción al orden racional de toda acción y como destrucción de tal orden. En sus propios términos: "Nuestra idea de Justicia exige que se conozca el valor moral de la acción. Se entiende como una gran contradicción, que se asocie por su naturaleza una acción mala a la impunidad y que se haga depender la punición de la casualidad: la razón unifica la dignidad a la felicidad, se ve al transgresor como al último indigno, al poder judicial se le requiere para que restituya la razón en virtud del poder que le han concedido las leyes, estableciendo un mal proporcionado frente a las leyes morales quebrantadas" <sup>16</sup>

En consecuencia se concibe a la pena como el resultado mediato y racionalmente necesario de toda acción contraria a la ley con el efecto de restablecer el orden racional de la acción.

---

<sup>14</sup> Marí, Enrique Eduardo. Op. Cit. Pág. 108

<sup>15</sup> Siempre ha sido reconocida la poca afición de Kant de ejemplificar sus teorías. Esta es una notable excepción.

<sup>16</sup> Kant, Immanuel, "Obras Completas", tomo XXVII, p.552. citado por Lesch, Heiko "La función de la pena". Editorial Dykinson. Madrid. 1999. Pág. 10.

*Sin embargo es la misma realidad del desenvolvimiento del Sistema Penal la que refuta el planteamiento kantiano. Resulta casi obvio que en su construcción teórica, Kant no tomo en cuenta el hecho evidente de que la aplicación del Derecho Penal y su elaboración misma por parte de los organismos legislativos está determinada por la Política Criminal la cual obedece al postulado básico de “controlar el fenómeno de la delincuencia”. Esto hace que todo el Derecho Penal este construido sobre la base de una finalidad que va más allá de su propia existencia y aplicación, persigue un fin que es el control del delito, la protección de los denominados “bienes jurídicos”.*

*Los tipos penales son construcciones contingentes e históricas. Son relativos. Son enunciados creados en un momento y espacio histórico determinados y que desaparecen o pueden desaparecer en cuanto dejan de prestar la utilidad para la cual fueron creados. Son instrumentos políticos que difícilmente pueden obedecer a un mismo y absoluto imperativo categórico del derecho.*

*Es más, la propia noción de Justicia como “dar a cada uno lo suyo” es un concepto formal, un continente abierto a ser llenando por quienes en cada momento histórico y espacial tienen el poder de definir “que es lo que le corresponde a cada uno”.*

*La objeción de que los individuos no pueden ser mezclados en el derecho de cosas y no pueden ser instrumentalizados obedece a una moral no reconocida ni reflejada en la realidad y ni siquiera en los ordenamientos jurídicos mismos. En efecto, el ser humano no ve a los demás como fines en sí mismos, sino que como instrumentos de algún fin de índole económico, social, espiritual, religioso, moral, etc. El mismo derecho positivo desconoce la objeción kantiana al establecer que la finalidad legítima de la pena es la rehabilitación del culpable.<sup>17</sup>*

*Sin embargo, lo decisivo es la refutación de la base sobre la cual se construye la teoría de la pena de Kant. En efecto, se puede argumentar de manera sólida y contundente la inexistencia de los imperativos categóricos. No hay acción que no tenga su razón de ser en relación a las circunstancias específicas en las cuales nazca. La acción humana esta condicionada por esas determinadas circunstancias y es en ese contexto en el cual también encuentra su finalidad. La noción del imperativo categórico tiene como origen el intento de Kant por uniformar el comportamiento humano, sin consideración a las circunstancias específicas en las cuales este tiene cabida. Circunstancias que a su vez determinan las múltiples formas de reaccionar ante una situación análoga que tienen los diferentes individuos. El imperativo categórico es la voluntad de hacer absoluta y universal, la pretensión y voluntad particular del propio Kant.*

18

### **I.1.3.- Teoría retributiva en Hegel.**

---

Podríamos señalar que la construcción filosófica de Hegel se basa en la idea contenida en su obra “Filosofía del Derecho” (1821) que señala que “Lo que es racional es real, y lo que es real es racional”<sup>19</sup>. En efecto, según su pensamiento la racionalidad de una

<sup>17</sup> Así, por ejemplo lo establece la Constitución de España en su artículo 25.2

convicción o de una idea es lo que le da existencia en el mundo real. Lo que es efectivamente real, lo es, por que tiene una racionalidad que lo funda. De esta forma la tarea de la filosofía no es proponer un “deber”, sino que concebir lo que “es”, ya que lo que “es” nos muestra la razón. En ese sentido, “la filosofía siempre llega tarde”, pues siempre juzga un mundo que ya se formó, luego que la realidad ya se ha formado. Desentrañar esta realidad racional es la tarea de la filosofía.

Para Hegel, el “concepto” es lo único que posee realidad, ya que se la otorga a sí mismo. Es decir, la realidad de las cosas se halla contenida íntegramente en los conceptos de las mismas. “La configuración que se da el concepto en su realización es, para el conocimiento del concepto mismo, el momento esencial de la idea”<sup>20</sup>. Luego, la idea es el concepto de algo realizado, es la razón misma realizada. La Idea es la infinitud concreta: es el conjunto de los conceptos puestos y realizados en un momento dado dentro de un ámbito particular de objetos estudiados por una ciencia.

La ciencia filosófica del Derecho tiene por objeto la idea del Derecho, es decir, el concepto en su realización del Derecho. Este concepto realizado que conforma la idea del Derecho es la Libertad. En consecuencia el Derecho es la Libertad realizada en el mundo exterior. Esta libertad se realiza y se concretiza a través de tres modos, los cuales se presentan como estadios en el desarrollo de la idea de libertad y que tienen su propio derecho, pues es la existencia de la libertad en cada una de sus determinaciones particulares.

Estos tres modos del Derecho son el Derecho abstracto, la moralidad y la eticidad, los cuales se encuentran conectados dialécticamente; es decir, el derecho está presente en los tres estadios, transformando progresivamente su concepto, y la eticidad es la síntesis de los tres. Por tanto, la eticidad está presente en su germen ya en el derecho, dotando a éste y a la moral de significado pleno. La eticidad representa, pues, el grado máximo de unión y organización de los individuos en un grupo social; las formas concretas que adopta la eticidad son, sucesiva y progresivamente, la familia, la sociedad civil y el Estado.

Así, el primer estadio en el desarrollo dialéctico de la idea de libertad es el “derecho

<sup>18</sup> Con respecto a esto mismo y al “imperativo categórico” de Kant, Nietzsche señala en su obra “Más allá del bien y el mal” en el aforismo 187: “Incluso prescindiendo del valor de afirmaciones tales como “dentro de nosotros hay un imperativo categórico”, siempre se puede preguntar todavía: una afirmación así, ¿qué dice acerca de quien la hace? Hay morales que deben justificar a su autor delante de otros; otras morales deben tranquilizarle y ponerle en paz consigo mismo; con otras su autor quiere crucificarse y humillarse a sí mismo; con otras quiere vengarse, con otras, esconderse, con otras, transfigurarse y colocarse más allá, en la altura y en la lejanía; esta moral le sirve a su autor para olvidar, aquélla, para hacer que se le olvide a él o alguna cosa; más de un moralista quisiera ejercer sobre la humanidad su poder y su capricho de creador: otros, acaso precisamente también Kant, dan a entender con su moral: “lo que en mí es respetable es el hecho que yo puedo obedecer, - ¡y en vosotros las cosas no deben ser distintas que en mí!”- en una palabra, las morales no son más que un lenguaje mímico de los afectos”. Nietzsche, Friedrich “Más allá del bien y el mal”. Alianza Editorial S.A. Buenos Aires, Argentina. 1983. Pág. 115.

<sup>19</sup> Hegel, George W. Friederich “Filosofía del Derecho”. Editorial Edhasa, Barcelona. 1999. Primera Edición. §1

<sup>20</sup> Hegel, George W. Friederich. Op. Cit. Obs. al §1.

abstracto”, que al ser el primer estadio en el desarrollo de la idea de libertad es el derecho en su aspecto más limitado. Corresponde al derecho de propiedad, mediatemente como contrato y al derecho en cuanto derecho lesionado: el delito y la pena. Este derecho abstracto se concretiza en la moralidad, que es el segundo estadio en la realización de la idea de la libertad. La moralidad se presenta como la voluntad subjetiva cuya realización exterior es el bien como finalidad. Ya no se es solamente libre en el aspecto inmediato, sino que en lo subjetivo, en “mí mismo”.

Por último, la “eticidad” representa el grado máximo de unión y organización de los individuos en un grupo social; las formas concretas que adopta la eticidad son, sucesiva y progresivamente, la familia, la sociedad civil y el Estado. La eticidad es la idea de libertad como bien viviente que tiene en la autoconciencia su saber, su querer y por medio de su actuar, su realidad. En efecto, la eticidad es la evolución de la moralidad como algo individual hacia lo social. En la eticidad la libertad en cuanto sustancia existe como realidad y necesidad y al mismo tiempo como voluntad subjetiva. Así, en la familia el individuo ha eliminado su esquiva personalidad y se encuentra con su conciencia en una totalidad. Posteriormente en la sociedad civil se supera la familia, se rompe su unidad y nace una sociedad de mercado. Por último la sociedad civil llega a configurarse como el Estado, que es la eticidad misma y el espíritu, en el cual se une la individualidad y la sustancia universal. Es la configuración más concreta de la libertad.

Hegel, a diferencia de Kant, señala que la coacción no es determinante para la concepción del Derecho, ya que ante el castigo previsto en una norma jurídico-penal el sujeto no actúa de una determinada manera por el hecho de verse coaccionado externa o internamente, sino que actúa así realmente porque lo quiere su voluntad, es decir, haciendo uso de su libertad. Por lo tanto, en vez de ser esencialmente un mecanismo coactivo, el derecho es real y efectivamente una exteriorización o manifestación de la libertad. Pues el sujeto puede representarse la coacción y actuar teniéndola en cuenta o no, pero en cualquier caso lo que siempre determina su acción es el uso de su libertad<sup>21</sup>.

Ahora bien, ya teniendo claro un esbozo del pensamiento general en torno al Derecho de Hegel podemos adentrarnos en su concepción de la pena. Al igual que para Kant, su teoría se caracteriza por un intercambio funcional entre delito y pena<sup>22</sup>. Para que esta pena sea en sí misma justa se requiere que cumpla con la función de restituir el injusto que se ha cometido.

El delito se caracteriza por ser siempre un ataque contra la existencia de la libertad. Es una lesión de la voluntad en sí misma, es decir, un injusto por el cual se lesiona tanto la cosa en su faz externa y única, como lo que es en sí misma<sup>23</sup>. Para efectos de superar esta lesión como un daño sólo se puede recurrir a la indemnización civil como forma de restitución, sólo así se logra restablecer la posición anterior del sujeto afectado.

---

<sup>21</sup> Así lo indica José López Hernández en “La actualidad de la filosofía del derecho de Hegel”. En: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho número 1. 1998. Publicado en: <http://www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html>

<sup>22</sup> Así lo señala Heiko Lesch en “La función de la Pena”, pág. 12

<sup>23</sup> Lesch, Heiko Op. Cit. p. 12

Sin embargo el Derecho penal no se encarga de subsanar estas consecuencias externas de la acción delictiva, ya que la pena no produce indemnización alguna ( y por otro lado como ya lo señalamos anteriormente también existen varios tipos penales en los cuales no existe daño externo de ningún tipo) <sup>24</sup> .

De esta forma, la pena sólo puede cumplir su función retrospectiva no en relación al concepto de delito en su faz externa, en la realización del mal, daño u ofensa que trae consigo el delito, sino que en la lesión del Derecho en cuanto Derecho (lesión a la idea de libertad). El sujeto que comete un delito está afirmando el injusto como su voluntad particular frente a la general, con la pretensión de que esa voluntad particular tenga vigencia en su particularidad. En consecuencia, esta afirmación particular del injusto por parte del delincuente debe ser superada dialécticamente a través de la pena. Esta voluntad particular del sujeto que ha cometido el delito tiene una apariencia de una conformación racional de la realidad, formalmente es una declaración, un principio de ley de que “se estaría permitido cometer ese delito particular del que se trata” <sup>25</sup> .

La idea de Libertad, que es el Derecho, al ser absoluta implica que es válida para cada individuo, inclusive para el sujeto delincuente. En consecuencia la lesión al derecho cometida por el sujeto delincuente afecta a cada individuo, inclusive a él mismo. “La lesión que afecta al delincuente no es sólo justa en sí - puesto que es justa, es a la vez su voluntad existente en sí, una existencia de su libertad, su Derecho -, sino que esa lesión es también Derecho en el delincuente mismo, esto es, en su voluntad existente, en su acción. En efecto puesto que es acción de un ser racional, se encuentra implícito que es algo general. Que inmediatamente esa acción se formula una ley que él ha reconocida en ella para sí y bajo la cual, por lo tanto, puede ser él subsumido como bajo su Derecho” <sup>26</sup> . “Lo mismo que él ha hecho, le debe suceder a él (...); es su voluntad, su ley. Es su propio hecho al que se le concede vigencia sobre él” <sup>27</sup> .

De esta forma, con la aplicación de la pena, se honra al delincuente como un ser racional. Para que su acción voluntaria lesiva del derecho sea reconocida como ley esta lesión debe afectar a todos, incluido al mismo delincuente. Para efectos de que esto tenga lugar se le aplica una pena correspondiente y equivalente al daño que él con su acción voluntaria lesiva ha ocasionado. De lo que se trata es, entonces, de la expresión ideal para Hegel del ius talionis.

Así Hegel, construye la legitimación subjetiva-formal de la pena, es decir, frente al propio delincuente. Sin embargo es aún necesaria una legitimación objetiva de la pena, mediante la eliminación interior del delito en su existencia positiva y externa. Esto se logra mediante la conocida formula “negación de la negación”. La superación dialéctica del delito, de manera tal que el delito se toma como el elemento “tesis”, la pena aplicada al

---

<sup>24</sup> Lesch, Heiko Op. Cit. p. 13

<sup>25</sup> Lesch, Heiko. Op. Cit. p. 14

<sup>26</sup> Hegel “Filosofía del Derecho” §100, citado por Lesch, Heiko Op. cit. p. 15

<sup>27</sup> Hegel “Filosofía del Derecho” §100, citado por Lesch, Heiko Op. cit. p. 15

delincuente como “antítesis” y el resultado, la “síntesis” es el restablecimiento del orden racional y justo, retribución legítima y justa en sí misma. Restitución del Derecho como idea de la Libertad.

En consecuencia tenemos que Hegel diferencia dos aspectos en cuanto a la necesidad de la pena. La necesidad interna de la misma como “negación de la negación del Derecho”. Como señala el mismo Hegel : “el Derecho, en cuanto absoluto, no puede ser eliminado, por lo que exteriorizar el delito es en sí algo nulo, y esa nulidad es la esencia del actuar delictivo...El Derecho efectivo es pues la superación de esa lesión; el Derecho muestra precisamente con ello su validez y se acredita como algo que necesariamente tiene que existir de forma mediata”<sup>28</sup>.

En segundo término tenemos la necesidad externa de la pena, la cual tiene por función el mantenimiento de la identidad social. Esto es así, ya que la realidad empírico-social se ve dañada mediante el acto comunicativo de la ley especial-formal que implica el delito. A través de la realización de un acto constitutivo de delito se presenta es acto como real, cuando en verdad no lo es. Lo que hace la pena en este aspecto es mostrar que la norma general, de derecho que ha sido quebrantada por el acto delictivo sigue siendo real, ya que esta norma es racional, y el delito no lo es.

Hegel en su “Filosofía del Derecho”<sup>29</sup> reconoce que en la medida de que esta superación del delito es una retribución estamos en presencia de una venganza, que en su contenido sería justa, pero que según la forma es la acción de una voluntad subjetiva y contingente, la cual, al ser la acción positiva de una voluntad particular se transforma en una nueva lesión. Se debe, en consecuencia, liberar a la Justicia y al Derecho de los intereses y de las formas subjetivas, para así lograr una Justicia no vengativa sino que verdaderamente punitiva. Esto se logra mediante la función neutral y objetiva de un tercero que se manifiesta en la persona del acusador público y del juez.

Es indudable la sólida consistencia y coherencia interna de la elaboración teórica de Hegel. Sin embargo, y al igual que en Kant, su punto de partida, la base sobre la cual construye su pensamiento es errónea. En efecto, su idealismo extremo y autosuficiente, manifestado en el axioma clave de su filosofía “lo racional es real, y lo real es racional” es expresión de un desprecio a la realidad y al saber empírico, lo cual es especialmente grave si tenemos en cuenta que el Derecho es esencialmente un ámbito de saber social, que se manifiesta en la realidad social empírica. Aún más, se puede sostener que para la validez de una construcción teórica esta debe guardar no sólo una coherencia interna autosuficiente, sino que además debe guardar coherencia con la realidad y los saberes empíricos. Es decir, debe guardar una coherencia externa.

La racionalidad no es una manifestación de la realidad. La racionalidad es tan sólo una invención en la episteme del hombre moderno. A este respecto es elocuente la crítica al idealismo efectuada por Nietzsche en el clásico pasaje del texto póstumo “La verdad y la mentira en sentido extramoral” (1873): “En algún apartado rincón del universo centelleante, desparramado en innumerables sistemas solares, hubo una vez un astro en

---

<sup>28</sup> Citado por Lesch, Heiko. Op. cit p. 17

<sup>29</sup> Hegel, George W. Friederich. Op. Cit. §219 y ss.

el que animales inteligentes inventaron el conocimiento. Fue el minuto más altanero y falaz de la "Historia Universal": pero, a fin de cuentas, sólo un minuto. Tras breves respiraciones de la naturaleza, el astro se heló y los animales inteligentes hubieron de perecer. Alguien podría inventar una fábula semejante pero, con todo, no habría ilustrado suficientemente cuán lastimoso, cuán sombrío y caduco, cuán estéril y arbitrario es el estado en el que se presenta el intelecto humano dentro de la naturaleza. Hubo eternidades en las que no existía; cuando de nuevo se acabe todo para él no habrá sucedido nada, puesto que para ese intelecto no hay ninguna misión ulterior que conduzca más allá de la vida humana. No es sino humano, y solamente su poseedor y creador lo toma tan patéticamente como si en él girasen los goznes del mundo. Pero, si pudiéramos comunicarnos con la mosca, llegaríamos a saber que también ella navega por el aire poseída de ese mismo pathos, y se siente el centro volante de este mundo. Nada hay en la naturaleza, por despreciable e insignificante que sea, que, al más pequeño soplo de aquel poder del conocimiento, no se infle inmediatamente como un odre; y del mismo modo que cualquier mozo de cuerda quiere tener su admirador, el más soberbio de los hombres, el filósofo, está completamente convencido de que, desde todas partes, los ojos del universo tienen telescópicamente puesta su mirada en sus obras y pensamientos"<sup>30</sup>.

Aunque, como vemos, la crítica que efectúa Nietzsche se refiere a la concepción imperante en aquel entonces del "conocimiento", lo mismo se puede decir de la "racionalidad" que no es sino el método del conocimiento. Así, tenemos que la teoría de la pena hegeliana se basa sobre un error y no tiene concordancia alguna con la realidad de las funciones que desempeña la misma en la sociedad.

En efecto, en la realidad podemos ver como el Derecho en general, y el derecho penal en particular no son absolutos. Son contingentes. Asimismo las penas y los castigos se utilizan y están insertos en los procedimientos del poder y no son sólo consecuencias de reglas de derecho. La pena y el castigo son utilizados como táctica política y pueden tener finalidades muy diversas: prevención, intimidación, integración, simbolismo, etc.

Por otro lado y tal como señala Borges<sup>31</sup>, a nosotros en Latinoamérica, aforismos tales como "el Estado es la realidad de la idea moral" nos parecen mas bien bromas siniestras y macabras. Las dictaduras militares de las cuales son herederas nuestras democracias parecen ser más bien la antítesis de esa idea hegeliana. Lamentablemente el Sistema Penal no es sino una manifestación de la política de estos Estados que son lo contrario a la pretensión de Hegel.

## I.2.-Teorías Relativas de la Pena

---

<sup>30</sup> Nietzsche, Friedrich "Sobre verdad y mentira en sentido extramoral" En: <http://www.nietzscheana.com.ar>

<sup>31</sup> Borges, Jorge Luis "Nuestro Pobre individualismo" en: "Otras Inquisiciones". Alianza Editorial, Buenos Aires, Argentina. 1998. P. 57.



Como ya hemos visto, entonces, las teorías absolutas acerca de los fines de la pena justifican el castigo en virtud de razones de justicia. El autor del delito ha causado un daño, una ofensa y como consecuencia de ello merece que se le aplique un castigo, una pena. La razón, por lo tanto del castigo es la de retribuir o reparar su acción. Una razón de estricta Justicia.

Al respecto Bustos señala “Al igual que el retribucionismo, la teoría de la prevención general marca el esfuerzo de los pensadores de su época por pasar de una concepción del Estado absoluto a una del Estado de derecho. Mientras que en el retribucionismo tal tipo de planteamiento aparece cargado de jusnaturalismo, de una imposible distinción entre ética y derecho, en el caso de la prevención general, dominan las corrientes racionalistas laicas”. Y siguiendo a Foucault, agrega “En ambos casos, en el fondo, se sustituye el poder físico, el poder sobre los cuerpos, por el poder sobre el alma, sobre la psiquis”<sup>32</sup>.

Las teorías relativas de la pena, que se vinculan en su origen y desarrollo a la filosofía del utilitarismo, a diferencia de las teorías absolutas o retribucionistas, apelan a las consecuencias valiosas de la pena o castigo. En efecto, el castigo sólo podría encontrar su justificación si se computan las consecuencias de la pena, es decir, si se toman en cuenta su oportunidad y su utilidad. Es decir, la finalidad legítima y el fundamento mismo de la pena se desplaza de estar dentro de la pena misma (venganza, expiación y retribución) a estar ubicado en las consecuencias que se siguen de la aplicación de esta. En otros términos, este grupo de teorías no se ocupan de fundamentar la pena en sí, sino de buscar respuesta a la pregunta ¿para qué sirve la pena?.

Con relación al planteamiento básico del grupo de teorías relativas sobre los fines de la pena es notable lo que se señala en el diálogo “Protágoras” de Platón: “Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito porque hayan cometido un delito, a no ser quien se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien, en cambio, pretenda penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro, para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido”<sup>33</sup>.

Como puede observarse el fundamento de la pena es ahora prospectivo. Sin embargo, dentro de quienes estiman que el fundamento y finalidad legítima de la pena debe buscarse en las consecuencias útiles y beneficiosas que se siguen de la aplicación de la misma se difiere en cuanto a cual es específicamente esa utilidad que se reporta con la materialización del castigo.

Así es como los partidarios de la pena como un método útil se dividen en quienes ven esa utilidad en el efecto intimidatorio que surge del castigo, y que trae como consecuencia que el resto de la población se inhiba de cometer acciones definidas previamente como delito (este sería el caso de la teoría de la “Prevención General Negativa” sustentada por J. P. Anselm von Feuerbach<sup>34</sup>, Jeremy Bentham<sup>35</sup> y Arthur

---

<sup>32</sup> Bustos, Juan “Control Social y Sistema Penal”, PPU, Barcelona. 1987 pág. 89 a 117. En “Introducción al Sistema Penal” por Jorge Mera Figueroa y Mauricio Duce Julio. Editorial de la Universidad Diego Portales. 1996. Pág. 174.

<sup>33</sup> Citado por Heiko Lesch, op. cit p. 22

Schopenhauer <sup>36</sup> ). Aquellos que estiman que el castigo de las acciones delictivas trae consigo un reforzamiento en la ética de la ciudadanía y un apego más estrecho a la normativa vigente, lo cual hace que, por apego al derecho y no por miedo a sus represalias, no se cometan delitos (este es el caso de la “Prevención General Positiva”). Por último están aquellos que con Von Lizst estiman que la utilidad de la pena no debe referirse a la disuasión o reforzamiento ético de terceros, sino que al delincuente mismo y que, en consecuencia, la utilidad de la pena debe ser la corrección o reforma del ofensor (prevención especial positiva), o bien, en hacer a este delincuente inofensivo para el resto de la sociedad (prevención especial negativa).

Pasaremos entonces a exponer lo que cada una de estas visiones acerca de la utilidad de la pena nos plantea, y a efectuar las críticas correspondientes.

### **I.2.1.-La Prevención General Negativa**

Siguiendo los postulados teóricos de Hobbes, J.P. Anselm von Feuerbach plantea que en su estado natural el Hombre vive en un estado bélico constante, es decir, la tendencia de los hombres en un espacio sin ley ni Estado es a dañarse unos a otros. Es así que para efectos de sobrevivir y de obtener una seguridad que le permita gozar de su libertad y de sus derechos, los hombres deciden reunirse y confluir en el Estado, el cual tiene como principal deber el prevenir todo tipo de daños injustos entre sus miembros. El Estado, es en consecuencia un instituto en el que existe el status legal buscado, la plena seguridad de la libertad recíproca. “El fin del Estado es la libertad recíproca de todos sus ciudadanos, o, en otras palabras, la situación en la que todos pueden ejercer sus derechos en su totalidad, y se encuentran seguros frente a las injurias. Toda injuria contradice por tanto la naturaleza y el fin de la unión de ciudadanos, y para la realización de ese fin es necesario que no se produzcan en absoluto injurias en el Estado. Por tanto la tarea es: encontrar un medio a través del cual se puedan prevenir todo tipo de injurias” <sup>37</sup> .

Cuál es, entonces, la forma correcta para lograr prevenir que se produzcan injurias o daños en el Estado?. Feuerbach responde a esta pregunta analizando la forma de proceder del sujeto que provoca en otro un daño, una ofensa, un delito. Este sujeto se inclina u opta por la acción delictiva motivado no o no sólo por su racionalidad, sino que principalmente por sus instintos, instintos de codicia, en virtud de los cuales busca el placer.

<sup>34</sup> En su obra *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (“Revisión de los principios y reglas de la ley criminal positiva”) de 1799.

<sup>35</sup> En “*An Introduction to the principles of morals and legislation*” (“Una Introducción a los principios de la moral y la legislación”) de 1781.

<sup>36</sup> En “*The World as Will and Representation*” (“El mundo como voluntad y representación”) de 1819 y en “*The Two Fundamental Problems of Ethics*” (“Los dos problemas fundamentales de la ética”) de 1841.

<sup>37</sup> Feuerbach, J. P. Anselm “*Anti-Hobbes*”, p. 35, citado por Lesch, Heiko Op. Cit. p.22.

Pero el individuo no sólo busca el placer, sino que este mismo instinto que lo mueve a buscar el placer lo hace inclinarse además por rehuir el dolor. Luego, teniendo en consideración esta forma del proceder humano, el método indicado, correcto y racional por el cual se logrará el objetivo del Estado, es decir, la prevención de los delitos, daños, ofensas o injurias, es mediante una contramotivación. Es decir, de lo que se trata es de que al individuo le resulte psicológicamente imposible cometer la acción dañosa o delictiva. Superar la inclinación a cometer la acción delictiva mediante la inclinación contraria, el móvil hacia el hecho con otro móvil de sentido contrario.

De esta manera, las infracciones se evitan si cada individuo, cada ciudadano sabe con certeza que a la comisión de una infracción le seguirá como consecuencia necesaria un mal mayor que el que se sigue de la no satisfacción de la necesidad que pensaba cubrir tras la comisión de la acción delictiva, tras la infracción. En efecto, la manera de proceder del ser humano indica que éste prefiere soportar una pequeña infelicidad si es que con eso puede evitar dolores mayores.

Es así como Feuerbach elabora las bases de su construcción teórica, que será conocida como teoría de la “coerción psicológica” o de la “intimidación psicológica”. El efecto disuasorio que produce la contramotivación suficiente en el individuo para que éste opte por la comisión del hecho infraccional no sería una función de la pena propiamente tal, sino que más bien de la amenaza de la pena. En efecto, es necesario para efectos de lograr la disuasión, la contramotivación psicológica necesaria para evitar que el individuo delinca, que se vincule el mal, el dolor producido por la pena con el delito. Esta vinculación es la amenaza que efectúa la ley. La ley es general y necesaria, rige para todos los ciudadanos y amenaza con pena a todo aquel que se haga punible en mérito de la misma ley. Se requiere que la pena y el delito queden condicionados mutuamente, que no exista delito sin pena, y a la vez que no se imponga una pena sin que se haya cometido un delito. “El fin de la ley y de la amenaza contenida en ella es, por tanto, el efecto intimidatorio del hecho que está conminado con un mal”<sup>38</sup>.

El mismo Feuerbach señala: “Mediante la pena se tiene que conseguir que el sujeto logre un contrapeso frente a los impulsos que le invitan a delinquir; estos tienen que ser superados, de tal forma que la arbitrariedad sea determinada psicológicamente de acuerdo a la ley. ¿cómo tiene pues que tratar la coerción penal al Hombre? Pues como un ser de la Naturaleza que no se determina a sí mismo, sino mediante un mecanismo de la Naturaleza (...). El objeto de la coerción penal no es la libertad, sino aquello que tiene el Hombre de naturaleza; el Hombre al que se dirige la coerción penal no es el Hombre libre, sino el determinado, el sometido a la Naturaleza, (...). Puesto que la amenaza en la ley sólo tiene como objeto al Hombre que puede ser determinado, la causación de la pena misma en relación a quien debe ser impuesta no puede tener otro objeto (...). El juez en la aplicación de la ley se tiene que referir precisamente a este mismo sujeto, a esta condición del sujeto a la que se refiere la sanción del legislador.”<sup>39</sup>

Para J. P. Anselm von Feuerbach es necesario, en consecuencia, para lograr la

---

<sup>38</sup> Lesch, Heiko, Op. Cit. p. 23

<sup>39</sup> Feuerbach, J. P. Anselm “Revisión II”, p. 130 y ss. Citado por Lesch, Heiko, Op. Cit. p. 24.

finalidad del Estado de que no se cometan delitos que se logre formar en la ciudadanía el convencimiento de que la infracción irá acompañada necesariamente de un mal que es mayor que el descontento producido por no llevar a cabo los impulsos delictivos.

Los presupuestos necesarios para que se materialice lo anterior son los siguientes:

1) Mediante una Ley se debe amenazar con la imposición del castigo en caso de la comisión del delito.

2) De darse el supuesto contemplado en la ley, es decir se comete el delito correspondiente amenazado con una pena, es necesario que de verdad se ejecute el castigo con el cual amenazaba la ley.

Ambas condiciones son necesarias para lograr que se superen los impulsos hacia la comisión del delito por parte de aquél que se encuentra determinado a ello. La ley determina que la vinculación de la pena con una infracción a la norma sea una vinculación necesaria jurídicamente. La ejecución efectiva del castigo, por otro lado, determina que el orden del derecho no sea meramente idealista, que la amenaza de la pena no sea una amenaza aparente, sino que una amenaza real. Así, el fin de la ejecución de la pena es otorgar un respaldo al fin de la amenaza de la misma, ya que sin un temor fundado de que la amenaza va a ser cumplida, esta carecería de sentido.

Sin embargo, cuando ya ha tenido lugar la comisión de un determinado delito se hace patente que la amenaza contenida en la ley y que implica la imposición de una pena ha sido del todo infructuosa, ya que el fin de prevención que se buscaba con la misma no ha sido logrado: el delito ya se ha cometido. En ese sentido se manifiesta Luden al señalar “La prevención exigida no puede por tanto tener lugar contra verdaderas perturbaciones del ordenamiento jurídico, la ejecución de la pena solo puede tener por ello como meta la futura efectividad real de la amenaza, esto es la intimidación de otros”<sup>40</sup>.

En consecuencia la teoría de la “coacción psicológica” elaborada por Feuerbach no tiene efectos y se ve impotente sobre el delito efectivamente cometido. Despliega sus efectos al resto de la ciudadanía y hacia el futuro, utilizando al delincuente como medio de disuasión.

Bastante semejante al planteamiento de Feuerbach es el modelo económico del castigo sustentado por Bentham, quien parte de la posición de un individuo racional y hedonista guiado por el propósito de maximizar el placer y minimizar el dolor. El potencial sujeto delincuente antes de cometer el hecho punible se pregunta ¿cuánto voy a ganar haciéndolo?, ¿cuánto voy a perder si soy sorprendido?, ¿qué oportunidades tengo de no ser sorprendido y quedar impune?. Ante esto, el modelo de Bentham plantea incorporar al cálculo del potencial delincuente un suficiente grado de expectativas o posibilidades de pérdida o de dolor como para anular el atractivo de la comisión del hecho definido como delito<sup>41</sup>.

Para Bentham el fin de toda ley es prevenir el daño, cuando no hay otra forma que

---

<sup>40</sup> En “Hanbuch” (“Apuntes”) p.53, citado por Lesch, Heiko, Op. Cit. p. 26

<sup>41</sup> Marí, Enrique Eduardo, Op. cit. p. 95.

hacerlo que el castigo. A este objetivo general y directriz se subordinan otros cuatro subobjetivos, a los que a su vez le corresponde a cada uno, una regla particular:

1.-Prevenir las ofensas, los delitos, de manera que ninguno pueda ser cometido, cualquiera sea su tipo. A este objetivo le corresponde la regla de que el valor del castigo no debe ser, bajo ninguna forma, menor que el necesario para sobrepasar el provecho de la ofensa.

2.-Pero si necesariamente un individuo ha de cometer una ofensa, un daño o delito, el siguiente objetivo es inducirlo a que cometa la menos dañina. Que escoja, entre dos o más ofensas que se adecuen a su intención, la que ocasione menos daño. Para esto, si dos o más ofensas compiten entre ellas, el castigo mayor debe ser suficiente para inducir al individuo para que se incline por la ofensa que cause menor daño.

3.-Una vez que el sujeto ha optado por la comisión de un delito determinado, se le debe disponer a que no haga más daño que el necesario para el logro de su propósito. A este respecto el castigo debe ser administrado de manera tal que para cada delito pueda existir un motivo de evitar que el autor del delito le dé origen.

4.-Por último, cualquiera que sea el daño que debe ser prevenido, se debe hacer del modo más barato que se pueda. En ese sentido, en ningún caso el castigo debe ser más que el necesario para adecuarlo a las reglas anteriores.<sup>42</sup>

Pero cabe preguntarse ahora ¿la aplicación de la pena con la cual la ley amenaza la comisión de un determinado delito, efectivamente disuade o inhibe al resto de “potenciales delincuentes” de cometer el mismo hecho punible?. ¿Puede el castigo efectivamente servir como un factor en el cálculo de los “potenciales delincuentes” para efectos de que estos se inclinen por no cometer la ofensa, por cometer la menos dañina o bien cometerla del modo menos dañino posible como lo pretendía Bentham?. Al tenor de lo que se puede comprobar empíricamente en la forma de conducirse del individuo en sociedad podemos sostener sin lugar a dudas que eso no es así. Es una ficción y un reduccionismo extremo pretender que el individuo actúe de forma racional y calculadora siempre. Es realmente escaso el porcentaje de sujetos que cometen delitos movidos por un cálculo racional, y aún más, dentro de ese escaso porcentaje de autores que realizan un análisis racional antes de la comisión de un hecho punible, dicho análisis se centra no en la abstracta amenaza penal, sino que solamente con respecto al riesgo a ser descubierto, en la posibilidad efectiva de ser realmente alcanzado por el sistema penal.

Por otro lado, las teorías sostenidas por Feuerbach y Bentham nos llevarían, para efectos de ser coherentes con sus postulados básicos a elaborar los tipos penales no en relación a la importancia del delito, de su dañosidad o según la importancia de los bienes jurídicos protegidos, sino según el peso de los impulsos que llevan a la comisión de un determinado delito. Es decir, habría que formular los tipos penales atendiendo a las posibles cuotas de utilidad que le pudieran reportar al sujeto que ha cometido el ilícito, lo cual trae como consecuencia inevitable que surja intolerables grados de desproporcionalidad entre el daño efectivamente cometido con el delito y el quantum de la pena.

---

<sup>42</sup> Marí, Enrique Eduardo, Op. cit. p. 96

En palabras de Lesch quien siguiendo a su maestro Jakobs, señala: “En el grupo de los más punibles se encontrarían delitos que reportasen grandes rendimientos al autor, independientemente de si se llevaran a cabo mediante la muerte de una persona, a través de una falsedad documental o por medio de un allanamiento de morada. El delito de rebelión sería, en caso de tratarse de autores que por una ideología determinada cometiesen este delito, un delito grave, mientras que para aquellos autores que lo hiciesen tan solo por precio, sería un delito comparable a un delito contra el patrimonio por el valor de la cantidad”<sup>43</sup>.

Además y siguiendo a Roxin, queda sin resolver frente a qué comportamiento tiene el Estado la facultad de intimidar; la doctrina de la prevención general comparte con las teorías de la retribución y de la corrección este punto débil, a saber, que queda sin aclarar el ámbito de lo punible<sup>44</sup>. Sin embargo y como veremos más adelante, este ámbito de lo punible nunca va a poder estar determinado por la adopción de una determinada teoría de la pena, sino que más bien estará siempre dado por las relaciones de poder.

Otro de los puntos más criticados de la teoría de la prevención general negativa tiene que ver con su sustrato utilitarista en el sentido del desacoplamiento o la no necesaria conexión que se daría entre la pena y la culpabilidad por el hecho. Es decir, podrían darse casos en que se castigara a personas inocentes para efectos de estatuir un ejemplo en otras.

Sin embargo cabe señalar que buena parte de las decisiones de Política Criminal se encuentran inspiradas en programas de corte utilitarista en los cuales la intimidación o “coacción psicológica” juega un papel fundamental en su diseño e implementación, y esto en la práctica no necesariamente ha implicado una desconexión entre la pena y la culpabilidad por el hecho, ya que resulta evidente que uno requisito básico para la efectiva “utilidad” de dichas políticas es el necesario mínimo de legitimidad con el que se debe contar entre la ciudadanía con respecto a la política criminal. De darse situaciones así, el sistema penal perdería la base de su legitimidad y la “intimidación” dejaría de ser útil.

### **I.2.2.-La Prevención General Positiva o Prevención-Integración. La obra de Émile Durkheim.**

Esta es también una forma de visualizar y explicar el castigo con relación a la función de prevención prospectiva que cumpliría el mismo. Difiere, sin embargo de la prevención general negativa en cuanto a la forma en la cual pretende que se materialice esta prevención del delito. En concreto, la forma de materialización de la finalidad útil del castigo de prevenir la comisión de delitos estaría dada por el efecto de aprendizaje motivado de manera pedagógica-social, aprendizaje que se transmite mediante la toma

---

<sup>43</sup> Lesch, Heiko, Op. Cit. p. 27

<sup>44</sup> Roxin, Claus “Problemas Básicos del Derecho penal”, Reus S.A., Madrid 1976, págs. 11 a 20. “Sentido y Límites de la Pena Estatal”. En “Introducción al Sistema Penal” por Jorge Mera Figueroa y Mauricio Duce Julio. Editorial de la Universidad Diego Portales. 1996. Pág. 167.

de conciencia y el reforzamiento de la conciencia social por parte de los individuos que integran la sociedad, y no por el temor a ser castigados. Como lo expresa Lesch: "Función de la pena es pues el reforzamiento de la conciencia colectiva, de los valores éticos de la convicción jurídica, o, lo que es lo mismo, el ejercicio en el reconocimiento de la norma" <sup>45</sup>.

De lo que se trata es pues, en definitiva, que una constante punición de los hechos definidos por el ordenamiento jurídico como delitos produce el efecto de fortalecer en la población la convicción de que los bienes protegidos por el Derecho son intangibles, o, por lo menos que dicha convicción no se vea erosionada por la comisión de delitos <sup>46</sup>.

A este respecto podemos señalar que la obra de Émile Durkheim es la que desde un punto de vista sociológico mayor profundidad le ha dado a esta forma de visualizar la función del castigo. Para Durkheim la sanción penal, el castigo implicaba una clara manifestación del funcionamiento de la "conciencia colectiva" en un proceso que expresaba y regeneraba los valores de la sociedad.

Como señala Garland refiriéndose al planteamiento de Durkheim: "La cultura y la ética de cualquier sociedad están sustentadas en una organización social particular que forma un todo social funcional. Al mismo tiempo, los patrones que surgen de la interacción social dan origen a la clasificación compartida de todos los involucrados, de forma que las categorías de conciencia e inconciencia se construyen de manera acorde con la realidad de la vida del grupo. Estas categorías, a su vez, forman el marco colectivo dentro del cual existe la vida social de modo rutinario, y en el cual los individuos se vinculan entre sí y con la sociedad de manera cohesiva." <sup>47</sup>

Para Durkheim es necesario que la sociedad posea un marco moral y que en este marco se vean reflejadas las condiciones vigentes de la organización social. La moral de la sociedad moderna tuvo su origen en la división del trabajo y que se traducía en valores tales como la libertad, racionalidad y tolerancia. A partir de la industrialización, la sociedad moderna comienza a desarrollar la moral que necesita. Este orden moral, según la visión de Durkheim es vital para la vida social, ya que conforma a los individuos y sus relaciones, generando un centro simbólico en torno al cual se producen las solidaridades y la respectiva cohesión social.

Dentro de este esquema, el castigo es una institución social que se construye a partir de la moralidad y la solidaridad social. En efecto, los fuertes vínculos de solidaridad moral son la condición que provoca el castigo y este tiene como efecto la reafirmación y el reforzamiento de esos mismos vínculos sociales. Para Durkheim los delitos no son categorías "dadas", su contenido varía de acuerdo al espacio y a la época de la cual se trate, y son producto de las normas y convenciones sociales, y no son sólo prohibiciones con la finalidad de defender racionalmente la sociedad. En ese sentido los delitos son

---

<sup>45</sup> Lesch, Heiko, Op. cit. p. 28

<sup>46</sup> Jakobs, Günter "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?". Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza, Argentina. 2002. Página 10.

<sup>47</sup> Garland, David "Castigo y Sociedad Moderna". Editorial Siglo XXI, Mexico. 1999. Pág. 40

acciones que violan seriamente la conciencia colectiva (entendiendo por “conciencia colectiva” el conjunto de las creencias y sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad que constituye un sistema determinado que tiene su vida propia<sup>48</sup>). Ya que los delitos rompen con normas “sagradas” del código moral básico de la sociedad, estos producen una reacción punitiva. Esta violación de los valores más sagrados de la sociedad generará siempre una respuesta violenta por parte de ésta, una “pasión punitiva” que es, en su esencia, irracional.

En este sentido, Durkheim se presenta como un crítico a las teorías utilitaristas sobre la pena, ya que la esencia del castigo no es la racionalidad ni el control instrumental del delito. Estos fines le son superimpuestos. El aspecto esencial del castigo es la emoción

irracional y pasional determinada por la profanación a lo que es sentido socialmente como sagrado. En la sociedad moderna, como señala Garland “...si bien el Estado tiene prácticamente el monopolio de la violencia penal, el control y la administración del castigo, una población bastante extensa se siente involucrada en el proceso y proporciona el contexto de apoyo y valoración social dentro del cual el Estado ejecuta el castigo<sup>49</sup>. Así Durkheim introduce un tercer elemento en la dinámica del castigo, pues además del Estado controlador y el delincuente controlado se encuentra la sociedad misma, cuyos sentimientos violentados otorgan la motivación y legitimación a la reacción punitiva.

En definitiva, el castigo es un juicio moral determinado e impulsado por sentimientos de moralidad; sus formas simbolizan y son una expresión de juicios morales y su efecto (y esta sería la finalidad del castigo, de la pena) es reafirmar el orden moral<sup>50</sup>.

Sin embargo, la teoría de Durkheim ha sido bastante criticada. La idea de orden moral social que denomina “conciencia colectiva” es la base sobre la cual se construye su concepción del castigo, ya que es la que define que es y que no es delictivo; es la fuente de la cual surge la pasión punitiva que da origen al castigo y es además el elemento social que se ve reafirmado y reforzado por medio del castigo. Sin embargo, Durkheim nunca profundiza en esta noción (ni siquiera plantea como nace o se desarrolla a través de la Historia). Aún más, del hecho que exista cierto sentido del orden y del cumplimiento de la ley no se puede deducir sin más que tales conductas de sujeción a la ley y al orden moral imperante se deba al compromiso colectivo con reglas morales compartidas. Esto resulta no sólo indemostrable, sino que contrario a las investigaciones empíricas en cuanto a la conducta humana en sociedad se refiere. En efecto, como señala Garland “gran parte de la conducta de respeto a la ley es amoral o de carácter “utilitario”, y se basa más en evitar las sanciones que en un compromiso con la moralidad que tales sanciones refuerzan. Esto es particularmente cierto en situaciones de conflicto social, donde la ley sólo representa los intereses y aspiraciones de ciertos grupos”<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Durkheim, Emile “La división del trabajo” p. 89, citado por Garland, David, Op. cit. p. 46, nota al pie número 5.

<sup>49</sup> Garland, David, Op. cit. p. 49

<sup>50</sup> Garland, David, Op. cit. p. 66

<sup>51</sup> Garland, David, Op. cit. p. 70



Situaciones, que, particularmente entre nosotros, en Latinoamérica se dan en gran número y con bastante frecuencia.

En consecuencia Durkheim no tiene en consideración que la moral y las formas de relaciones sociales imperantes son el resultado (momentáneo y dinámico) de relaciones y entrecruzamientos en la red de poderes que opera en una sociedad determinada. Cuando existe un orden moral dominante es el resultado de un predominio sobre otras formas de orden distintas e incluso contrarias. En consecuencia, no existe una “conciencia colectiva” sino que a lo sumo, un orden moral dominante.

G.H. Mead <sup>52</sup> señala que el Sistema Penal no sólo alienta la “solidaridad” y “cohesión moral social”, sino que particularmente “la solidaridad emocional de la agresión”, hostilidad de grupo “funcional”, dirigida a derrotar al enemigo <sup>53</sup>. Lo cual, evidentemente puede unir al grupo social (como sucede en la guerra). Este tipo de táctica de cohesión social por medio de generar hostilidad hacia al delincuente, el enemigo interno, el réprobo, tiene como necesaria consecuencia el no enfrentar de forma objetiva las reales causas de los delitos y que se impida buscar soluciones de fondo.

Otras variantes de la Prevención General positiva postulan que el fin de la pena debe ser mantener y reforzar los valores éticos de la convicción jurídica, o simplemente la convicción por parte de la ciudadanía de lo conveniente que es no quebrantar las normas jurídico-penales (y en este caso, no sería más que la otra cara de la moneda de una teoría de prevención general negativa). Evidentemente la motivación, el aprendizaje y la formación de la convicción en el Derecho de la ciudadanía se apoya en el efecto de intimidación resultado de la aplicación del castigo en el sujeto delincuente que es utilizado como medio para este fin.

En este sentido, toda la formulación de las teorías agrupadas bajo el rotulo de “Prevención General Positiva” se hacen igualmente merecedoras de las críticas ya planteadas con respecto a la prevención general negativa <sup>54</sup>.

La realidad y la sociología apegada a las comprobaciones empíricas nos muestran que la pena no educa, ni motiva hacia un comportamiento apegado al Derecho, sino que es tomada y aceptada por los “potenciales delincuentes” como una fatalidad. Como ya se ha señalado, los niveles de delincuencia obedecen a múltiples factores, y la supuesta educación por medio del castigo es uno de los menos relevantes.

### **I.2.3. Prevención Especial. Los postulados de Franz Von Liszt <sup>55</sup>.**

---

Tal como su nombre lo indica, este grupo de teorías focalizan su visión en el individuo o sujeto delincuente. Es este sujeto delincuente el problema, por lo tanto, el análisis y la

<sup>52</sup> Garaland, David, Op. cit. p. 100

<sup>53</sup> En nuestro país es claro que el apelar a estas pasiones punitivas para efectos de obtener dividendos políticos es prácticamente el único discurso con respecto al delito.

<sup>54</sup> Ver apartado II.2.1

teoría sobre la finalidad de la pena para ser correcta y válida debe centrarse sólo en el, pasando a segundo plano los efectos que tenga la aplicación del castigo en el grupo social mismo.

La concepción del Hombre como un ser bueno y libre por naturaleza ya no tiene cabida en los fenómenos sociales que se dan a partir del siglo XIX (disfuncionalidades, crisis y levantamientos populares), lo cual obliga al Estado a un mayor grado de intervención, especialmente en el ámbito de lo criminal. El individuo es ahora visto como sujeto a determinaciones, el criminal como determinado al delito e inherentemente perverso a causa de su conformación biológica, antropológica o social<sup>56</sup>. Ante este tipo de individuos a la sociedad no le queda más que defenderse.

Es así como las teorías retributivas resultan falsas e ineficaces en la defensa de la sociedad en contra del delito, ya que estas suponen al Hombre como un ser libre e igual por naturaleza, lo cual resulta erróneo. Los hombres no son libres, están sujetos a determinaciones (el delincuente está determinado al delito) y el delincuente tampoco es igual al ser social ya que es un peligro para la conformación social<sup>57</sup>.

La prevención general también resultaría ineficaz al partir de un presupuesto falaz: la posibilidad de motivar a los individuos (ya sea por el miedo o por el aprendizaje). Los delincuentes están determinados a la comisión de delitos y carecen de la racionalidad suficiente para sopesar costos y beneficios del delito, por lo tanto es imposible motivarlos por medio de la pena.

De esta forma resulta que para los teóricos de la prevención especial el concepto mismo de "pena" es inadecuado, ya que supone la libre voluntad y la capacidad racional del delincuente, partiendo de un criterio de igualdad general, lo cual, como ya vimos, para esta postura es falso. Lo adecuado entonces, es hablar de "medidas"<sup>58</sup> ya que este concepto supone el centrarse y tratar las características particulares del delincuente que lo hacen distinto, peligroso, "anormal". Lo que debe hacerse es corregir, enmendar o rehabilitar, cuando esto sea posible. De no ser así, se debe inocular al delincuente<sup>59</sup>.

Quien logró otorgar a los postulados de prevención especial un carácter más

<sup>55</sup> Además de V. Liszt son varias otras las corrientes que sustentan o han sustentado posiciones de prevención especial en cuanto al delito, tales como el correccionalismo en España, la escuela positiva italiana y la defensa social de Mar Ancel en Francia. Sin embargo por ser la más representativa, analizaremos en detalle la construcción teórica de V.Liszt.

<sup>56</sup> Esto es lo que planteaban las corrientes de la naciente criminología con Lombroso, Ferri, Garofalo.

<sup>57</sup> Bustos, Juan, Op. cit. p. 178

<sup>58</sup> Además por una razón de orden lógico ya no puede seguir hablándose de "penas" ya que este tipo de teóricos conciben a la reacción penal de "resocialización" como un bien. Dado que es imposible hacer surgir una cosa de su antítesis, es decir del mal hacer surgir bien, no se puede hacer surgir de la pena, que es esencialmente un mal, un bien como es la resocialización del individuo. Es por esto que debe hablarse de "medidas".

<sup>59</sup> Bustos, Op. cit. p. 179

universal y sistemático fue, sin lugar a dudas, Franz Von Liszt. En un momento histórico en que el pensamiento filosófico idealista de Kant y Hegel había sido dejado de lado y el naturalismo era la visión dominante en filosofía y en específico en el saber jurídico penal.

Como ya hemos adelantado, Liszt parte de una perspectiva técnico-causalista en el sentido de que el comportamiento del ser humano y la dinámica social en general se encuentran predeterminadas en razón de causas internas y externas. Se parte de la base de que al conocer las leyes de la Naturaleza el Hombre puede manejarlas para su provecho, o por lo menos adaptarse a ellas para poder desarrollarse y progresar en armonía. En palabras de Lesch: “trasladado a las posibilidades de convivencia humana, esto significa: la regularidad del comportamiento humano basada en las leyes de la Naturaleza concede la posibilidad de que, modificando su entorno, sus costumbres, su educación y en general, todo lo que ha influido en su vida, el Hombre pueda ser mejorado.”<sup>60</sup>

A continuación transcribiremos uno de los pasajes más relevantes del “Programa de Marburgo” de 1882 en el cual Von Liszt expone su concepción de lo que debe ser la pena y el Sistema Penal:

“La pena es coacción. Ella se vuelve contra la voluntad del delincuente puesto que (la pena) daña o elimina los bienes jurídicos en los que la voluntad se ha corporeizado. Como coacción, la pena puede tener una doble naturaleza:

a) Coacción indirecta, mediata, psicológica, o motivación. La pena proporciona al delincuente los motivos que le faltan y que son adecuados contra el delito, y le incrementa e intensifica la motivación que ya posea. La pena se muestra como una forma de adaptar artificialmente al delincuente a la sociedad:

-bien mediante la corrección, esto es, mediante el establecimiento e incremento de motivaciones altruistas y sociales.

-o bien mediante intimidación, esto es, mediante el establecimiento e incremento de motivaciones egoístas, pero que tienen un efecto en la misma dirección que los altruistas.

b) Coacción directa, inmediata, mecánica, o violencia. La pena es secuestrar al delincuente; un hacer inocuo temporalmente – o permanentemente- ,una exclusión de la sociedad o internamiento. La pena se muestra como una selección artificial de los individuos que no son aptos socialmente. La Naturaleza postra en la cama a aquel que le ha faltado, el Estado los envía a prisión (...).

Puesto que la corrección, la intimidación, el hacer inocuo, son realmente los únicos efectos esenciales de la pena y con ellos las únicas formas de protección de bienes jurídicos mediante la pena, esas tres formas tienen que corresponderse también con las tres categorías de delincuentes. Así pues, contra esas tres formas de delincuentes y no

contra tres clases de delitos se dirige la pena; el delincuente es el portador de bienes jurídicos, cuya lesión o eliminación supone la esencia de la pena(...). En general podemos tomar la siguiente clasificación como punto de partida de ulteriores observaciones:

---

<sup>60</sup> Lesch, Heiko, Op. cit. p. 31

Corrección del delincuente capaz de corregirse y necesitado de corrección;

Intimidación del delincuente que no requiere de corrección;

Inocuidad del delincuente que carece de capacidad de corrección”<sup>61</sup> .

Así es, entonces, como Von Liszt crea, con su “Programa de Marburgo” el concepto de “Política Criminal”, entendida como el conjunto de criterios determinantes de una lucha “eficaz” contra el delito, caracterizada por una fe positivista en la factibilidad de enmendar los factores individuales y sociales que inducen al delito<sup>62</sup> . En este sentido se puede señalar que la concepción preventivo especial ha tenido bastante aceptación en la implementación de políticas acordes a su visión de lo que debe ser la pena. Particularmente en nuestro país se puede señalar que instituciones tales como la libertad condicional<sup>63</sup> ; El Decreto Ley número 409 sobre regeneración y reintegración del penado a la sociedad; y las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de la libertad (remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y libertad vigilada) son manifestaciones de una política criminal orientada hacia la prevención especial positiva<sup>64</sup> . Por otro lado la creciente tendencia de la clase política nacional a ir restringiendo y limitando cada vez más la garantía constitucional de la libertad provisional<sup>65</sup> es una clara muestra de la intención de “inocuidar” al individuo considerado como “peligroso” y que supuestamente es considerado inocente hasta la dictación del fallo condenatorio ejecutoriado.

Sin embargo podemos ver que, claramente, una visión preventiva del Derecho Penal, en cualquiera de sus variantes se presenta como una contradicción insalvable con respecto al tronco estructural del Derecho Penal en los Estados democráticos de Derecho, el principio de legalidad en todos sus aspectos específicos. En efecto, la prevención y la defensa ante “peligros” se construyen sobre la base de pronósticos de futuro, pronóstico incompatible con un Derecho Penal del Hecho, que sólo legitima la aplicación de una pena a la acción constitutiva de delito ya realizada.

Roxin a este respecto señala: “Desde el punto de vista de un Derecho Penal

<sup>61</sup> V. Liszt “Programa de Marburgo” p. 126 ss. Transcrito y citado por Lesch, Heiko, Op. cit. p. 32.

<sup>62</sup> Silva, Sanchez Jesús María “Política Criminal y Persona”. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. Primera Edición. 2000.

<sup>63</sup> El artículo 2º del Reglamento de la Ley de Libertad Condicional establece: “Se establece la libertad condicional como una recompensa para el delincuente condenado a una pena privativa de libertad por más de un año, que, por su conducta y comportamiento intachables en el establecimiento penal en que cumple su pena, por su interés en instruirse y por su empeño en adquirir un oficio o los medios de ganarse la vida honradamente haya demostrado que se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social.”

<sup>64</sup> Aunque, para ser justos se debe señalar que no son manifestaciones de prevención especial coactivas propiamente tales, es decir, no se impone los tratamientos terapéuticos de resocialización, sino que se limitan a ser una oferta del Estado. Aunque la no aceptación de los términos propuestos acarrea consecuencias tan desfavorables que bien se podría argumentar que existe cierto grado de coacción.

<sup>65</sup> Artículo 19 número 7 letra e) de la Constitución Política de la República de Chile.

correcionalista ni siquiera se puede hacer inteligible la vinculación a descripciones exactas del hecho ni la exclusión de la analogía. En una palabra: 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 intervención estatal.”<sup>66</sup> Esto ya que en su formulación, la concepción preventivo especial no permite una delimitación del “lus puniendi” en cuanto a su contenido.

Tampoco la prevención especial puede fundamentar la punibilidad de delitos considerados graves, pero que se deben a situaciones y circunstancias irrepetibles y que, en consecuencia el culpable no requeriría de ningún proceso de resocialización. Por el contrario, en el caso de un individuo que ha cometido un delito de escasa relevancia social, de bagatela, podría ser sometido a privaciones de libertad prolongadas en pos del tratamiento necesario, si es que ese delito de escasa importancia representa un síntoma de una personalidad desviada o perturbada que lo determinen a cometer nuevos delitos y que por lo tanto sea definido como “peligroso”. En otras palabras no se da una conexión necesaria y funcional entre el hecho delictivo y la pena, ya que ante el hecho constitutivo de delito en sí mismo, la pena se presenta como inútil. La pena se dirige no contra el delito mismo, sino que contra la personalidad desviada, anormal o delincuente.

Si la teoría preventivo especial realmente quisiera ser eficaz tendría que dejar de lado el principio de Derecho Penal del Hecho, ya que la esencia de la prevención es evitar toda comisión de delitos, y el tener que esperar a que se produzca el hecho delictivo para proceder a intervenir resulta un contrasentido con respecto a dicha pretensión. La estructura argumental de la teoría impide la coherencia con un Derecho

Penal del Hecho. Luego, la construcción teórica de la prevención especial postulada por V. Liszt nos lleva inevitablemente a un Derecho Penal de autor.

Por otro lado y tal como se pregunta Roxin ¿qué legitima a la mayoría (o supuesta mayoría, en todo caso, a quienes tienen el poder de definir que es o no delito) a obligar a una minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquélla?<sup>67</sup> . Estimamos que el desarrollo hacia formas más elevadas de la sociedad y de la cultura que en ella se desarrolla es absolutamente incompatible con la represión y estigmatización de lo distinto y lo discrepante de lo que se considera como “normal”. La idea de resocialización atenta contra la libertad de autoconformación de los individuos. No se puede elaborar una argumentación favorable a la prevención especial positiva que sea coherente con respecto a la estructura basal de un Estado democrático de Derecho.

Siguiendo a Gustav Radbruch y su ya clásico develamiento de la paradoja escondida tras la utopía de la resocialización ¿cómo se puede preparar a alguien para vivir en libertad, precisamente privándole de ella?<sup>68</sup> . A este respecto Badinter citado por Lesch<sup>69</sup> señala: “Educar y hacer que las personas entren en razón: Esta meta se equivoca

---

<sup>66</sup> Roxin, Claus, Op. Cit. p. 165

<sup>67</sup> “Problemas básicos del Derecho Penal”, Reus S.A., Madrid 1976. En “Introducción al Sistema Penal”. Ed. U. Diego Portales. Santiago. 1996.

<sup>68</sup> Radbruch, Gustav. “Introducción a la Filosofía del Derecho”. Editorial Fondo de Cultura Económica, México. D.F., 1965. P. 137.

sistemáticamente. En todas partes se ha llevado a cabo la misma mala experiencia: cuantas más personas se encierran, más autores reincidentes hay”.

Finalmente, podemos sostener, en consecuencia con lo ya argumentado en relación a la prevención especial, que esta nos lleva a la sustitución del Derecho Penal por un sistema de medidas terapéuticas dirigidas hacia todos aquellos que se consideren potencialmente delincuentes, hacia el “anormal”<sup>70</sup>, lo cual resulta absolutamente autoritario, ilegítimo y completamente incompatible con los principios rectores en los que pretendidamente debe sustentarse un Estado democrático de derecho.

### I.3.-Teorías de la Unión. Las posiciones mixtas o eclécticas.

Los excesos, incoherencias y demás fallas que han mostrado todas las teorías sobre los fines de la pena ya expuestas y analizadas ha llevado a gran parte de la doctrina a suscribir teorías de corte mixto o ecléctico, intentando de esa forma salvar las fallas de una teoría con las virtudes de otra.

Los primeros intentos de una construcción teórica que armonizara los fines de la pena propuestos con anterioridad, plantearon que el criterio que cimiente el Derecho Penal debe ser la retribución, el Derecho Penal del Hecho y el principio de legalidad, pero que sobre esta base también se debe desarrollar una segunda vía o alternativa en el caso de ciertos delincuentes que implican un peligro para la sociedad. Esta segunda vía del Derecho Penal serían las medidas de seguridad, las cuales se aplicarían a todos aquellos que no encajando dentro de los supuestos necesarios para la aplicación del Derecho Penal propiamente tal de todas formas implican un peligro potencial.

Tal como señala Bustos, este criterio de índole pragmático con respecto a la prevención especial ha tenido gran influencia en las legislaciones y en los Códigos, que han recogido junto al sistema de penas, un sistema de medidas de seguridad<sup>71</sup>. Sin embargo una solución tan simple a un problema que históricamente se ha presentado tan complejo y lleno de matices no podía bajo ningún punto ser satisfactoria. En efecto, es evidente la contradicción intrínseca de la que adolecen este tipo de sistemas: se construye paralelamente al Derecho Penal propiamente tal, del Hecho, un verdadero Derecho Penal de Autor en mérito de razones tan arbitrarias como la edad del delincuente o su salud mental. La idea de retribución es incompatible con la idea de

<sup>69</sup> Lesch, Heiko, Op. cit. p. 35

<sup>70</sup> Y es efectivamente un fenómeno que se esta desarrollando y que trataremos más en detalle en el capítulo dedicado a analizar la visión de Foucault, quien nos muestra que el poder del Juez penal ha sido desplazado hacia los saberes-poderes de la psiquiatría forense y la psicología criminal. Véase además “Los anormales”, curso dictado en el College de France por Foucault. Ed. Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A. 2001.

<sup>71</sup> Bustos, Juan. Op. cit. p. 182

resocialización, y sin embargo subsisten en la mayoría de los sistemas penales del orbe.

Esta incompatibilidad genera incoherencias internas en el sistema que le restan buena parte de su legitimidad.

La pretensión de Jescheck y Weigend de que “todos los fines de la pena alcancen una relación equilibrada”<sup>72</sup> se manifiesta en la práctica en el principio de que debe darse preferencia a uno u otro principio en el caso particular (retribución, rehabilitación, intimidación o aseguramiento del autor), pero que el principio rector deberá ser siempre la “culpabilidad”. Es decir, la pena determinada en mérito a la culpabilidad jamás puede ser

sobrepasada por razones preventivas. Esta subordinación de la prevención a la culpabilidad puede que se intente aplicar en la práctica, pero sólo con respecto a aquellos hechos delictivos ejecutados por autores considerados “imputables”. El sistema paralelo, de las medidas de seguridad, como ya se señaló, queda sin fundamentar, y se presenta como una incoherencia intrasistémica. Por otro lado y como señala Jakobs “La culpabilidad sólo puede limitar aquello que se adecua a su concepto, y por consiguiente, no puede limitar la educación, la intimidación o elementos similares.”<sup>73</sup>

Pero aún más, sin importar que en la práctica se intente subordinar los fines preventivos a la retribución esto es imposible de que se materialice, dado la inexistencia de una relación entre retribución de culpabilidad y prevención. En palabras de Jakobs “Lo

que habría que prevenir sería la génesis de una motivación para cometer el hecho, y ello de acuerdo con la medida de la intensidad de la motivación. Sin embargo, la retribución de la culpabilidad se refiere al hecho en cuanto perturbación social.”<sup>74</sup> En consecuencia esta evidente incompatibilidad entre una y otra concepción, no sólo no supera las deficiencias de las visiones retributivas y preventivas, sino que, en su colisión, las acrecienta, ya que la incoherencia que presenta una visión que intenta sumar fundamentaciones y finalidades distintas no se da o se da en menor medida en dichas teorías en su forma “pura”.

### **1.3.1.-Teoría de la Unión dialéctica de Roxin.**

Claus Roxin construye su teoría sobre los fines de la pena partiendo de la tesis de que la pena solamente es legítima si es necesaria preventivamente y si, además es justa, para lo cual no puede sobrepasarse en el castigo la medida de la culpabilidad por el hecho<sup>75</sup>. La legitimación jurídica de la pena debe, pues, estar construida sólo sobre la base de la necesidad de prevención y no sobre una idea metafísica de la compensación retributiva de la culpabilidad. Esto último malograría el cometido social del derecho penal y sería

<sup>72</sup> Citado por Jakobs, Gunther en “Sobre la Teoría de la Pena”. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá. Colombia. 1998. Página 9.

<sup>73</sup> Jakobs, Gunther. Op. cit. p. 13

<sup>74</sup> Jakobs, Gunther. Op. cit. p. 14

<sup>75</sup> Roxin, Claus, “Transformaciones de la teoría de los fines de la Pena”. En “Nuevas formulaciones en la Ciencias Penales” pgs. 211-226. Editorial La Lectura. Córdoba, Argentina. 2001. Pág. 213.

incompatible con una Constitución democrática. Sin embargo esta pena, preventivamente necesaria debe estar limitada por el principio de culpabilidad, pues de lo contrario estaríamos ante una simple medida de seguridad. El reproche de culpabilidad hace que estemos en presencia de una pena justa, y la necesidad de prevención, hace que sea además legítima.

*Roxin toma como punto de partida la forma en la cual el ordenamiento jurídico se enfrenta al individuo con respecto al fenómeno del delito, y esto es de tres maneras: amenazando con la pena, imponiéndola y ejecutándola. Cada una de estas formas con las cuales el Estado enfrenta al individuo en relación al delito, necesita de justificación por separado.*

Siguiendo, en consecuencia, la dialéctica hegeliana, Roxin señala que estos estadios en la realización del Derecho Penal se estructuran unos sobre otros y que, por consiguiente, cada etapa siguiente ha de acoger en sí los principios de la precedente<sup>76</sup>. Esta consideración gradual permitiría para Roxin dar una visión completa y acabada de la pena en todos sus aspectos, a diferencia del resto de las teorías sobre los fines de la pena que dirigen su atención y se estructuran de manera unilateral en determinados aspectos del Derecho Penal. Así, la teoría de la retribución se focaliza sólo en el momento de la sentencia o fallo; la prevención general a la finalidad de las conminaciones penales; y la prevención especial se centra sólo en la ejecución de la pena.

De esta forma, se superarían la mera yuxtaposición de criterios postulada por las otras teorías mixtas, para lo cual como ya habíamos señalado, diferencia los diversos momentos o instancias en donde actúa el Sistema Penal a través de la pena. A saber:

Conminación penal. Este es el momento en que la pena actúa amenazando con su imposición, y que, en consecuencia, corresponde al criterio de la prevención general, logrando efectos de intimidación como de aprendizaje.

Imposición de la pena. Momento que corresponde a la dictación del fallo por el órgano jurisdiccional competente correspondiente, y que es el momento de realización de la justicia. Luego, es cuando tiene lugar la preponderancia del criterio retributivo, sobre todo en delitos especialmente graves, donde “sólo se conserva la confianza en el orden jurídico y se restablece la paz jurídica si tiene lugar una sanción adecuada a la culpabilidad”<sup>77</sup>

Ejecución de la pena. Momento en el cual tiene lugar la preponderancia de los criterios de prevención especial: reinserción o resocialización del delincuente de ser ello posible.

Como se puede observar, el fin de la pena para Roxin no está dado por la necesidad de alcanzar un ideal o finalidad de justicia absoluto, sino que más bien el proceso dialéctico de la pena está determinado y condicionado por la realidad impuesta por los momentos de prevención general y especial<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Roxin, Claus, Op. cit. 1996 p. 169

<sup>77</sup> Roxin, Claus. Op. cit. 2001 p. 222.



La síntesis de este proceso dialéctico es para Roxin la prevención especial, ya que la resocialización sirve tanto al delincuente como a la sociedad y es la finalidad de la pena que más se aproximaría a la meta de coexistencia de los individuos en paz y libertad.

Sin embargo, y a pesar de que la construcción teórica de Roxin resulta mejor fundamentada y logra salvar, por lo menos en el plano abstracto, las incompatibilidades e incongruencias que implican las teorías eclécticas meramente aditivas que se limitan a yuxtaponer los fines de retribución y prevención, podemos señalar que es igualmente errónea y que en rigor conlleva las mismas potenciales arbitrariedades de las teorías de la prevención.

En efecto, y tal como el mismo Roxin lo reconoce, su planteamiento es en su esencia preventivo. El momento de la retribución que implica que la pena no puede superar en su gravedad el grado de culpabilidad del delincuente, de todas formas se encuentra integrada (debido a la argumentación dialéctica sustentada por Roxin) por la prevención general conminatoria o intimidatoria, y en su evolución hacia la última etapa se encuentra determinada por la prevención especial. Esto hace que la retribución de culpabilidad quede absolutamente desdibujada. En otras palabras, y guardando coherencia con lo que sucede en la realidad, podemos ver que cada uno de los tres momentos de los que habla Roxin, en realidad son un todo, un proceso fluido, no susceptible de ser seccionado para dotar ficticiamente de coherencia a la teoría: todo el proceso de criminalización requiere de una fundamentación legitimatoria, y el legitimar cada una de las secciones aisladas no legitima el proceso completo<sup>79</sup>.

Por otro lado tenemos que se da una evidente contradicción en la teoría de Roxin, tal como lo señala Muñoz Conde: “primero concede que la culpabilidad es un concepto ficticio de raíces metafísicas incapaz por sí sólo de servir de fundamento a la imposición de una pena; luego, sin embargo, atribuye a ese concepto ficticio nada menos que la función de limitar el poder de la intervención estatal.”<sup>80</sup>

## **I.4.-Funcionalismo retributivo. La pena como confirmación de la vigencia de la norma. La teoría de Günter Jakobs.**

El pensamiento de Günter Jakobs ha dado origen a la teoría sobre la finalidad y función

<sup>78</sup> Así lo señala Bustos. Op. cit. p. 185.

<sup>79</sup> Además perfectamente podemos poner en duda y hasta rechazar que la dialéctica hegeliana utilizada por Roxin sea un punto de partida válido o verídico. Tal como lo señalamos en su oportunidad, la dialéctica hegeliana es racionalista, un modelo de racionalidad, sin embargo la realidad se conforma de un modo irracional y eso alcanza a la sociedad y a sus instituciones. Pocos dudarían que un concepto tan problemático como el de la pena tenga varios componentes irracionales.

<sup>80</sup> Citado por Bustos, Juan. Op. cit. p. 185

de la pena en la dogmática jurídico-penal de mayor coherencia interna en el último tiempo. Rechazando todo eclecticismo, se propone construir una estructura teórica que permita reconducir la pena a un concepto material, para lo cual parte de la base de que “la pena pública existe para caracterizar el delito como delito, lo que significa lo siguiente: como confirmación de la configuración normativa de la sociedad.”<sup>81</sup>

Jakobs parte de la base de que la sociedad se encuentra configurada por normas reales, es decir, sólo existe sociedad cuando existen dichas normas. Estas normas configuran el ámbito de los discursos comunicativamente válidos y que a su vez define el concepto de persona como aquel individuo al que se le adscribe el rol de ciudadano que se conduce respetando dichas normas.

En consecuencia Jakobs, desde el punto de vista del Derecho Penal no toma como punto de referencia primario la “lesión de un bien”<sup>82</sup>, sino que parte del concepto de “infracción de un rol”. Las normas afectan a personas competentes y dicha competencia asignada por la norma determina el rol del individuo, rol del cual forma parte el mandato de “no lesionar”.

El realizar una acción constitutiva de delito implica la infracción del rol de persona competente asignado por la sociedad jurídicamente organizada al individuo. Esta conducta en su determinación y particularidades es formalmente personal, pero en su contenido es una conducta que sucede en el medio ambiente de la sociedad real. Luego, formalmente estamos ante una sociedad, pero con la infracción a la norma jurídico penal, los límites de ésta son trazados de nuevo por parte del individuo infractor y se pone en duda el carácter real de la sociedad. Por tanto, el sujeto que ha cometido la acción típica en forma antijurídica y culpable no alcanza a la sociedad materialmente (al configurar con su acción, un esbozo de mundo no compatible con el descrito en la norma), en consecuencia, el ordenamiento jurídico, para efectos de mantener el esbozo de mundo trazado por la norma, niega el carácter de persona en relación a su hecho al individuo infractor, ya que no ha cumplido las expectativas que se dirigen a su persona en tanto rol.

En otras palabras, cuando estamos ante una sociedad integrada por personas competentes, tenemos la expectativa legítima de que dichas personas se conduzcan de acuerdo a su rol. Cuando una persona determinada se sale de su rol de persona cometiendo un acción constitutiva de delito, las expectativas de la víctima se ven defraudadas. Sin embargo, al deberse esa defraudación de expectativas al comportamiento incorrecto de otra (al salirse de su rol), la sociedad y en específico el ordenamiento jurídico mantiene a dicha víctima en forma contrafactica en su expectativa. Es decir, cuando el esbozo de mundo de un determinado individuo se manifiesta como contrario al contenido en la norma, el orden jurídico reacciona manifestando la realidad del esbozo de mundo normativo y calificando como comunicativamente falso el manifestado por el autor de la infracción.

---

<sup>81</sup> Jakobs, Günter, Op. cit. 2000. p. 15

<sup>82</sup> Esto ya que la teoría de la imputación objetiva estructurando la noción de “comportamiento no permitido” ha mostrado que no existen prohibiciones genéricas de lesión (como tampoco existen mandatos genéricos de salvación). Así, Jakobs. Op. Cit.2000 p. 25.

En consecuencia y como señala Lesch explicando la teoría de su maestro Jakobs, la pena tiene la función concreta de poner de manifiesto que el comportamiento infraccional, contrario a la norma por parte del sujeto autor de tal infracción, no marca la pauta, y que la norma, en cambio, mantiene plenamente su vigencia<sup>83</sup>.

En ese sentido tanto el delito como infracción a la norma y la pena como respuesta a dicha infracción se encuentran en el plano del significado. En efecto, son actos simbólicos con un contenido comunicativo. Discurso y réplica. Verbigracia, quien comete un homicidio pone en entredicho la vigencia de la norma que prohíbe matar. La función de la pena es demostrar a toda la comunidad, incluido el sujeto infractor, en el plano del discurso comunicativo que dicha norma puesta en entredicho con la acción homicida sigue siendo válida y vigente, y quien actúa conforme a ella, actúa correctamente y puede mantener la legítima expectativa que los demás la sigan respetando. De esta forma según afirma Jakobs, el contenido de la pena no es “que el autor en el futuro no delinca” o que “se disuada a los demás potenciales delincuentes de cometer el mismo hecho”, sino que solamente “es correcto confiar en la vigencia de las normas”<sup>84</sup>.

Explicemos ahora que implica para la teoría de Jakobs este acto comunicativo del autor de un hecho delictivo que señala “esta norma ya no tiene vigencia”. Esto psicológicamente para dicho autor no desea significar absolutamente nada por regla general (a no ser que, como señala Jakobs, pretenda fundar una contrasociedad) e intentará mantener su hecho en forma oculta y privada.

Este autor sigue siendo considerado como persona por la sociedad y como tal su acto comunicativo debe ser tomado en serio. Sin embargo su rol como persona dentro de la sociedad sólo se ha mantenido formalmente. La contradicción entre el discurso comunicativo en el plano simbólico del hecho del autor se soluciona siempre a favor de “la constatación de la realidad de la sociedad sin cambios”<sup>85</sup> mediante la aplicación de la pena correspondiente que confirma la identidad normativa de la sociedad.

Como se puede observar, la construcción teórica de Jakobs es claramente hegeliana, no ya en el uso de la dialéctica para justificar cada una de los momentos de la relación entre sujeto y pena al estilo de Roxin, sino que ya en el concepto mismo de pena, que es prácticamente el mismo concepto de pena diseñado por Hegel “la negación de la negación del Derecho”, o que “la lesión del Derecho en cuanto Derecho” es “nula en sí misma”. En efecto, con su teoría de la pena, Jakobs nos dice que ésta marginaliza el significado del hecho del autor, es decir, niega el contraproyecto de sociedad esbozado por el sujeto infractor con su hecho, lo cual confirma la configuración normativa concreta de la sociedad.

Jakobs, sin embargo pretende, para efectos de liberarse de las críticas ya efectuadas a la teoría de la pena de Hegel, despojar a su construcción teórica del idealismo hegeliano. Por lo tanto niega que el Estado y el Derecho sean lo absolutamente racional

---

<sup>83</sup> Lesch, Heiko. Op. cit. p. 48

<sup>84</sup> Citado por Lesch, Op. cit. p. 49

<sup>85</sup> Jakobs, Op. cit. 1998. P. 25

<sup>86</sup> y que de lo que se trata mas bien es que la pena se encuentra legitimada para el mantenimiento del orden por cuyo sostenimiento se impone y aplica.

Pero como se ve, lo único que logra Jakobs con esto es despojar a su teoría de un real fundamento legitimante (como es lo que se pretende al elaborar teorías sobre los fines de la pena). Al despojar al concepto de pena de sus componentes idealistas, ésta queda sólo como un instrumento de autoconstatación de la construcción normativa de cualquier tipo de Estado, sea o no de Derecho, con lo cual no se logra la fundamentación legitimante pretendida por el autor alemán.

Por otro lado y a pesar de la coherencia interna de la teoría de Jakobs que ya hemos indicado, es patente que ésta no guarda relación con la forma en como se construye, se moldea, se aplica y las finalidades que le asigna el legislador a la pena en nuestras sociedades. En efecto, todos podemos constatar a través de los medios de comunicación que las finalidades que se le pretenden asignar a la pena son de orden preventivo, ya sea intimidatorio, resocializador o inocularizador. No se puede pretender que el mero diseño de un concepto abstracto coherente cambie la configuración que tiene en la realidad la pena. Jakobs parece pretender que su concepto de pena sea un “universal” y que tenga existencia real en su abstracción, lo cual es un error: las categorías de nuestra mente no tienen una existencia real fuera de nosotros. Las ideas no son realidades y el lenguaje no es otra cosa que un sistema de símbolos arbitrarios <sup>87</sup>.

Por lo tanto la teoría de Jakobs fracasa también rotundamente, pues no trae como consecuencia una fundamentación legitimadora absoluta de la pena como pretende (al despojar a su teoría del idealismo hegeliano), ni explica que es en verdad la pena, al no corresponder su concepto de la misma con como se desenvuelve ésta en la realidad.

Es evidente que Jakobs se ha percatado de la contradicción existente entre los postulados del principio de legalidad y del derecho penal del hecho con las teorías sobre los fines de la pena de orden preventivo. Sin embargo, su error radica en asignar las causas de dicha incoherencia a una inadecuada elaboración teórica en cuanto a las finalidades de la pena. Como ya hemos señalado y constatado, la pena se comporta (o puede comportarse) empíricamente de manera preventiva (aunque sea sólo en el plano simbólico). La verdadera causa de la contradicción entre los postulados del derecho penal del hecho y el principio de legalidad con las construcciones teóricas sobre los fines de la pena se debe analizar desde el punto de vista de las estrategias del control social, que operan mediante discursos legitimadores.

---

<sup>86</sup> Lesch, Op. cit. p. 51

<sup>87</sup> En efecto, bajo la apariencia de una tesis ontológica –los universales como elementos últimos de lo real- el realismo señala que existe una correspondencia de tipo esencial entre el ser y el pensar, entre lenguaje y realidad. El nominalismo en cambio postula que se da un abismo insalvable entre las palabras y las cosas: la realidad se presenta como el fluir de una singularidad irreductible y de una complejidad infinita, que la universalidad del lenguaje jamás podrá aprehender. (tomado de la conferencia “Borges y el nominalismo” del círculo académico UDP, dictada por Eduardo Sabrovsky el 9 de mayo del 2002. Publicado en <http://www.udp.cl/circulo/ponencias/pena/borges.htm>. ).

## CAPITULO II.- ESBOZO DE UNA HISTORIA GENETICA DEL CASTIGO

***“En cada Estado, la justicia no es más que la utilidad del que tiene la autoridad en sus manos, y por consiguiente, del más fuerte. De donde se sigue para todo hombre que sabe discurrir, que la justicia y lo que es ventajoso al más fuerte en todas partes es una misma cosa” (Trasímaco, en “La República” de Platón) “El Bien es el elemento pasivo sumiso a la razón. El Mal es el activo que brota de la energía.” (William Blake. “El Matrimonio del cielo y el infierno.”)***

El primer paso que debemos dar para efectos de lograr una aproximación coherente y real hacia las finalidades y funciones que implica la pena y el castigo en nuestra sociedad es reconstruir las condiciones y circunstancias en que nació verdaderamente la pena, como se desarrolló y como finalmente se ha cimentado en la episteme social.

Para lograr dar este primer paso en la crítica global a lo que implican las teorías sobre los fines de la pena (y no la mera crítica a las falencias individuales de cada una, lo cual hemos efectuado en el capítulo anterior) utilizaremos como base los planteamientos efectuados por Nietzsche, especialmente en la que es reconocida como su obra más sistemática y que se presenta como una clave para la interpretación de sus aforismos y la evaluación de sus poemas<sup>88</sup>, nos referimos a “La genealogía de la moral”. De lo que se trata es de poner en duda, mediante la develación de la génesis, el origen y finalidad de

<sup>88</sup> Según lo plantea Deleuze, Gilles en “Nietzsche y la Filosofía: III.-La Crítica”. Traducción de Carmen Artal en [http://www.nietzscheana.com.ar/nietzsche\\_y\\_la\\_filosofia.htm#Z](http://www.nietzscheana.com.ar/nietzsche_y_la_filosofia.htm#Z). Plan de “la genealogía de la moral”.

la pena que se nos ha presenta mediante las teorías sobre los fines de la pena como algo “dado”, real, efectivo y que tendría en el origen de la misma, su esencia trascendente o su realidad útil a la sociedad.

Nietzsche, con su análisis genealógico y su correspondiente interpretación, lo que hace es impugnar el concepto tradicional de Historia, invirtiendo la visión platónica del devenir humano. Su pensamiento rechaza asimismo un origen fundante, que se revelaría al influjo de una mera reflexión especulativa sobre la verdad. No existen entonces estructuras subyacentes ni leyes transmundanas que encaucen una continuidad progresiva. En su visión hay un rechazo de la visión teleológica de la Historia, de la continuidad y de la idea de un “progreso” que nos llevaría hasta dónde estamos ahora. Ni el conocimiento, ni mucho menos el Derecho y la Pena son axiológicamente neutros, la verdad no es atemporal. Las proposiciones del saber, claras y distintas, surgen de relaciones de poder, oscuras e imprecisas<sup>89</sup>.

Al respecto, José Manuel Romero Cuevas nos explica: “Puede sostenerse que la genealogía es una intervención epistémica en tanto que responde expresamente a una exigencia planteada por Nietzsche, a saber: «necesitamos una crítica de los valores morales, hay que poner alguna vez en entredicho el valor mismo de esos valores -y para esto se necesita tener conocimiento de las condiciones y circunstancias de que aquellos surgieron, en las que se desarrollaron y modificaron». La genealogía de la moral no es otra cosa que esto: una *Entstehungsgeschichte* (historia de la génesis) de los valores morales que por el hecho de mostrar esto, su historia, echa por tierra la concepción tradicional de los valores, a saber la consideración del «valor de esos «valores» como algo dado, real y efectivo, situado más allá de toda duda», como algo que recibe consistencia e incuestionabilidad de su arraigo en un origen (*Ursprung*) metafísico fundamentador. En tanto que *Entstehungsgeschichte* la genealogía es historia de la génesis, del surgimiento, de la emergencia de algo. Es la historia de ese proceso de nacimiento por el que algo comienza a ser derivándose de algo distinto. En este sentido puede sostener Foucault que la emergencia (*Entstehung*) es «un no lugar, una pura distancia», pues lo que encuentra la genealogía al comienzo no es un fundamento firme, un substrato que sirve de sustento seguro (el origen metafísico) sino lo no venerable, lo que es incapaz de servir de base y legitimación.”<sup>90</sup>

## II.1.-La idea de “Voluntad de Poder” en el pensamiento nietzscheano.

Como se sabe las ideas matrices fundamentales en el pensamiento de F. Nietzsche son a

<sup>89</sup> Así lo señala Esther Díaz en “Economía, Punición y Sujeto” En Revista “Perspectivas Nietzscheanas, número 3” (1994) pp. 35 - 42. Artículo publicado en [http://personales.ciudades.com.ar/f\\_nietzsche/instantes/diaz.htm](http://personales.ciudades.com.ar/f_nietzsche/instantes/diaz.htm)

<sup>90</sup> Romero Cuevas, José Manuel “Los frágiles cimientos del presente. La genealogía nietzscheana y la verdad de la Historia”. En revista “Estudios Nietzsche” número 3, Málaga, 2003. P. 141-161. Artículo publicado en <http://www.nietzscheana.com.ar>

saber: la muerte de Dios, la idea del superhombre, el eterno retorno y la voluntad de poder<sup>91</sup>. Es esta última noción la que mayor trascendencia tiene para los análisis y estudios que pretendemos efectuar, y por consiguiente procuraremos dar un esbozo explicativo sobre esta esencial noción.

Teniendo como fuente la sofística griega<sup>92</sup> con pensadores como Trasímaco y Calicles quienes concebían a la sociedad como un juego de fuerzas, dónde era común que se hablara del “derecho natural del más fuerte”, y en que se tenía una visión de la sociedad como una red de poderes (modelo estratégico de la sociedad en oposición al modelo jurídico), Nietzsche elabora su visión de lo que sería el elemento esencial y fundamental a todo ser vivo: la voluntad de poder. En efecto, apartándose del pensamiento de Darwin donde lo decisivo es la capacidad de adaptación y la lucha por la sobrevivencia (conceptos reactivos), señala que lo fundamental en la naturaleza y en el Hombre mismo es la lucha por el poder (concepto activo)<sup>93</sup>.

Una primera lectura o impresión podría señalar que esta noción de la voluntad de poder como elemento esencial de la vida implica que cada individuo o comunidad pretende imponerse a los demás, incluso violentamente dominando, cual tirano o déspota. Sin embargo esto no es lo que quiere decirnos Nietzsche. La voluntad de poder que mueve a todos los individuos y comunidades es sólo el impulso motor, pero no determina la meta o lo que se quiera conseguir con ella en específico (aunque siempre en definitiva, la finalidad última es el poder). En efecto, es la moral<sup>94</sup> la que determina lo que ha de conseguirse con esa voluntad de poder determinada. En otros términos y llegando un poco más lejos se puede afirmar que para Nietzsche los motivos conscientes (morales) son fenómenos de orden superficial, detrás de los cuales se desarrolla la lucha de nuestros instintos que implica la lucha por el poder. En palabras del propio filósofo alemán: "(...) El hombre es una multiplicidad de «voluntades de poder», cada una con una multiplicidad de medios de expresión y formas. Las pretendidas «pasiones» singulares (por ejemplo: el hombre es cruel) son tan sólo unidades ficticias en la medida que lo que

<sup>91</sup> Nociones que si bien pueden funcionar de manera individual, se encuentran absolutamente interconectadas, complementándose y enriqueciéndose entre sí.

<sup>92</sup> Herbert Frey señala a este respecto en su artículo “La interpretación nietzscheana de la antigüedad griega como contramito a la modernidad”: “En la interpretación de Nietzsche la antigüedad griega aparece siempre como un contramito, una imagen opuesta a la modernidad y a la tradición judeo-cristiana, insinuando sutilmente que debía ser posible recuperar lo que alguna vez existió, a saber, esa relación natural -si bien imaginada- con respecto a la physis y el cosmos. La religión, la sociedad y la polis griega del periodo presocrático constituían un ideal de existencia social, de relación sensual y erótica con el mundo, que destruyeron las religiones monoteístas al privar al cosmos de su carácter divino y desvalorizar al mismo tiempo la sensualidad y corporeidad del hombre.” En [http://www.nietzscheana.com.ar/h\\_frey-grecia.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/h_frey-grecia.htm).

<sup>93</sup> «La lucha por la existencia» - esto designa un estado de excepción. La regla es, antes bien, la lucha por poder, por «más» y «mejor» y «más rápido» y «más frecuentemente». Aforismo 34(208) del escrito póstumo “Voluntad de Poder y Eterno Retorno” en [http://www.nietzscheana.com.ar/voluntad\\_retorno.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/voluntad_retorno.htm)

<sup>94</sup> O lo inmoral como moral contraria a la imperante o como moral propia e individual, como acto de creación. Véase “Así habló Zarathustra. Las tres transformaciones”.

llega a la conciencia como homogéneo desde los diferentes instintos fundamentales es compuesto conjunta y sintéticamente en un «ser» o «capacidad», en una pasión. Igual que el «alma» misma es una expresión para todos los fenómenos de la conciencia, pero nosotros la interpretamos como la causa de todos esos fenómenos (¡la «autoconciencia», es ficticia!).”<sup>95</sup>

En ese mismo sentido la moral y las valoraciones morales sólo cobran sentido en relación a la voluntad de poder: “¿Cuánto valen en sí mismas nuestras valoraciones y nuestras tablas de bienes morales? ¿Qué resulta de su dominio? ¿Para quién? ¿En relación a qué? Respuesta: para la vida. Pero ¿qué es la vida? Aquí se impone la necesidad de una nueva versión más determinada del concepto «vida». Mi fórmula al respecto reza: vida es voluntad de poder”<sup>96</sup>

De esta forma se explica las diferentes formas de manifestación que ha tenido la voluntad de poder en individuos, épocas, culturas o sociedades. Y es así como a partir de la universalización del cristianismo se ha dado lo que Nietzsche ha denominado “el triunfo de la rebelión de los esclavos en la moral”, fenómeno que implica una inversión de los valores que elevan la vida y la enaltecen, designando lo que antaño se consideraba “noble”, “poderoso”, “rico” como “malvado”. Incluso se ha transformado la palabra “mundo” en infamante<sup>97</sup>. “La espiritualidad elevada e independiente, la voluntad de estar solo, la gran razón son ya sentidas como peligro; todo lo que eleva al individuo por encima del rebaño e infunde temor al prójimo es calificado, a partir de este momento, de malvado (böse); los sentimientos equitativos, modestos, sumisos, igualitaristas, la mediocridad de los apetitos alcanzan ahora nombres y honores morales.”<sup>98</sup>

En definitiva el instinto gregario, de rebaño, es lo que ha logrado imponerse y dominar, disfrazando su triunfo y dominio con discursos que señalan que incluso quienes mandan y dirigen<sup>99</sup> no son más que obedientes servidores de la Constitución, el Derecho, Dios o el pueblo. “Por otro lado, hoy en Europa el hombre gregario presume de ser la única especie permitida de Hombre, y ensalza sus cualidades, que le hacen dócil, conciliante y útil al rebaño, como las virtudes auténticamente humanas.”<sup>100</sup> Pero tras esta máscara legitimatoria de sujeción a la Ley y a determinados valores, se esconde la voluntad de poder, que implica en definitiva que es el poder o los poderes los que determinan la Ley y el Derecho y no que el Derecho y la Ley limiten o determinen la órbita

<sup>95</sup> Nietzsche, Friedrich “Nihilismo y Futuro”, Aforismo 1(58). En “Fragmentos póstumos”, publicados en <http://www.nietzscheana.com.ar>.

<sup>96</sup> Nietzsche, Friedrich “Nihilismo y Futuro”, Aforismo 2(190).

<sup>97</sup> Nietzsche, Friedrich “Más allá del Bien y el Mal”. Aforismo 195. Pág. 125. Alianza Editorial. 1983, Buenos Aires.

<sup>98</sup> Nietzsche, Friedrich Op. cit. 1983. Pág. 132

<sup>99</sup> En el concepto de quienes mandan o dirigen no sólo debemos entender comprendidos a las clases políticas, sino a todos quienes influyen facticamente en las decisiones, como poderes o contrapoderes.

<sup>100</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. 1983. P. 129



de poderes de quienes lo ejercen. <sup>101</sup> Ocultándose bajo estas mascararas le ha sido posible al hombre gregario (“la hipocresía moral de quienes mandan” <sup>102</sup> ) prevalecer e imponer su moral y sus formas de valoración.

Ahora bien, el Estado mismo sería, a su vez, una manifestación de la voluntad de poder, de dominio, que no sólo crea el derecho, sino que lo moldea según sus intereses como ya se ha insinuado. El derecho se presenta de esta forma como un instrumento, como un arma, no sólo autoconservativa de su poder, sino además como arma expansiva del mismo, mediante una multiplicidad de estrategias, que a lo largo de la historia han ido variando, pues como instrumento, el derecho sólo es un continente que se va llenando con los contenidos que cada voluntad que se ha logrado enseñorear, apoderándose de el, le va imprimiendo.

De esta manera, no hay un planteamiento de real legitimidad de una forma de poder sobre otra. Sin duda todo sistema de poder busca legitimarse, establece discursos con los cuales se presenta ante la faz pública a defender sus razones y propósitos; elaborando ideologías y tomando banderas de lucha. Pero esas ideologías y banderas de lucha son una manera de ejercer el poder, insertándolo -en términos de Foucault- en las redes del saber y del hablar. Todo poder busca presentarse con una mascara de legitimación, pero no existe una Justicia ideal y metafísica respecto de la cual algunos discursos ideológicos estén más cercanos que otros. En ese sentido Trasímaco, aunque de manera simple y reduccionista, se encontraba en lo cierto: La Justicia se encuentra definida por el juego y el entrecruzamiento de fuerzas y redes de poder en la sociedad y no por reglas de derecho. O para ser más precisos, las reglas de derecho que determinan lo que es Justo se construyen a partir del poder.

## II.2.-Una primera aproximación genealógica: “Bueno y Malo”, “Bueno y Malvado”.

La formación filológica de Nietzsche le permite alcanzar una notable habilidad interpretativa y de análisis histórico. Es así como para efectos de analizar y resolver las siguientes interrogantes: ¿en qué condiciones se inventó el hombre esos juicios de valor que son las palabras bueno y malvado <sup>103</sup> ?, ¿qué valor tienen ellos mismos?, ¿Han frenado o han estimulado hasta ahora el desarrollo humano? ¿Son un signo de indigencia, de empobrecimiento, de degeneración de la vida? ¿O por el contrario, en ellos

---

<sup>101</sup> Los últimos acontecimientos en el mundo no hacen más que confirmar este argumento. La nación poderosa sólo necesita de su propio poder y no de resoluciones internacionales que la autoricen para hacer su voluntad. La legitimación puede perfectamente ser ex – post.

<sup>102</sup> Nietzsche, Friedrich, Op. cit. 1983. P. 128

<sup>103</sup> Al ser el Derecho una construcción axiológica es de gran importancia desentrañar cual es el origen y fundamento de las valoraciones sobre las cuales se basa.

se manifiestan la plenitud, la fuerza, la voluntad de vida, su valor, su confianza, su futuro?<sup>104</sup>, toma como punto de partida el aspecto etimológico en diversas lenguas, y se encuentra con el fenómeno de que en todas ellas se ha experimentado una idéntica metamorfosis conceptual, -que, en todas partes, “noble”, “aristocrático” en el sentido estamental, es el concepto básico a partir del cual se desarrolló luego, por necesidad, “bueno” en el sentido de “ánimicamente noble”, de “aristocrático”, de “ánimicamente de índole elevada”, “ánimicamente privilegiado”: un desarrollo que marcha siempre paralelo a aquel otro que hace que “vulgar”, “plebeyo”, “bajo”, acaben por pasar al concepto de “malo.”<sup>105</sup>

En efecto, la palabra alemana *schlecht* (malo) guarda una notable similitud casi al punto de la identidad con la palabra usada para designar lo “simple” (*schlicht*) que en su origen designaba al hombre simple y vulgar por contraposición al noble. Por el contrario, la palabra “bueno” (*gut*) como ya se ha señalado designaban al hombre de rango superior, al poderoso, al señor. De esta forma las valoraciones que implicaban estos dos conceptos nacían de una forma de hallarse en la vida y en la sociedad, en definitiva, de la forma de ser de unos y otros. Este hecho implicaba que el concepto de preeminencia política estuviera diluida en un concepto de preeminencia anímica<sup>106</sup>.

Por otro lado la “casta sacerdotal” comienza a su vez a autodesignarse con términos que, precisamente, pongan de manifiesto su función sacerdotal. De esta forma surgen por primera vez las palabras “puro” e “impuro” como distintivos estamentales; y paralelamente surgen aquí también unos conceptos de “bueno” y “malo” en un sentido no estamental.

Explicuemos esto último: la casta sacerdotal al no poseer la fuerza, la salud rica y desbordante que distinguía a la casta caballeresca y aristocrática ha debido inventar una forma de autoenoblecerse, de autoelevarse para lo cual no sólo inventan la religión, sino toda una “metafísica hostil a los sentidos”, inventan el “otro mundo” que es eterno y por consiguiente el verdaderamente importante. Estas formas de valoración sacerdotales se desvían de las caballeresco aristocráticas hasta llegar a convertirse en su antítesis.

Es así como surge la nueva fuente de valoración proveniente de la casta sacerdotal: el resentimiento y la sed de venganza del sacerdote. A diferencia de lo que ocurría antes cuando las valoraciones se atenían a la realidad (y por lo tanto eran más sanas) y en que lo bueno (*gut*) estaba representado por las cualidades del hombre fuerte y poderoso, y lo malo (*Schlecht*) se identificaba con las características del hombre simple y bajo, este resentimiento creador sacerdotal produce una transvaloración o inversión de los valores: se introduce el concepto de “malvado” (*böse*), con el cual se designa al que antes era bueno según la valoración caballeresco aristocrática (representada por la casta de los guerreros), es decir el poderoso, el plétorico de vida, al fuerte. En cambio se llama bueno al que antes era malo (en el sentido de “simple”), el hombre bajo, enfermo y que desprecia la vida y el cuerpo.<sup>107</sup>

---

<sup>104</sup> Nietzsche, Friedrich. “La genealogía de la moral”. Alianza Editorial. 1995. Buenos Aires, Argentina. Pág. 20.

<sup>105</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. 1995. Pág. 33

<sup>106</sup> Nietzsche, Friedrich, Op. cit. 1995. P. 36.

A diferencia del concepto “malo” (schlecht) de orden noble, que es de origen posterior al de “bueno” (gut) y surge como un residuo, marginalmente, como un “color complementario”, el concepto de “malvado” elaborado por la casta sacerdotal (böse) es lo originario, el comienzo, la fuente desde donde se construye la nueva moral, la moral de esclavos. A quienes correspondía al antiguo concepto de schlecht se han autoerigido como los “buenos” mediante esta inversión de los valores, y a los antiguos “buenos” los han tachado con este concepto basal de la nueva moral, “böse” (malvado).

El §13 de este Tratado primero de la “Genealogía de la Moral” es bastante elocuente con respecto a todo lo que hemos estado señalando y merece ser transcrito, ya que en este apartado Nietzsche se explica mejor a sí mismo:

“(…) El problema del otro origen de lo “bueno” tal como se lo ha imaginado el hombre del resentimiento exige llegar a su final. -El que los corderos guarden rencor a las grandes aves rapaces es algo que no puede extrañar: sólo que no hay en esto motivo alguno para tomarle a mal a aquéllas el que arrebatan corderitos. Y cuando los corderitos dicen entre sí “estas aves de rapiña son malvadas; y quien es lo menos posible un ave de rapiña, sino más bien su antítesis, un corderito, -¿no debería ser bueno?”, nada hay que objetar a este modo de establecer un ideal excepto que las aves rapaces mirarán hacia abajo con un poco de sorna y tal vez se dirán: “Nosotras no estamos enojadas en absoluto con esos buenos corderitos, incluso los amamos: no hay nada más sabroso que un tierno cordero”. -Exigir de la fortaleza que no sea un querer-dominar, un querer-sojuzgar, un querer-enseñorearse, una sed de enemigos y de resistencias y de triunfos, es tan absurdo como exigir de la debilidad que se exteriorice como fortaleza. Un quantum de fuerza es justo un tal quantum de pulsión, de voluntad, de actividad, ese mismo querer, ese mismo actuar, y, si puede parecer otra cosa, ello se debe tan solo a la seducción del lenguaje (y a los errores radicales de la razón petrificados en el lenguaje), el cual entiende y malentiende que todo hacer está condicionado por un agente, por un “sujeto”. Es decir del mismo modo que el pueblo separa el rayo de su resplandor y concibe al segundo como un hacer, como la acción de un sujeto que se llama rayo, así la moral del pueblo separa también la fortaleza de las exteriorizaciones de la misma, como si detrás del fuerte hubiera un sustrato indiferente, que fuera dueño de exteriorizar y, también, de no exteriorizar fortaleza. Pero tal sustrato no existe; no hay ningún “ser” detrás del hacer del actuar, del devenir; “el agente” ha sido ficticiamente añadido al hacer, el hacer es todo. En el fondo el pueblo duplica el hacer; cuando piensa que el rayo lanza un resplandor, esto equivale a un hacer-hacer: el mismo acontecimiento lo pone primero como causa y luego, una vez más, como efecto de aquélla. Los investigadores de la naturaleza no lo hacen mejor cuando dicen “la fuerza mueve, la fuerza causa” y cosas parecidas, -nuestra ciencia, a pesar de toda su frialdad, de su desapasionamiento, se encuentra sometida aún a la seducción del lenguaje y no se ha desprendido de los hijos falsos que se le han infiltrado, de los “sujetos” (el átomo, por ejemplo es uno de esos hijos falsos, y lo mismo ocurre con la “cosa en sí”); nada tiene de extraño que las reprimidas y ocultamente encendidas pasiones de la venganza y del odio aprovechen a favor suyo esa creencia e incluso en el fondo, ninguna otra sostengan con mayor fervor que la de que el fuerte es libre de ser débil, y el ave de rapiña, libre de ser cordero: -con ello conquistan,

<sup>107</sup> Ver Nietzsche, Friedrich. “Así habló Zarathustra:- De los despreciadores del cuerpo”.

en efecto, para sí el derecho de imputar al ave de rapiña ser ave de rapiña... Cuando los oprimidos, los pisoteados, los violentados se dicen, movidos por la vengativa astucia propia de la impotencia: “¡Seamos distintos de los malvados, es decir, seamos buenos! Y bueno es el que no violenta, el que no ofende a nadie, el que no ataca, el que no salda cuentas, el que remite la venganza a Dios; el cual se mantiene en lo oculto igual que nosotros, y evita todo lo malvado, y exige poco de la vida, lo mismo que nosotros los pacientes, los humildes, los justos” -esto escuchado con frialdad y sin ninguna prevención, no significa en realidad más que lo siguiente: “Nosotros los débiles somos desde luego débiles; conviene que no hagamos nada para lo cual no somos bastante fuertes” -pero esta amarga realidad de los hechos, esta inteligencia de ínfimo rango, poseída incluso por los insectos (los cuales, cuando el peligro es grande, se fingen muertos para no hacer nada “de más”), gracias a este arte de falsificación y a esa automendacidad propias de la impotencia, con el esplendor de la virtud reanunciadora, callada, expectante, como si la debilidad misma del débil -es decir, su esencia, su obrar, su entera, única, inevitable, indeleble realidad - fuese un logro voluntario, algo querido elegido, una acción, un mérito. Por un instinto de autoconservación, de autoafirmación, en el que toda mentira suele santificarse, esa especie de hombre necesita creer en el “sujeto” indiferente, libre para elegir. El sujeto (o, hablando de un modo más popular, el alma) ha sido hasta ahora en la tierra el mejor dogma tal vez porque a toda la ingente muchedumbre de los mortales, a los débiles y oprimidos de toda índole, les permitía aquel sublime autoengaño de interpretar la debilidad misma como libertad, interpretar su ser-así-y-así como mérito.”<sup>108</sup>

Huelga señalar que es el cristianismo el heredero de esta transvaloración moral efectuada por la casta sacerdotal en tiempos tan remotos. Es así como lejos de ser el cristianismo la religión del amor es la religión del odio más profundo contra los “buenos” (los nobles, poderosos, veraces). El cristianismo como heredero de la inversión de los valores efectuada por la casta sacerdotal primigenia ha logrado imponer dicha transvaloración, hacer que triunfe y situarla como la forma de valoración hegemónica, incluso hasta el día de hoy. A partir de su triunfo, entre otras cosas, se ha construido el Derecho sobre dicha base valorativa.

Cabe preguntarse sin embargo como ha sido posible que los débiles han logrado contaminar a los fuertes, de manera que la decadencia y el nihilismo se hayan transformado en la gran enfermedad de la humanidad. Uno de los principales métodos ha sido la educación. En efecto, esta pedagogía disfrazada con la bandera de un “mejoramiento” moral del hombre, trata en rigor de domesticarlo; dicho de otra forma, de transformar las naturalezas enérgicas y apasionadas, en bestias de rebaño laboriosas, dóciles y mediocres. Es la casta sacerdotal, la que se ha encargado de esta domesticación sistemática. ¿No dispone con su ideología del pecado, del aparato psicológico indispensable? De seguro. Puesto que el hombre vuelto inofensivo, débil hacia sí mismo y hacia los otros, abismado en la humildad y la modestia, consciente de su debilidad: el ‘pecador’, es el tipo deseable, aquel que se puede producir gracias a cierta “cirugía del alma”.

---

<sup>108</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. 1995. P. 51 y ss.

Ahora bien, ¿qué se hace con el hombre que no ha logrado ser domesticado mediante este método sutil que es la educación?. El método se debe hacer más violento. Se endurece la mano. Es aquí donde el castigo encuentra una de sus principales funciones <sup>109</sup>.

### II.3.-La visión genealógica de la pena en Nietzsche.

Según el planteamiento de Nietzsche en el tratado segundo de "la genealogía de la moral" <sup>110</sup>, la capacidad de olvido, a diferencia de lo que comúnmente se ha creído, es una fuerza activa, y no meramente inercial, es una forma de salud vigorosa <sup>111</sup>: "un poco de silencio, un poco de tabula rasa de la conciencia, a fin de que haya sitio para lo nuevo..." <sup>112</sup>. Sin embargo el Hombre, en que la facultad de olvido representa una fuerza activa, ha debido desarrollar a su vez, una capacidad opuesta a aquella y mediante la cual esta facultad de olvido queda en suspenso en determinados casos, en concreto cuando hay que hacer promesas. No cabe duda que el relacionarse humano por medio de promesas es absolutamente necesario y fundamental para que puedan darse sociedades funcionales. Sin embargo para lograr esto ha sido necesario que el hombre haya aprendido a "pensar causalmente, a ver y a anticipar lo lejano como presente, a saber establecer con seguridad lo que es fin y lo que es medio para el fin, a saber en general contar, calcular, - cuánto debe el hombre mismo, para lograr esto, haberse vuelto antes calculable, regular, necesario, poder responderse a sí mismo de su propia representación, para finalmente poder responder de sí como futuro a la manera como lo hace quien promete." <sup>113</sup>

Esta es la forma en que nace la responsabilidad, a través de la eticidad de la costumbre y de la "camisa de fuerza social". Al final del proceso se ha llegado a un individuo soberano, libre y autónomo, al cual le es lícito hacer promesas. En efecto, la responsabilidad le confiere al hombre un poder sobre sí mismo, sobre su destino y se ha grabado profundamente en él, hasta convertirse en instinto, en instinto dominante. A este instinto lo llama "su conciencia".

<sup>109</sup> En este punto se presenta una fuerte conexión con el planteamiento de Foucault quien ve en la pena un mecanismo disciplinario.

<sup>110</sup> "Culpa", "Mala conciencia" y similares.

<sup>111</sup> Al respecto es muy ilustrativo el cuento "Funes, el memorioso" de J.L. Borges ("Ficciones") en que el protagonista, debido a un accidente pierde la capacidad de olvidar, lo que le trae como consecuencia perder la capacidad de pensar (ya que esta necesita de la abstracción y de las generalizaciones que a su vez requieren del olvido de las diferencias), señala "mi memoria, señor, es como un vaciadero de basuras".

<sup>112</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. 1995. P. 66

<sup>113</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. 1995. P. 67

Sin embargo hubo un tiempo muy largo en que esta “conciencia” no se había aún desarrollado, ni nacido. Era necesario, por tanto, hacerle una memoria al hombre. ¿Cómo lograr esto?: “Para que algo permanezca en la memoria, se lo graba a fuego; sólo lo que no cesa de doler permanece en la memoria.”<sup>114</sup> En efecto, el dolor (bajo la forma de sacrificios, martirios y toda suerte de rituales y procedimientos, entre los cuales se cuentan los rituales de castigo) ha sido en este sentido, el más poderoso aliado de la mnemotécnica, de la necesidad de fijar en la memoria del hombre una “conciencia”. En este punto Nietzsche hace la primera aproximación al problema específico de la pena. Señala que el hombre de épocas pretéritas era “esclavo de los afectos y la concupiscencia” y que para lograr mantener presentes en ellos “unas cuantas exigencias primitivas de la convivencia social” fue necesario diseñar un sistema de leyes penales extremadamente duras y crueles. Es así como Nietzsche postula que la dureza y crueldad de los rituales de castigo estaba en directa relación con la poca capacidad del hombre para adecuarse por sí mismo a la convivencia social. Sin embargo no legitima ni justifica este proceder, ya que agrega: “Con la ayuda de tales imágenes y procedimientos se acaba por retener en la memoria cinco o seis “no quiero”, respecto a los cuales uno ha dado su promesa con el fin de vivir entre las ventajas de la sociedad, -y ¡realmente!, ¡con ayuda de esa especie de memoria se acabó por llegar “a la razón”! –Ay, la razón, la seriedad, el dominio de los afectos, todo ese sombrío asunto que se llama reflexión, todos esos privilegios y adornos del hombre: ¡qué caros se han hecho pagar!, ¡cuánta sangre y horror hay en el fondo de todas las “cosas buenas”!...”<sup>115</sup>

Nuevamente utilizando el análisis filológico y de las etimologías, Nietzsche nos señala que el concepto capital de la moral (y que posteriormente pasaría a ser también un concepto capital del reproche jurídico-penal del delito, aunque ya, bajo otra estructura), la “culpa” (Schuld) procede del material concepto de “tener deudas” (Schulden)<sup>116</sup>. La pena en su origen y desarrollo no tuvo bajo ningún aspecto consideración acerca de la libertad o falta de libertad de la voluntad. Los conceptos de “intencionalidad”, “negligencia”, “imputable” como elementos que se tienen en cuenta al momento de dictaminar una pena fueron introducidos muy posteriormente, ya que necesitaban de un “alto grado de humanización” y agrega “quien los sitúa en los comienzos, yerra toscamente sobre la psicología de la humanidad más antigua.”<sup>117</sup> En efecto, el axioma que ahora nos resulta tan natural, obvio y que nos parece ser de la esencia en la aplicación de una pena de que “el autor de un delito merece la pena porque habría podido actuar de otro modo” durante largos periodos de la Historia (y de la Historia de la pena en específico) fue por completo desconocido. En dichos extensos periodos de la Historia las penas se imponían sin tener en cuenta este presupuesto, sino pura y

<sup>114</sup> Nietzsche, Friedrich. Op. cit. 1995. P. 69

<sup>115</sup> Nietzsche, Friedrich, Op. cit. 1995. P. 71

<sup>116</sup> El traductor, Andrés Sánchez Pascual, en la nota a pie de página (71) explica: “En alemán la palabra Schuld significa indistintamente “culpa” y “deuda”. El texto del Padrenuestro decía: “Perdónanos nuestras deudas (culpas)”.

<sup>117</sup> Nietzsche. Op. cit. 1995. P. 72

simplemente con la motivación de la cólera, de la ira, que ocasiona un perjuicio sufrido, la cual se deja caer sobre el causante de este daño o perjuicio. Sin embargo cabe preguntarse ahora ¿qué era lo que mantenía esta cólera dentro de determinados límites e impedía que se manifestará de forma desbordada?. La respuesta viene dada por la idea de que todo daño o perjuicio tiene un “equivalente” y puede ser compensado de alguna forma, aunque sea, o incluso con un dolor del causante de dicho daño o perjuicio. Nietzsche indica que esta antigua idea de la equivalencia entre perjuicio y dolor proviene de la relación contractual entre los sujetos de derecho acreedor y deudor, y las formas básicas de compra, venta, intercambio y comercio.

Otra vez recurriendo al saber histórico, Nietzsche nos recuerda y nos muestra como en épocas de la Antigüedad, el deudor, mediante el contrato que ha celebrado con su acreedor y para efectos de imponer dentro de su conciencia el deber de la restitución o en general el cumplimiento de lo pactado empeña para el caso de no cumplimiento algo que aún posee (su cuerpo <sup>118</sup>, su libertad, su mujer o su vida). Cita el ejemplo del Derecho Romano en que la Ley de las XII Tablas establecía que los acreedores podían cortar del cuerpo del deudor tanto como pareciese adecuado al monto de la deuda <sup>119</sup>.

Ahora bien, cabe preguntarse de que modo este tipo de situaciones compensaban la pérdida de índole económica sufrida por el acreedor, ya que racionalmente carece de sentido que se proceda de esta forma en caso de incumplimiento por parte del deudor. Nietzsche responde que la equivalencia, en vez de estar representada por una ventaja proporcional o equivalente con el perjuicio sufrido (que tendría que ser también de tipo económica: compensación en tierras, joyas o dinero) esta dada por el hecho de que al acreedor se le concede al acreedor como compensación un “sentimiento de bienestar”. “El sentimiento de bienestar del hombre a quien le es lícito descargar su poder, sin ningún escrúpulo, sobre un impotente, la voluptuosidad de hacer el mal por el placer de hacerlo(...) Por medio de la “pena” infligida al deudor, el acreedor participa en un derecho de señores “ <sup>120</sup>. Una situación del todo análoga se da cuando la aplicación de las penas ha pasado ya a la autoridad y se ha transformado en la “legítima potestad punitiva”: la

<sup>118</sup> Véase por ejemplo, la situación presentada por Shakespeare en su obra “El mercader de Venecia” (1598) en la cual el deudor consiente en perder una libra de la carne de su cuerpo en caso de no pagar a su acreedor.

<sup>119</sup> Al respecto Ursicino Alvarez en su “Curso de Derecho Romano” señala: “...si no paga (el deudor), el pretor autoriza la ejecución del derecho del acreedor sobre la persona del deudor con la palabra *addico* y el acreedor queda, en su virtud, facultado para llevarse a su casa al *addictus*, y tenerlo en ella atado con cadenas cuyo peso no debe exceder de 15 libras; si el deudor no atiende por sí mismo a su manutención, debe proporcionarle una libra diaria de harina de espelta, cuando menos. Esta detención no puede durar más de sesenta días, y durante ellos el acreedor viene obligado a llevarlo al foro durante tres días de mercado consecutivos, proclamando en alta voz el importe de la deuda, por si algún pariente o amigo decide intervenir en su favor pagando lo que debe. Pasado los sesenta días sin que esto suceda, queda la persona del deudor completamente a merced del acreedor, que ejercita su derecho sobre el cuerpo del juzgado como tenga oportuno: venidendole fuera de Roma como esclavo (trans Tiberim), o dándole muerte; y un texto de las XII Tablas, que vanamente se ha intentado dulcificar por los autores, admite incluso, en la hipótesis de que los acreedores sean varios, que puedan repartirse en pedazos su cuerpo en proporción a la cuantía de su deuda respectiva (*secare partis*)”. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Pág. 257

<sup>120</sup> Nietzsche. Op. cit. 1995. P. 74

compensación que implica la pena consiste en una “remisión y en un derecho a la crueldad.”<sup>121</sup> El sufrimiento es una compensación de “deudas” en la medida de que el perjudicado cambia el daño producido por el incumplimiento por un “extraordinario contra-goce: el hacer-sufrir”.

Se ha querido explicar esto que señalamos con el concepto de “venganza”, pero éste resulta del todo inútil ya que nos remite al mismo problema: “¿cómo puede ser una satisfacción el hacer sufrir?”. “Ver sufrir produce bienestar; hacer sufrir, más bienestar todavía —ésta es una tesis dura, pero es un axioma antiguo, poderoso, humano, demasiado humano (...) Sin crueldad no hay fiesta: así lo enseña la más antigua, la más larga historia del hombre —y también en la pena hay muchos elementos festivos!—”<sup>122</sup>.

Como ya se ha señalado el sentimiento de culpa (schuld) nació de la más antigua relación entre acreedores y deudores, ya que en esta relación se da por vez primera un enfrentamiento en el cual ambas partes se medían entre sí: “Fijar precios, tasar valores, imaginar equivalentes, cambiar —esto preocupó de tal manera al más antiguo pensamiento del hombre, que constituye en cierto sentido, el pensar...”<sup>123</sup> De esta forma se llega, mediante un proceso de generalización a establecer que “toda cosa tiene su precio; todo puede ser pagado”, y de esta forma nace la primera concepción humana sobre la Justicia, que estaba determinada por la equivalencia de las prestaciones en el intercambio (lo cual necesariamente requería de un proceso de objetivación para establecerla).

Pero Nietzsche va más allá aún. Señala que la comunidad mantiene con sus integrantes una relación análoga a la relación entre acreedor y deudor, en la cual la comunidad se pone en el plano del acreedor y se considera al individuo como deudor de ésta. En efecto, el individuo al vivir en comunidad disfruta de una serie de ventajas: seguridad, paz, tranquilidad. Pero el individuo también se encuentra obligado con respecto a la comunidad: justamente en no realizar acciones que atenten contra esa seguridad, paz y tranquilidad con que lo provee ésta. Con respecto a quien no respeta esta obligación, es considerado un sujeto infractor que “ha quebrantado frente a la totalidad, el contrato<sup>124</sup> y la palabra con respecto a todos los bienes y comodidades de la vida en común, de los que hasta ahora había participado.”

El individuo que ha quebrantado estas normas básicas de la comunidad primigenia se considera que no sólo no ha cumplido con la relación contractual que mantiene con la comunidad, sino que además incluso ha atentado en contra de su acreedor, lo que trae

---

<sup>121</sup> Idem.

<sup>122</sup> Nietzsche. Op. cit. 1995. P. 76

<sup>123</sup> Nietzsche., Op. cit. 1995. P. 80, incluso agrega “Acaso todavía nuestra palabra alemana “hombre”(Mensch, manas) exprese precisamente algo de ese sentimiento de sí: el hombre se designaba como el ser que mide valores, que valora y mide, como el “animal tasador en sí”.

<sup>124</sup> Cabe aclarar que respecto a este punto en ningún caso se está aludiendo al “contrato social” u otra forma similar. Más adelante explicaremos la refutación nietzscheana a las nociones contractuales de la sociedad.



como consecuencia no sólo que la comunidad cese en cumplir con su parte del acuerdo (es decir otorgarle protección, seguridad y tranquilidad al individuo), sino que lo expulsa fuera de sí. Nietzsche señala que la pena en este nivel de las costumbres es la reproducción del comportamiento que se tiene frente al enemigo odiado, desarmado y vencido. La pena, al igual que la victoria en una guerra se presenta como una cruel e inmisericorde fiesta. Agrega que esto explica que en la guerra se hayan producido todas las formas en que la pena se ha manifestado en la historia.

En un siguiente nivel de “evolución”, la comunidad ha logrado acrecentar y consolidar su poder. Debido a esto, las infracciones no son consideradas tan peligrosas para la existencia del “todo” como en la fase anterior. El sujeto que ha cometido una acción delictiva es protegido contra la cólera general, se buscan “equivalentes” para llegar a arreglos, sobre la base de la voluntad de considerar que todo delito es en alguna forma “pagable”. Esta voluntad se traduce en la intención de separar al sujeto infractor de su acción<sup>125</sup>.

De esta forma Nietzsche argumenta que existe una relación inversamente proporcional entre el poder y la autoconsciencia de una comunidad determinada y la severidad de su Derecho Penal. Cuando el poder y la cohesión de esta se acrecientan,

los castigos se suavizan, se “humanizan” y “todo debilitamiento y todo peligro un poco grave de aquélla vuelven a hacer aparecer formas más duras de éste.”<sup>126</sup> Tal como el acreedor se vuelve más benevolente en la medida en que más riquezas ha acumulado (en último término la medida de su riqueza estaría dada por la cantidad de perjuicios que pudiera soportar sin padecer por ello).

De esta relación inversamente proporcional se podría derivar eventualmente lo que Nietzsche denomina “autosupresión de la Justicia” que es una manifestación del privilegio del más poderoso, su “más allá del derecho”, que se conoce bajo el nombre de “gracia”.

Nietzsche prosigue su discurso argumentando en contra de quienes como Dühring señalan que el elemento esencial de la justicia es la venganza, llenando el contenido de lo que es tenido como justo nada más que con elementos reactivos. Para el autor de “Así

hablaba Zarathustra” en cambio, la Justicia se compone de manera principal por los afectos activos: la voluntad de poder y la ambición de dominio. En efecto, la venganza lo único que toma en consideración es el punto de vista de la víctima, del perjudicado, en cambio en la medida que se desarrolla el Derecho y la Justicia, la reacción ante el hecho delictivo se hace cada vez más impersonal, se objetiviza, pues los delitos son considerados como atentados contra la Ley, contra la “potestad suprema misma” y no contra quien sufre personalmente el hecho delictivo. “Históricamente considerado, el derecho representa en la tierra (...) la lucha precisamente contra los sentimientos reactivos, la guerra contra éstos realizada por poderes activos y agresivos, los cuales empleaban parte de su fortaleza en imponer freno y medida al desbordamiento del pathos reactivo y en obligar por la violencia a un compromiso.”<sup>127</sup>

<sup>125</sup> Agrega “ –éstos son los rasgos que se han impreso cada vez más claramente en el ulterior desarrollo del Derecho Penal.” P. 83

<sup>126</sup> Nietzsche. Op. cit. 1995. P. 83

Cabe aclarar que Nietzsche habla de la Justicia, entendiéndola despojada de todo elemento valorativo o moral. Justo es lo que define por tal quien tiene el poder para hacerlo e imponer como válida dicha definición. No existe nada que sea naturalmente “injusto”, ya que “la vida actúa esencialmente, es decir, en sus funciones básicas, ofendiendo, violentando, despojando, aniquilando, y no se le puede pensar en absoluto sin ese carácter”<sup>128</sup>. En este mismo sentido natural y no axiológico, las situaciones de Derecho son siempre situaciones de excepción “que constituyen restricciones parciales de la auténtica voluntad de la vida, la cual tiende hacia el poder, y que están subordinadas a la finalidad global de aquella voluntad como medios particulares; es decir, como medios para crear unidades mayores de poder”<sup>129</sup>. De esta forma un ordenamiento jurídico elaborado de manera general como medio en contra de toda lucha y conflicto, y no como medio en la lucha de complejos de poder sería un ordenamiento “hostil a la vida”, “un camino tortuoso hacia la nada”, es decir, una manifestación del nihilismo del hombre y de su decadencia.

Continuando con su análisis de la pena, Nietzsche critica a quienes ingenuamente pretenden ver una determinada “finalidad” en la pena, ya sea por ejemplo, la intimidación o la retribución y colocan esa finalidad vista por ellos, sin ningún tipo de profundidad en su análisis, al comienzo, como causa generadora de la pena, confundiendo groseramente, de esta forma, origen y finalidad.

El pensador alemán postula una tesis bastante polémica, sobretodo para su época, que la finalidad en el Derecho (haciendo alusión a la obra de Von Ihering) es lo último que debe utilizarse para la historia genética de aquél. En efecto, explica “que la causa de la génesis de una cosa y la utilidad final de ésta, su efectiva utilización e inserción en un sistema de finalidades, son hechos *toto coelo* (totalmente) separados entre sí; que algo existente, algo que de algún modo ha llegado a realizarse es interpretado una y otra vez, por un poder superior a ello, en dirección a nuevos propósitos, es apropiado de un modo nuevo, es transformado y adaptado a una nueva utilidad; que todo acontecer en el mundo orgánico es un subyugar, un enseñorearse y que, a su vez, todo subyugar y enseñorearse es un reinterpretar, un reajustar, en los que, por necesidad, el “sentido” anterior y la “finalidad” anterior tienen que quedar oscurecidos o incluso totalmente borrados. Por muy bien que se haya comprendido la utilidad de un órgano fisiológico cualquiera (o también de una institución jurídica, de una costumbre social, de un uso político, de una forma determinada en las artes o en el culto religioso), nada se ha comprendido, aún con ello respecto a su génesis: aunque esto pueda sonar muy molesto y desagradable a oídos más viejos, -ya que desde antiguo se había creído que en la finalidad demostrable, en la utilidad de una cosa, de una forma, de una institución, se hallaba también la razón de su génesis, y así el ojo estaba hecho para ver, y la mano estaba hecha para agarrar. También se ha imaginado de este modo la pena, como si hubiera sido inventada para castigar. Pero todas las finalidades, todas las utilidades son

<sup>127</sup> Nietzsche. Op. cit. 1995. P. 85

<sup>128</sup> Nietzsche. Op. cit. 1995. P. 86

<sup>129</sup> Nietzsche. Op. cit. 1995 p. 87

sólo indicios de que una voluntad de poder se ha enseñoreado de algo menos poderoso y ha impreso en ello, partiendo de sí misma, el sentido de una función; y la historia entera de una “cosa”, de un órgano, de un uso, puede ser así una interrumpida cadena indicativa de interpretaciones y reajustes siempre nuevos, cuyas causas, no tienen siquiera necesidad de estar relacionadas entre sí, antes bien a veces se suceden y se revelan de un modo meramente casual. El “desarrollo” de una cosa, de un uso, de un órgano es, según esto, cualquier cosa antes que su progressus hacia una meta, y menos aún un progreso lógico y bravísimo, conseguido con el mínimo gasto de fuerza y de costes, -sino la sucesión de procesos de avasallamiento más o menos profundos, más o menos independientes entre sí, que tienen lugar en la cosa, a lo que hay que añadir las resistencias utilizadas en cada caso para contrarrestarlos, las metamorfosis intentadas con una finalidad de defensa y de reacción, así como los resultados de contraacciones afortunadas. La forma es fluida, pero el “sentido” lo es todavía más....”<sup>130</sup>

La forma es fluida, pero el “sentido” lo es aún más. Esta es la clave explicativa de Nietzsche con respecto a los problemas de orden conceptual que hemos visto que presenta la pena. Es así como en el §13 señala que en la pena se pueden distinguir dos elementos:

1) Una cierta secuencia rigurosa de procedimientos, que sería lo relativamente duradero en la pena: el acto, el “drama”, los rituales de imposición y aplicación de la misma.

2) La finalidad de la pena, el sentido de la misma, representada por las expectativas que se generan con la aplicación y ejecución de los procedimientos, de los rituales. Este elemento de la pena, es lo “esencialmente fluido” de ella.

A diferencia de lo que han postulado los demás “genealogistas del derecho” que pensaban que el procedimiento había sido inventado para efectos de llevar a cabo la finalidad única, inmutable, originaria de la pena, Nietzsche plantea que utilizando la metodología histórica, genealógica como él lo ha hecho se llega a la conclusión contraria, que el procedimiento es más antiguo que su utilización para la pena. En efecto, ya vimos como el procedimiento de la pena era utilizado desde antes como una forma de compensación para el acreedor defraudado en sus expectativas por el deudor incumplidor de sus obligaciones. Esta compensación tenía la forma de la pena, pero no la finalidad, no los sentidos que se le han añadido posteriormente.

Esta finalidad de la pena (finalidades para ser más precisos) como elemento fluido de la pena presenta no ya un único sentido, sino que más bien una síntesis de sentidos. Actualmente todas las finalidades para las cuales se ha utilizado la pena durante la historia, durante “su” historia, se han amalgamado en una unidad difícil de disolver y analizar.

En estadios anteriores esta síntesis de sentidos y finalidades aparece como más “soluble” y “todavía se puede percibir cómo los elementos de la síntesis modifican su valencia y, por tanto, su orden para cada caso particular, de tal modo que unas veces es un elemento, y otras veces otro distinto el que destaca y domina a costa de los otros, más

<sup>130</sup> Nietzsche. Op. cit. 1995. Pgs. 87 y 88.

aún, a veces un único elemento (por ejemplo, la finalidad de intimidar) parece eliminar a todos los demás.”<sup>131</sup>

Nietzsche ejemplifica su visión y su planteamiento sobre la pena en relación a que un mismo procedimiento se puede utilizar, reinterpretándolo para ajustarlo a propósitos y finalidades absolutamente distintas, a veces hasta opuestas. Así pueden existir o haber existido las siguientes finalidades y sentidos de la pena:

a) Pena como neutralización de la peligrosidad, como “inocuidación”, como impedimento de un daño ulterior, en el sentido de la prevención especial negativa.

b) Pena como aislamiento de una perturbación del equilibrio, para prevenir la propagación de la perturbación, en el sentido de las prevenciones generales.

c) Pena como inspiración de temor respecto a quienes determinan y ejecutan la pena.

Es decir, como medio directo para la mantención del poder a través del temor. Aspecto de la prevención general negativa existente desde tiempos remotos en Estados y comunidades aún no lo suficientemente cohesionadas.

d) Pena como una especie de compensación por las ventajas disfrutadas hasta aquel momento por el infractor. Por ejemplo, utilizándolo como esclavo para las minas, o más modernamente mediante la institución del trabajo forzado.

e) Pena como fiesta, es decir, como violentación y burla de un enemigo finalmente abatido. Por ejemplo los rituales de degradación y humillación que implicaban la exhibición de prisioneros o las ceremonias de ejecución pública en las monarquías absolutas en las cuales se manifestaba en todo su esplendor el “sobrepoder” del soberano.

f) Pena como declaración de guerra y medida de guerra contra un enemigo de la paz, de la ley, del orden, de la autoridad, al que, por considerársele peligroso para la sociedad, violador de los pactos que afectan a los presupuestos de la misma, por considerársele un rebelde, traidor y perturbador de la paz, se le combate con los medios que proporciona precisamente la guerra<sup>132</sup>. (actualmente este “sentido” nos resulta bastante familiar, debido a que es uno de los elementos esenciales de los movimientos de “ley y orden”, “tolerancia cero” y de “guerra contra la delincuencia” o “guerra contra el terrorismo”.)

Obviamente esta lista no es desde ningún aspecto exhaustiva. Existen y han existido muchas otras finalidades y sentidos que se han introducido en la pena, como por ejemplo: La pena como medio de generar conformidad en las clases económicamente carenciadas con su propia situación y que de esta manera no opten por la alternativa criminal como medio para mejorar sus condiciones de vida (concepto de “menor elegibilidad”)<sup>133</sup>. También la pena como medio de domesticar y volver dóciles a los encarcelados para que de esta manera acepten condiciones de trabajo más duras en el mercado laboral, para que se sometan de buena gana al destino de las clases bajas.<sup>134</sup>

---

<sup>131</sup> Nietzsche, Op. cit. 1995. p. 91

<sup>132</sup> Nietzsche, Op. cit. 1995. P. 91 y 92.

<sup>133</sup> Rusche y Kirchheimer, “Pena y Estructura social”. Editorial Temis, Bogotá. p. 94

El origen de las “conductas criminales” y de su etiquetamiento como tales por parte del Estado se explican en los mismos términos que el origen de la “mala conciencia”. Esta surge del radical cambio que ocurre en el hombre, en el individuo cuando se encuentra definitivamente enclaustrado en la sociedad, el Estado, la paz. El hombre acostumbrado a vivir de acuerdo a sus instintos, indispensables para la guerra, la aventura, la caza, el vagabundaje de pronto se ve inserto e inscrito en un sistema de cosas que le exige que deseché dichos instintos reguladores. “ -¡Estaban reducidos, estos infelices, a pensar, a razonar, a calcular, a combinar causas y efectos, a su “consciencia”, a su órgano más miserable y expuesto a equivocarse!”<sup>135</sup> . Por otro lado estos instintos que fueron forzados a ser reprimidos mediante los artificios anteriormente citados no habían dejado de reclamar sus exigencias y muy pocas veces era posible satisfacerlos, por lo que el Hombre tuvo que buscar nuevas formas de apaciguarlos. “Todos los instintos que no se desahogan hacia fuera se vuelven hacia adentro”.

La pena en ese sentido fue un instrumento que ayudó notablemente en este proceso llevado a cabo por la organización estatal para efectos de protegerse contra esos viejos instintos de la libertad. Así mediante la moral, la religión, el derecho y en específico la pena el proceso de organización estatal logró que los instintos del hombre “se volvieran contra el hombre mismo”. Un grupo de individuos no sometidos a inhibiciones ni formas se vieron de pronto insertos en una organización rigurosa, iniciada con actos de violencia. Este sería el origen de la “mala conciencia” que se caracteriza por los sentimientos de culpa y por la inhibición malsana de los instintos.

Sin embargo y a pesar del largo tiempo que lleva dándose este proceso, incesantemente siguen surgiendo nuevas manifestaciones de estos instintos hacia fuera, exteriormente. Una de estas manifestaciones son las conductas que el Estado define y califica como delictivas.

Esta modificación que implica esta “interiorización coactiva de los instintos” se presentó como una ruptura, no gradual, ni voluntaria. En efecto, el Estado surge cuando una horda de individuos poderosos, conquistadores, “bárbaros” organizados para la guerra y con la fuerza necesaria para “organizar” someten, sojuzgan, a una población muchas veces superior en número, pero carente de organización, informe, errabunda. Esta es la forma en la cual surge el Estado, mediante la violencia y la imposición coactiva<sup>136</sup> . Tal vez y en el sentido antes señalado, las conductas definidas como delito no sean más que formas de rebelarse en contra de esta imposición violenta originaria. Así es como nuestro autor puede decir con propiedad que “Los abogados de un criminal raramente son lo suficientemente artistas como para volver en provecho del culpable lo que hay de hermosamente horrible en su acto.”<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> Rusche y Kirchheimer, Op. cit. p. 107

<sup>135</sup> Nietzsche. Op. cit. 1995. P. 96

<sup>136</sup> Nietzsche, Op. cit. 1995. P. 98. Agrega: “...pienso que así queda refutada aquella fantasía que le hacía comenzar con un “contrato”. Quien puede mandar, quien por naturaleza es “señor”, quien aparece despótico en obras y gestos -¡qué tiene él que ver con contratos!”.

Luego, es fácil que ahora nos podamos percatar que es una mala interpretación bastante generalizada del pensamiento de Nietzsche el identificar a los fuertes que él alaba con aquellos que en cada momento histórico dominan e imponen su voluntad de poder con características de hegemonía. Como hemos visto durante este repaso a los postulados nietzscheanos, en realidad son ahora los débiles y malogrados (que ven como un mérito y un logro su forma de ser) quienes se han apoderado no sólo de la moral y de las valoraciones hegemónicas, sino que además de todas las construcciones e instituciones sociales que se basan en ellas. Fuerte en cambio es el poder activo (no reactivo), creador y generoso. Fuerte es el que se rebela ante las imposiciones hegemónicas y las transgrede, y en ese sentido el loco, el criminal, el poeta, el genio, son fuertes, ya que transgreden la imposición social<sup>138</sup>.

A través de este capítulo hemos visto como Nietzsche nos muestra, mediante su análisis genealógico, la imposibilidad de reconducir la pena a un concepto material, ya que “sólo es definible aquello que no tiene historia”<sup>139</sup>. La pena es un instrumento del cual se han apoderado sucesivamente y a veces en forma simultánea diversas voluntades de poder que han impreso en ella sus valoraciones, sus sentidos y sus propias finalidades. Esto es y ha sido tan así que en la actualidad en la pena se amalgaman y yuxtaponen sentidos y finalidades que incluso resultan incompatibles entre sí.

Nietzsche no nos da la solución sobre el problema de la pena, pero su diagnóstico es preciso y de suma importancia en ayudarnos a dilucidar los motivos y las condiciones que nos han llevado a la actual evidente e insostenible crisis de legitimación que atraviesa a todo el Sistema Penal. Teniendo claro porque se ha llegado a esto, tal vez estemos en mejor posición para buscar una respuesta coherente y sensata a los problemas que nos plantea el castigo.

---

<sup>137</sup> Más Allá del Bien y el Mal, aforismo 110. Alianza Editorial. 1983 p. 99.

<sup>138</sup> Así vemos que en la cita a Trasímaco con que comenzamos este capítulo este identifica a los fuertes con quienes tienen “la autoridad en sus manos”. Para Nietzsche esto históricamente no necesariamente ha sido así, y ya en la modernidad excluye definitivamente esa posibilidad.

<sup>139</sup> Nietzsche. Op. cit. 1995. p. 91

## CAPITULO III.- PANOPTISMO Y SOCIEDAD DISCIPLINARIA. LA OBRA DE MICHEL FOUCAULT.

***“¿Has olvidado lo que aprendiste en la Universidad: que Dios puede convertir el mal en bien y que no se le debe impedir esta ocasión? Item, alguien tendrá que estar siempre loco y enfermo, para que los demás no tengan que estarlo más.” (Thomas Mann en “doktor faustus”) “...un verdadero político ata mucho más fuertemente por la cadena de sus propias ideas. Sujeta el primer cabo al plano fijo de la razón; lazo tanto más fuerte cuanto que ignoramos su textura y lo creemos obra nuestra...”<sup>140</sup> (J. M. Servan, 1767)***

Sin lugar a dudas la obra del filósofo francés Michel Foucault es de referencia obligada en cualquier trabajo que pretenda analizar la dinámica y el desenvolvimiento efectivo del

<sup>140</sup> La cita completa dice: “Cuando hayáis formado así la cadena de las ideas en la cabeza de vuestros ciudadanos, podréis entonces jactaros de conducirlos y de ser sus amos. Un déspota imbécil puede obligar a unos esclavos con una cadena de hierro; pero un verdadero político ata mucho más fuertemente por la cadena de sus propias ideas. Sujeta el primer cabo al plano fijo de la razón; lazo tanto más fuerte cuanto que ignoramos su textura y lo creemos obra nuestra; la desesperación y el tiempo destruyen los vínculos de hierro y de acero, pero puede nada contra la unión habitual de las ideas, no hacen sino estrecharla más; y sobre las flojas fibras del cerebro se asienta la base inquebrantable de los imperios más sólidos.” En “Discursos sobre la Administración de la Justicia Criminal”. Ginebra. 1767. p.35. Citado por Foucault. Op. Cit. 1991. p. 107.

castigo en la sociedad. Además su obra cobra gran relevancia en el enfoque que se le ha dado a este trabajo, pues tanto su método de trabajo como sus planteamientos son tributarios de la obra de Friedrich Nietzsche que ya hemos analizado y expuesto en el capítulo anterior, y en consecuencia se presentan como una continuación, una profundización y no pocas veces en una superación del trabajo del filósofo alemán.

Es así como el método de análisis que utiliza Foucault es al igual que en la obra de Nietzsche, la genealogía, método que se caracteriza por oponerse a las teorías totalitarias globales, por oponerse a la búsqueda de un origen (Ursprung) metahistórico de conceptos absolutos e inamovibles<sup>141</sup> y por rechazar la idea de una evolución continua, de una teleología, trabajando con los quiebres y las discontinuidades. La genealogía se encarga de remover lo que parecía inmóvil, de fragmentar lo que se visualizaba como unido, mostrando la heterogeneidad. En definitiva, por sospechar y poner entre signos de interrogación lo aceptado como verdadero oficialmente.

En palabras del propio Foucault: “ La genealogía (...) se opone (...) al despliegue metahistórico de las significaciones ideales y de los indefinidos teleológicos. Se opone a la búsqueda del “origen”. (...) Buscar un tal origen, es intentar encontrar “lo que estaba ya dado”, lo “aquello mismo” de una imagen absolutamente adecuada a sí; es tener por adventicias toda las peripecias que han podido tener lugar, todas las trampas y todos los disfraces. Es intentar levantar las mascararas, para develar finalmente una primera identidad. Pues bien, ¿si el genealogista se ocupa de escuchar la historia más que de alimentar la fe en la metafísica, qué es lo que aprende? Que detrás de las cosas existe algo muy distinto: En absoluto su secreto esencial y sin fechas, sino el secreto de que ellas están sin esencia, o que su esencia fue construida pieza por pieza a partir de figuras que le eran extrañas.”<sup>142</sup>

### III.1.-El poder y los poderes.

De esta forma Foucault se propone radicalizar el estudio crítico sobre el poder. En primer término nos plantea que no se debe hablar del poder como si fuera uno y centralizado. Toda sociedad se encuentra entrecruzada y atravesada por una red de poderes, de distinto nivel, con desigual fuerza, con diversa eficacia y apuntando a distintas direcciones<sup>143</sup>. El poder no se encuentra arriba, en la cúspide de una pirámide desde la cual se ramifica hacia abajo (rechazo a la concepción teológica feudal). Las clases sociales, la familia, la escuela, los grupos restringidos, las instituciones en general son puntos de

<sup>141</sup> En su obra “La Arqueología del saber” plantea que los conceptos son construcciones dinámicas que van naciendo y desarrollándose en distintos campos de constitución y validez, y mediante sucesivas reglas de uso. Así en relación con la concepción inmóvil del humanismo señala que el hombre es una invención reciente.

<sup>142</sup> Foucault, Michel “Nietzsche, la genealogía, la historia”. Editorial Pre-Textos, Valencia, España.1997.

<sup>143</sup> Rojas Osorio, Carlos “Foucault y el Pensamiento Contemporáneo”. Editorial de la Universidad de Puerto Rico. 1995.



condensación de las redes de poder. De esta forma se puede decir que el poder “viene de abajo”: no se dan en las relaciones de poder una oposición binaria y global entre dominadores y dominados. Estos grupos que actúan en el conjunto del cuerpo social forman una línea de fuerza general que atraviesa los enfrentamientos locales y los vincula. “Las grandes dominaciones son los efectos hegemónicos, sostenidos continuamente por la intensidad de todos esos enfrentamientos.”<sup>144</sup> En efecto, en la época moderna se han dado una serie de oposiciones y enfrentamientos entre trabajadores asalariados frente a los delincuentes, encarcelados, vagabundos, inmigrantes, desempleados, “El poder los enfrenta uno a uno, los utiliza para sus propios mecanismos de poder, sin que todos ellos resulten unidos para una lucha común.”<sup>145</sup>

En un segundo nivel de análisis postula que el poder no se posee, sino que el poder funciona. El poder es una estrategia, por consiguiente no es una propiedad, no se conquista ni se toma<sup>146</sup>. Por lo mismo, la oposición al poder tampoco le es externa. Todo poder crea resistencias, pero dichas resistencias son inherentes al poder mismo en cada una de sus manifestaciones estratégicas.<sup>147</sup> Los puntos de resistencia están presentes en todas partes dentro de la red de poder. Respecto del poder no existe, pues un lugar del gran Rechazo...<sup>148</sup> Y es así como el poder no está localizado, sino que es un efecto de conjunto que penetra todas las manifestaciones sociales. “...el poder se ejerce a partir de innumerables puntos, y en el juego de relaciones móviles y no igualitarias.”<sup>149</sup>

Foucault además profundiza el análisis del poder planteando que no sólo el poder tiene un efecto negativo represor, sino que también se manifiesta de forma positiva, produciendo discursos, ámbitos de saber, rituales de verdad, campos de realidad, estableciendo normas, normalizando, creando la distinción entre normal y anormal, estableciendo los límites entre lo bueno y lo malo. Rechaza además la tesis marxista de

<sup>144</sup> Foucault, Michel “Historia de la Sexualidad: La Voluntad de Saber”. Editorial Siglo XXI, Buenos Aires. 2002. P. 114

<sup>145</sup> Rojas Osorio, Carlos. Op. cit. p. 132

<sup>146</sup> En “Vigilar y Castigar”, Foucault señala: “Hay que admitir en suma que este poder se ejerce más que se posee, que no es el “privilegio” adquirido o conservado de la clase dominante, sino el efecto de conjunto de sus posiciones estratégicas, efecto que se manifiesta y a veces acompaña la posición de aquellos que son dominados. Este poder, por otra parte, no se aplica pura y simplemente como una obligación o una prohibición, a quienes “no lo tienen”; los invade, pasa por ellos y a través de ellos; se apoya sobre ellos, del mismo modo que ellos mismos, en su lucha contra él, se apoyan a su vez en las presas que ejerce sobre ellos. (...) El derrumbamiento de esos “micropoderes” no obedece, pues, a la ley del todo o nada; no se obtiene de una vez para siempre por un nuevo control de los aparatos ni por un nuevo funcionamiento o una destrucción de las instituciones; en cambio, ninguno de sus episodios localizados puede inscribirse en la historia como no sea por los efectos que induce sobre toda la red en la que está prendido”. Editorial Siglo XXI, México. 1991. p. 33.

<sup>147</sup> Así, Rojas Osorio concluye “De ahí que tampoco sea solución a la totalidad de la sociedad la mera toma del poder por un grupo. La lucha no puede centrarse principalmente ahí.”. Op. cit. p. 131

<sup>148</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 2002. P. 116

<sup>149</sup> Foucault. Op. cit. 2002. P. 115

que las relaciones de poder se hallan en un nivel superestructural, actuando simplemente de forma prohibitiva o mediante la reconducción, planteando que desempeñan un rol directamente productor.

Esta concepción limitada del poder, reducida al efecto negativo, incapaz de producir nada, salvo lograr que su sometido nada pueda tampoco, excepto lo que le deja hacer, Foucault la denomina "concepción jurídica del poder". A este respecto Foucault se pregunta el motivo de que se haya aceptado tan fácilmente esta concepción del poder. En sus propias palabras, señala: "Razón general y táctica que parece evidente: el poder es tolerable sólo con la condición de enmascarar una parte importante de sí mismo. Su éxito está en proporción directa con lo que logra esconder de sus mecanismos. ¿Sería aceptado el poder, si fuera enteramente cínico? Para el poder, el secreto no pertenece al orden del abuso; es indispensable para su funcionamiento. Y no sólo porque lo impone a quienes somete, sino porque también a éstos les resulta igualmente indispensable: ¿lo aceptarían acaso, si no viesen en ello un simple límite impuesto al deseo, dejando intacta una parte –incluso reducida– de libertad? El poder como puro límite trazado a la libertad, es, en nuestra sociedad al menos, la forma general de su aceptabilidad."<sup>150</sup>

La coherencia de las tácticas y estrategias del poder no viene dada por una especie de "supersujeto que todo lo controla". Efectivamente las relaciones de poder son intencionales, pero no son subjetivas: no hay poder que se ejerza sin una serie de objetivos, sin embargo esto no implica que esto resulte de la decisión de un sujeto individual. No hay un sujeto o grupo de individuos que administre el conjunto de la red de poder que funciona en una sociedad. El sujeto que lleva a cabo determinadas prácticas de poder no lo hace mediante un plan consciente o proyecto determinado, sino que se mueven utilizando determinados códigos (médico, político, de servicio público, etc.) y determinadas intenciones subjetivas como "llevar la salud a la población" o "hacer un país más seguro". Las relaciones de poder logran sus objetivos no a pesar de que estos sujetos que llevan a cabo las estrategias específicas de poder no sepan que lo hacen de manera funcional a los objetivos del poder, sino precisamente porque no lo saben. Si funciona es porque los sujetos están desprovistos de toda clarividencia de lo que hacen. La tesis central es, entonces, que el poder es más poderoso cuanto más sutil e imperceptible se manifieste. "La racionalidad del poder es la de las tácticas a menudo muy explícitas en el nivel en que se inscriben –cinismo local del poder–, que encadenándose unas con otras, solicitándose mutuamente y propagándose, encontrando en otras partes sus apoyos y su condición, dibujan finalmente dispositivos de conjunto..."<sup>151</sup>

Por otro lado basando sus planteamientos en Nietzsche y en la sofística griega, muestra como han existido dos visiones contrapuestas sobre la sociedad y el poder<sup>152</sup>.

En efecto, denominó "modelo jurídico" a la visión de mundo que concebía a la

---

<sup>150</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 2002. p. 105.

<sup>151</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 2002. p. 115

<sup>152</sup> Rojas Osorio, Carlos. Op. cit. p. 135

Sociedad y las relaciones intersubjetivas que se dan entre sus componentes como sometidas al Derecho. Según esta concepción, los individuos, voluntariamente habrían entregado parte de su capacidad de autodeterminación para poder lograr de mejor manera sus fines individuales y colectivos, compatibilizando al máximo posible, su libertad, con su seguridad. De esta manera, el poder de cada individuo y el poder del mismo Estado, quedan sometidos y subordinados al Derecho. Esta visión es la sustentada, claro que con varios matices, por Hobbes, Locke, Rousseau, etc. Desde esta visión, las críticas que se ejercían al poder y a la monarquía en específico, estaban referidas y centradas en los excesos e irregularidades que se cometían en el ejercicio del poder en relación a normas fundamentales de derecho.

La otra visión de la sociedad, que se opone al modelo jurídico tradicional es la que el pensador francés, denomina como "modelo estratégico" a la concepción de la Sociedad como campos de fuerzas. Fuerzas y poderes que a medida que se hacen hegemónicos moldean el Derecho y lo hacen su instrumento, funcional a sus intereses. Antecedentes de este concepto estratégico de lo social son: Trasímaco, Calicles, Maquiavelo y Nietzsche. Desde esta perspectiva, la analítica del poder no debe ya tomar al derecho como su modelo y su código. Para apreciar de mejor manera la tesis de Foucault con respecto al Derecho, es mejor que lo revisemos directamente:

"Ahora bien, a pesar de los esfuerzos realizados para separar lo jurídico de la institución monárquica y para liberar lo político de lo jurídico, la representación del poder continuó atrapada por ese sistema. Consideremos dos ejemplos. En Francia, la crítica de la institución monárquica en el siglo XVIII no se hizo contra el sistema jurídico-monárquico, sino en nombre de un sistema jurídico puro, riguroso, en el que podrían introducirse sin excesos ni irregularidades todos los mecanismos del poder, contra una monarquía que a pesar de sus afirmaciones desbordaba sin cesar el derecho y se colocaba a sí misma por encima de las leyes. La crítica política se valió entonces de toda una reflexión jurídica que había acompañado al desarrollo de la monarquía, para condenarla; pero no puso en entredicho el principio según el cual el derecho debe ser la forma misma del poder y que el poder debe ejercerse siempre con arreglo a la forma del derecho. En el siglo XIX apareció otro tipo de crítica de las instituciones políticas; crítica mucho más radical puesto que se trataba no sólo de mostrar que el poder real escapaba a las reglas de derecho, sino que el sistema mismo del derecho era una manera de ejercer la violencia, de anexarla en provecho de algunos, y de hacerla funcionar, bajo la apariencia de la ley general, las asimetrías e injusticias de una dominación. Pero esta crítica del derecho se formula aún según el postulado de que el poder debe por esencia, e idealmente, ejercerse con arreglo a un derecho fundamental".<sup>153</sup>

### III.1.1.-El Modelo de la Peste y el Modelo de la Lepra.

---

Siguiendo con el análisis del poder y de sus tácticas, Foucault distingue dos modelos ideales de ejercicio del mismo que fueron desarrollados en siglos pasados y que han inspirado las estrategias de poder de nuestras sociedades. Los dos modelos que tuvo

<sup>153</sup> Michel Foucault. Op. cit. 2002. p. 107.

Occidente para el control de los individuos. El modelo de la lepra que funciona por exclusión, y el modelo de la peste que funciona basándose en la noción de orden y control <sup>154</sup>.

Es sabido que durante la Edad Media se practicaba la exclusión de los leprosos como una práctica social que implicaba una partición rigurosa, una regla de no contacto entre el individuo sano y el individuo que padecía de lepra. Al leproso se le expulsaba a un mundo exterior, más allá de los límites de la comunidad. Constituyéndose, creándose, de esta forma dos masas, dos mundos, ajenos el uno al otro. Esta expulsión del leproso implicaba una descalificación jurídica y política (aunque no exactamente moral), tanto así que eran frecuentes los rituales de carácter fúnebre que se realizaban con respecto a los individuos que padecían de lepra, declarándoseles legalmente muertos y que, en consecuencia, implicaban que sus bienes eran considerados como transmisibles.

Este es precisamente el modelo de marginación que se usa, todavía en la actualidad con respecto a los locos, los criminales, los desviados, los niños “en situación irregular”, etc. ...cuando a mediados del siglo XVII se inició la gran caza de mendigos, los vagabundos, los ociosos, los libertinos, etc. –y se la sancionó, ya fuera con la expulsión de las ciudades de toda esta población flotante o bien con su confinamiento en los hospitales generales–, creo que la administración real activaba políticamente era una vez más la exclusión del leproso, o ese modelo.” <sup>155</sup>

Ya a comienzos del siglo XVIII este modelo de la lepra tiende a desaparecer. En lugar de este se reactiva otro modelo, casi tan antiguo como el de la exclusión del leproso. Es el modelo de la peste y la puesta en cuarentena de la ciudad apestada. Se operaba aislando un territorio determinado, generalmente una ciudad que quedaba configurada como un territorio cerrado. Pero a diferencia de la expulsión y marginación de la que era objeto el leproso, este territorio cerrado era objeto de un análisis fino y detallado.

Mediante los vigilantes que se asignaban a cada calle, los inspectores que se asignaban a cada barrio, los responsables de cada distrito y el gobernador o regidor responsable de la ciudad se crea un sistema en que cada habitante de la ciudad está constantemente vigilado y controlado. Así, cada individuo tenía asignada una ventana en la que debía presentarse cuando lo llamara el inspector (inspecciones que se realizaban dos veces al día), si no se presentaba era porque estaba en cama, y si estaba en cama, era porque estaba enfermo; y si estaba enfermo, era peligroso. Cuando se llegaba a este punto, los individuos de ese hogar eran clasificados en enfermos y sanos. Todo lo cual se registra en forma escrita en archivos.

Así este modelo de la peste “prescribe a cada cual su lugar, a cada cual su cuerpo, a cada cual su enfermedad y su muerte, a cada cual su bien, por el efecto de un poder omnipresente y omnisciente que se subdivide él mismo de manera regular e ininterrumpida hasta la determinación final del individuo, de lo que lo caracteriza, de lo

---

<sup>154</sup> Esta exposición se basa en la clase dictada por Foucault en el College de France el 15 de Enero de 1975 y que se encuentra recopilada por el Fondo de Cultura Económica (Argentina) en la obra “Los Anormales”. 2000. p. 50.

<sup>155</sup> Foucault. Op. cit. 2000. P. 51

que le pertenece, de lo que le ocurre. Contra la peste que es mezcla, la disciplina hace valer su poder que es análisis.”<sup>156</sup>

Así, este modelo es el ideal de toda sociedad disciplinaria, una sociedad atravesada de jerarquía, de vigilancia continua, de registro. La utopía de la ciudad perfectamente gobernada donde todo es visible, controlable, transparente y expuesto a la mirada analítica que etiqueta, separa, identifica, clasifica, califica, diferencia y normaliza.

A diferencia del modelo de la lepra que exige distancia, el modelo de la peste requiere una especie de aproximación cada vez más fina del poder en relación con los individuos. La reacción a la lepra es una reacción de tipo negativa, de rechazo, exclusión y marginación. En cambio, la reacción a la peste es positiva; una reacción de inclusión, observación, formación del saber, multiplicación de los efectos del poder a partir de la acumulación de la observación y el saber.

Para Foucault el reemplazo del modelo de la lepra por el modelo de la peste a partir del siglo XVIII es de suma importancia, pues corresponde a un proceso histórico que denomina: “invención de las tecnologías positivas de poder.”<sup>157</sup>

Sin embargo a pesar de ser modelos contrapuestos, en la práctica no han resultado ser incompatibles y vemos que en nuestras sociedades se combinan, se superponen y se yuxtaponen. Así vemos que se da el fenómeno de la aplicación de las técnicas de poder propias del modelo disciplinario en determinados espacios de exclusión, como en la cárcel, el hospital psiquiátrico, o las correccionales. Nuestras sociedades son sociedades de control basadas en el modelo de la peste, pero dentro de las cuales se dan determinados espacios de exclusión, de marginación y de estigmatización. Espacios, que sin embargo, son a su vez, manejados con las técnicas de control, vigilancia y registro propias del modelo de la peste, lo cual, mediante esta individualización, trae como consecuencia una profundización en la estigmatización y la exclusión de lo que se considera “anormal”.

### III. 2.-Cuando vigilar se hace más eficaz que castigar.

Michel Foucault, en su obra de 1975, “Vigilar y Castigar” comienza dándonos a conocer dos elocuentes imágenes: la ejecución pública de un regicida en el París de 1757 y la transcripción del reglamento horario de un reformatorio parisiense unos ochenta años más tarde. Mostrándonos el gran contraste entre estas dos formas de punición<sup>158</sup>, pretende introducirnos en el problema histórico que significa la desaparición del castigo como un espectáculo público de violencia contra el cuerpo, y explicar el surgimiento de la

---

<sup>156</sup> Foucault, Michel “Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión”. México. Editorial Siglo XXI. 1991. p. 201.

<sup>157</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 2000. P. 57

<sup>158</sup> Contraste que no sólo es de formas. Como veremos a continuación es un contraste y modificación en las finalidades y sentidos del castigo.

prisión como forma generalizada del castigo moderno. <sup>159</sup>

En efecto, en los siglos XVIII y XIX en Europa y Estados Unidos se produce una crisis de la economía de los castigos y se presenta un fenómeno de reorganización del sistema punitivo. Como consecuencia de lo anterior, la finalidad de la pena se modifica

(una nueva voluntad de poder se ha apoderado del castigo, introduciéndole un nuevo sentido). Ahora la reacción del ente con poder de castigo se dirige ya no a afectar el cuerpo del condenado, sino que su “alma” (según la terminología usada por G. de Malby). Por otro lado también hay una mutación en la objetividad del castigo, pues este ya no hace referencia al hecho delictivo mismo (aunque legalmente cada vez cobra más importancia el principio del actualmente denominado “Derecho penal del hecho”) sino que más bien pretende transformar al sujeto que cometió el hecho delictivo.

Estos cambios en la economía de los castigos dan lugar a la aparición de las llamadas ciencias humanas. El poder crea un saber, el modelo punitivo comienza a desarrollar criterios científicos de observación <sup>160</sup>.

Aparece un personal extrajudicial en la persona de psiquiatras, psicólogos, médicos, criminólogos que, con carácter administrativo etiquetan y estudian al inculcado, legitimando, y muchas veces determinando la decisión del juez. Aparece la diferenciación de las personas en términos de normal – anormal. La finalidad de la pena pasa a ser convertir al delincuente-anormal, curarlo, normalizarlo. Como ya habíamos señalado no se juzga el delito propiamente tal, sino que el “alma” del culpable: lo que fue, lo que es, lo que será y el grado de probabilidad de que vuelva a delinquir, prognosis de peligrosidad.

Evidente contraste con la organización punitiva anterior, hija del despotismo absoluto en que el castigo era concebido como suplicio. En efecto, el dolor físico no era un complemento de la pena, sino que la constituía. En esta forma y fin de la pena se presentan dos elementos interrelacionados en provecho del poder, de la reactivación del mismo: el cuerpo del suplicado y la resonancia del ceremonial <sup>161</sup>. De hecho el suplicio no implica la pérdida de toda moderación de la Justicia que se olvida de sus principios, sino que en estos excesos de los suplicios se manifiesta una determinada economía del poder.

La justicia absoluta del soberano debe manifestarse en una desproporción absoluta entre el poder del soberano y la insignificancia del infractor. La muerte no debe ser silenciosa, debe exhibirse a plena luz, para así exhibir la verdad del crimen. “Por eso necesita de una ceremonia en la cual la publicidad del ritual manifieste su sobrepoder” <sup>162</sup>. De esta forma el castigo-suplicio cumple una función jurídico-política, el ritual del suplicio tiene por finalidad última reconstituir la soberanía por un instante ultrajada con el acto criminal, reactivándola en toda su fuerza.

---

<sup>159</sup> Garland, David. Op. cit. p. 165

<sup>160</sup> Proceso que posteriormente terminará por extrapolarse a toda la sociedad.

<sup>161</sup> Marí, Enrique Eduardo. Op. cit. p. 164

<sup>162</sup> Marí, Enrique Eduardo. Op. cit. p. 165

En cierta forma el derecho del soberano a castigar es un aspecto de su derecho a hacer la guerra a sus enemigos. “Castigar pertenece a ese derecho de guerra, a ese poder absoluto de vida y muerte de que habla el derecho romano con el nombre de *merum imperium*, derecho en virtud del cual el príncipe hace ejecutar su ley ordenando el castigo del crimen. Pero el castigo es también una manera de procurar una venganza que es a la vez personal y pública, ya que en la ley se encuentra presente en cierto modo la fuerza físico-política del soberano...”<sup>163</sup>. El poder del soberano se configura como un poder armado, por esa razón determina a que sus funciones de orden no se encuentren completamente separadas de las funciones de guerra. Para este forma de poder, toda desobediencia es una forma de hostilidad, un comienzo de sublevación.<sup>164</sup>

Por otro lado, tenemos que en el procedimiento penal mismo, que conduce a este castigo en forma de suplicio se da lo que Marí denomina “una oscura alianza entre el castigo y la verdad”<sup>165</sup>. Lo cual cobra gran relevancia puesto que con este uso del castigo y el suplicio en pleno procedimiento judicial para descubrir la verdad del delito “se deja fuera de juego” a las tesis retribucionistas y utilitaristas. En efecto, el castigo ya no es ni retributivo, ni preventivo intimidatorio, ni correctivo, sino que una forma de interrogación para la obtención de un medio de prueba: la confesión. Foucault a este respecto señala: “La tortura judicial, en el siglo XVIII, funciona en medio de esta extraña economía en la que el ritual que produce la verdad corre parejas con el ritual que impone el castigo. El cuerpo interrogado en el suplicio es a la vez el punto de aplicación del castigo y el lugar de obtención de la verdad. Y de la misma manera que la presunción es solidariamente un elemento de investigación, y un fragmento de culpabilidad, por su parte el sufrimiento reglamentado del tormento es a la vez una medida para castigar y un acto de información.”<sup>166</sup>

Es importante destacar además que el Derecho Penal del Antiguo Régimen no funcionaba con un principio de *Tertium Non Datur* entre la inocencia y la culpabilidad, sino que admitía diversos grados de culpabilidad. La culpabilidad no comenzaba, una vez reunidas todas las pruebas. De esta forma una semiprueba no implicaba la declaración de inocencia del sospechoso, en tanto que no se había transformado en una prueba completa, sino que hacía del sospechoso un semiculpable. No se podía ser inocentemente sospechoso. Este sistema probatorio de índole aritmético y escolástico era la Prueba Legal o Tasada. Los medios de prueba eran definidos legalmente, legalmente además se establecía su valor y por otro lado los castigos, las penas, debían establecerse de forma proporcional a la cantidad de pruebas reunidas. Es decir no era el caso de que para que se llegue a la aplicación de un castigo se debía haber establecido la culpabilidad por una prueba plena entera y completa, sino que “el derecho clásico decía (...): si la adición no llega al grado mínimo de pruebas a partir del cual se puede

---

<sup>163</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 1991. p. 54

<sup>164</sup> Véase las coincidencias de este análisis con el que efectúa Nietzsche y que señalamos en el capítulo anterior.

<sup>165</sup> Marí, Enrique Eduardo. Op. cit. p. 167

<sup>166</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 1991. p. 48

aplicar la pena plena e íntegra (...) si tenemos simplemente tres cuartos de prueba y no una prueba plena, eso no quiere decir, que no hay que castigar. A tres cuartos de prueba, tres cuartos de castigo...".<sup>167</sup>

Para Foucault la ejecución pública de las penas en el siglo XVIII presenta los siguientes aspectos<sup>168</sup>:

1)Hacer del culpable, el pregonero de su propia condena. Paseándolo por las calles, con carteles que señalan la condena, leyendo la sentencia, etc.

2)Hacer hincapié en la confesión, agregando a la confesión forzada de la retractación pública un reconocimiento espontaneo y público. "Hacer que esos últimos instantes en los que el culpable ya no tiene nada que perder se ganen para la luz meridiana de lo verdadero".

3)Establecer un estrecho vínculo relacional entre el suplicio y el crimen cometido, por ejemplo, la ejecución en el mismo lugar en que se cometiera el delito.

4)Que la lentitud del suplicio, los gritos del condenado, su terrible agonía, desempeñen el papel de la prueba última al final de la ceremonia. Acaso "¿unos sufrimientos tan vivos no son el signo de que Dios ha abandonado al culpable en manos de los hombres?".

Cabe añadir por último que en el modelo punitivo del Antiguo Régimen se daba según las diferentes clases sociales un marco de ilegalismos tolerados. Los sectores más desfavorecidos de la población carecían de todo privilegio, pero tenían un espacio de tolerancia de determinadas forma de ilegalidad, sobre todo con respecto a delitos contra la propiedad. Por estos espacios de tolerancia estaban dispuestos a sublevarse para defenderlo ya que con frecuencia estos aseguraban su supervivencia.

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII la protesta en contra de los suplicios se hace generalizada, sobre todo en juristas y hombres de la Ilustración. "Que las penas sean moderadas y proporcionadas a los delitos, que la muerte no se pronuncie ya sino contra los culpables de asesinato, y que los suplicios que indignan a la humanidad sean abolidos"<sup>169</sup>. Pensadores de la talla de Beccaria o Servan son quienes llevan la bandera de la lucha intelectual en pos de un castigo más "humano".

Pero cabe preguntarse el motivo de ese horror tan unánime a los suplicios y de esa insistencia casi lírica a favor de una pena humanizada y benigna. El primer hecho que se debe constatar es que parece haber una derivación de la criminalidad violenta, de sangre, a una criminalidad constituida básicamente por delitos en contra de la propiedad privada. Sin embargo este cambio en el tipo de delincuencia predominante se debe observar como parte de un proceso de mayor complejidad en el que figuran como factores el desarrollo de la producción, el aumento de las riquezas, una valoración jurídica y moral

---

<sup>167</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 2000. p. 20

<sup>168</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 1991 pp. 49-52

<sup>169</sup> Resumen efectuado por la cancillería en 1789 de los cuadernos de quejas en contra los suplicios en Francia. Citado por Foucault en Op. cit. 1991 p. 77



de mayor intensidad con respecto a las relaciones de propiedad. La justicia es ahora definida por la burguesía y por lo tanto pasa a perseguir con mayor rigurosidad aquellos hechos que atentaban contra el más sagrado de sus presupuestos: la propiedad. Se establecen métodos de vigilancia más rigurosos, técnicas más afinadas de localización, captura e información. Los espacios de ilegalismos tolerados en el Antiguo Régimen pasan ahora a ser reprimidos y castigados.

En consecuencia, como señala el propio Foucault, “la coyuntura que vio nacer la reforma no es (...) la de una nueva sensibilidad, sino la de otra política respecto de los ilegalismos.”<sup>170</sup> Así no es que se pretenda castigar menos, sino que castigar mejor, tal vez castigar en forma mucho más atenuada, pero para castigar con mayor universalidad, introduciendo el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social. Disminuir el costo económico y político del castigo aumentando su eficacia, constituyendo una nueva economía y una nueva tecnología del castigo.

Por otro lado también en esta reforma tiene mucho que ver la teoría general del contrato social. Aquel individuo que ha aceptado las leyes de la sociedad y las infringe ha violado el pacto, transformándose en un ser jurídicamente paradójico, pues al romper el pacto se vuelve enemigo de todo el cuerpo social, pero al haber aceptado el pacto social en un principio ha aceptado sus consecuencias, por lo tanto participa en el castigo que se le aplicará.

Ahora bien con respecto a la necesidad de penas más humanas que se manifiesta en esta “nueva sensibilidad” no implica de por sí una imposibilidad teórica, sino que lleva consigo un principio de cálculo. No se lucha por penas más humanas por respeto al infractor, sino que para mantener la conciencia tranquila de los demás ciudadanos. “Lo que es preciso moderar y calcular son los efectos de rechazo del castigo sobre la instancia que castiga y el poder que ésta pretende ejercer.”<sup>171</sup>

De esta forma si se quería aplicar los castigos de manera más general y universal, sin que existieran discontinuidades y espacios tolerados de ilegalismos, se debían moderar las penas para que no se produjera un rechazo a las mismas por parte del cuerpo social. Insistamos, toda una nueva economía del castigo, hija de la elaboración de unos nuevos mecanismos de poder. En esta época se elabora un conjunto de procedimientos y de formas de análisis que permiten aumentar los efectos del poder, disminuyendo el costo del ejercicio de éste y que permiten además, integrarlo a los mecanismos de la producción.

Así tenemos que en el siglo XVIII se deja de ejercer el poder de una manera ritual, ceremonial y discontinua como se hacía en el periodo feudal y en las monarquías absolutas. Se hace continuo mediante los mecanismos permanentes de vigilancia y control. Vigilar y controlar se hacen más eficientes que el derroche de poder que se manifestaba en los rituales de castigo.

En palabras del propio Foucault: “En términos generales, digamos esto: que la

---

<sup>170</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 1991 p. 86

<sup>171</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 1991 p. 96

revolución burguesa no fue simplemente la conquista, por una nueva clase social, de los aparatos del Estado constituidos, poco a poco, por la monarquía absoluta. Tampoco fue meramente la organización de un conjunto institucional. La revolución burguesa del siglo XVIII y comienzos del XIX fue la invención de una nueva tecnología del poder, del que las disciplinas constituyen las piezas esenciales.”<sup>172</sup>

Esta nueva economía y tecnología con la que se estructura el poder de castigar a partir de la revolución descansa sobre seis principios<sup>173</sup> :

1.-Regla de la cantidad mínima. Esta regla fue señalada por Beccaria en su “Tratado de los delitos y las penas” y se traduce en que “para que una pena logre su efecto basta que el mal de la pena exceda el bien derivado del delito, y en este exceso de mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la pérdida del bien que produciría el delito”<sup>174</sup> .

2.-Regla de la idealidad suficiente. Este es el eje del modelo económico de Bentham: “Si el motivo de un delito es la ventaja que de él se representa, la eficacia de la pena está en la desventaja que de él se espera”. Así, el castigo no tiene ya que emplear el cuerpo, sino que la representación.

3.-Regla de los efectos (co)laterales. Que la pena no sólo tenga sus efectos sobre el condenado, sino que también y principalmente en las demás miembros del cuerpo social con el objeto de intimidar a los potenciales delincuentes e impedir que se propague el deseo criminal. La Prevención General Negativa en todo su esplendor.

4.-Regla de la certidumbre absoluta. Es necesario que las leyes que establecen las conductas delictivas y determinan la penas correspondientes sean absolutamente claras y sean por todos conocidas. Además la “certeza de un castigo, si bien moderado, causa siempre una mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido a la esperanza de la impunidad”<sup>175</sup> . No se debe ser más severo, sino que más vigilante.

5.-Regla de la verdad común. Poner de manifiesto que el castigado es el verdadero culpable, pero ya no bajo la aritmética gradual de la prueba legal del Derecho Penal del Antiguo Régimen, sino que bajo los criterios generales del establecimiento de toda verdad. Sistema probatorio de la libre o íntima convicción. La verdad del delito no puede establecerse sino una vez enteramente probada: principio de inocencia.

6.-Regla de la especificación óptima. Es necesario formular una clasificación de los tipos de delitos que se contenga en Códigos Penales lo suficientemente precisos para que cada tipo de infracción pueda estar en él presente, para de esta forma no dejar lagunas de ilegalismos sin sanción. Por otro lado se presenta la necesidad de una individualización de las penas conforme a las características singulares de cada delincuente.

---

<sup>172</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 2000. p. 89

<sup>173</sup> Foucault, Michel . Op. cit. 1991 pp. 98-107

<sup>174</sup> Beccaria, Cesare “Tratado de los delitos y las penas” (1764). Editorial Losada, S. A. Buenos Aires. 1999. p. 83

<sup>175</sup> Beccaria, Cesare. Op. cit. p. 82

Ahora bien, cabe preguntarse si con esto ya se ha entrado realmente en la era de los castigos no corporales. Para Foucault en el trasfondo de las ideas de la Ilustración fundada en principios jurídicos y morales se encuentra una nueva tecnología de los cuerpos. En esta nueva fase los cuerpos son controlados y manejados por una serie de técnicas que denomina disciplinas.

De esta forma se hace necesario para Foucault encarar su estudio sobre el castigo sobre la base de cuatro reglas metodológicas<sup>176</sup> :

1º Considerar la pena como una función social compleja, lo cual implica no centrar el estudio del sistema penal y sus mecanismos punitivos sólo en sus efectos represivos, sino todos los efectos positivos o de constitución a los que induzca.

2º Encarar la penalidad con la perspectiva de la táctica política. Los sistemas penales son fenómenos sociales de los que no pueden dar cuenta la sola estructura jurídica de la sociedad ni sus opciones éticas fundamentales.

3º No tratar la historia del derecho penal y de las ciencias humanas como dos series separadas, sino que buscar una matriz común en la tecnología del poder, en la que se sitúe tanto la humanización de la pena, como del conocimiento del hombre.

4º Establecer un vínculo entre el cambio que implica la entrada de la noción de "alma" en la justicia penal , con las transformaciones en que el cuerpo mismo está investido por las relaciones de poder.

Estas cuatro reglas implican necesariamente el analizar la nueva economía del castigo a un costado de los discursos jurídicos y morales, sospechar de ellos, ya que se trata de discursos ideológicos que han pretendido purificarse de las condiciones y circunstancias de su origen y desarrollo histórico. Es la necesidad de la que hablaba Nietzsche de poner en entredicho los valores aceptados sin cuestionamientos hasta ahora. Es básicamente una genealogía del actual complejo científico-judicial del sistema penal.

Es así como tenemos tres formas, tres sentidos, tres finalidades del castigo y de la pena:

a) El Soberano y su fuerza, su sobrepoder manifestado en el ritual, la marca, la ceremonia del suplicio del enemigo vencido que se muestra como insignificante ante el poder majestuoso del Rey. Finalidad: reactivar el poder del soberano, mediante el uso de marcas rituales generando efectos de terror por el desborde de poder.

b) La revolución burguesa y el plan de los reformadores que pretende reconstruir a los individuos como sujetos del pacto social. Signo y representación. Finalidad: Lograr una mayor eficiencia en la administración del castigo, no permitir lagunas de ilegalismos que afecten a la nueva justicia de clase, utilizando para esto no marcas, sino signos, conjuntos de representaciones a los cuales la pena asegure su circulación rápida y su aceptación universal.

Sin embargo queda por analizar un tercer momento, el de la aplicación efectiva de la nueva pena. El aparato administrativo que gestiona la pena lo hace bajo otra modalidad:

---

<sup>176</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 1991 p. 30

c)El proyecto carcelario del aparato administrativo. Ni el código jurídico del dolor, ni el código jurídico del contrato: la minucia de los reglamentos, la mirada central analítica y puntillosa.<sup>177</sup> El castigo como técnica de coerción y sometimiento del cuerpo que crea hábitos de obediencia. Rastro<sup>178</sup>.

El problema que se nos presenta ahora es determinar como ha logrado imponerse esta tercera modalidad de ejercicio del poder de castigar. Este modelo coercitivo corporal, silencioso, secreto y solitario del poder.

### III. 3.- Las disciplinas.

En términos generales podemos señalar que en cada Sociedad el cuerpo es insertado, aprehendido, aprisionado en una red de poderes que le imponen conductas y prohibiciones. Dentro de este esquema, tenemos que las disciplinas son métodos, políticas y “artes” sobre el cuerpo humano que tienen el objeto de dominarlo, volviéndolo útil y obediente.

Históricamente las relaciones de dominación con el objeto de lograr la sumisión de los cuerpos es de muy antigua data, sin embargo en dichas épocas pretéritas se presentaban de forma meramente negativa. En efecto, en tiempos de la esclavitud, el método utilizado era la violencia (el flagelamiento era la forma más utilizada). Posteriormente en la codificada relación del vasallaje la atención estaba centrada principalmente en los frutos del trabajo y no en la mecánica del cuerpo necesaria para obtenerlo<sup>179</sup>. En las relaciones con los empleados domésticos en tiempos de la Inglaterra victoriana también se presentaban los mecanismos de disciplinamiento en forma eminentemente negativa manifestándose en castigos físicos, que estaban permitidos por la Ley<sup>180</sup>.

Sin embargo a partir de las revoluciones burguesas la relación poder-cuerpo comenzó a considerarse bajo el patrón de la eficiencia, dónde el uso de la violencia pura y simple era estimada como demasiado costosa. La finalidad del poder sobre los cuerpos es la obtención de un control permanente sobre la operatividad de los mismos mediante técnicas que generen docilidad, lo que trae como consecuencia un aumento en la utilidad que los cuerpos presentan.

Estas técnicas que generan un control más intangible, más invisible, pero más general e intenso nacieron en diversas instituciones, tales como el ejército, los monasterios y las escuelas. Pero pronto fueron reproduciéndose y expandiéndose hacia

---

<sup>177</sup> Marí, Enrique Eduardo. Op. cit. p. 176

<sup>178</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 1991 p. 136

<sup>179</sup> Marí, Enrique Eduardo. Op. cit p. 178

<sup>180</sup> Marí, Enrique Eduardo. Op. cit p. 177

todo el cuerpo social.

De lo que se trata bajo estas técnicas disciplinarias de carácter positivo es de aumentar la eficiencia de cada uno de los movimientos del cuerpo, coordinándolos, ejercitando y uniendo fuerzas distintas bajo el ojo siempre vigilante que supervisa ininterrumpidamente, atento constantemente a la menor transgresión.<sup>181</sup>

“Una observación minuciosa del detalle, y a la vez una consideración política de estas pequeñas cosas, para el control y la utilización de los hombres, se abre paso a través de la época clásica, llevando consigo todo un conjunto de técnicas, todo un corpus de procedimientos y de saber, de descripciones, de recetas y de datos. Y de estas frusilerías, sin duda, ha nacido el hombre del humanismo moderno.”<sup>182</sup>

Esta nueva encarnación de la disciplina y de la relación poder-cuerpo se basa, según Foucault, en la combinación funcional de dos variables: el espacio y el tiempo.

### III.3.1.-El espacio disciplinario.

---

Para ejercer eficientemente el control y el poder sobre los cuerpos se requiere distribuir a los individuos espacialmente teniendo en consideración varios principios.

En primer término es necesario especificar un lugar heterogéneo a todos los demás y cerrado sobre sí mismo. Foucault denomina a este principio como “la clausura”. El convento, la fábrica (que explícitamente se asemeja al convento), el colegio bajo su modalidad de internado. Se requiere además que este espacio clausurado sea organizado en forma analítica: se debe asignar a cada individuo su lugar y a cada emplazamiento asignarle un individuo. División celular del espacio que se reparte en consideración a cada cuerpo y a cada elemento, lo cual tiende a eliminar la circulación difusa, la coagulación inutilizable y peligrosa de los individuos.

En tercer lugar se establece lo que Foucault denomina regla de los emplazamientos funcionales. La creación de espacios útiles, espacios que la arquitectura dejaba en general disponible para varios usos.

Por último tenemos la regla que podríamos denominar como de establecimiento de rangos, de clasificación y calificación. Ejemplo paradigmático: “la clase” en los colegios jesuitas.<sup>183</sup>

“Al organizar las “celdas”, los “lugares” y los “rangos”, fabrican las disciplinas a la vez. Son unos espacios que establecen la fijación y permiten la circulación; recortan segmentos individuales e instauran relaciones operatorias; marcan e indican valores; garantizan la obediencia de los individuos, pero también una mejor economía del tiempo y de los gestos. Son espacios mixtos: reales, ya que rigen la disposición de pabellones, de salas, de mobiliarios; pero ideales, ya que se proyectan sobre la ordenación de las

---

<sup>181</sup> Garland, David Op. cit p. 175

<sup>182</sup> Foucault, Michel. Op. cit. 1991 p. 145.

<sup>183</sup> Ver Foucault. Op. cit. 1991 p. 149 y 150.

caracterizaciones, de las jerarquías.”<sup>184</sup>

Así vemos como en el planteamiento de Foucault la historia de los espacios es equivalente a una historia de los poderes y de las disciplinas, ya que en la modalidad de distribución de los espacios, y en la inserción en ellos de los individuos, el poder produce su principio y construye sus cimientos.<sup>185</sup>

### III. 3. 2.-El control disciplinario del tiempo.

---

La técnica de usar el tiempo para el logro del control disciplinario se establece a través de tres procedimientos básicos:

- 1.-Establecimiento de ritmos.
- 2.-Obligación de desempeño en ocupaciones determinadas.
- 3.-Regulación de los ciclos de repetición.

Herencia de las ordenes monásticas que se reprodujeron rápidamente en colegios, los talleres, fabricas y hospitales. Sin embargo este tiempo disciplinario no tiene ya como finalidad la salvación, sino que la utilidad y por lo tanto debe estar exento de defectos, de impurezas, y esto se logra mediante las prohibiciones que los reglamentos establecen: prohibición de hablar durante el trabajo, regulación estricta de los horarios de comida, etc.

Ahora bien, además de esto es necesario establecer la mejor correlación posible entre el cuerpo y el gesto, ya que el buen y eficiente empleo del cuerpo permite el buen y eficiente empleo del tiempo. Por otro lado la organización disciplinaria establece cada una de las relaciones que el cuerpo debe mantener con los objetos que manipula. “La reglamentación impuesta por el poder es al mismo tiempo la ley de construcción de la operación.”<sup>186</sup>

Tradicionalmente el uso del tiempo era concebido en forma negativa a través del principio de no ociosidad. Sin embargo el paradigma disciplinario lo transforma en una economía positiva: se trata de extraer del tiempo cada vez más instantes disponibles y de cada instante cada vez más fuerzas útiles. Foucault denomina a esta característica principio de la utilización exhaustiva.

Así, mientras los juristas y filósofos buscaban en la teoría del pacto o contrato social un modelo que sirviera de base para la construcción o la reconstrucción del cuerpo social, los militares, y con ellos los técnicos de la disciplina, elaboraban los procedimientos para la coerción individual y colectiva de los cuerpos mediante la combinación y el juego eficiente entre la utilización del tiempo y el espacio.

---

<sup>184</sup> Foucault, Op. cit. 1991 pp- 151 –152.

<sup>185</sup> Así Marí, Enrique Eduardo, Op. cit p. 183

<sup>186</sup> Foucault. Op. cit. 1991 p. 157.

### III. 3. 3.-Normalización.

En este punto es ya necesario que nos adentremos en la forma que adopta la técnica disciplinaria en cuanto a la penalidad, al castigo. Su ámbito de competencia es todo aquello que no se ajusta y se aleja de la regla y de la norma, la inobservancia. “Es punible el dominio indefinido de lo no conforme”<sup>187</sup>. De esta forma tenemos que el castigo disciplinario es esencialmente correctivo. Su principal función es reducir las desviaciones. En lugar de tener por finalidad una retribución del daño causado o la expiación del mal cometido, lo que se busca es en realidad generar conformidad.

De lo que se trata es de evaluar al individuo con respecto a la norma, generando mecanismos que permiten conocer y evaluar el desempeño del individuo mediante la observación, y a partir de ahí establecer el método eficiente para la corrección del individuo. El castigo disciplinario es la insistencia redoblada de la ley quebrantada que

encauza la conducta anormal. En ese sentido señala Foucault que castigar es ejercitar.

“La penalidad perfecta que atraviesa todos los puntos, y controla todos los instantes de las instituciones disciplinarias, compara, diferencia, jerarquiza, homogeneiza, excluye. En una palabra, normaliza.”<sup>188</sup>

A este respecto “el examen” se manifiesta como un método indispensable en el sistema disciplinario, ya que permite observar, diferenciar, evaluar normas e identificar cualquier falla en el sometimiento. Establece sobre los individuos una visibilidad a través de la cual se los diferencia y se los sanciona.”<sup>189</sup> El examen implica un mecanismo que vincula una determinada forma de ejercicio del poder con un determinado tipo de formación del saber. Así tenemos que:

1.-Se invierte la economía de la visibilidad en el ejercicio del poder. Lo que significa que el poder deja de ser lo que se manifiesta en todo su esplendor y majestuosidad para pasar a ser un poder que se hace invisible, imponiendo a quienes somete un principio de visibilidad obligatorio para efectos de lograr la objetivización de los individuos a quienes somete.

2.-Este mecanismo examinador hace entrar a la individualidad en el campo documental. En efecto, a partir de este momento, escribir acerca de los individuos deja de ser una especie de culto para los reyes, nobles y héroes y se convierte en una forma de dominación de los individuos comunes y corrientes. Mediante esta práctica documental lo que se pretende es obtener un conocimiento detallado y sistemático de estos individuos. Este conocimiento es el que da origen a las llamadas “ciencias humanas” como la criminología, la psicología o la sociología, entre otras. Saberes que tienen una clara finalidad normalizadora.

---

<sup>187</sup> Foucault. Op. cit. 1991 p. 184

<sup>188</sup> Foucault, Op. cit. 1991 p. 188.

<sup>189</sup> Agrega “A esto se debe que, en todos los dispositivos de disciplina, el examen se halle altamente ritualizado. En él vienen a unirse la ceremonia del poder y la forma de la experiencia, el despliegue de la fuerza y el establecimiento de la verdad.” p. 189

### III. 4.- El Panóptico, el ojo del poder.

Ya habíamos adelantado que los modelos de poder de exclusión (lepra) y de inclusión y control (peste) lejos de ser incompatibles entre sí, a partir del siglo XIX comenzaron a aproximarse y combinarse. Como señala Foucault: "De un lado, se "apesta" a los leprosos; se impone a los excluidos la táctica de las disciplinas individualizantes; y de otra parte la universalidad de los controles disciplinarios permite marcar quien es "leproso" y hacer jugar contra él los mecanismos dualistas de la exclusión".<sup>190</sup>

Pues bien, el invento de Jeremy Bentham que data de 1791, denominado por él mismo como "el Panóptico"<sup>191</sup> es la forma arquitectónica que adapta esta alianza entre el modelo de la lepra y el modelo de la peste. Esta construcción debe cumplir con la doble finalidad de hacer al poder visible e inverificable. Visible ya que el internado tendrá en todo momento ante sí la elevada estructura de la torre central desde la cual se vigila. Inverificable, ya que el internado no debe saber nunca si en aquel momento se le vigila; pero debe tener la certeza de que siempre puede ser observado<sup>192</sup>. De esta forma los individuos se encuentran constantemente sujetos al conocimiento y al poder del vigía de la torre central. Al cabo de determinado tiempo de ejercer el poder de la vigilancia permanente y total generando un estado de vulnerabilidad a través de esta visibilidad constante los internos comienzan a autocontrolarse. Así, el poder ya no requiere desperdiciar recursos en aplicar sanciones o castigos, puesto que los individuos objetivizados se conducen por sí solos de la manera deseada. Una sujeción real nace en forma mecánica de esta relación ficticia creada por el dispositivo panóptico. Para el interno es imposible dilucidar si el vigilante está presente o no y en ese sentido no apostará al azar de la discontinuidad.

<sup>190</sup> Foucault. Op. cit. 1991 p. 203

<sup>191</sup> Y que se encuentra contenido en una memoria que envió a Garran de Coulon, un miembro de la Asamblea Legislativa francesa y de una comisión encargada de la reforma de las prisiones. Según lo que señala Marí en la apertura misma de la memoria queda ya definida el alma del proyecto en los siguientes términos: "Si se hallara un medio de hacerse dueño de todo lo que puede suceder a un cierto número de hombres, de disponer de todo lo que les rodea, de modo que hiciese en ellos la impresión que se quiere producir, de asegurarse de sus acciones, de sus conexiones, y de todas las circunstancias de su vida, de manera que nada pudiera ignorarse, ni contrariar el efecto deseado, no se puede dudar que un instrumento de esta especie sería un instrumento muy enérgico y muy útil que los gobiernos podrían aplicar a diferentes objetos de la mayor importancia." Op. cit. p. 135

<sup>192</sup> Arquitectónicamente el principio es el siguiente: "en la periferia, una construcción en forma de anillo; en el centro, una torre, ésta, con anchas ventanas que se abren en la cara interior del anillo. La construcción periférica está dividida en celdas, cada una de las cuales atraviesa toda la anchura de la construcción. Tienen dos ventanas, una que da al interior, correspondiente a las ventanas de la torre, y la otra que da al exterior permite que la luz atraviese la celda de una parte a otra. Basta entonces situar un vigilante y encerrar en cada celda a un loco, un enfermo, un condenado, un obrero o un escolar. Por el efecto de la contraluz, se puede percibir desde la torre, recortándose perfectamente sobre la luz, las pequeñas siluetas cautivas en la periferia." Foucault. Op. cit. 1991 p. 203.



La eficacia es total, ya que las relaciones de poder y dominación se vuelven a través del panóptico en automáticas y objetivas, pues son el resultado de la distribución espacial y de la visibilidad de los individuos-objetos, sin depender del ejercicio efectivo de la fuerza y la coacción.

El panóptico se presenta como un aparato eminentemente utilitarista, y además polivalente en sus aplicaciones. Fue ideado como prisión modelo por Bentham, pero bien puede servir con igual eficacia para insertar en él enfermos, escolares, locos, obreros o mendigos, obteniendo el mayor provecho y eficacia en las instituciones correspondientes: hospitales, colegios, manicomios, fábricas o asilos.

Un ojo infalible construido de piedra que le permite a Bentham verificar empíricamente la teoría formulada por Beccaria que planteaba que se disuadía mejor de la comisión de delitos no con penas más graves, sino que con la certeza de su descubrimiento y condena.<sup>193</sup>

Con el panoptismo, pues, tenemos el otro extremo de la disciplina, su otra cara <sup>194</sup>, la cual Foucault denomina disciplina-mecanismo: “un dispositivo funcional que debe mejorar el ejercicio del poder volviéndolo más rápido, más ligero, más eficaz, un diseño de las coerciones sutiles para una sociedad futura.”<sup>195</sup> El propósito del panóptico es, en efecto, el transformar en dóciles y cognoscibles a los internos. Como señala Marí, dóciles por ejercicio, cognoscibles por visibilidad. Docilidad conseguida a través de la inducción de la existencia de una permanente vigilancia que los observa en cada momento. Visibilidad conseguida arquitectónicamente, ya que cada detenido está en una celda en que es visto de frente por el inspector, en tanto que los muros a los costados le impiden tomar contacto con sus otros compañeros.

Estos principios disciplinarios panópticos llegaron a ser tan útiles que pronto comenzaron a ser adoptados por una serie de instituciones sociales, y al cabo de un tiempo, se generalizaron a todo el cuerpo social. En efecto, paralelamente al fenómeno de multiplicación de los establecimientos disciplinarios se comenzó a generar un fenómeno que Foucault denomina “desinstitucionalización” de los mecanismos de los establecimientos disciplinarios, los cuales comienzan a circular en forma más libre en el cuerpo social. Así, a los aparatos cerrados suman a su función interna clásica un rol de vigilancia externa. Foucault señala como ejemplo que la escuela cristiana deja de ser idealmente sólo el lugar donde se forman niños dóciles, sino que además debe permitir vigilar a los padres, informándose de su modo de vida, sus recursos, su piedad y de sus costumbres.

---

### III. 4. 1. Democracia y panoptismo.

---

<sup>193</sup> Beccaria. Op. cit. p. 82

<sup>194</sup> Recordemos que la primera cara de la disciplina es la disciplina bloqueo de la institución cerrada y marginal de funciones negativas.

<sup>195</sup> Foucault, Op. cit. 1991 p. 212.

Por otro lado la generalización y expansión de las técnicas disciplinarias panópticas ha hecho posible el desarrollo y el establecimiento de la democracia y la ideología del liberalismo. De esta forma, sin este sistema que implicaba una determinada red de relaciones de poder que sometía a los individuos a una forma de vida disciplinada, ordenada y eficiente, el concepto de “libertad” nunca hubiera podido extenderse.

Foucault nos explica que a través del proceso por el cual la burguesía ha llegado a constituirse en la clase política dominante se ha puesto a cubierto tras de la instalación de un marco jurídico explícito, codificado y formalmente igualitario. Sin embargo, bajo la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios se encontraba en forma subyacente, los mecanismos disciplinarios que se presentaban sutiles, cotidianos y físicos. “Y si, de una manera formal, el régimen representativo permite que directa o indirectamente, con o sin enlaces, la voluntad de todos forme la instancia fundamental de la soberanía, las disciplinas dan en la base, garantía de la sumisión de las fuerzas y los cuerpos. Las disciplinas reales y corporales han constituido el subsuelo de las libertades formales y jurídicas. El contrato podía bien ser imaginado como fundamento ideal del derecho y el poder político; el panoptismo constituía el procedimiento técnico, universalmente difundido, de la coerción.”<sup>196</sup> Las técnicas panópticas disciplinarias constituyen el “lado oscuro” de la democracia y sus leyes igualitarias.

Así, el efecto de estas relaciones disciplinarias es restringir la equidad del intercambio y la igualdad de estatus, contemplada en la Ley, aunque es un efecto invisible, y obviamente extralegal. Según Foucault es preciso ver en las disciplinas una especie de contraderecho.

### III. 5.- La pena como mecanismo disciplinario. La prisión.

Retomando ahora el tema de la historia de la pena y de sus finalidades, podemos visualizar el problema desde una perspectiva bastante diferente a la que nos mostraban los teóricos tradicionales de los fines de la pena. Así, la pena bajo la forma del encarcelamiento aparece como un aspecto de este fenómeno histórico de mayor amplitud del que hemos dado cuenta y que es el desarrollo, expansión y generalización de las medidas y técnicas disciplinarias y panópticas.

“Todos los grandes movimientos de desviación que caracterizan la penalidad moderna –la problematización del criminal detrás de su crimen, la preocupación por un castigo que sea una corrección, una terapéutica, una normalización, la división del acto de juzgar entre diversas instancias que se suponen medir, apreciar, diagnosticar, curar, transformar a los individuos– todo esto revela la penetración del examen disciplinario en la inquisición judicial.”<sup>197</sup> La forma de la institución penitenciaria fue importada al sistema

---

<sup>196</sup> Foucault. Op. cit. 1991 p. 225.

legal desde el exterior, desde los mecanismos disciplinarios más amplios que se asentaban en el cuerpo social, y así la finalidad de la pena declarada por la Ley es muy distinta a la finalidad que efectivamente se persigue en la práctica, ya que la función de la pena al confinar y privar de libertad siempre estuvo complementada por una segunda función, de carácter disciplinario que es la normalización y la transformación de los individuos. Las técnicas utilizadas por el sistema penitenciario, es decir, el aislamiento, el trabajo, los tratamientos individualizados y el ajuste de la sentencia condenatoria al grado de enmienda del individuo son elementos claramente pertenecientes a una construcción disciplinaria de la penalidad.

Esto nos permite explicarnos adecuadamente el fenómeno ampliamente conocido de la selectividad del sistema penal: los castigos concebidos en el plano formal de lo legal como universales se aplican a ciertos individuos y siempre a los mismos porque es necesario educarlos, encausarlos, volverlos útiles y dóciles a un sistema en el cual no pueden encajar de manera natural. La prisión llega a ser así un estricto cuartel, una escuela sin ninguna indulgencia o un sombrío taller. El más duro mecanismo disciplinario, pero mecanismo disciplinario al fin y al cabo.

Es claro entonces que la prisión al encerrar, al corregir, al volver dócil no hace más que reproducir todos los mecanismos que se encuentran presentes ya en el cuerpo social. Es justamente esto lo que explica el porque la prisión fue aceptada en forma tan inmediata y universal y que pareciera el castigo “natural” y “obvio” en una sociedad civilizada y humanitaria.

Así el encarcelamiento no ha sido una privación de libertad a la cual se le haya asignado posteriormente una función correccional; ha sido desde el comienzo un confinamiento legal con una finalidad suplementaria correctiva. “una empresa de modificación de los individuos que la privación de libertad permite hacer funcionar en el sistema legal. En suma, el encarcelamiento penal, desde el principio del siglo XIX, ha cubierto a la vez la privación de la libertad y la transformación técnica de los individuos.”

198

Por otro lado tenemos que la estructura panóptica y los mecanismos disciplinarios traían aparejado todo un sistema de técnicas de aislamiento, observación y evaluación individual de los internos. Así los transgresores dejan de ser los entes abstractos y esencialmente iguales a los no transgresores (salvo por el hecho de haber cometido un delito) que la Ley considera y pasan a estar plenamente individualizados a partir de sus propias características, peculiaridades y diferencias. De esta forma se buscaba establecer y determinar la relación y el vínculo entre su carácter, su alma, y su hecho constitutivo de delito. En resumen tenemos que el castigo legal recae sobre un acto; la técnica punitiva sobre una vida.

Es así como se constituye un nuevo saber a través de esta observación incesante de los individuos, un ojo clínico sobre los penados, procesos de individualización, transparencia, clasificación, documentación. Un nuevo saber en el cual el discurso

---

<sup>197</sup> Foucault, Op. cit. 1991 p. 229.

<sup>198</sup> Foucault. Op. cit. 1991 p. 235

jurídico penal y el discurso psiquiátrico entremezclan sus fronteras, y justamente ahí, en esa difusa zona en dónde encuentran su punto de unión se construye la noción de “peligrosidad”, noción que permite establecer un sistema de causalidad a la escala de una biografía completa y pronunciar al fin una sentencia con un contenido punitivo – corrector. Se llega a la idea de la delincuencia como un fenómeno de desviación patológica del ser humano.

Esta unión entre el discurso jurídico penal y el saber psiquiátrico lo que hace es doblar el delito ya calificado como tal por la ley a través de la introducción de una serie de otros elementos que no pertenecen al delito mismo, sino que a la vida del individuo que lo cometió. En los textos de las pericias psiquiátricas encontramos términos como

“inmadurez psicológica”, “personalidad poco estructurada”, “mala apreciación de la realidad”, “manifestación de un orgullo pervertido”, “bovarismo”, “erostratismo”, etc. La unión del saber psiquiátrico al jurídico le permite a este pasar del acto a la conducta, del delito a la manera de ser, y poner de manifiesto que esta última es el delito mismo, pero en un estado de generalidad en la conducta de un individuo.

En segundo término este nuevo saber surgido de la psiquiatría y del discurso jurídico penal permite desplazar el nivel de realidad de la infracción en el sentido de que estas conductas no infringen la ley (no hay ninguna ley o tipo penal en contra de un orgullo pervertido o contra el bovarismo), y lo que infringen en realidad son calificaciones morales y reglas éticas. El delito ya no aparece entonces como una infracción en el sentido legal, sino como una irregularidad con respecto a una serie de reglas de orden fisiológico, psicológico o moral.<sup>199</sup>

Este nuevo saber propiciado y generado por la prisión y sus técnicas disciplinarias y mecanismos panópticos no ha “descubierto” a los delincuentes, sino que los “fabricó”. Es decir, los delincuentes no existen en el plano de la naturaleza, sino que son el resultado de procesos de calificación y etiquetamiento.<sup>200</sup> Esto en dos sentidos, como lo indica Garland<sup>201</sup>:

1.- Fabricación de delincuentes en un sentido literal al generar todas las condiciones necesarias para la reincidencia. Con respecto a los condenados que retornan a la vida en sociedad se generaba un efecto estigmatizador y descalificador tan poderoso que muchas veces no tenían más opción que volver a delinquir.<sup>202</sup> Al ya haber ingresado al

---

<sup>199</sup> Así lo señala Foucault en Op. cit. 2000 p. 29.

<sup>200</sup> Este es el planteamiento de la corriente criminológica que introdujo un nuevo paradigma a este saber, el “labeling approach” o enfoque del etiquetamiento.

<sup>201</sup> Garland, David. Op. cit p. 180.

<sup>202</sup> “Las condiciones que se deparan a los detenidos liberados, los condenan fatalmente a la reincidencia: porque están bajo la vigilancia de la policía; porque tienen asignada o prohibida la residencia en determinados lugares; porque “no salen de la prisión sino con un pasaporte que deben mostrar en todos los sitios adonde van y que menciona la condena que han cumplido”. El quebrantamiento de destierro, la imposibilidad de encontrar trabajo y la vagancia son los factores más frecuentes de la reincidencia.” Foucault. Op. cit. 1991 p. 272.

sistema penal, solían caer como sospechosos en forma mucho más rápida, siendo nuevamente condenados y en definitiva se transforman en delincuentes de carrera.

2.-Fabricación de delincuentes en un sentido epistemológico o de categoría, al crear con sus sistemas de observación, clasificación, individualización y documentación la categoría de “criminal individual”. A esto es lo que nos referíamos al señalar que el nuevo saber surgido de la unión del discurso jurídico penal con el psiquiátrico lo que hacía es doblar el delito, desplazándolo del acto a la conducta. El hecho calificado por la ley como delito no es más que una excusa para iniciar un proceso que termina con la vida de un individuo siendo categorizada bajo la etiqueta de “delincuente”.

Desde sus inicios y desde múltiples sectores se han proclamado los defectos de la prisión y su fracaso en los fines de reducción de la delincuencia que se propugna como su fundamento legitimador a nivel de los discursos políticos y jurídicos. En efecto, se ha constatado permanentemente el fracaso de la institución carcelaria en la reducción del crimen, su tendencia masiva a la producción de reincidentes, el hecho que deja en el más absoluto desamparo y miseria a la familia del delincuente, creando de esta forma indirectamente más delincuentes. Sin embargo la respuesta a estas críticas ha sido una y otra vez el reafirmar los principios y máximas de un buen sistema carcelario, en vez de proceder a reemplazarlo.

Es así como cabe preguntarse el motivo de la subsistencia del sistema penitenciario a pesar de sus múltiples y gigantescas falencias. En primer término podemos reiterar que la prisión se encuentra profundamente enraizada en el cuerpo social, en el sentido que se encuentra inserta medularmente en las tecnologías disciplinarias propias de nuestras sociedades.

Un segundo aspecto que determina la subsistencia de la institución carcelaria es que esta desempeña una serie de funciones precisas y necesarias para el mantenimiento y potenciación del sistema social. En este sentido se debería invertir la pregunta y buscar qué tipo de intereses podrían verse satisfechos con la producción y mantención de la delincuencia, el fenómeno de la reincidencia de los condenados y de que forma estos intereses desarrollan acciones y políticas que permiten perpetuar estos éxitos disfrazados de fracasos.

Así tenemos que la pena no tiene por finalidad suprimir o siquiera reducir los hechos constitutivos de delitos, sino que tiene por finalidad distinguir los diversos tipos de infracciones, a distribuir las y a utilizarlas. Su finalidad última no es tanto volver dóciles a los potenciales delincuentes, sino que organizar las infracciones en una “táctica general de sometimientos”. De esta forma se logra que los ilegalismos, las infracciones y en definitiva todo hecho constitutivo de delito no lleguen a ser una práctica generalizada y popular, y lo más importante que bajo ningún aspecto se puedan vincular estas acciones a objetivos políticos. Para el logro de estos objetivos es necesario la creación de una clase delincuente.

Las técnicas punitivas a través de la institución carcelaria permiten administrar los ilegalismos, estructurando cuales se toleran y cuales no. En este punto se debe hacer notar que Foucault distingue las nociones de delitos y de ilegalismos: los delitos son sólo una especie de ilegalismos, los no tolerados y a los cuales el sistema carcelario ha

invadido, aislado, organizado y encerrado en un medio definido. La delincuencia es una especie de ilegalismos que no presenta un peligro político de preocupación, ya que los ataques a la propiedad o a la autoridad son individuales y frecuentemente menores, y por otro lado las mismas víctimas suelen pertenecer a los mismos estratos bajos a los que pertenecen los delincuentes.

Esta organización de los ilegalismos aislado y cerrado en torno a la clase delincuente fue posible gracias al desarrollo de los controles policíacos. “La delincuencia, con los agentes ocultos que procura, pero también con el rastreado generalizado que autoriza, constituye un medio de vigilancia perpetua sobre la población: un aparato que permite controlar, a través de los propios delincuentes, todo el campo social. La delincuencia funciona como un observatorio político.”<sup>203</sup> Así vemos como la delincuencia legitima una serie de mecanismos de control sobre el total de la población. La delincuencia pasa a ser uno de los engranajes fundamentales en las redes del poder.

Esta vigilancia policíaca tiene su complemento necesario y fundamental en la institución carcelaria. Se acoplan de manera tal que garantizan el desarrollo y la estructuración de la diferenciación, el aislamiento y la utilización de la delincuencia en todo el campo de los ilegalismos. “En los ilegalismos, el sistema policía – prisión aísla una delincuencia manejable. Ésta, con su especificidad es un efecto del sistema; pero pasa a ser también uno de sus engranajes e instrumentos.”<sup>204</sup> Así se estructura en la sociedad un triángulo retroalimentativo policía-prisión-delincuencia. La policía alimenta de infractores a la prisión, la cual crea a los delincuentes, los cuales además de ser el objeto de la labor de vigilancia y control de la policía colaboran con ella (delatores, soplones, provocadores, rompehuelgas, etc.). La policía a su vez se encarga de devolver a la prisión algunos de estos delincuentes-colaboradores.

“Esta producción de la delincuencia y su investidura por el aparato penal, hay que tomarlas por lo que son: no por unos resultados adquiridos de una vez para siempre sino como tácticas que se desplazan en la medida en que no alcanzan jamás del todo su objeto.”<sup>205</sup> De esta forma tenemos que la estrategia de separar la delincuencia del resto de los ilegalismos y además lograr que toda la población se oponga a esta delincuencia es una labor compleja; sobre todo con lo que respecta a “levantar la barrera que habría de separar a los delincuentes de todas las capas populares de las que habían salido y con las cuales se mantenían unidos.”<sup>206</sup> Los procedimientos que se han utilizado para el logro de estos objetivos han sido:

1.-procesos de “moralización” mediante la prensa, la religión y la educación de las clases populares. De lo que se trata es de lograr una especie de “legalismo de base” que se adquieran y asimilen las reglas básicas de la propiedad y el ahorro; la importancia de

---

<sup>203</sup> Foucault, Op. cit. 1991 p. 287.

<sup>204</sup> Idem.

<sup>205</sup> Foucault, Op. cit. 1991 p. 291.

<sup>206</sup> Idem.

la docilidad en el trabajo; la importancia del alojamiento y la familia, etc.

2.-La utilización de ex convictos como soplones, rompehuelgas o confidentes para efectos de lograr y mantener la hostilidad de las clases populares contra los delincuentes.

3.-La utilización de la prensa, de la gacetilla, con el fin de presentar a la delincuencia presente en todas partes y en todo momento, como cercana y temible, contra la cual se debe luchar y librar una guerra. De esta forma se legitima un control judicial y policial permanente sobre todo la población bajo el pretexto de proteger a la ciudadanía de estos malhechores.

### III. 6.- El archipiélago carcelario.

Foucault denomina metafóricamente como “archipiélago carcelario” al fenómeno por el cual las fronteras entre la pena de prisión establecida judicialmente y las demás instituciones de la vida social (escuela, fábrica, familia, hospital psiquiátrico) se hicieron cada vez más difusas a través de la generalización de las tecnologías disciplinarias de carácter análogo en todas ellas. Además se presenta el fenómeno de la frecuente transferencia de los individuos internos de una institución a otra<sup>207</sup>.

En efecto, y a pesar de lo declarado como principios básicos en las legislaciones y los grandes códigos, el principio de legalidad con todas sus manifestaciones particulares, y en concreto que no puede haber prisión “fuera de los casos que establece la ley” y que no hay prisión que no haya sido decidida a través de un debido proceso de ley; tenemos que el encierro extrapenal jamás fue abandonado en la realidad. “Las fronteras, que ya estaban confundidas en la época clásica entre el encierro, los castigos judiciales y las instituciones de disciplina, tienden a borrarse para constituir un gran continuo carcelario que difunde las técnicas penitenciarias hasta las más inocentes disciplinas, transmite las normas disciplinarias hasta el corazón del sistema penal y hace pesar sobre el menor ilegalismo, sobre la más pequeña irregularidad, desviación o anomalía, la amenaza de la delincuencia.”<sup>208</sup>

Las consecuencias de este análisis son de suma importancia para nuestro estudio sobre la finalidad y el carácter que presenta la pena en nuestra sociedad. A partir del trabajo de Foucault podemos sostener que el proceso de castigar no difiere en forma esencial del de educar o curar (normalizar), y se manifiesta tan sólo como una extensión de estos procesos de menor coercibilidad que cuentan con un carácter esencialmente disciplinario.

Esto permite que el castigo legal se vuelva más natural y legítimo, tiende a borrar lo

---

<sup>207</sup> Foucault cita en el último capítulo de “Vigilar y Castigar” llamado “Lo carcelario” el ejemplo de Mettray, un reformatorio que recibe casos problemáticos de familias, escuelas y cárceles, y cuyas medidas disciplinarias son las mismas tanto para los jóvenes delincuentes condenados, como para los que han sido absueltos. p. 300 y ss.

<sup>208</sup> Foucault, Op. cit. 1991 p. 304.

que puede de haber de exorbitante en el ejercicio del ius puniendi. Por otro lado los estrictos límites al castigo y al encierro legal tienden a desaparecer en la práctica: un demente o un menor impúber se consideran inimputables<sup>209</sup> y en consecuencia no pueden ser declarados culpables de un determinado delito, y por lo tanto no se les puede aplicar una “pena”, sin embargo de todas formas son encerrados, ya sea en hospitales psiquiátricos o correccionales, encierro que además no se encuentra necesariamente vinculado a un delito específico, encierro además cuya duración no se encuentra determinada y sin que se cuente con ninguna de las garantías legales con las que cuentan los condenados<sup>210</sup>.

De esta forma el Derecho Penal ha llegado a ser un sistema de carácter híbrido que combina los principios de legalidad declarados por la ley con los principios no declarados, ocultos, pero de universal aplicación de la normalización. Es justamente a través de esta que el Sistema Penal extiende su radio de acción, sancionando no sólo las acciones típicas antijurídicas y culpables, sino que toda “desviación de la norma”, toda “anormalidad”. Así Foucault nos muestra que la multiplicidad de técnicas penitenciarias se extienden y se asientan en todo el cuerpo social, el cual queda constituido por una serie de jueces de la normalidad (trabajador social –juez, médico-juez, psicólogo-juez, profesor-juez, etc.) que conforman un continuo carcelario en una sociedad pretendidamente democrática y liberal, pero que se manifiesta en la práctica como una sociedad disciplinaria y de vigilancia, no tan distinta a los totalitarismos que suelen satanizarse.

---

<sup>209</sup> Así lo señala, por ejemplo, nuestro Código Penal en el artículo 10 números 1 y 2.

<sup>210</sup> Este fenómeno se ha denominado muy acertadamente por las corrientes doctrinarias críticas como “fraude de etiquetas”.



## CAPITULO IV.- LA REALIDAD NACIONAL DEL CASTIGO Y LOS DISCURSOS EN TORNO AL MISMO. UNA VISIÓN PANORÁMICA.

***“La ley penal, en su majestuosa igualdad, prohíbe por igual al rico como al pobre robar pan para alimentarse, pedir limosna para comer, o dormir bajo el puente” (Anatole France) “Es deber del Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.” (Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile) “Estado es el nombre que se da al más frío de todos los monstruos fríos. El Estado miente con toda frialdad, y de su boca sale esta mentira: ‘Yo, el Estado, soy el pueblo’.” (Nietzsche. “Así Habló Zarathustra”)***

Los análisis expuestos en los dos capítulos anteriores nos permiten ahora adentrarnos en la realidad del castigo que se experimenta en nuestro país, la cual es tributaria de los mismos procesos histórico-políticos que se desarrollaron en Europa y descritos en los trabajos de Nietzsche y Foucault.

El primer hecho que fácilmente podemos constatar mediante una simple observación de nuestra realidad en cuanto al fenómeno discursivo acerca de la cuestión “delito-castigo”, es la insistencia con que a diario se nos muestra la imagen amenazadora

del otro a través de los medios de comunicación social o en la mera interacción cotidiana.

El temor en la ciudadanía crece irracionalmente y sin guardar ninguna relación con los niveles reales de delincuencia, lo que trae como consecuencia altas inversiones en seguridad personal y familiar. La insistencia con la que se muestra lo temible y amenazador que es el “delincuente” genera directa o indirectamente presiones en las clases políticas para satisfacer las demandas de seguridad. Como el temor de la ciudadanía es una percepción meramente subjetiva y que no guarda relación con la realidad<sup>211</sup>, no es necesario tomar medidas de fondo o que tengan reales consecuencias benéficas. Esto moviliza a los servicios policíacos a efectuar intensos controles y vigilancias sobre los sectores populares, y es fácil constatar como se reprime la venta ambulante y la presencia de indeseables vagabundos y niños en las calles. Otro matiz de este temor fabricado es la forma de reacción contra la delincuencia que se pregona como el correcto a través de la prensa, las encuestas y determinadas organizaciones no gubernamentales, y que se reduce básicamente al lema de “mano dura”.

Un segundo fenómeno que es fácil de constatar y que es consecuencia del anterior es el tipo de discursos a nivel político que se realizan en torno a la delincuencia. La clase política con el objeto de ganar electorado propone en la enunciación de sus programas lo que la gente quiere escuchar. En estos discursos brillan por su ausencia los principios de legalidad y de presunción de inocencia.

Por otro lado, si consideramos la legislación de orden penal que se ha elaborado en nuestro país en la última centuria, tenemos que esta simplemente ha sido producida con el objeto de dar una respuesta facilista a determinadas coyunturas generadas por el impacto en la opinión pública de determinados hechos delictuales. Esta forma de reacción legislativa ha traído como consecuencia un progresivo y exacerbado incremento en el rigor de las penas<sup>212</sup>. Incremento que por cierto no disminuye en nada los delitos que se cometen y que están amenazados por estas desproporcionadas y absurdas penas<sup>213</sup>. Es algo que Beccaria había hecho notar hace doscientos cuarenta años atrás<sup>214</sup>, y al parecer aún no lo han entendido nuestros legisladores, ni nuestros medios de

<sup>211</sup> Cristián Riego y Mauricio Duce en su obra “El proceso penal chileno y los Derechos humanos. Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno” señalan que “los estudios que se han abocado al tema establecen con claridad que el problema de la seguridad ciudadana es de carácter eminentemente subjetivo, por cuanto el incremento real de la delincuencia es mucho menor al temor existente en la población de verse expuesto a ella. Es decir, no existe un correlato entre lo que ocurre en la realidad y entre la percepción que la ciudadanía tiene de ella”. En “Introducción al Sistema Penal”. Op. cit p. 45.

<sup>212</sup> Así lo señala Jorge Mera Figueroa en su artículo titulado “Política Criminal y Seguridad Ciudadana”, publicado en <http://www.justiciacriminal.cl>

<sup>213</sup> Como ya hemos señalado el nivel de delincuencia no está determinado monofactorialmente por el nivel de represión hacia estos, sino que por una serie de múltiples otros factores de índole social, económica y psico-social, entre otros y que analizaremos en el siguiente apartado.

<sup>214</sup> “Uno de los más grandes frenos de los delitos no es la crueldad de las penas, sino la infalibilidad de ellas, y en consecuencia la vigilancia de los magistrados, y esa severidad de un juez inexorable que, para que sea una virtud útil, debe acompañarse de una dulce legislación.”. Beccaria Op. cit. p. 82.

comunicación. Tal como señala Mera, la principal convicción político-criminal dominante en nuestro país es la absurda confianza en la eficacia del rigor de las penas.

## IV.1.- Análisis empírico de la delincuencia en Chile. El trabajo de Doris Cooper.

Para efectos de vislumbrar cuan sesgado, superficial e ideologizante es el discurso en torno al fenómeno de la delincuencia en nuestro país a nivel de medios de comunicación, clase política y opinión pública (creada por los dos niveles discursivos anteriores), expondremos la visión de la criminóloga nacional Doris Cooper, quien en su obra "Delincuencia Común en Chile"<sup>215</sup> realiza un exhaustivo y profundo análisis de la naturaleza, características y condiciones particulares de la delincuencia en Chile.

Considerando variables de base como: pertenencia ecológica (urbana, rural y migrante urbana-rural), sexo y etnia, plantea una clasificación de cinco tipos de delincuencia diferenciales posibles de detectar, para así determinar las principales características de la delincuencia en Chile:

DELINCUENCIA URBANA MASCULINA

DELINCUENCIA MASCULINA RURAL NO-MAPUCHE

DELINCUENCIA MASCULINA RURAL MAPUCHE

DELINCUENCIA FEMENINA RURAL

DELINCUENCIA FEMENINA URBANA

Antes de caracterizar estos tipos, es menester señalar los aspectos teóricos usados por la autora para su investigación.

En primer término señala que en la actualidad la mayor parte de las teorías que disponen los científicos en criminología y otras disciplinas científicas del área humanista, tienden a ser totalizadoras, es decir, pretenden explicar el fenómeno de la delincuencia o cualquier otra forma de conducta humana a partir de una sola proposición central, y a un único nivel de análisis. Con estos enfoques de variables reducidas, lo único que se logra son proposiciones ingenuas sino, fundamentalmente ineficientes para abordar la realidad. Por otra parte, el método positivista, sólo permite aplicar las teorías a la realidad –en términos de modelos-moldes– dejando poco o ningún espacio a la búsqueda de alternativas explicativas a partir de la empiria. Esta problemática focal limitada, que corresponde en general a percepciones sociales e ideológicas de científicos de clase media y alta, junto a la exclusión de la explicación de los propios actores estudiados-particularmente de los marginales- respecto de sus conductas y una fuerte ausencia de métodos cualitativos, han incidido en la génesis de la "Crisis de Paradigmas"<sup>216</sup>.

---

<sup>215</sup> Cooper Mayr Doris, "Delincuencia común en Chile", Ediciones LOM, 1ª Ed.1999. La autora desde 1982 a 1992 realiza un amplio conjunto de investigaciones Científicas enmarcadas en el campo de la Criminología, Sociología, Economía, Antropología y Sicología Social, en distintas regiones.

Basándose en la necesaria interdisciplinariedad y la consideración de la multi-etología (multi-causalidad) en el enfoque de los problemas sociales, la autora, ha elaborado su propia proposición teórica integrando teorías propias de la Criminología, Sociología, Economía, Antropología, Psicología social e incluso aspectos de la etnometodología, que se caracteriza por no formular teorías sino más bien incentivar el estudio cualitativo a partir de explicaciones de los propios actores involucrados en las conductas estudiadas. Se integran teorías no contradictorias entre sí, sino que asociadas en distintos niveles de análisis.

Estas teorías son a grandes rasgos las siguientes:

Teoría de R. Merton referente a las Motivaciones de la conducta humana y el éxito económico, permite hipotetizar acerca de las características de la delincuencia urbana masculina, como asociada a los delitos contra la propiedad. Los planteamientos de Merton, para Estados Unidos, son sin embargo inaplicables del mismo modo a países del tercer mundo como el nuestro donde los delitos contra la propiedad son en su gran mayoría para subsistir y/o adquirir drogas y/o alcohol, no para llegar a tener “mucho dinero” y capitalizarse o llegar a tener una empresa, etc...Es probable que en países metropolitanos la motivación de robar exclusivamente para llegar a tener mucho dinero adquiera la magnitud que Merton predice en ella, de hecho en estos países adquiere relevancia empresas delictuales o mafias organizadas. Es de todos modos aplicable para predecir esta delincuencia, pues son los varones los individuos socializados más solidamente en función de obtener estatus económico y reconocimiento social (meta-valor) y deben cumplir predominantemente con el rol de ser sustentadores de la familia. Adquiere realidad empírica que los ladrones pertenecen al estrato bajo, sustentan pertenencia ecológica a las urbes industriales, no tienen educación formal adecuada, carecen de la posibilidad de incorporarse a un empleo estable o bien remunerado, en consecuencia, posibilidad de acceder a la estructura de oportunidades. De esta forma, se ven presionados efectivamente a utilizar canales ilegales alternativos para lograr metas sociales e individuales. Por último, resulta evidente que esta teoría es incapaz de predecir la delincuencia rural, la delincuencia de las etnias indígenas o la delincuencia femenina, pues salvo excepciones la delincuencia de estas categorías sociales, nada tiene que ver con las metas de éxito económico<sup>217</sup>.

Teoría de E. Sutherland, de la Asociación Diferencial y Aprendizaje de la conducta delictual. Predice la problemática de la asociación diferencial y el aprendizaje de la delincuencia en grupos especializados. Señala este autor que la delincuencia se aprende en grupos primarios en la medida que en ellos existan una mayoría de definiciones favorables a la comisión de conductas delictivas, expresadas en motivaciones, formas de percepción y actitudes, que son transmitidas a sus nuevos integrantes. Se puede entonces hipotetizar que la mayor parte de los delincuentes ha aprendido e internalizado valores en grupos delictivos y aunque Sutherland generaliza, sus planteamientos serían válidos para la delincuencia urbana masculina en la comisión de delitos contra la

---

<sup>216</sup> Cooper, Doris. Op. Cit. p. 17

<sup>217</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 19

propiedad. El autor da por hecho de que existen tradiciones delictuales, que se transmiten por medio de la interacción y la socialización al interior de estos grupos contraculturales, pero no explica cómo surgen estas tradiciones culturales ni por qué asumen distintas expresiones en distintas áreas ecológicas, vale decir, su génesis sociocultural y económico-política. Por último esta teoría es incapaz de explicar los otros tipos de delincuencia descritos, como la rural y la femenina, en las cuales los autores son generalmente individuos que actúan solos, en forma habitualmente no premeditada, no especializada y sin ninguna asociación diferencial a grupos especializados<sup>218</sup>.

Teoría ecléctica de los Gluecks, de los problemas de la familia de Origen, Estrato socioeconómico, Droga, Alcohol y Familia, permite hipotetizar acerca de las características familiares de los delincuentes y su asociación al consumo de drogas y alcohol. Los autores plantean que entre la etiología (causas asociadas) a la delincuencia juvenil, la familia desestructurada juega un papel preponderante, de modo que la mayor parte de los jóvenes delincuentes procede de familias con padres separados, de padres con empleo ocasional o sub-empleados, de estrato bajo, muchas veces alcohólicos o con conductas desviadas, etc....Indagando en nuestro país estos planteamientos son verificables en las grandes ciudades y en estratos bajos (delincuencia urbana masculina), pues en sectores rurales, definitivamente la estructura familiar de origen no es un problema que incida en la génesis de la delincuencia. En definitiva en este contexto, los ladrones que provienen del estrato bajo, presentan problemas asociados al desempleo, a ocupaciones inestables y mal remuneradas, sus familias de origen se caracterizan por encontrarse desorganizadas, con problemas de alcoholismo, drogadicción y algunos miembros de la familia presentan enfermedades físicas o mentales. No obstante, los autores no explicitan que estas características se asocian directamente con la extrema pobreza. Por otro lado, los problemas familiares en el marco de los otros estratos económicos, se desconocen, ya que éstos suelen recurrir a abogados, sicólogos y profesionales privados para solucionarlos. Este problema del conflicto familiar adquiere actual y creciente importancia asociada a la integración de la mujer-marginal que se integra al mundo subcultural y económico-político de los varones<sup>219</sup>.

Planteamientos de G.Sykes de Intervalos etarios y de estado civil. Para el autor los delincuentes debieran ser predominantemente jóvenes y solteros. Manejando estas variables, igual que las anteriores, sus afirmaciones teóricas serían válidas para la delincuencia de las grandes ciudades, no así para el caso de la delincuencia rural mapuche, por ejemplo, donde la etiología de la delincuencia se asocia al consumo de alcohol y a riñas, agregando las consecuencias del proceso de conquista y al choque cultural entre su cultura y la nuestra. Estos delincuentes cometen predominantemente homicidios y este hecho se asocia a cualquier edad o estado civil.

Entre otros, Germani G.1981, Franck G.1979; Franco R.1973, etc...se agregan las Teorías del Desarrollo y Dependencia. Estas teorías, hacen referencia al hecho fundamental de que en nuestros países existe un desarrollo desigual, de modo que es

---

<sup>218</sup> Cooper, Doris. Op. Cit. p. 20.

<sup>219</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 21

posible hallar áreas ecológicas altamente desarrolladas e industriales para el contexto de un tercer mundo y por otro lado áreas ecológicas rurales tradicionales y un continuo de sectores ecológicos intermedios mixtos, de carácter decreciente, respectivamente hacia ambos polos. Junto a los planteamientos de R.Merton que conducen a hipotetizar respecto del predominio de los delitos contra la propiedad en las grandes urbes industriales, (generalizable a países del tercer mundo), plantea la autora que en las zonas rurales tradicionales y en las áreas ecológicas intermedias se encontrarían predominio de otros tipos de delitos. Así, los distintos grados de desarrollo de las áreas ecológicas en el marco del sistema capitalista, se relacionan con determinados tipos de delitos, y mientras más urbana e industrial es un área determinada concentrará mayores proporciones de delitos contra la propiedad, que en un marco comparativo adquieren en grandes urbes una mayor complejidad y especialización y mientras más rural y tradicional sea un área ecológica, tenderá a presentar menos delitos de ese tipo y concentrará a la inversa mayores proporciones de delitos contra las personas, la familia y la moral, es decir, predominantemente delitos de sangre y delitos sexuales. Estos sectores ecológicos finalmente van acentuándose u homogenizándose según el grado de permeabilidad de cultura urbana y rural a través de las vías y medios de comunicación, del tipo de infraestructura económica y de las interacciones comerciales, repercusiones internacionales, etc...<sup>220</sup>

De Níkeles A. 1966, 1978, 1982; Kahl J. 1964; Lerner D. 1974, la Teoría del Modernismo Psico-social<sup>220</sup>, permite elaborar el planteamiento hipotético referente a grados de desarrollo asociados a grados de modernismo Psico-social diferenciales y relacionarlos con probables tipos de delincuencia en Chile, según pertenencia ecológica. El planteamiento parte del hecho que el país, en vías de desarrollo, presenta aún polos de alto grado de industrialización y urbanización y polos de alto grado de tradicionalismo en el marco de la economía agraria, incluyendo economías de autosubsistencia. En este marco, predominan subculturas diferenciales que adquieren también importancia en relación a la variable sexo. Las subculturas, adquieren realidad no solo en las instituciones sociales sino, además y particularmente, en los tipos de mentalidad de las personas. Consecuencia de esto son los tipos de mentalidad que tendrían los delincuentes, en áreas ecológicas desarrolladas e industrializadas, personas insertas en una subcultura urbana compleja, sustentarían tipos de mentalidad moderna, aún cuando pertenecieran al estrato bajo, en comparación a los campesinos tradicionales del mismo estrato social. Entonces, las personas modernas mentalmente, presentarían actitudes positivas hacia la ciencia, la tecnología, la familia nuclear y el control de la natalidad, la educación formal, vivir en la ciudad, actitud positiva hacia los medios de masas, sustentar opiniones hacia la participación ciudadana, al consumismo, etc...Verificar esta hipótesis es afirmar que en Chile, la Delincuencia Moderna es también más moderna mentalmente que su delincuencia Tradicional, aún cuando casi todos son de la clase social más baja del país<sup>221</sup>.

De Heintz P. 1968, la Teoría del prejuicio y de Thorten Sellin, la Teoría del Conflicto

---

<sup>220</sup> Cooper. Doris. Op. Cit. p. 22

<sup>221</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 23

Cultural, permiten a la autora, investigar acerca de parte de la etiología y victimología involucrada, particularmente en términos interétnicos en la IX región. Se estudió como la problemática de las diferencias étnico culturales y las consecuencias de la conquista española, incluyendo la pacificación, podían tener aún consecuencias en el problema de la delincuencia diferencial. Se investigó respecto de la existencia del prejuicio mapuche hacia el huinca (blanco), que tiene relevancia en la delincuencia<sup>222</sup>.

De Bastide R.,1970,de Munizaga C.1961, 1971 las Teorías de la aculturación, marginalidad y estructuras transicionales. Aplicadas a los migrantes Rural-Urbanos, que sustentarían dos subculturas a nivel psico-social. La subcultura rural de pertenencia y luego con el proceso migratorio, la subcultura urbana donde se insertan. De esta forma se convierten en marginales en la medida que mentalmente presentan dos versiones e interpretaciones de la realidad, ninguna de las cuales es predominante en términos puros. Los migrantes rural-urbanos utilizan estructuras transicionales para insertarse en las grandes ciudades. Estas corresponden a estructuras sociales de determinadas áreas urbanas donde los recién llegados adquieren información y resocialización gradual en la subcultura urbana, a partir de sus propios coterráneos e insertos total o parcialmente. Para la investigadora toma relevancia en la medida que adquiere realidad para la inserción y aprendizaje de la delincuencia entre los migrantes, delincuencia de carácter mixto en sus patrones<sup>223</sup>.

Teoría de Becker y Lemert E. “Autopercepción y Rotulación”. Incorporando el paradigma del interaccionismo simbólico y particularmente la teoría de la rotulación, la autora plantea la posibilidad de conocer como se autodefinen y perciben los propios delinquentes. La teoría plantea que los seres humanos nos autopercebimos en función de las actitudes y comportamientos que las demás personas y grupos sociales tienen hacia nosotros. El paradigma etnometodológico, permite incursionar en las propias explicaciones de los autores de los delitos, respecto de su conducta y tipo de vida. El paradigma rechaza principalmente la superposición simple de teorías a la empiria social y da relevancia al estudio de la realidad percibida por los actores y a su propia explicación respecto de la delincuencia.

En base a estas teorías e investigaciones, al autora incorpora y elabora en 1990 su “Teoría del Subcontinuo cultural de la delincuencia”. La Teoría intenta predecir y explicar las formas que asume la delincuencia en nuestro país cuanto a aspectos de su etiología y en cierta medida permite hipotetizar respecto de estos tipos en el contexto latinoamericano y mundo capitalista. Basada en los planteamientos y teorías criminológicas vistas, a partir de integración de distintas disciplinas humanistas científicas (teorías Antropológicas, Psicosociales, Criminológicas, Sociológicas y Económicas de base) y en distintos niveles de análisis, intenta hacer una nueva proposición criminológica de mayor amplitud y perspectivas predictivas explicativas<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 24

<sup>223</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p.25

<sup>224</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 149.

La autora plantea que la integración de paradigmas y teorías, a partir del organicismo positivista, como el funcionalismo, sociología comprensiva (de la cual rescata construcción de tipos ideales en su elaboración teórica y metodológica referente a los distintos tipos de delincuencia), Funcionalismo Mertoniano, Ecologismo de la Escuela de Chicago, Interaccionismo simbólico y etnometodología e incluso la teoría de sistemas, no se constituyen en paradigmas contradictorios en general y son complementarios en el marco del enfoque de los problemas sociales y particularmente de la delincuencia. Plantea también que la “crisis de paradigmas” en la actualidad deriva del hecho de que para muchos investigadores los paradigmas actuales, atados etiológicamente al organicismo positivista (incluyendo la teoría de sistemas) resultan cada vez más evidentemente elitistas, metropolitanos y relativamente ingenuos en el marco de las posibilidades de análisis de la complejidad de los problemas sociales (particularmente del mundo subdesarrollado).

La proposición teórica, en términos sintéticos sostiene que en el mundo capitalista occidental, podemos distinguir un Continuo Subcultural de la delincuencia. Este continuo subcultural de la delincuencia, presenta extremos polares que se encuentran representados por una Delincuencia Moderna, una Delincuencia Tradicional y un continuo en el cual encontramos expresiones transicionales, todas en el marco de un proceso dinámico y de cambio. Estos tipos polares de delincuencia común y sus expresiones transicionales, se asocian etiológicamente a grados de desarrollo económico complementarios de carácter metropolitano-satélite, que generan subculturas diferenciales extremas y transicionales y se ven modificadas por estas en un proceso dialéctico de carácter internacional<sup>225</sup>. En este proceso; se asocian, generan y concretizan expresiones psicosociales particulares modernas, tradicionales y transicionales que adquieren expresiones conductuales en el proceso interactivo de la construcción social de la realidad y decantan en expresiones conductuales concretas en los procesos de interacción social, normativizados subcultural y/o contraculturalmente, marcados por variables de base a saber: sexo, pertenencia ecológica y etnia. Los elementos etiológicos de la delincuencia, a nivel subcultural y psico-social se expresan en metas de éxito alternativas y conflictos asociados y contextualizados particulares y diferenciales en situaciones de extrema violencia. Por último, esta proposición teórica integrativa de teorías clásicas y metodologías es, sin embargo, eminentemente empírica.

Concretizando y simplificando esta propuesta, podría hacerse una descripción sintética de las dimensiones y variables comprometidas en cada uno de los tipos de delincuencia propuestos.

La Delincuencia Común Urbana Masculina Profesional y extrema: Se asocia etiológicamente a las grandes urbes industriales-comerciales y emerge en el marco de la clase baja sin acceso a la estructura de oportunidades. En este tipo de delincuencia se encuentran las más altas proporciones de delitos contra la propiedad. Esta subcultura urbano-industrial en la clase baja, dada la falta de acceso a la estructura de oportunidades, el valor-meta de éxito económico generalizado y la revolución de las expectativas que incluyen la lucha abierta y consciente por la supervivencia en el tercer

---

<sup>225</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 162.



mundo, etiologizan conflictos que en caso de extrema violencia, gatilla el surgimiento paulatino de una contracultura organizada y a su complejización creciente. Se genera así una economía contracultural, caracterizada por roles laborales contraculturales que cumplen la función de una redistribución individual o grupal violenta de los bienes y la riqueza concentrados particularmente en las clases media y alta. Esta contracultura es ideográfica, compleja y sólida; comprende un código ético, normas sociales de comportamiento mental y físico, un código penal, un lenguaje particular, estereotipos físicos y mentales, una psicología específica, rituales sociales, roles laborales definidos, estructura social alternativa (música, gustos, etc...) que se expresan a nivel psicosocial y conforman otro generalizado contracultural, con un control social diferencial. Es muy importante señalar en todo caso que las formas de percepción del sistema social, de la justicia, de las clases sociales y en síntesis la ideología contracultural no presenta una forma de proyección histórico-política, sino más bien una inmediatez dinámica en el sentido de encontrarse implícitos intereses legitimados contraculturalmente. El acceso a la contracultura, por último, es paulatina y comienza a partir de los 6 años en el marco de la vagancia y la mendicidad<sup>226</sup>.

La Delincuencia Urbana no-Profesional Juvenil en cambio, no constituye una contracultura. Su etiología se asocia igual que en el caso anterior a los estratos más bajos del sistema y a la falta de acceso a la estructura de oportunidades. Pero en este caso se trata de una subcultura juvenil de clase baja marginal, una subcultura de pandillas, en la cual se encuentran expresiones de frustración, violencia y fundamentalmente de auto agresión, como válvula de escape frente a la marginación social de la juventud de clase baja. La búsqueda y consecución de "status" y roles alternativos al interior de las pandillas poblacionales. En esta búsqueda, se gatilla junto al consumo de psicotrópicos una de las delincuencias consideradas de mayor impacto y relevancia para los medios de comunicación social actualmente. Delitos contra la propiedad que ocasionalmente revisten caracteres extremadamente violentos y no se vinculan a la forma de vida ni códigos éticos de la contracultura del ladrón profesional. La etiología de este tipo de delincuencia es de carácter bastante más simple desde una perspectiva subcultural y psico-social rescatable y manejable a través de la generación de canales de participación en los beneficios del sistema, de vías de expresión creativa, política y ética, productiva y de incorporación a la estructura económica y acceso a la distribución social del conocimiento. La falta de acceso a la participación política, la ausencia de valores innovadores proyectivos socio-políticos y motivantes genera no sólo la marginación en la esfera de la percepción social sino también la marginación social objetiva y surgen canales sociales alternativos de participación (expresadas en pandillas poblacionales, donde los jóvenes adquieren prestigio/status) y roles alternativos que la sociedad no les brinda, de modo que este tipo de grupo primario otorga al joven, reconocimiento social, apoyo, solidaridad y afecto, elementos que en la sociedad el joven no podrá llegar a adquirir. Plantea la autora que es imprescindible ampliar los canales participativos para la juventud marginal. Mientras esto no ocurra o estos canales sean estrechos, dificultosos o inexistente, la droga y el alcohol pasan necesariamente a constituirse en formas de control social de la frustración, desencadenando la consecuente

---

<sup>226</sup> Cooper, Doris. Op. Cit. p. 164. Ver también lo señalado en p. 36

violencia explosiva asociada en el marco de los estratos bajos, vía desesperanza aprendida y autodestrucción del lumpen proletariado juvenil. Los canales políticos o participativos posibilitan la expresión de las necesidades de cambio estructural o institucional y con ellos su manifestación en utopías y los valores asociados a ellas. Una de las manifestaciones más nobles del ser humano es la lucha por las utopías sociales constructivas y humanizadoras, que orientan valóricamente al ser humano. Si las utopías desaparecen o se obnubilan por realidades históricas en el marco de un status quo sin salida para los marginales a la obtención de los beneficios de un sistema social, la población desposeída se volcará hacia los mesianismos (entre otros la religión Evangélica en nuestras poblaciones) o en los ritos de posesión personales y colectivos, que llevarían a consumos de drogas y alcohol masivos en el caso de las pandillas juveniles<sup>227</sup>.

Delincuencia Urbana masculina no-profesional de los “Ocasionales”. Se asocia a trabajadores relativamente incorporados (sub-empleados o con empleos ocasionales, etc..) a la estructura económica, que reciben sueldos extremadamente bajos y que no cubren las necesidades elementales para reproducir la fuerza de trabajo. Estos individuos trabajan y roban alternadamente, según las dificultades económicas de supervivencia. No han internalizado una contracultura delictual y no se consideran ladrones. Desde esta perspectiva, solo requieren mejores oportunidades laborales y no constituyen una subcultura diferencial a la subcultura normativa popular<sup>228</sup>.

La Delincuencia masculina Rural no-mapuche, como se ha señalado, se asocia a una subcultura rural tradicional de clase baja, donde los valores alternativos del folklore, el machismo y la violencia rural que sanciona la ofensa en los casos de extremo conflicto y en el marco de la subcultura alcohólica, gatillan delitos contra las personas, asociados al código penal tradicional de la venganza y la mancomunidad penal aún imperante en las áreas ecológicas más marginales. En estas áreas rurales tradicionales, el campesino, después de largas y duras jornadas de trabajo busca esparcimiento en la ingesta de alcohol y en esta situación se generan riñas y homicidios. Los delitos sexuales se asocian a jóvenes sin acceso a una satisfacción sexual normativa, enmarcada en una subcultura rural tradicional. Observamos entonces, que la etiología delictual es radicalmente distinta para los diferentes tipos de delincuencia. La prevención de este tipo de delincuencia es fácilmente deducible y se relaciona con políticas preventivas relativas al consumo de alcohol y a Programas educacionales masivos formales e informales a través de los medios de masas, que relacionen alcohol, ofensa, venganza, mancomunidad penal y crimen<sup>229</sup>.

La delincuencia Mapuche. De carácter similar a la del campesino asociada con homicidios, se enmarca dentro de una subcultura rural y en una Cultura Mapuche que a pesar de los embates del modernismo, sobrevive, predominantemente en las áreas

---

<sup>227</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 64.

<sup>228</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 63.

<sup>229</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 34.

ecológicas más marginales del sistema nacional. De gran relevancia es destacar que su mayor permisividad sexual cultural impide el gatillamiento de delitos sexuales, simplemente porque no son necesarias conductas violentas para lograr satisfacer el instinto sexual normativo, descartando las manifestaciones psicopatológicas sexuales, que son casi inexistentes. La etiología de este tipo, la encontramos fundamentalmente en conflictos de límites de tierra relacionados con la conquista y la usurpación constante de sus tierras, un código penal étnico ancestral diferencial, problemas de prejuicios interétnicos, pacificación por medio del alcohol etílico, una justicia dominante que no considera las variaciones culturales existentes en el plano de un relativismo cultural incluyendo valores y metas diferenciales, problemas derivados de las diferencias idiomáticas y finalmente la violencia de la marginación cultural y económica a la cual se encuentran sometidos en el marco de la extrema pobreza<sup>230</sup>.

La delincuencia Femenina es en su etiología radicalmente distinta a la de los varones. En general se enmarca en una subcultura femenina tradicional, donde los valores centrales y metas de éxito se asocian a los de madre y esposa, es decir a un plano afectivo y de sumisión sexual. La pertenencia de la mujer a una subcultura tradicional machista y una percepción social machista de las interacciones sociales afectivas, genera conflictos que en casos de extrema violencia trae como consecuencias Parricidios de cónyuges varones, Homicidios de convivientes, Lesiones a menores, etc...como consecuencia de largos años de malos tratos físicos y morales recibidos durante la convivencia con el ofensor. La mujer rural, absolutamente desprotegida y victimizada por largos periodos de convivencia, decide finalmente en un momento de desesperación poner fin a la vida de su pareja, ya sea en términos circunstanciales o premeditados. La mujer urbana en cambio, en el marco de una subcultura femenina tradicional-transicional comete más frecuentemente delitos contra la propiedad, pero más bien en términos de cómplice o encubridora de varones autores con los cuales se encuentra ligada afectivamente. Recién ahora la mujer comienza a incorporarse a la delincuencia moderna en forma autónoma, debido a los procesos de incremento de modernismo psico-social y a los cambios relativos de los valores tradicionales femeninos asociados a los roles de dependencia económica del varón. Pero los parricidios de cónyuges y los homicidios de convivientes, siguen constituyendo un tipo de delito específico predominante, etiologizado por los conflictos conyugales típicos del machismo<sup>231</sup>.

De esta forma, los Delitos contra la propiedad conforman un tipo general de delincuencia moderna en los polos más modernos, industriales y comerciales de nuestra sociedad tercermundista y decrecen en proporción y violencia en la medida que las urbes pierden en centralidad e importancia en la economía nacional e internacional, integrándose en el marco del continuo transicional. Es en las grandes urbes donde la Delincuencia Moderna adquiere su máxima expresión en violencia y especialización, llegando a conformar una economía contracultural redistributiva, expresada en roles laborales y un sistema de estratificación social alternativo enmarcado en una compleja

---

<sup>230</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 36.

<sup>231</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 40.

contracultura del Hampa que se objetiviza en una ética particular, un código penal diferencial, un lenguaje, usos y costumbres y elementos psico-sociales particulares asociados. Y por otro la delincuencia rural-tradicional adquiere presencia decreciente en la medida que las zonas rurales se desestructuran, es decir se urbanizan o se tecnologizan. Tenemos así, un continuo de Delincuencia expresado en dos polos terminales y un tipo transicional.

Son estas las diferencias fundamentales que la teoría intenta describir y explicar. La delincuencia es al menos, un problema social, psico-social, subcultural y económico y no un mero problema de mayor o menor represión. La sociedad, según la visión de Cooper, no puede simplemente reprimir lo que produce y reproduce. Debe intervenir en la prevención y la prevención debe basarse en el estudio de la etiología de la delincuencia. La ciencia descarta cada vez más las atribuciones de causalidad personal, porque son ingenuas aunque válidas en el marco del conocimiento vulgar ideologizado y se constituyen en la práctica sólo en formas de justificación del control de los marginales.

Cuando cada una de las teorías justificatorias de la pena, propone aisladamente y en términos explicativos un pequeño set de variables como asociado a la delincuencia común, ideológicamente obstaculiza visualizar la etiología de base que sigue siendo el conflicto de la extrema pobreza, la marginación y la explotación y las metas de conflicto diferenciales existentes en algunas subculturas donde se constituyen problemas sociales graves. La condena actual, es, primordialmente de carácter punitivo en su expresión real. La cárcel resume, condensa, recrea y potencia la contracultura delictual del hampa. Se expresan allí todos los valores, se recrea el sistema de estratificación social, surgen grupos primarios como carretas y macro-camarillas como las cuadrillas. Allí el joven que no se autopercibe como ladrón, tendrá que aprender a actuar como tal para protegerse, aprenderá el papel y las especializaciones. Internará normas y valores nuevos para él y aprenderá a apreciar el status de ladrón. Se está integrado a un mundo de marginales y es más que probable que ya no pueda reintegrarse al salir en libertad, a la sociedad. Estará marcado, es decir, rotulado y deberá continuar por el camino del destino irreversible. Es en las unidades penales donde la contracultura delictual adquiere su máxima expresión. Allí se recrea, perfecciona y concentra la "subcultura canera"<sup>232</sup>.

Sobre la base del conocimiento de cada una de las subculturas y tipos que se han descrito, la autora señala que este conocimiento resulta imprescindible para elaborar políticas de prevención. Debe buscarse en la problemática, los conflictos diferenciales y las metas de éxito subculturales y contraculturales de origen. Diseñar políticas que resuelvan al menos en parte, los conflictos de base diferenciales que en cada una de ellas se presentan, como se fue señalando al describir cada uno de los tipos señalados por la autora. Incluso esta compleja problemática resulta imposible de abordar con represión y encarcelamiento, ya que la aceptación del riesgo de la pérdida de la libertad o de la pérdida de la vida es a menudo un riesgo asumido en esta contracultura. Desde esta perspectiva política, sólo tendremos más cárceles y como expresan los mismos ladrones (la autora señala una de las frases de sus entrevistados), "saldría más barato enrejar las poblaciones". Por tanto la propuesta referente a la delincuencia urbana

---

<sup>232</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 103.

extrema, que constituye el grueso de la población penal, consiste en diseñar políticas de prevención a partir del profundo conocimiento de la problemática de la extrema pobreza, y de la contracultura existente en nuestro país. Estas políticas de Prevención sólo adquirirán efectividad si son elaboradas por especialistas en extrema pobreza, con adecuados conocimientos y capacidad empática con el hampa o población penal. No basta con elegir o designar funcionarios políticos burocráticos para enfrentar este problema que tanto preocupa a la ciudadanía. En este punto la sociedad y el gobierno debe considerar a sus científicos en estos casos más que a sus políticos, pues no pueden estos, carentes de conocimientos, diseñar políticas adecuadas. Critica la autora la falta de canales para la participación de científicos en el gobierno en áreas como la delincuencia, la cual nunca ha podido ser enfrentada de forma adecuada por el desconocimiento criminológico de los políticos designados. Los programas de rehabilitación actuales han resultado “ingenuos” desde la perspectiva de los ladrones, justamente porque han sido diseñados con desconocimiento de las verdaderas dimensiones de la contracultura delictual.

Desde esta perspectiva sólo los actores sociales pueden enseñar al investigador la realidad cotidiana, en este caso, la realidad de la clase baja, vivencias que los teóricos elitistas desconocen: constituyen el anverso de las proposiciones teóricas estéticas y ético-ideológicas elaboradas desde la cúspide de la sociedad. En este terreno, queda casi todo por reconstruir y elaborar: los paradigmas clásicos organicistas han ignorado en su mayor parte las interpretaciones de la realidad de la clase baja, que aunque no tienen educación formal, son capaces de reflexionar criticar y enjuiciar las teorías científicas tradicionales como adecuadas o inadecuadas<sup>233</sup>.

## **IV.2.-La prisión preventiva en el Sistema Penal chileno. Mecanismo punitivo.**

Ahora que hemos visto como la realidad del fenómeno delincencial es muchísimo más compleja de lo que se le muestra a la ciudadanía, podemos adentrarnos en el problema de la pena y la prisión en concreto. Dogmáticamente sabemos que existen claras diferencias entre los conceptos de pena y prisión preventiva<sup>234</sup>. Sin embargo si analizamos la manera que tienen de operar ambas instituciones en la realidad vemos que

<sup>233</sup> Cooper, Doris. Op. Cit p. 173 y ss.

<sup>234</sup> En efecto, la prisión preventiva, jurídicamente hablando es en Teoría Procesal una medida cautelar personal, es decir permite asegurar la concreción del Derecho cuando en apariencia se dan los supuestos de la norma jurídico penal determinada y exista peligro que la demora en la dictación de la probable sentencia condenatoria pueda provocar consecuencias dañinas para el procedimiento judicial mismo y el cumplimiento de la eventual condena que en el se pronuncie, o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. En otras palabras se asegura la pretensión punitiva del Estado, privando de libertad al imputado. La pena en cambio es la consecuencia de la dictación de una sentencia penal condenatoria ejecutoriada. En consecuencia podemos decir que la prisión preventiva es un medio y la pena, el fin.

esas enormes diferencias teóricas se diluyen en un mismo y continuo fenómeno: prisión, encierro, castigo, estigmatización y normalización.

Como ya hemos señalado anteriormente en nuestro país se presenta una curiosa paradoja: La opinión pública desconfía profundamente del Poder Judicial, de las normas penales (que son juzgadas como excesivamente benévolas para con esos “malhechores”) y del sistema penitenciario, pero ante el problema de la delincuencia que es presentado por los medios de comunicación como extraordinariamente grave, la única solución “razonable” es la agravación de las penas y la criminalización de más conductas. Es decir la expansión y potenciación de aquel sistema en el cual no se confía.

Se asume como adecuada la máxima contraria al principio de inocencia, es decir: “más vale que se encarcele a un inocente al riesgo de que ande suelto un probable delincuente”.

¿Qué hacer entonces ante esta evidente contradicción entre los principios declarados por la Constitución y la Ley y los deseos y pasiones punitivas irracionales de la opinión pública creadas por los discursos de los medios de comunicación y clase política<sup>235</sup>?. Es decir, ¿Cómo conciliar las declaraciones legales con el modo en que el sistema opera estratégicamente en la realidad?<sup>236</sup> como el instrumento adecuado para solucionar los “perniciosos” efectos de los principios de legalidad e inocencia.

Es así como se percibe una evidente contradicción entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal, que se traduce en una absoluta falta de coherencia en la política criminal. Jorge Mera señala a este respecto “La Constitución consagra el principio de legalidad o reserva, uno de cuyos presupuestos es que la pena debe ser el resultado de un juicio realizado con las debidas garantías. Sin embargo, en Chile el verdadero eje del poder penal del Estado es la prisión preventiva, más aún que la pena misma, puesto que la mayoría de los asuntos no se resuelve en virtud de una sentencia judicial. La prisión preventiva no opera entre nosotros tanto como una medida cautelar –asegurar la comparecencia del inculpado al juicio– sino como la auténtica sanción, la que, como es obvio, se impone, en consecuencia, sin garantía alguna, de acuerdo a criterios peligrosistas o retribucionistas.”<sup>237</sup>

### IV. 2. 1. –Evolución histórica de la normativa sobre Prisión preventiva y libertad provisional en Chile.

---

<sup>235</sup> Con los fines y objetivos que ya señalara Foucault y que analizamos en el capítulo anterior.

<sup>236</sup> En el Código de Procedimiento Penal, aún vigente en la Región Metropolitana, tenemos que Prisión preventiva y libertad provisional se presentan como las consecuencias alternativas de la dictación de la resolución judicial que somete a proceso al imputado.

<sup>237</sup> Mera, Jorge “Derecho penal sustantivo y proceso penal. Consideraciones político criminales” En “Introducción al Sistema Penal”. Op. cit p. 300.

*En términos generales podemos señalar que el creciente temor y preocupación por los niveles de delincuencia (creados por los discursos políticos, de los medios de comunicación masivos y de instituciones como “Paz Ciudadana”) han otorgado la coyuntura adecuada para que se legisle creando diversas modificaciones en la regulación legal en cuanto a la concesión de la libertad provisional, encaminadas todas ellas, a hacerla más estricta y dificultosa.*

*En el periodo comprendido entre los años 1944 y 1971 el Código de Procedimiento Penal fue modificado, con el objeto de establecer diversos supuestos en los cuales se prohibía la excarcelación y sin que se establecieran límites en cuanto a la duración de la prisión preventiva<sup>238</sup>. Recién con la ley 16.437 del año 1966 se establece un plazo máximo de duración de la prisión preventiva correspondiente a seis meses.*

*Este régimen legal de delitos inexcrcelables<sup>239</sup> se mantuvo hasta el año 1976, cuando entra en vigencia el acta constitucional N° 3, que en su capítulo I establece que “la Libertad provisional es un derecho del detenido o sujeto a prisión preventiva. Procederá siempre, a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como estrictamente necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla”.*

*Sin embargo, y a pesar de lo que se declara en este texto de rango constitucional, en la práctica en esos años opero un régimen en que no existía ninguna garantía constitucional<sup>240</sup> y las violaciones a las normas y pactos sobre derechos humanos eran pan de cada día. Nuevamente podemos observar como las declaraciones legales funcionan como discursos legitimadores que ocultan la forma en que opera el poder en la práctica. El poder judicial se encontraba comprometido ideológicamente con el gobierno militar y procedía ejerciendo “un positivismo legalista que se autoatribuyó como la única fuente legítima y adecuada a un Estado de Derecho, con lo que fue funcional a la dimensión represiva del régimen militar.”<sup>241</sup>*

Posteriormente el texto aprobado de la Constitución de 1980 en su artículo 19 n° 7 letra e) señalaba, manteniendo la base del criterio del acta constitucional n° 3 que “La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades

<sup>238</sup> Así lo señala Patricia Arias Barriga (Criminóloga de la U.C. de Lovaina) y Gabriel Ríos Escobar (Estadístico U.C. Valparaíso) en su trabajo “Libertad Provisional y Prisión Preventiva: La experiencia del sistema chileno” en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 5 – Noviembre 2002. Santiago de Chile. pp. 111 –141.

<sup>239</sup> Delitos que por su gravedad el Legislador considera que no resulta procedente la Libertad provisional. Una autentica presunción de culpabilidad en atención a la gravedad de la acusación.

<sup>240</sup> Sobre todo tratándose de delitos que se estimaban con connotaciones políticas y subversivas.

<sup>241</sup> Carlos Peña, citado por Alejandra Matus en su polémica obra “El libro negro de la Justicia chilena”. Editorial Planeta S. A. Santiago, Chile. Primera Edición. 1999 p. 304.

para obtenerla.”

Comparando ambos textos vemos que a pesar de que se mantuvo el mismo criterio existen algunas diferencias. En primer término el texto de la Constitución de 1980 elimina la expresión “es un derecho”, ya que se sostuvo que la libertad provisional es una garantía constitucional y no un derecho. Además también se elimina la expresión “siempre” ya que el propio texto en el inciso siguiente establece restricciones especiales para los casos en que se este en presencia de conductas terroristas<sup>242</sup>. En último término en el texto definitivo de la Constitución se eliminó la expresión “estrictamente” contenida en el acta constitucional, para de esta forma otorgar mayor libertad a los jueces para efectos de denegar la concesión de la libertad provisional y de este modo evitar que el juez se vea en la obligación de concederla una vez agotada la etapa de investigación que es el sumario.

Posteriormente la Ley 19.047 de 1991<sup>243</sup> en lo que dice relación a la libertad provisional, vino, según el mensaje presidencial a reafirmar el carácter de derecho humano y garantía constitucional de esta institución. De esta forma modifica el artículo 356 del Código de Procedimiento Penal estableciendo que “La libertad provisional es un derecho de todo detenido o preso. Este Derecho podrá ser ejercido siempre, en la forma y condiciones previstas en este Título.” Por otro lado también modifica el inciso segundo que señalaba “La prisión preventiva sólo subsistirá mientras existan los motivos que la hubieren ocasionado”, cambiando el texto de manera de explicitar de mejor forma las condiciones para que se mantenga la prisión preventiva. De esta forma el inciso segundo queda de la siguiente forma: “La prisión preventiva sólo durará el tiempo necesario para el cumplimiento de sus fines. El juez al resolver una solicitud de libertad, siempre tomará en especial consideración el tiempo que el detenido o preso haya estado sujeto a ella.”

Por otro lado esta ley también modifica lo establecido en el artículo 363 que señalaba las causales para denegar el otorgamiento de la libertad provisional. Antes de la reforma de la ley 19.047 el texto legal señalaba: “No se concederá la libertad provisional al detenido o preso, cuando la detención o prisión sea considerada por el juez, en resolución someramente fundada, como necesaria: a) para las investigaciones del sumario; b) para la seguridad de la persona del ofendido; c) para la seguridad de la sociedad por haber antecedentes graves de que tratará de eludir la acción de la justicia o continuará su actividad delictiva.”<sup>244</sup> La modificación introducida cambió dicho texto por el siguiente: “Sólo podrá denegarse la libertad provisional, por resolución fundada, basada en antecedentes calificados del proceso, cuando la detención o prisión sea estimada por el juez estrictamente indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la

<sup>242</sup> “La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9º, deberá siempre elevarse en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponda integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple.”

<sup>243</sup> Ley que forma parte del conjunto de disposiciones legales conocidas como leyes Cumplido.



seguridad de la sociedad o el ofendido.

Se entenderá que la seguridad de la víctima del delito se encuentra en peligro por la libertad del detenido o preso cuando existan antecedentes calificados que permitan presumir que éste pueda realizar atentados graves en su contra.

El tribunal deberá dejar constancia en el proceso, en forma pormenorizada, de los antecedentes calificados que hayan obstado a la libertad provisional, cuando no pueda mencionarlos en la resolución, por afectar el éxito de la investigación.”

Como podemos observar la principal modificación a esta disposición se hizo con respecto a la exigencia de una adecuada fundamentación a la resolución que denegara la libertad provisional. Además la causal que hacía posible la denegación de la libertad provisional cuando esta fuere necesaria para el éxito de las investigaciones del sumario se hace más exigente al establecer el nuevo texto que sólo se podrá denegar en caso de que se estime la prisión preventiva como estrictamente indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación.

Por otro lado el artículo 377 del CPP antes de ser modificado establecía que: “Podrá el juez poner término a la libertad provisional en los casos del N° 2 del inciso tercero del artículo 363 y, en general, siempre que tuviera motivos para temer que el procesado se fugue o cuando nuevas investigaciones modifiquen la condición legal del mismo procesado.” El artículo 5 N° 12 de la Ley 19.047 dispuso que se modificara dicho texto por este otro: “Podrá el juez poner término a la libertad provisional por resolución fundada, cuando aparezcan nuevos antecedentes que así lo justifiquen, al tenor de lo dispuesto en los incisos primero y segundo del artículo 363, y procediendo en lo demás en conformidad a lo establecido en el inciso tercero del mismo artículo.”

De esta forma lo que hace el nuevo texto del artículo 377 al hacer referencia al artículo 363 es establecer que para efectos de poner término a la libertad provisional durante la tramitación del proceso se deben cumplir los mismos requisitos a los que alude el artículo 363 para denegar su otorgamiento.

El artículo 2, letra b) de la Ley 19.164 de 1992 modificó el Código Penal en lo que respecta a la legítima defensa, y en concordancia agrego el artículo 356 bis al CPP para efectos de facilitar la concesión de la libertad provisional de quienes supuestamente han actuado en legítima defensa. Una reforma que se apoya en la idea de “lucha contra la delincuencia”.

La ley 19.385 de 1995 agregó tres incisos al artículo 363 para disponer que el juez cuando estime necesario conocer los antecedentes del detenido o preso, requerirá al Servicio de Registro Civil e Identificación el envío de dicha información.

La ley 19.503 de 1997 añadió un segundo inciso al artículo 363 del Código de Procedimiento Penal mediante el cual el legislador quiere establecer criterios “objetivos”

<sup>244</sup> Con respecto al criterio para determinar el peligro para la seguridad de la sociedad, la disposición establecía que “En general y para los efectos dispuestos en la letra c) del inciso anterior, el juez tomará en cuenta la sanción legal probable, el número de delitos atribuidos, si ha sido condenado antes por sentencia ejecutoriada, al carácter y gravedad de las informaciones correspondientes y el tiempo transcurrido desde que se cometieron, los antecedentes penales del procesado, si se encontraba en libertad provisional o condicional...”.

de orientación al juez para efectos de que este determine si la libertad del imputado es o no peligrosa para la seguridad de la sociedad. Este inciso agregado señala: “El juez podrá estimar que la libertad del imputado resulta peligrosa para la seguridad de la sociedad tomando en consideración alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad provisional o gozando de alguno de los beneficios contemplado en la ley N° 18.216, y en la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que se traten.”

Como puede observarse los criterios orientadores que le entrega el legislador al juez con esta modificación implican una serie de infracciones a los principios garantistas que se suponen forman parte de la base de nuestro Estado democrático de Derecho. En efecto la noción de “peligrosidad” es incompatible con un derecho penal pretendidamente del “hecho” y es, una de las características de un derecho penal de autor. Implica, en términos de Foucault que se juzga la vida del sospechoso y no su “hecho”. Las circunstancias que el legislador pretende que tome en consideración el juez de la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos y la existencia de procesos pendientes son además una clara infracción al principio de inocencia, de debido proceso (que implica que la culpabilidad sólo se puede determinar mediante una sentencia condenatoria ejecutoriada) y en general, del principio de legalidad<sup>245</sup>. Esto debido a que dichos criterios determinan la predisposición del juez, generando niveles de prejujuicio que lo llevarán casi siempre a condenar al imputado. Por otro lado los demás criterios orientadores (el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216, y la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos que se traten.) implican una consagración legal de la estigmatización.

Esta serie de presunciones legales de peligrosidad resultan absolutamente incompatibles con lo que se supone debería ser un derecho penal basado en la culpabilidad por el hecho. Incompatibilidad que como podemos observar se resuelve siempre en la práctica a favor de estos criterios que implican prejujuicio, presunción de culpabilidad y estigmatización. Un verdadero derecho penal de autor encubierto.

<sup>245</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y al juicio público en que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.” La Convención Americana de Derechos Humanos (conocida también como Pacto de San José de Costa Rica) establece en su artículo 8 que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. El artículo 42 del aún vigente en la Región Metropolitana Código de Procedimiento Penal señala: “A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado; pero el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso.” Por último el artículo 4 del Código Procesal Penal estableciendo la presunción de inocencia del imputado, señala que “ Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

Encubierto por la declaración de principios garantistas, democráticos y liberales que no se aplican en la realidad, sobre todo con respecto a quienes forman la “clientela” del sistema penal: los sectores más carenciados y marginales de la sociedad.

Finalmente en lo que respecta al análisis de las modificaciones introducidas al régimen de libertad provisional en el Código de Procedimiento Penal tenemos que en el año 2000 entra en vigencia la ley N° 19.661, nuevamente basándose en el “problema de la delincuencia”, de la inseguridad ciudadana (que como ya hemos visto es absolutamente subjetiva) y en el hecho de que la mayor parte de los delitos son cometidos por reincidentes, muchos de los cuales se encontraban gozando de libertad provisional<sup>246</sup>. Con respecto a esto último es importante señalar que dicho fenómeno se produce por la forma en que opera el sistema penal que es esencialmente selectiva y discriminatoria. Se sabe que una vez que un individuo ha ingresado al sistema penal tiene muchísimas más posibilidades de volver a ingresar, pues ya ha sido “marcado” como “delincuente”. Los órganos policíacos se dirigirán siempre contra individuos con “antecedentes” y los demás individuos de la sociedad siempre tenderán a sospechar de estos para efectos de hacer sus denuncias y delaciones. De esta forma tenemos que el fenómeno de la reincidencia de los “delinquentes” y sujetos que gozan de libertad provisional es provocada por el mismo sistema penal.

Esta ley modificó el artículo 363 en los siguientes términos: “Sólo podrá denegarse la libertad provisional, por resolución fundada, basada en antecedentes calificados en el proceso, cuando la detención o prisión sea estimada por el Juez como necesaria para el éxito de las investigaciones del sumario, o cuando la libertad del detenido o preso sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido”. De esta forma observamos como el legislador eliminó la exigencia de que la detención o la prisión preventiva sea estimada por el juez como estrictamente necesaria para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación y la cambió por la fórmula “cuando la detención o prisión sea estimada por el Juez como necesaria para el éxito de las investigaciones del sumario”, mucho menos exigente y que le otorga al juez mucha mayor libertad para denegar la concesión de la libertad provisional.

Se agrega además un segundo inciso para efectos de explicar que es lo que debe entender el juez por “necesidad para el éxito de las investigaciones del sumario” el cual señala: “Se entenderá que la detención o prisión preventiva es necesaria para el éxito de las investigaciones, sólo cuando el juez considerare que existe sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación, mediante conductas tales como la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.”

Además con respecto a las causales genéricas de peligro para la sociedad se añade una nueva en el inciso tercero “el haber actuado en grupo o pandilla”.

También se modifica el criterio de determinación de lo que debe entenderse “peligro

---

<sup>246</sup> Esto según lo señala la moción de los diputados señores Espina, Elgueta, Bertolino, Cornejo, Prokurika, Fossa, Luksic, Palma y Mora. Además esta moción pretendía que las Cortes de Apelaciones al conocer de las excarcelaciones por vía de consulta o apelación sólo podrían acceder a la libertad provisional con el voto unánime de los miembros de la Sala.

para la seguridad de la víctima” en el inciso cuarto: “Se entenderá que la seguridad de la víctima del delito se encuentra en peligro por la libertad del detenido o preso cuando existan antecedentes calificados que permitan presumir que éste pueda realizar atentados en contra de ella o de su grupo familiar. Para la aplicación de esta norma, bastará que esos antecedentes le consten al juez por cualquier medio.” Así se le añade al concepto el peligro para el grupo familiar y el hecho de que para la aplicación de esta norma baste que al juez le consten estos antecedentes por cualquier medio.

Por otro lado también hizo más exigente el otorgamiento de la libertad provisional para aquellos delitos que la ley asigna pena aflictiva, reemplazando el inciso segundo del artículo 361 que señalaba “En este caso, la resolución que otorgue la libertad provisional deberá consultarse al tribunal de alzada que corresponda.” Por el siguiente: “En este caso, la resolución que otorgue la libertad provisional será fundada, sobre la base de los antecedentes de hecho y de derecho que existan en el proceso, y deberá consultarse al tribunal de alzada que corresponda. Dicho tribunal resolverá la respectiva consulta, o apelación en su caso, por resolución también fundada”.

### **IV. 2. 2.-La prisión preventiva en la reforma procesal penal. Una nueva economía de los castigos en Chile.**

---

A partir del 16 de diciembre de 2000 comenzó a entrar en vigencia progresivamente el nuevo Código Procesal Penal<sup>247</sup> que como sabemos implica una reforma completa del sistema procesal penal, pasando de un sistema mixto predominantemente inquisitivo, a un sistema mixto predominantemente acusatorio.

Es así como el artículo 139 de dicho cuerpo legal establece en cuanto a la procedencia de la prisión preventiva: “Toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

La prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales<sup>248</sup> fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento”.

De esta forma se consagra legalmente la excepcionalidad de la prisión preventiva, señalando que es el último recurso en el espectro de medidas cautelares con las que se

<sup>247</sup> Mediante la Ley N° 19.696 de 2000.

<sup>248</sup> Cabe señalar a este respecto que el Código Procesal Penal contempla diversas medidas cautelares personales. A saber: a) Citación (arts. 123 y 124); b) Detención (arts. 125 a 138); c) Prisión Preventiva (arts. 139 a 154); Arraigo Judicial (art. 155 letra d) primera parte). Además el artículo 155 contempla una otras medidas cautelares personales: a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal; b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez; c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare; d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal; e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares; f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

cuenta.

Por otro lado el artículo 140 se encarga de establecer los requisitos que se deben cumplir para efectos de que sea procedente la prisión preventiva<sup>249</sup>. Analizando esta disposición podemos observar como el primer requisito que se establece (“que existan antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare”) difiere en su redacción sutilmente del que se establecía en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, el cual exigía que: “esté justificada la existencia del delito que se investiga”<sup>250</sup>. Sin embargo la diferencia es mayor en cuanto a su sentido y alcance, ya que bajo la nueva formula no se requiere que este justificada la existencia del delito que se investiga (lo cual debe desprenderse de los antecedentes y luego de interrogar al inculpado como lo señala el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal), sino que simplemente existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito, lo que implica que de determinados antecedentes resulte verosímil o plausible el hecho de que se haya cometido un delito. Así el requisito se transforma en tautológico y meramente retórico, pues el hecho de que existan antecedentes que justifiquen la comisión del delito es lo que fundamenta que se de comienzo a la investigación, por lo tanto, siempre existirá dicho requisito una vez que se esté investigando.

El segundo requisito establecido por el artículo 140 del Código Procesal Penal cobra el mismo sentido que tenía la disposición del artículo 274 N° 2 al exigir: “Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor”.

En relación al tercer requisito exigido por el artículo 140 del Código Procesal Penal tenemos que es prácticamente una transcripción del establecido por el artículo 363 del

<sup>249</sup> “Artículo 140. Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos: a) Que existan antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare; b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido. Se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataban, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla. Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

<sup>250</sup> Artículo 274 número 1 del Código de Procedimiento Penal.

Código de Procedimiento Penal y en el artículo 19 número 7 letra e) de la Constitución Política de la República, con la sola diferencia que estos hablan de la necesidad para las investigaciones del sumario y aquel de la indispensabilidad para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación <sup>251</sup>.

Ahora bien, a pesar de que en lo referente a la prisión preventiva la reforma procesal penal no implica a nivel normativo un cambio sustantivo, su comportamiento efectivo según lo reflejan las estadísticas ha mostrado un descenso en la aplicación de esta verdadera pena disfrazada de medida cautelar personal <sup>252</sup>. Este fenómeno se ha producido básicamente por la aplicación de las medidas cautelares contempladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal, con respecto a las cuales el legislador ha exigido preferencia con respecto a la prisión preventiva <sup>253</sup>.

¿Cómo se debe interpretar este fenómeno?. ¿Estando en transición hacia un proceso más garantista y que resguarda la libertad en mayor y mejor forma?. ¿O estamos en presencia de la implementación de un sistema de control social más eficiente, más universal y generalizado en su alcance. Una nueva tecnología de control menos burda que el arcaico sistema inquisitivo que nos regía (y sigue rigiendo actualmente en la Región Metropolitana) y por tanto que restringe la libertad de manera mucho más eficaz y precisa?. Guardando coherencia con lo que ya hemos señalado a propósito de la obra de Michel Foucault creemos que es, precisamente, esto último lo que estamos comenzando a vivir.

En efecto, como se sabe, esta reforma procesal penal no fue impulsada por los criterios de un derecho penal mínimo y garantista, sino que fue patrocinada desde su origen por la Fundación “Paz Ciudadana” <sup>254 255</sup>, la cual adscribe claramente a la corriente ultra represiva conocida como “tolerancia cero” y ha sido la principal encargada de instalar la imagen de inseguridad en la sociedad chilena.

<sup>251</sup> Esta incoherencia en la terminología jurídica debería suscitar una reforma constitucional al artículo 19 número 7 letra e) para adecuarlo a las nociones incorporadas por la reforma procesal penal.

<sup>252</sup> Según lo señala el estudio realizado por Patricia Arias Barriga y Gabriel Ríos Escobar. Op. cit p. 120.

<sup>253</sup> Ver nota a pie de página número 20 en lo referente al artículo 155 del Código Procesal Penal.

<sup>254</sup> Creada y dirigida por el empresario Agustín Edwards Eastman, dueño de El Mercurio, uno de los diarios más influyentes de Chile y reconocido como el portavoz de los sectores más conservadores de nuestra sociedad. En el directorio de la Fundación confluyen representantes de la derecha y la centro-izquierda política, del mundo de los empresarios y de la cultura; esta heterogeneidad en su composición es considerada por Marcela Ramos y Juan Gúzman, autores de la obra “La guerra y la paz ciudadana” (Lom Ediciones, 2000, Santiago) como una metáfora del consenso que despierta en la sociedad chilena la seguridad ciudadana como la más importante preocupación pública. En dicho trabajo de investigación periodística, Paz Ciudadana aparece, en tanto dispone del acceso a los más importantes medios de comunicación para difundir sus postulados, como la principal responsable en la criminalización de la pobreza que acompaña la preocupación por la seguridad pública. De acuerdo con los autores, en la medida en que esta institución es depositaria de las ideas del Manhattan Institute, sería responsable de la asimilación en nuestro país de la teoría de las ventanas rotas y la versión chilena de la tolerancia cero, que ha logrado hacerse elemento esencial de los programas políticos de uno y otro signo

La diversificación de las medidas cautelares que podemos ver en el artículo 155 del Código Procesal Penal implica y ha tenido como consecuencia un sistema de control más generalizado y eficiente. En efecto, ahora un mayor número de personas están sometidas a medidas cautelares personales, las cuales son de menor intensidad que la prisión preventiva, pero que de igual modo cumplen una función de restricción de la libertad.

En consecuencia podemos ver que en la sociedad chilena se da un fenómeno del todo análogo al que ya vio Foucault que se dio en Europa y específicamente en Francia a partir de la segunda mitad del siglo XVIII. En efecto la reforma procesal penal no implica una nueva sensibilidad con respecto a la administración de la justicia criminal, sino que una nueva política respecto de los ilegalismos. La reforma procesal penal no busca castigar menos, sino que castigar mejor, administrando el castigo de forma más sutil, pero introduciéndolo mucho más profundamente en nuestra sociedad.

Además ¿cómo comprender la supuesta incoherencia que implica que en el mismo período de tiempo en que se esta implementando en la Región Metropolitana la Ley 19.661 que hace mucho más exigentes los requisitos para el otorgamiento de la libertad provisional, se este implementando en todo el país una reforma procesal penal pretendidamente más garantista?. No se debe pensar que la Ley 19.661 es incoherente con los criterios de la reforma procesal penal, por el contrario, pone en evidencia que la reforma procesal penal obedece también a criterios que pretenden generalizar el castigo y la represión mediante una política criminal que se parece cada vez más a los postulados ideales de la “tolerancia cero”.

### **IV.3.- La privación de libertad en Chile y las funciones no declaradas del castigo. La peligrosidad como elemento central de nuestro Sistema Penal.**

*Ya hemos visto en el segundo capítulo cuales han sido las funciones declaradas de la pena que los ordenamientos jurídicos han adoptado basándose en el pensamiento de teóricos, juristas y filósofos. Posteriormente con Nietzsche y Foucault hemos visto que la realidad del castigo es mucho más compleja y que obedece a motivaciones muy diversas*

<sup>255</sup> El sitio web de la fundación señala: “La Fundación Paz Ciudadana ha estado comprometida con la Reforma Procesal Penal desde sus inicios. En la etapa de diseño, aportó asesoría y apoyo técnico en temas como: el diseño funcional y organizacional del nuevo sistema, las proyecciones de carga laboral, los requerimientos de presupuesto -sobre la base una simulación computacional del nuevo procedimiento- y la estimación de su rentabilidad social. Posteriormente, en la etapa de puesta en marcha, ha realizado un trabajo constante para evaluar su implementación y proponer las adecuaciones necesarias para su correcta implementación. En este contexto, fue invitada por el Ministerio de Justicia (2001) a formar parte de una comisión que realizara una evaluación preliminar del desempeño de la reforma. Así mismo, en el año 2003, trabajó en la elaboración del primer “Anuario Estadístico Interinstitucional de la Reforma Procesal Penal” y formó parte de una nueva comisión de expertos que tuvo como objetivo evaluar el funcionamiento de la reforma en las ocho regiones iniciales y realizar sugerencias concretas para mejorar la aplicación del nuevo modelo en la Región Metropolitana.” En [http://www.pazciudadana.cl/sist\\_ju\\_reforma.php](http://www.pazciudadana.cl/sist_ju_reforma.php)

*a las que se declaran en los textos legales. Estas funciones no declaradas de la pena son las realmente efectivas y las que, en consecuencia deberían importar al momento de emprender un análisis sobre la realidad de la pena y la justicia criminal en nuestras sociedades.*

*El Estado y en específico su ordenamiento jurídico prescribe que la pena debe manifestarse en forma de privación de libertad en recintos especialmente acondicionados a tal efecto o los que la propia normativa señale <sup>256</sup>. Sin embargo los efectos del encarcelamiento son mucho más amplios que una mera privación de libertad y su radio de acción abarca todas las dimensiones en la vida del encarcelado y muchos aspectos de las personas relacionadas con él (familia, pareja, cónyuge, etc.) <sup>257</sup>*

*Otro aspecto de las funciones no declaradas de la pena es que esta excede en su aplicación efectiva el propio concepto que la define jurídicamente. Así hemos visto que la prisión preventiva es una verdadera pena anticipada. En otras palabras y según lo expresa Bustos: “se trata de castigar de todas maneras: se sabe que el sujeto va a ser absuelto, pero por lo menos que esté dos meses, ocho meses, o dos años preso.” <sup>258</sup>*

Por otro lado tenemos que nuestro derecho penal al igual que la mayoría de los derechos penales contemporáneos es de doble vía. Es decir, en su construcción, nuestro derecho penal se sirve de dos instrumentos para cumplir con sus finalidades. Por un lado esta la pena para quienes resulten imputables, y por el otro, se encuentran las medidas de seguridad y corrección para quienes son inimputables, pero son potencialmente peligrosos para el resto de la sociedad (o para ellos mismos como señala el artículo 688 del Código de Procedimiento Penal). Aquí resulta evidente lo que se ha denominado como “fraude de etiquetas”. En efecto, la ley declara que con respecto a quienes se encuentran en situación de inimputabilidad, se excluye de ellos la culpabilidad, elemento integrante del concepto de delito, y en consecuencia su conducta no es jurídico penalmente reprochable, luego no susceptible de penarse. Sin embargo al igual que con respecto a los delincuentes propiamente tales (imputables) se reacciona de manera de aislarlos y excluirlos de la sociedad <sup>259</sup>. Se les encierra, de la misma forma en que se encierra a un condenado por delito. Además, como el elemento culpabilidad no entra a jugar con respecto a los inimputables, tampoco puede hacerlo como un elemento que

<sup>256</sup> El artículo 19 número 7 letra d) prescribe: “Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.”

<sup>257</sup> El Decreto Supremo 518 de Agosto de 1998 que contiene el “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios” establece en su artículo 2: “Será principio rector de dicha actividad el antecedente de que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.”

<sup>258</sup> Bustos, Juan “La Crisis de las penas privativas de libertad y de la Institución penitenciaria en general”, artículo publicado en Cuadernos de Análisis Jurídico Nº 24, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1993, pág. 13.

<sup>259</sup> Queda solamente enunciado este aspecto del sistema penal y de las funciones no declaradas por el mismo, ya que es un tema que excede el ámbito de este trabajo. Al respecto ver Foucault Op. cit. 2000 en donde realiza un acabado estudio entre las relaciones de determinación entre el juez penal y el poder-saber constituido por la psiquiatría forense.



limite la intervención estatal<sup>260</sup> .

En consecuencia, y como podemos ver, lo decisivo para que se determine la aplicación de una privación de libertad no es el hecho de que se haya establecido mediante una sentencia penal condenatoria ejecutoriada que un determinado individuo ha cometido una acción que la ley tipifica como delito, que es antijurídica por no existir ninguna causal de justificación para la realización del tipo, y que además es culpable, pues dicho individuo está en situación de imputabilidad. Lo relevante para el sistema penal es si se estima que dicho individuo es o no “peligroso”. En efecto, no importa que dicho individuo haya efectivamente cometido una acción tipificada como delito, pues si se estima peligroso, se le procesará y se le aplicará prisión preventiva. Lo mismo sucede si se demuestra posteriormente que efectivamente se cometió una acción típica, pero cubierta por alguna causal de justificación, pues también se le habrá aplicado prisión preventiva en este caso. Por último, como ya vimos, resulta indiferente para privar de libertad a un individuo si este es o no culpable, pues existe el recurso de las medidas de seguridad contempladas en la ley 16.618 en el caso de los menores y los artículos 682 y siguientes del Código de Procedimiento Penal en el caso de los que la misma ley denomina “enajenados mentales”.

Siempre que se estime que un determinado individuo es “peligroso” hay privación de libertad, en una forma u otra, bajo una denominación conceptual u otra. Cualquier análisis que profundice en este concepto de “peligrosidad” podrá verificar que se trata de una noción pseudo científica<sup>261</sup> , ya que resulta del todo imposible realizar una predecir el comportamiento humano individual, esto además de la clara vulneración a las garantías individuales que representa, pues la peligrosidad implica una probabilidad y no una certeza, lo que trae como consecuencia hacer depender la privación de libertad de un hecho totalmente incierto.

La peligrosidad en concreto y como señala Juan Oberto Sotomayor Acosta<sup>262</sup> implica al mismo tiempo la afirmación de la presencia de una cualidad inmanente al sujeto (es peligroso) y una simple probabilidad, un dato aleatorio, ya que la prueba del peligro no se

<sup>260</sup> El artículo 693 del Código de Procedimiento Penal establece que “La internación como medida de seguridad sólo podrá durar mientras subsistan las condiciones que la hicieron necesaria, y no podrá extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad prescrita en la sentencia, o del tiempo que corresponda a la pena mínima probable, el que será señalado por el juez en el fallo.” Sin embargo dicha prescripción legal se transforma en meramente retórica con lo expresado en el inciso final de dicha disposición, la cual señala: “Sin embargo, cumplido el plazo de internación, el procesado pasará a disposición de la autoridad sanitaria, si su libertad constituyere riesgo.” El artículo 694 dispone solamente que al pasar el enfermo mental a la autoridad sanitaria este ya no podrá seguir encerrado en ningún establecimiento carcelario o penitenciario, pero nada impide que se les encierre en instituciones psiquiátricas, las cuales no son muy distintas a las cárceles. Hay encierro de una u otra forma.

<sup>261</sup> Psiquiátricamente se ha dicho que “la peligrosidad del enfermo mental es un mito social” por C. Castilla Del Pino “La ideología de la locura en la práctica psiquiátrica actual”, en R. Bercovitz, “La marginación de los locos y el derecho”, Madrid, Taurus, 1976, pág. 19.

<sup>262</sup> En “Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable” en Revista Nuevo Foro Penal, N° 48, Junio 1990. Pág. 203.

tendrá más que fuera de tiempo, es decir, cuando el acto se haya efectivamente realizado. Lo que hace la pericia psiquiátrica en ese sentido es a partir de una acción típica, antijurídica, pero no culpable, por tratarse de un loco o demente es enjuiciar toda la vida del individuo, calificándola como portadora potencial del hecho delictivo efectivamente realizado, lo que lleva necesariamente a concluir que ese hecho probablemente se repetirá. Así y tal como lo señala Foucault “la pericia psiquiátrica permite trasladar el punto de aplicación del castigo, de la infracción definida por la ley a la criminalidad evaluada desde el punto de vista psicológico moral (...) Es verdad que la pericia psiquiátrica constituye un aporte de conocimiento igual a cero, pero eso no es importante. Lo esencial de su papel es legitimar, en la forma del conocimiento científico, la extensión del poder de castigar a otra cosa que la infracción. Lo esencial es que permite reubicar la acción punitiva del poder judicial en un corpus general de técnicas meditadas de transformación de los individuos.”<sup>263</sup>

Así vemos que la función efectiva del concepto de peligrosidad que desempeña en el cuerpo social es encubrir un verdadero derecho penal de autor tras la máscara de una noción pretendidamente científica que se encadena perfectamente con la ideología de la defensa social. “La peligrosidad no es más que un pretexto para adoptar una medida de seguridad, constituyendo de este modo mucho más una legitimación que una razón objetiva”<sup>264</sup>. La misma pena de encierro bajo distintas máscaras conceptuales tanto para delincuentes, imputados, meros sospechosos, locos o menores.

### IV. 3. 1.-Análisis carcelario. Efectos de la pena.

---

El Decreto N°778 del Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país promulgó en 1989 el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos adoptado por la asamblea general de la organización de las naciones unidas en 1966. El artículo 10 de este pacto señala en la primera parte del número 3 que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados.”<sup>265</sup> Por otro lado el “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios” contenido en el decreto supremo 518 del año 1998 señala en su artículo 10 letra b) “Los establecimientos penitenciarios se organizarán conforme a los siguientes principios: b) El desarrollo de actividades y acciones tendientes a la reinserción y disminución del compromiso delictivo de los condenados”. El artículo 24 del mismo reglamento señala: “El régimen de los

<sup>263</sup> Foucault, Michel . Op. cit 2000 p. 31.

<sup>264</sup> Sotomayor Acosta, Juan Oberto. Op. cit. p. 204.

<sup>265</sup> El artículo completo señala: “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

establecimientos y centros penitenciarios tendrá como finalidad conseguir una convivencia ordenada que permita el cumplimiento de los fines previstos por la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados”. Por último se encuentra el título quinto que a partir de los artículos 92 y siguientes regula las actividades y acciones para la reinserción social.

Con respecto a la resocialización o reinserción social existen dos discursos opuestos: el de los teóricos de la resocialización por medio de la pena y el de los críticos a dicha posibilidad (y que en concreto generaría el efecto opuesto). Sin embargo ambos discursos están de acuerdo en un hecho, que a estas alturas parece evidente: la acción transformadora de la pena privativa de libertad sobre los sujetos internos.

Cabe señalar que un sector de la doctrina, hoy en día mayoritario, con respecto a este punto señala que debe distinguirse entre fines de la pena y fines de la ejecución de la pena. A partir de esta artificiosa distinción se plantea que el objetivo resocializador sólo debe entenderse con respecto al limitado campo de la ejecución de la pena, como principio orientador de ésta. Sin embargo esta distinción, a parte de ser artificiosa y contribuir poco o nada al problema real (más bien parece una pirueta conceptual destinada a intentar salvar las incoherencias intrínsecas de los fines de la pena que se manejan en nuestras sociedades) guarda contradicciones insalvables. Es evidente que el fin de la ejecución de la pena debe ser el mismo fin de la pena (es tan absurdo como distinguir entre la finalidad de una intervención quirúrgica y la finalidad de la ejecución de la intervención quirúrgica). Como señala Bacigalupo la pena sólo puede operar de forma resocializadora en su ejecución, si la propia pena se concibe como instrumento resocializador y con tal finalidad se impone. Por el contrario: si la pena, de hecho, estigmatiza y deteriora al infractor, no cabe entonces configurarla conceptualmente como remedio rehabilitador.<sup>266</sup>

En nuestro país las políticas de reinserción social para la población reclusa están a cargo de Gendarmería de Chile, a través de su Departamento de Readaptación. La política de readaptación llevada a cabo por este organismo técnico “ está orientada y sustentada en el marco teórico-técnico denominado “modelo general de tratamiento penitenciario”. Este postula que los grandes esfuerzos en materia de reinserción social deben focalizarse en poblaciones de condenados a quienes les reste poco tiempo para postular a beneficios de salida al medio libre, o bien cumplir su condena, a objeto de entregarles herramientas en materia de competencia social y capacitación laboral que faciliten su inserción social y eviten futuras reincidencias.”<sup>267</sup>

Sin embargo la población de procesados no se excluye de las políticas de readaptación, lo cual resulta bastante contradictorio con el principio de inocencia: si al procesado se le presume inocente, ¿por qué deben aplicársele tratamientos de

---

<sup>266</sup> Bacigalupo, E., “Significación y perspectivas de la oposición Derecho Penal-Política Criminal”, en: *Révue Internationale de Droit Pénal*, 1978, pág. 16 y ss. Citado por Antonio García-Pablos de Molina en “Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos”. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Pág. 439.

<sup>267</sup> Según lo señala la información del sitio web de Gendarmería <http://www.gendarmeria.cl/index.htm>

readaptación?

El sitio en Internet de Gendarmería agrega: “El objetivo central del Departamento es propender a la recuperación de las personas condenadas a través de la educación, el trabajo, la capacitación y el desarrollo de habilidades de competencia social. Junto a ello, se pretende otorgar una mejor calidad de vida durante la permanencia de los internos en las unidades penales que signifique humanizar la rutina en los recintos de reclusión.”

En primer término respecto a esta finalidad resocializadora se debe señalar que desde ningún punto de vista se encuentra legitimada una intervención estatal que proceda a transformar y conformar la identidad de los individuos sujetos a medidas de privación de libertad. Los textos legales declaran que la consecuencia penal es la privación de la libertad ambulatoria del individuo, pero en un Estado democrático de Derecho, pluralista y respetuoso de la conformación personal de cada individuo no puede justificarse coherentemente que el privado de libertad se vea además obligado a conformar su personalidad adecuándola a las medidas terapéuticas con las cuales pretendidamente se los “beneficia”. Por otro lado la idea de resocialización es absolutamente incompatible con los postulados y dogmas del derecho penal clásico (postulados y dogmas que sirven de base a nuestro Código Penal que data de 1873), que se inspira en una concepción retribucionista incompatible con aquella.

En segundo lugar y en concreto, pasaremos a revisar someramente cuales son los reales efectos que tiene la cárcel en el interno<sup>268</sup> y que como veremos distan mucho de la supuesta “resocialización”, la cual parece ser una vez más sólo un elemento discursivo legitimante, pero sin ningún respaldo en la realidad. A este respecto Baratta nos señala que “la comunidad carcelaria tiene, en las sociedades capitalistas contemporáneas, características constantes, prevalecientes respecto a las diferencias nacionales, y que han permitido la elaboración de un modelo verdadero y propio. Las características de este modelo, desde el punto de vista que más nos interesa, pueden resumirse en el hecho de que los centros de detención ejercen efectos contrarios a la reeducación y a la reinserción del condenado, y favorables a su estable integración en la población criminal.”

269

La noción de prisionización fue acuñada por Clemmer en 1958 y se refiere al proceso que se desarrolla en los internos cuyo efecto es la asimilación de la subcultura carcelaria. Esta asimilación implica la aceptación del rol de preso, el cual socialmente se encuentra desvalorizado, la modificación de los modos de comer, vestir, dormir y trabajar y lo más importante: el efecto transformador de la personalidad del interno, lo que trae como consecuencia una muy difícil adaptación posterior a la sociedad libre, ya que la adopción de esta subcultura carcelaria supone una pérdida de los elementos culturales propios de esa sociedad libre.<sup>270</sup>

<sup>268</sup> Un análisis en profundidad de este tema excedería en mucho la finalidad del trabajo que aquí exponemos.

<sup>269</sup> Baratta, Alessandro. Op. cit. p. 193-194.

<sup>270</sup> Esto según lo señala Josep García-Bores Espí en su trabajo “El impacto carcelario” En “Sistema Penal y problemas sociales”, coordinado por Roberto Bergalli. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003. Pág. 397.

Otros efectos de la prisionización investigados más recientemente por Pérez y Redondo en 1991 hablan de un aumento en el grado de dependencia, debido al amplio control conductual, así como un desplazamiento del locus de control hacia el polo externo; una devaluación de la propia imagen y disminución de la autoestima; el aumento de los niveles de dogmatismo y autoritarismo, que se traduciría en su mayor adhesión a valores carcelarios; el aumento del nivel de ansiedad; y los efectos en la conducta posterior en términos de tendencia a la reincidencia.<sup>271</sup>

Por otro lado Goffman en su obra "Internados" de 1970 realiza una lograda descripción de los efectos de la cárcel en el interno, vinculándolos a su noción de "institución total", la cual es definida por él mismo como "un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro, una rutina diaria administrada formalmente"<sup>272</sup>. A diferencia de lo que sucede en la sociedad libre, en una institución total (cárceles, hospitales psiquiátricos, conventos, etc.) todas las actividades del individuo interno se desarrollan en un mismo espacio y bajo la potestad de una sola autoridad que controla todos los aspectos de la vida del interno. "Estas condiciones de vida, sumadas a la pérdida de contacto con el exterior, definen sustancialmente un régimen de vida artificial a que es sometido el recluso y que sustituye al entorno natural en que hasta entonces se había desarrollado"<sup>273</sup>.

Por otro lado estas instituciones totales se caracterizan por el uso de sistemas de mortificación y de privilegios<sup>274</sup>. Los sistemas de mortificación a través del aislamiento del exterior, la desfiguración y la contaminación del "yo" producen cambios progresivos en la personalidad del interno, produciendo una desorganización del "yo", mutilándolo, proceso que se complementa por la propia institución mediante el mecanismo de los privilegios. De esta forma este sistema de privilegios y castigos propio de las instituciones totales logra conseguir la cooperación de individuos que a menudo tienen razones para no cooperar. Esta es la misma idea que se encuentra en Foucault quien como ya vimos, ve en el tratamiento penitenciario un mecanismo disciplinario.

Las consecuencias en el individuo que produce su internamiento en la institución total penitenciaria, son, según Goffman, las siguientes<sup>275</sup>:

La desculturación. Consecuencia que produce en el individuo incapacidad para adaptarse a la sociedad libre. Básicamente debido a la pérdida del contacto con el

---

<sup>271</sup> Citado por Josep García-Borés Espí. Op. cit. p. 399.

<sup>272</sup> Erving Goffman "Internados". Buenos Aires. Amorrortu Editores, ed. 1972, p. 19 y ss.

<sup>273</sup> García\_Borés Espí, Josep . Op. cit, p. 404.

<sup>274</sup> En nuestro sistema penitenciario estos privilegios son denominados "beneficios intrapenitenciarios" y según señala Gendarmería de Chile forman parte de las actividades de reinserción social y confieren a quienes se les otorgan gradualmente, mayores espacios de libertad.

<sup>275</sup> Erving Goffman. Op. cit. p. 26 y ss.

exterior y a la violación de la autonomía del acto.

Mutilación del “yo”. La cual es producto de la separación del desempeño de los roles sociales; el despojo de las pertenencias; el identificarlo con un número y no ya con su nombre; los rituales humillantes de ingreso (muchas revisiones “médicas” sólo pretenden eso); la humillación verbal y la sumisión también verbal a ésta; la violación de la intimidad, tanto de los hechos de su vida, como la vigilancia constante; la privación de contacto heterosexual; y en definitiva el aislamiento físico, afectivo y social.

La alta tensión psíquica que produce inevitablemente el conjunto de condiciones antes señaladas.

Generación de un estado de dependencia. En efecto la institución total carcelaria genera pérdida de la voluntad, autodeterminación y autonomía, debido a la exhaustiva programación de la existencia de los sujetos internos.

Sentimiento de tiempo perdido, malogrado, robado.

Surgimiento de una actitud egoísta, de ensimismamiento, pues el interno focaliza toda su atención en las particulares condiciones de su existencia.

Estigmatización. Al individuo que ha pasado por la institución total carcelaria se le rechaza socialmente por ese hecho. La sociedad libre sigue sin considerarlo como parte de ella, a pesar de ya haber salido de la institución.

Por otro lado Baratta nos muestra que los trabajos de Clemmer y Goffman pueden perfectamente combinarse para de este modo lograr una visión aún más acabada de los efectos del encarcelamiento en el individuo. Es así como señala: “La atención de los estudiosos ha recaído particularmente en el proceso de socialización a que es sometido el detenido, proceso negativo que ninguna técnica psicoterapéutica y pedagógica logra volver a equilibrar. Tal proceso se examina desde dos puntos de vista: ante todo, el de la “desculturización”, esto es 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), 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 comportamiento propios de la sociedad exterior. El segundo punto de vista, opuesto pero complementario, es el de la “culturización” o “prisionización”. En este caso se asumen las actitudes, los modelos de comportamiento y los valores característicos de la subcultura carcelaria.”<sup>276</sup>

Por otro lado el trabajo de Manzanos Bilbao<sup>277</sup> se encarga de mostrar las nefastas consecuencias en la familia de quien ha sido recluido en una institución penitenciaria. “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”<sup>278</sup>. Sin embargo el Estado al castigar a un sujeto genera inevitablemente consecuencias de desestructuración familiar, así como la pérdida de quién es frecuentemente la principal fuente de ingresos del núcleo familiar.

<sup>276</sup> Baratta, Alessandro. Op. cit. p. 194-195.

<sup>277</sup> Citado por García-Bores. Op. cit p. 411.

<sup>278</sup> Artículo 1º inciso segundo de la Constitución Política de la República de Chile.

Sin dudas la extensión social de la pena va mucho más allá de lo declarado.

De esta forma podemos ver como la relación que existe entre cárcel y sociedad es como señala Baratta una relación entre quien excluye (sociedad) y quien es excluido (el encarcelado). La contradicción entre la ideología de la reinserción y la realidad del funcionamiento y de las consecuencias de las instituciones penitenciarias es abrumadora. “Toda técnica pedagógica de reinserción del detenido choca con la naturaleza misma de esta relación de exclusión. No se puede excluir e incluir al mismo tiempo.”<sup>279</sup>

En definitiva en nuestro país, opera la combinación del modelo de exclusión de la lepra con el modelo de control absoluto de la peste<sup>280</sup>. El universo carcelario se expande de manera casi invisible, sutil, y lo que es aún peor, los integrantes de nuestra sociedad claman porque así sea debido a la progresiva inseguridad subjetiva creada precisamente con esta finalidad de control.

La eficiencia del sistema capitalista en el cual nos encontramos insertos se debe a la capacidad que posee éste de ocultar sus mecanismos de dominación y explotación. No cabe duda de que problemas como el desempleo, la flexibilidad laboral, las privatizaciones de los servicios de salud, educación, agua, electricidad, etc., la evasión y elusión tributaria y los delitos de “cuello blanco” tienen un impacto mucho mayor y producen mermas en la calidad de vida de las personas mucho mayor que la delincuencia combatida por los slogans de los medios de comunicación que se limitan a reproducir el discurso de paz ciudadana.

Esta “guerra contra la delincuencia” no es más que otro de las formas en que el sistema capitalista oculta estos otros “ilegalismos” de impacto mucho mayor, pero que al ser cometidos por el mismo grupo social que detenta el poder económico (político, legal y judicial por consiguiente) no son sometidos al sistema penal.

Los discursos en torno a la delincuencia, por lo tanto, tienen la función de generar un estado de cosas que permite que los ilegalismos de los grupos hegemónicos se cometan sin generar mayor rechazo social, y por otro lado crean una imagen cohesionadora social del “enemigo común”. Todo el rechazo social se focaliza en este enemigo interno, dejando de lado y sin prestar atención a todas aquellas situaciones que producen mermas mucho mayores en la calidad de vida de la población.

Por otro lado el sistema capitalista en sí, requiere por razones de orden ideológico y económico la existencia de la criminalidad y la marginación de este sector de la sociedad. La resocialización de quienes han ingresado al sistema penal jamás ha funcionado ni funcionará en la realidad ya que esta entra en contradicción con la lógica de la acumulación capitalista, la cual necesita la existencia de sectores marginales y desocupados. En efecto, la criminalidad es necesaria económicamente para todo sistema capitalista, ya que mediante esta categorización de los individuos se crea marginalidad, se crea estigmatización, lo cual conlleva las tasas de desempleo necesarias para que se den las condiciones propicias para el aumento de la explotación de los sectores

---

<sup>279</sup> Baratta, Alessandro. Op. cit p. 196.

<sup>280</sup> Ver Capítulo III. 1. 1.

asalariados mediante el progresivo aumento de las jornadas laborales y el derrumbe de los salarios efectivamente pagados. Fenómeno que se experimenta desde hace algunos años en nuestro país, curiosamente de la mano con el “incremento de la delincuencia” y de la inseguridad ciudadana.

En forma más clara: la función reeducativa y disciplinaria que tuvieron las instituciones carcelarias en sus orígenes ya no existen en la actualidad y se reducen a pura ideología, que sirve para ocultar la verdadera funcionalidad del “problema de la delincuencia” que tiene para el actual sistema hegemónico.

Es así como en nuestro país la pena se utiliza sólo para el logro de funciones ideológicas y simbólicas. La finalidad real del castigo efectivamente es una finalidad de control, pero no reducida al control del delito, ni siquiera al control de la categoría de los “delincuentes” (aunque tampoco se querría reconocer esto último, pues implicaría reconocer que opera de facto un derecho penal de autor). La finalidad del castigo en nuestra sociedad es el control global de la población, y su sujeción al sistema económico y de valores sustentado por la hegemonía social.

El castigo cumple una función social compleja de control y dominación con respecto a toda la población. Ideológicamente permite sustentar un sistema económico y de valores mediante un discurso-poder cuyo trasfondo es la dicotomía “Bien-Mal”, dibujando como mal absoluto aquello que es perjudicial a los intereses hegemónicos, pintando como bien absoluto aquello que es el bien relativo a estos mismos intereses hegemónicos. Materialmente crea la marginación necesaria a este sistema económico como ya se ha explicado. Simbólicamente logra la conformidad de la población con respecto a los poderes que los encauzan.

Mirando así las cosas, la pena no ha fracasado. Muy por el contrario, ha triunfado totalmente. Y se torna cada vez más vigorosa...<sup>281</sup>

---

<sup>281</sup> Concluimos aquí esta mirada panorámica y no exhaustiva a la realidad del castigo en nuestro país.



## CAPITULO V.- CONCLUSIONES A MODO DE EPILOGO

***“Un juez que en el momento de dar una sentencia no se está riendo interiormente de sí mismo y de la sociedad es un perfecto imbécil.” (Vicente Huidobro)***  
***“¿Existían argumentos en su favor que se habían pasado por alto? Naturalmente debía haberlos. Es verdad que la lógica es inexorable, pero no resiste a un hombre que quiere seguir viviendo. ¿Dónde estaba el juez al que nunca había visto? ¿Dónde estaba el alto tribunal al que nunca había llegado?...” (Franz Kafka, “El Proceso”) “El castigo tiene por fin hacer mejor al que lo aplica; este es el último recurso de los defensores del castigo.” (Friedrich Nietzsche, La Gaya Ciencia)***

A lo largo de este trabajo hemos intentado otorgar una visión general de las complejidades que encierra el ius puniendi o derecho a castigar con que cuenta el Estado. Hemos visto además como esta intervención punitiva estatal ha intentado ser legitimada una y otra vez (y con eso podemos percatarnos de lo vano de sus esfuerzos) en el discurso jurídico-penal a través de lo que se conoce como “teorías sobre los fines de la pena”. Estas teorías parten de la base de que la pena es una respuesta al fenómeno del delito. Sin embargo hemos visto que la realidad del castigo es mucho más compleja. El castigo, las políticas criminales y el Sistema Penal en general escapan en su diseño, sentido e implementación a las reglas de derecho, obedeciendo más bien a las estrategias del poder.

Las diferentes variantes que han adoptado estas teorías sobre los fines de la pena

pueden reconducirse a un solo error epistemológico, el cual consiste en abordar el problema del castigo desde un punto de vista idealista o ideológico.

En este trabajo hemos pretendido corregir dicho enfoque erróneo, partiendo de los trabajos de Nietzsche, Foucault y otros, que utilizando métodos genealógicos de análisis y de coherencia entre sus discursos y lo que sucede en la realidad<sup>282</sup> han logrado otorgar un enfoque materialista o político-económico a sus trabajos. De lo que se trata es de que para realizar un correcto análisis de la finalidad o funciones de la pena y el castigo en nuestras sociedades o a lo menos partir desde la base correcta para realizar estos análisis se debe considerar la efectiva función que cumplen las instituciones penitenciarias (que es en donde se manifiesta y cobra vida la pena) y la efectiva función que cumplen las políticas criminales, los discursos oficiales y de los medios de comunicación masivos en torno a la delincuencia. Es decir, se debe analizar empírica y multidisciplinariamente la función efectiva que desempeña el sistema penal en su totalidad, para que a partir de esas funciones efectivas que desempeña, desentrañar su racionalidad. Racionalidad que como hemos visto es del todo distinta y mucho menos noble que la declarada mediante los mecanismos legitimadores del sistema.

¿Qué han hecho hasta ahora las teorías sobre los fines de la pena?. Pues justamente lo contrario. Parten de una racionalidad ideal, fundante o la declarada por el sistema, para luego intentar desde ahí construir las finalidades que supuestamente cumpliría la pena.

Así, como vimos, las construcciones teóricas absolutas de la pena se conceptualizó el castigo estatal como una retribución-reparación del mal, daño u ofensa causada con el delito. Luego, debido a la influencia de las filosofías utilitaristas, la pena fue justificada y legitimada por sus supuestas funciones de prevención (positiva o negativa, general o especial). Sin embargo debido a las insostenibles incongruencias de estas teorías, comenzaron a surgir teorías intermedias que pretendían unir los anteriores fines de la pena señalados(Roxin) o fundarlas en racionalidades funcionalistas (Jakobs). La gran polémica actual en el debate entre juristas sobre los fines de la pena nos muestra claramente la profunda crisis de legitimación en que se encuentra fundado el castigo estatal en nuestras sociedades.

En este trabajo vimos como estas teorías sobre los fines de la pena se limitaban, debido al error epistemológico antes descrito, a describir lo que según las propias circunstancias y subjetividades de cada autor la pena debería cumplir, sin tener ningún sustento en cómo realmente operaba el castigo en la realidad. Así, las teorías sobre los fines de la pena sólo han servido de soporte legitimador del sistema penal, con una nula función crítica del mismo, limitándose a contemplar las funciones normativamente declaradas del derecho penal.

En este punto es importante retomar la cita de Couture con que iniciamos este trabajo: “quien sólo sabe de derecho, ni siquiera sabe de derecho”. Efectivamente, el discurso jurídico hegemónico al ver en los análisis de las funciones que material y efectivamente cumplen los sistemas punitivos en nuestras sociedades un área del saber

---

<sup>282</sup> Lo que hemos denominado coherencia externa del discurso.

perteneciente exclusivamente a la sociología, han renunciado a construir un necesario discurso crítico dentro del mismo Derecho. El Derecho no puede limitarse al saber meramente normativo, pues sólo es una relativamente pequeña parte de lo que el derecho debería comprender, como saber social que es.

Cabe aún preguntarse si el error en que han caído todas las teorías sobre los fines de la pena es efectivamente un error, o más bien, todas han sido formuladas por necesidad de esa forma. Necesidad legitimatoria, ideológica y funcional, aún más amplia que la planteada por Luhmann o Jakobs.

Se debe abordar el problema del castigo como lo que efectivamente es: un fenómeno complejo del total de la estructura social de cada momento histórico, y no reducirlo a su sólo aspecto jurídico. Aspecto bastante mínimo y además “mentiroso” con respecto a las funciones que efectivamente despliega la pena en el conjunto social. No es seria la pretensión de exhaustividad de los estudios en torno a la pena al centrarse en el sólo aspecto jurídico. No se debe olvidar que los profesionales del Derecho han obtenido el título de licenciados en ciencias jurídicas y sociales, y no sólo jurídicas.

Sin lugar a dudas, un tema tan complejo como es el castigo y su sentido en nuestra sociedad resulta imposible de agotar y abarcar exhaustivamente en todas sus dimensiones. La pretensión humilde de este trabajo ha sido corregir el enfoque normativo idealista con el que se ha abordado tradicionalmente en el ámbito jurídico el problema.

Tenemos la certeza que un Sistema Penal con un mayor nivel de legitimidad sólo puede venir de la mano con una conceptualización del castigo que abarque todos sus aspectos. Como señalaba Foucault, tratando al castigo como una función social compleja.



---

## BIBLIOGRAFIA

- Alvarez, Ursicino. "Curso de Derecho Romano". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Segunda edición.
- Arias Barriga, Patricia y Ríos Escobar, Gabriel. "Libertad Provisional y Prisión Preventiva: La experiencia del sistema chileno" en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 5 – Noviembre 2002. Santiago de Chile.
- Baratta, Alessandro. "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal", Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 2002. Primera Edición.
- Beccaria, Cesare "Tratado de los delitos y las penas". Editorial Losada, S. A. Buenos Aires. 1999. Primera Edición.
- Bercovitz Rodrigo. "La marginación de los locos y el Derecho". Editorial Taurus. Madrid. 1976. Primera Edición.
- Bonastre, Gerardo Damián "Fundamento, esencia y funciones de la pena en el magisterio de Pío XII". Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Publicado en <http://www.carlospalma.com.ar/Bonastre.htm>
- Borges, Jorge Luis. - "Nuestro Pobre individualismo" en: "Otras Inquisiciones". Alianza Editorial, Buenos Aires, Argentina. 1998. Novena edición.
- "Ficciones". Alianza Editorial, Buenos Aires, Argentina. 1999. Decimosegunda edición.
- Bustos, Juan. "Control Social y Sistema Penal" En "Introducción al Sistema Penal" por

- Jorge Mera Figueroa y Mauricio Duce Julio. Editorial de la Universidad Diego Portales. 1996. Primera Edición.
- “La Crisis de las penas privativas de libertad y de la Institución penitenciaria en general”. En “Cuadernos de Análisis Jurídico N° 24”. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1993.
- Cooper, Doris. “Delincuencia Común en Chile”. Editorial LOM, Santiago, Chile. 1999. Primera Edición.
- Deleuze, Gilles. “Nietzsche y la Filosofía: III.- La Crítica”. Publicado en [http://www.nietzscheana.com.ar/nietzsche\\_y\\_la\\_filosofia.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/nietzsche_y_la_filosofia.htm)
- Díaz, Esther. “Economía, Punición y Sujeto” En Revista “Perspectivas Nietzscheanas, número 3” (1994) pp. 35 - 42. Artículo publicado en [http://personales.ciudades.com.ar/f\\_nietzsche/instantes/diaz.htm](http://personales.ciudades.com.ar/f_nietzsche/instantes/diaz.htm)
- Duce, Mauricio y Riego, Cristián. “El proceso penal chileno y los Derechos humanos. Las víctimas de los delitos en el proceso penal chileno”. En “Introducción al Sistema Penal” compilado por Jorge Mera Figueroa y Mauricio Duce Julio. Editorial de la Universidad Diego Portales. 1996. Primera Edición
- Foucault, Michel: - “Vigilar y Castigar”, Editorial Siglo XXI, México. 1991. Decimonovena Edición.
- “Historia de la Sexualidad: La Voluntad de Saber”. Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2002. Primera Edición.
- “La verdad y las formas Jurídicas”. Editorial Gibisa, España. 1989. Tercera Edición.
- “Los Anormales”. Editorial Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2000. Primera Edición.
- “La Arqueología del Saber”. Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina. 2002. Primera Edición.
- “Microfísica del Poder”: Editorial La Piqueta, España. 2000. Segunda Edición.
- “Nietzsche, la genealogía, la historia”. Editorial Pre-Textos, Valencia, España. 1997. Primera Edición.
- Frey, Herbert. “La interpretación nietzscheana de la antigüedad griega como contramito a la modernidad”. En [http://www.nietzscheana.com.ar/h\\_frey-grecia.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/h_frey-grecia.htm)
- García-Bores Espí, Josep. “El impacto carcelario”. En “Sistema Penal y problemas sociales”, coordinado por Roberto Bergalli. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2003. Primera Edición.
- García-Pablos de Molina, Antonio. “Criminología: una introducción a sus fundamentos teóricos”. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2001. Primera Edición.
- Garland, David. “Castigo y Sociedad Moderna”. Editorial Siglo XXI, México. 1999. Primera Edición.
- Goffman, Erving “Internados”. Amorrortu Editores. Buenos Aires. 1972.
- Hassemer, Winfred y Muñoz Conde, Francisco “Introducción a la Criminología y al Derecho Penal”. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, España. 1989. Primera Edición.
- Hegel, George W. Friederich “Filosofía del Derecho”. Editorial Edhasa, Barcelona. 1999. Primera Edición.

- 
- Jakobs, Günter "Sobre la teoría de la pena". Editorial de la Universidad Externado de Colombia. 1998. Primera Edición.
- "¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?". Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. 2000.
- Kant, Immanuel. "Fundamentación de la metafísica de las costumbres – Crítica de la razón práctica". Editorial Porrúa S.A., México, 1995. Tercera Edición.
- Lesch, Heiko "La Función de la Pena". Editorial Dykinson, Madrid. 1999. Primera Edición.
- López Hernández, José. "La actualidad de la filosofía del derecho de Hegel". En: Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho número 1. 1998. Publicado en <http://www.uv.es/CEFD/1/Lopez.html>.
- Marí, Enrique Eduardo. "La problemática del castigo". Editorial Hachette, Buenos Aires. 1983. Primera Edición.
- Matus, Alejandra. "El libro negro de la Justicia chilena". Editorial Planeta S. A. Santiago, Chile. 1999. Primera Edición.
- Mera Figueroa, Jorge. "Política Criminal y Seguridad Ciudadana". Publicado en <http://www.justiciacriminal.cl>
- "Derecho penal sustantivo y proceso penal. Consideraciones político criminales" En "Introducción al Sistema Penal". Universidad Diego Portales. 1996. Primera Edición.
- Nietzsche, Friederich. "La genealogía de la moral: un escrito polémico". Alianza Editorial, Buenos Aires. 1998. Primera Edición.
- "Más allá del bien y del Mal". Alianza Editorial, Buenos Aires. 1983. Primera Edición.
- "Así Habló Zarathustra". Alianza Editorial, Buenos Aires. 1999. Octava Edición.
- "La Gaya Ciencia". Editorial Monte Avila, Caracas, 1989. Segunda Edición.
- "Aurora". Editorial Edimat S.A., Madrid. 1994. Tercera Edición.
- "Sobre Verdad y Mentira en Sentido Extramoral". Publicado en: [http://www.nietzscheana.com.ar/sobre\\_verdad\\_y\\_mentita\\_en\\_sentido\\_extramoral.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/sobre_verdad_y_mentita_en_sentido_extramoral.htm).
- "Voluntad de Poder y Eterno Retorno". Publicado en: [http://www.nietzscheana.com.ar/voluntad\\_retorno.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/voluntad_retorno.htm)
- "Nihilismo Y Futuro". Publicado en: [http://www.nietzscheana.com.ar/nihilismo\\_y\\_futuro.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/nihilismo_y_futuro.htm)
- Radbruch, Gustav. "Introducción a la Filosofía del Derecho". Editorial Fondo de Cultura Económica, México. D.F., 1965. Segunda Edición.
- Ramos, Marcela y Gúzman Juan A. "La guerra y la paz ciudadana". Editorial Lom. Santiago. 2000. Primera Edición.
- Rojas Osorio, Carlos. "Foucault y el pensamiento contemporáneo". Editorial de la Universidad de Puerto Rico. 1995. Primera Edición.
- Romero Cuevas, José Manuel "Los frágiles cimientos del presente. La genealogía nietzscheana y la verdad de la Historia". En revista "Estudios Nietzsche" número 3, Málaga, 2003. Artículo publicado en [http://www.nietzscheana.com.ar/romero\\_cuevas.htm](http://www.nietzscheana.com.ar/romero_cuevas.htm)

- Roxin, Claus: - "Sentido y Límites de la Pena Estatal", En "Introducción al Sistema Penal", Ediciones Universidad Diego Portales, compilado por Jorge Mera Figueroa y Mauricio Duce Julio. 1996. Primera Edición.
- "Problemas Básicos del Derecho penal". En "Introducción al Sistema Penal" por Jorge Mera Figueroa y Mauricio Duce Julio. Editorial de la Universidad Diego Portales. 1996. Primera Edición.
- "Transformaciones de la teoría de los fines de la Pena". En "Nuevas formulaciones en la Ciencias Penales". Editorial La Lectura. Córdoba, Argentina. 2001. Primera Edición.
- Rusche, George y Kirchheimer, Otto. "Pena y Estructura Social". Editorial Temis. Bogotá. 1984. Primera Edición.
- Sabrovsky , Eduardo "Borges y el nominalismo" conferencia dictada en el círculo académico de la Universidad Diego Portales, el 9 de mayo del 2002. Publicado en <http://www.udp.cl/circulo/ponencias/pena/borges.htm>.
- Silva Sánchez, Jesús María. "Política Criminal y Persona". Editorial AD-Hoc, Buenos Aires. 2000. Primera Edición.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. "Crítica a la peligrosidad como fundamento y medida de la reacción penal frente al inimputable" en Revista Nuevo Foro Penal, N° 48, Junio 1990. Bogotá, Colombia.
- Vasconcelos Magalhães, Renato "La filosofía del Derecho en Kant. Un abordaje Metafísico del Derecho" publicado en portugués en <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero2/kant2.htm>
- Ziffer, Patricia. "Lineamientos de la determinación de la pena". Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires. 1999. Primera Edición.