

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CASTIGO. UNA PERSPECTIVA DESDE LA SOCIOLOGÍA

por LINA MARIOLA DÍAZ CORTÉS*

SUMARIO: *Dentro de la sociología del castigo, han surgido diversas perspectivas, que han tratado de definir el castigo y las razones de su evolución. Autores como: Foucault, Durkheim, Rusche y Kirchheimer, Pavarini y Melossi, han hecho importantes aportes en el tema. David Garland, en una posición que hacemos nuestra, hace una interpretación crítica de estas posturas, y define el castigo como una mezcla de factores. En efecto, el castigo como institución social debe ser analizado, desde diferentes perspectivas para entenderlo.*

TEMAS RELACIONADOS: *evolución del castigo; posturas sociológicas en torno al castigo; las penas corporales y el surgimiento de la pena privativa de la libertad; el castigo como institución social; la relación de la cultura con el castigo.*

El estudio del desarrollo de la prisión, como castigo imperante dentro de la sociedad moderna, es analizado desde la sociología del castigo. Dentro de este ámbito podemos entender la vinculación del castigo, a las circunstancias históricas en que se ha producido y se ha desarrollado. En este sentido, la sociología del castigo, nos ayuda a descubrir las estructuras de la actividad social y los entramados del significado cultural, dentro de los cuales opera el castigo; proporcionándonos una base descriptiva para los criterios normativos sobre la política penal (Garland, 1999, pp. 25).

La importancia de esta perspectiva, hace que nos remitamos a autores como: Durkheim, Foucault, Rusche y Kirchheimer, Pavarini y Melossi, los cuales han sido magistralmente analizados por David Garland en su obra "*Castigo y sociedad moderna*". En su opinión, pese a la importancia de cada una de estas inclinaciones, pecan por identificar el castigo con un solo parámetro (Garland, 1999, pp. 27): solidaridad en el caso de Durkheim, poder en el caso de Foucault, e intereses económicos en el caso de Rusche, Kirchheimer, Pavarini y Melossi.

* Doctora en Derecho Penal (Universidad de Salamanca).

Garland¹, realiza el estudio de estos autores, con el fin de entender la naturaleza del castigo, su carácter como institución social, y su papel en la vida social; ya que en su concepto, este es necesario para saber qué es el castigo, y para determinar qué puede y qué debería ser (Garland, 1999, pp. 24).

Desde esta perspectiva, que estudiaremos en el presente trabajo, y analizando la variación del castigo en el tiempo, podremos entender, por qué la cárcel se ha considerado *in rerum natura* frente a todos los delitos, desplazando otro tipo de sanciones,

1. EMILE DURKHEIM²: LAS RAÍCES MORALES Y SOCIOPSIKOLÓGICAS DEL CASTIGO

El análisis de Durkheim sobre el castigo, parte de su necesidad de encontrar un "*hecho social*", a través del cual pueda definir el orden moral –entendido como aspecto vital en la vida social, alrededor del que se crea la comunidad y la solidaridad social³–. En esta línea considera, que si bien el orden moral es un aspecto esencial para definir la sociedad, tiene un carácter abstracto –ya que designa una multitud de instituciones y categorías específicas compartidas por los miembros de una comunidad– que hace imposible su percepción directa (Garland, 1999, pp. 41).

En la búsqueda de hechos sociales más tangibles a través de los cuales se demuestre la solidaridad, el funcionamiento de la conciencia colectiva, y por ende de su orden moral, encuentra en las sanciones de cada sistema legal, el símbolo visible más útil para ana-

¹ A Garland se remite Bieras, Iñaki. Recorridos y posibles formas de la penalidad, Anthropos Editorial en coedición con el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, Barcelona: 2005, p. 95. Según este autor, David Garland hace una descripción global del castigo en la sociedad moderna, a través de la teoría social, la historia y algunos elementos de las ciencias penales.

² GARLAND, DAVID. Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 41 y ss. El autor presenta su análisis sobre las siguientes obras de Durkheim: *La división del trabajo social*, *The two laws of penal evolution* y *La educación moral*.

³ VIRGOLI, JULIO E.S. La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política, Editores del Puerto, Buenos Aires: 2005, p. 56. Para Durkheim, el elemento fundante de la sociedad consiste y se expresa en una adhesión espiritual de los ciudadanos a un cuerpo de creencias y valores morales, que son íntimamente compartidos y fuertemente interiorizados.

lizarla. En efecto, el castigo es una institución relacionada con el corazón mismo de la sociedad, a través de la cual se podría obtener una perspectiva, sobre el núcleo de la vida moral alrededor del que se conforma la comunidad y la solidaridad social.

En su concepto, el castigo es una representación directa del orden moral de la sociedad y un ejemplo de cómo este orden se representa y sostiene; reproduciendo la *conciencia colectiva*⁴, al expresar y regenerar los valores de la sociedad. Según la propia expresión de Durkheim: "*un acto es criminal cuando ofende los estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva*"⁵.

Lo anterior nos ayuda a comprender, como para Durkheim, los delitos no son categorías naturales o dadas, sino que su contenido cambia según la época y el lugar, siendo un producto de las normas y las convenciones sociales. Al cometerse un delito, no se transgreden meras prohibiciones guiadas a la defensa racional de la sociedad, sino que se viola de forma seria la *conciencia colectiva*⁶. En esta medida, pese a que se pudiera hablar de la existencia de diferentes crímenes, lo cierto es que todos tienen como fondo común, el que afectan de la misma manera la *conciencia moral de las naciones*⁷.

La significación moral del crimen, para Durkheim, se genera por su relación con las cosas sagradas y los valores fundamentales, lo cual justifica que se genere una respuesta punitiva. En efecto, el acto criminal hiere sentimientos y valores sagrados profundamente arraigados dentro de todas las conciencias sanas de una misma sociedad, provocando una fuerte reacción psicológica, incluso en los que no están involucrados de forma directa.

⁴ DURKHEIM, EMILE. La división del trabajo social, Akal Editor, Madrid: 1982, p. 94. El autor la describe como un "*conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad*". Garland, David. Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social, Siglo veintiuno editores, México: 1999, p. 70, critica al autor por no señalar como surge esta conciencia común.

⁵ DURKHEIM, EMILE. La división del trabajo social, Akal Editor, Madrid: 1982, p. 96.

⁶ VIRGOLI, JULIO E.S. La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política, Editores del Puerto, Buenos Aires: 2005, p. 56. En efecto, para Durkheim, la violación del código de sentimientos y creencias colectivas, que constituye la conciencia colectiva, es lo que se configura como delito. Por esto, la conciencia colectiva, otorga cohesión e identidad a una sociedad, lo cual se expresa a través de mandatos fuertemente sentidos por sus miembros.

⁷ DURKHEIM, EMILE. *La división del trabajo social*, Akal Editor, Madrid: 1982, p. 83, 92. Señala que el acto que se constituye delito, hace referencia a emociones y tendencias fuertemente arraigadas en nosotros.

Por lo anterior, en la respuesta punitiva va vinculada la pasión, la cual según su propia expresión, constituye el alma de la pena; connotación normal, si tomamos en cuenta que el crimen actúa contra la *conciencia común*. En efecto, ante este actuar, a la sociedad no le basta con poner las cosas en la situación de orden perturbada, sino que es necesaria una satisfacción más violenta que se vería representada por la pena.

Esta pasión vengativa en la sociedad moderna, aparentemente ha sido desplazada por preocupaciones de carácter más reflexivo y utilitario. No obstante para Durkheim, la búsqueda de estos objetivos utilitarios, no elimina que en el castigo subyazca la venganza como pasión motivadora que lo dirige y le da fuerza. Ciertamente, la esencia del castigo no es propiamente la racionalidad, sino la emoción irracional, irreflexiva determinada por el sentido de lo sagrado y su profanación.

En cuanto a los efectos del castigo, el autor desecha la idea de considerarlo primordialmente como una forma de corregir al culpable o intimidar a los posibles imitadores. En este sentido, su eficacia es dudosa, siendo su verdadera función la de mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común⁸.

De esta forma, rechaza la idea convencional de que el castigo sea un instrumento disuasivo para controlar la conducta individual. En efecto, las amenazas actúan desde el exterior no pudiendo tocar el origen de la vida moral. Por esto se debe renunciar a entender el castigo como un instrumento utilitario y verlo en su verdadero papel, como una expresión de la acción moral. Es decir como un apoyo de la sensibilidad moral, censurando cualquier agravio que se de en su contra.

Al entender el castigo como una expresión de la acción moral, y no como un instrumento utilitario, el dolor que pueda producir la sanción debe ser considerado como un elemento incidental pero no el fundamental. Según su propia expresión, el impedir que los atentados puedan multiplicarse es más un "*contragolpe particular*"⁹.

⁸ *Ibíd*em, p. 126-127. Considera que la pena tiene esta utilidad, pese a que sea una reacción mecánica, de movimientos pasionales y en gran parte irreflexivos. Por otro lado, Bieras, Iñaki, *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Anthropos Editorial en coedición con el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, Barcelona: 2005, p. 48, señala que la teoría de Jakobs, preventivo general-positiva del Derecho Penal, tiene raíces Durkheimianas, en argumentación criticada por Baratta y Ferrajoli.

⁹ DURKHEIM, EMILE. *La división del trabajo social*, Akal Editor, Madrid: 1982, p. 127.

Por esto las formas penales son una forma de expresar la condena moral, y deben crearse siguiendo este propósito. Las que no expresan lo anterior sino que están diseñadas como disuasivos eficaces o que pretenden infligir sufrimiento máximo, son inadecuadas "*distorsionan el verdadero propósito del castigo y no debería utilizarse. Dicho de manera sencilla, el punto es que el método no debe socavar el significado. No puede evitarse que las sanciones penales sean desagradables, pero este aspecto del sufrimiento debe reducirse al mínimo*"¹⁰.

Durkheim, lo enfatiza en *La educación moral*, al señalar que si el castigar es reprobar, el mejor castigo será aquel que desaprueba de la forma más expresiva, y con los menores costes posibles. Todo lo que no sirva para este fin, todos los rigores que no contribuyan a este efecto, son malos y deben ser proscritos (Durkheim, 2002, pp. 209-210).

En síntesis para Durkheim, el castigo es una institución social marcada por la moralidad y solidaridad sociales. En efecto, debido a los fuertes lazos de la solidaridad moral, surge el castigo como resultado de la reafirmación y reforzamiento de esos mismos vínculos sociales. A través de la pena se muestra que la ley sigue siendo la misma, que no ha perdido su fuerza, su autoridad, a pesar del acto que la ha negado; reaccionando, con una energía proporcional a la energía del ataque que se ha sufrido.

Lo anterior es un esbozo general de la razón de ser y los efectos del castigo para Durkheim. Ahora pasamos a analizar el enfoque que le da, a los diferentes tipos de castigo que han existido a lo largo de la historia.

El autor enfrentándose a la historicidad del castigo, describe como la organización social de la *conciencia colectiva* se modifica con el transcurso del tiempo, variando con ella el castigo. Tales cambios alteran el tipo de sentimiento y las pasiones que se provocan por las comisiones de los delitos. Es así como las diferentes pasiones y formas de organización social, originan diversas formas penales. Pese a la variedad de formas que se introducen en razón de los cambios en la *conciencia colectiva*, el castigo sigue siendo expresión de sentimientos comunes.

En efecto, la pena no cambia en lo esencial, sólo que en la modernidad, la necesidad de la venganza esta mejor dirigida que antes. Como en la actualidad conocemos el fin que queremos alcanzar, utilizamos mejor los medios de que disponemos; de esta forma nos pro-

¹⁰ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 63, 81. Durkheim, Emile. *La división del trabajo social*, Akal Editor, Madrid: 1982, p. 128.

tegemos con más método y por ende con más eficacia. En palabras de Garland, para Durkheim: "los mecanismos y las funciones subyacentes del castigo permanecen constantes, en tanto que sus formas institucionales sufren un cambio histórico"¹¹.

A grandes rasgos se dan dos tipos de cambios. El primero, en la intensidad del castigo, ya que tiende a disminuir en la medida en que las sociedades se vuelven más avanzadas, y en segundo lugar, la privación de la libertad surge como forma predilecta sustituyendo las penas corporales y capitales.

Respecto al primer aspecto, la explicación para Durkheim, de la aparente severidad del castigo en la antigüedad en relación con la modernidad, radica en la vinculación del delito con los aspectos sagrados. En las sociedades primitivas, la conciencia colectiva tiene caracteres fuertemente religiosos y preside la totalidad de las actividades y sentimientos de los habitantes; por lo anterior, la violación de las reglas supone un ataque al corazón de la sociedad, por lo que debe castigarse con penas severísimas, con un intensidad adecuada a la gravedad de la ofensa y sin un propósito instrumental¹². En efecto, la pena no contiene en su pura esencia, finalidad alguna, sino que es expresión del deseo de venganza que emerge de forma espontánea en la comunidad. (Virgolini, 2005, pp. 56, 113).

En otras palabras, en las sociedades simples, el castigo era más severo pues se entendía que el delito atacaba creencias colectivas y por ende su ataque constituía una amenaza grave a la sociedad. Al entender que el delito atacaba los valores religiosos que sustentaban la sociedad, el castigo tenían una alta dosis de violencia marcada por la emoción viva, y la explosión súbita por atacar a un ser superior. Por esto el derecho en las sociedades modernas tenía una connotación predominantemente penal "puesto que encontrándose todas las actividades y los aspectos de la vida comprendidos en el conjunto de creencias morales, cualquier violación constituye crimen"¹³.

¹¹ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 54. DURKHEIM, EMILE. *La división del trabajo social*, Akal Editor, Madrid: 1982, p. 102.

¹² VIRGOLI, JULIO E.S. *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*, Editores del Puerto, Buenos Aires: 2005, p. 114. Se demuestra que la pena no tiene un carácter instrumental guiado al control o reducción de la delincuencia, en que la gravedad de la pena es proporcional a la gravedad de la ofensa, y no a la maldad del ofensor o la intensidad de sus impulsos o las causas que lo llevaron a actuar.

¹³ *Ibidem*, p. 56.

En contraste en las sociedades más avanzadas, los sentimientos colectivos son menos demandantes y ocupan un lugar menos prominente dentro de la vida social. Las sociedades orgánicas modernas se caracterizan por la diversidad moral, la cual tiene una resonancia psicológica diferente y por esto surge una reacción más moderada cuando se violan sus principios¹⁴.

En efecto, la secularización y la diferenciación propias de la modernidad, suponen transformaciones en la conciencia colectiva; por esto, no todas las actividades y sentimientos sociales se rigen de la misma manera, dando paso al reconocimiento de la libertad y autonomía individual. Es así, como en las sociedades modernas, el derecho penal se restringe a la violación de sentimientos o principios morales que derivan de la conciencia colectiva, y el resto de situaciones se rige por un derecho de tipo repositivo (Virgolini, 2005, pp. 57). Lo anterior implica que la respuesta que da la sociedad ante un delito, es producto de una emoción más calmada y más reflexiva por ofensas causadas entre iguales (Garland, 1999, pp. 55-56).

En cuanto a la calidad del castigo, para Durkheim, la privación de la libertad con el tiempo se convirtió en un medio de control social benevolente, al remplazar a las antiguas atrocidades. Las cárceles se constituyen en instrumentos más benévolos y expresan un tipo especial de sentimiento moral, en tanto que las penas corporales, muestran una emoción diferente y una mentalidad más primitiva y religiosa (Garland, 1999, pp. 65). La cárcel con una connotación inicialmente preventiva, adquirió con el tiempo el carácter de castigo, convirtiéndose en un sustituto necesario y natural de otros castigos que fueron desapareciendo.

Visto a grandes rasgos la posición durkheimiana, Garland procede a realizar una lectura crítica del autor. En su concepto, Durkheim ha sido cuestionado por realizar un análisis más funcional que histórico y más sincrónico que diacrónico. En efecto, se considera que el

¹⁴ GIDDENS, ANTHONY. *Sociología*, Alianza Editorial, Madrid: 2004, p. 36-37, Durkheim parte de que existen dos tipos de solidaridades: *mecánica* y *orgánica*. La primera es propia de culturas tradicionales en las cuales se da una reducida división del trabajo. Como la mayoría de los miembros de la sociedad realizan ocupaciones similares, la fuerza de las creencias tiene carácter represivo. De esta forma, la *solidaridad mecánica* se basa en el consenso y en la similitud de creencias. Por otra parte en la modernidad, ante la industrialización y la urbanización se da una creciente división del trabajo que contribuye a la quiebra de este tipo de solidaridad. Surge así, la *solidaridad orgánica*, en la cual las relaciones de reciprocidad económica y de dependencia mutua llegan a sustituir a las creencias compartidas como fundamento del consenso social.

autor no ha señalado etapas intermedias entre las sociedades primitivas y las avanzadas; y que lejos de la solidaridad social, que plantea el autor, en la historia se ha manifestado una lucha constante entre las diferentes fuerzas sociales.

Por esto no se puede aceptar la afirmación de Durkheim, en el sentido de que las leyes y las sanciones legales son un "símbolo visible" y una expresión de la conciencia colectiva. El sentimiento popular es más un factor político, que condiciona la legislación y decisiones legales, que un determinante directo. Por esto el ajuste entre leyes y sentimientos colectivos es aproximado e imperfecto.

Es así, como las normas no son expresión de valores colectivos, ya que son las propias leyes las que constituyen una fuerza importante en la construcción y organización de valores. De esta forma, los sentimientos sociales y las leyes interactúan, y se condicionan mutuamente, en lugar de establecer una relación causa-efecto.

Pese a lo anterior, en su concepto, el hecho de que Durkheim se equivoque en cuanto a las formas penales y sociales y la trayectoria del cambio histórico, no altera su postulado fundamental de proporcionar una descripción funcional que vincula las formas del castigo con las formas de solidaridad.

En opinión de Garland las revisiones y sustentaciones que presenta "sugieren la necesidad de replantear el argumento central de Durkheim: que el castigo es funcional para la sociedad. Evidentemente desempeña ciertas "funciones": sanciona cierta clase de reglas, reprime ciertas conductas, expresa ciertas emociones y reafirma formas específicas de autoridad y creencia. Sin embargo estas reglas, conductas, emociones, creencias y formas de autoridad no necesariamente coinciden con la "sociedad" ni están sancionadas de tal manera que fomente la armonía social. También es necesario analizar los efectos del castigo en relación con intereses, relaciones sociales y resultados específicos; sin olvidar que lo que es "funcional" desde un punto de vista puede no serlo desde otro"¹⁵.

Por lo anterior, el autor define el trabajo de Durkheim como deficiente ya que ignora el papel de los diferenciales del poder para la conservación del orden social, y subestima "la capacidad de la penalidad para funcionar como instrumento de regulación amorala"¹⁶. No obstante, Garland rescata la afirmación de Durkheim, según la cual el castigo es necesario para la conservación de la autoridad pero poco eficaz para controlar el crimen. Por esto, si la pena tiene una función

¹⁵ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 103.

¹⁶ *Ibidem*.

útil en el contencimiento inmediato de la criminalidad, esto debe ser considerado como un efecto accesorio y deseable, pero no como su principal función, ya que sería ajena a su naturaleza de mensaje moral y pedagógico¹⁷. En su concepto, este sentido trágico del castigo debe ser tomado en cuenta; es necesario reconocer la limitación inherente a la utilidad del castigo para poder tener expectativas más realistas acerca de las posibilidades actuales de la penalidad.

2. MICHEL FOUCAULT: EL CASTIGO COMO UN INSTRUMENTO DE LA SOCIEDAD DISCIPLINARIA¹⁸

El aporte principal de Foucault a la sociología del castigo, es el análisis sobre su naturaleza instrumental y utilitaria, dejando de lado aspectos como la moral y los componentes emocionales, esenciales en el estudio de Durkheim. Es así como *Vigilar y castigar*¹⁹, proporciona un análisis detallado de técnicas, instituciones y conocimientos penales, sin tomar en cuenta los fundamentos sociales de la penalidad, su contexto político y la cuestión de quién o qué dirige el uso del castigo²⁰.

Siguiendo el anterior enfoque, Foucault señala que el suplicio judicial es un ritual político que forma parte de las ceremonias por las cuales se manifiesta el poder (Foucault, 2000, pp. 52). Es así como desde las primeras monarquías, el derecho de castigar era un poder otorgado de forma exclusiva al soberano. En efecto, los castigos públicos eran una forma en que los gobernantes demostraban simbólicamente su autoridad sobre la población, no siendo el resultado de una aplicación sistemática de la ley (Giddens, 2994, pp. 454). Ejemplificando lo anterior, para el autor, en épocas anteriores al si-

¹⁷ VIRGOLI, JULIO E.S. *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*, Editores del Puerto, Buenos Aires: 2005, p. 114.

¹⁸ Las investigaciones de Foucault, Pavarini y Melossi, llevan a afirmar que la cárcel no es una institución aislada, separada del contexto social. La diferencia entre estos autores, es de métodos, pues Foucault, centra toda su investigación en explicar el descubrimiento del poder disciplinario.

¹⁹ Si bien, el estudio de Garland se remite sólo a *Vigilar y castigar*, tomaremos en cuenta lo que señala respecto a este punto en su obra *La verdad y las formas jurídicas*.

²⁰ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 25,162. Señala que *penalidad*, hace alusión al complejo de leyes, procedimientos, discursos e instituciones involucradas en ésta área, y lo usa como sinónimo de castigo legal en un sentido amplio.

glo XVIII: "La forma secreta y escrita del procedimiento responde al principio de que en materia penal el establecimiento de la verdad era para el soberano y sus jueces un derecho absoluto y un poder exclusivo"²¹.

Es así, como en un inicio, la forma de manifestar este poder se correspondía con un juicio secreto y una ejecución pública en el patíbulo, dirigida al cuerpo del criminal. Prueba de las violentas agresiones que sufría el condenado, son las escalofriantes descripciones que hace Foucault, del castigo impuesto a Robert Damiens por haber osado atacar la persona de Luis XV.

Ahora bien, para el autor, el tormento ejecutado en el patíbulo lejos de ser entendido como una manera de arrancar la verdad a toda costa, o como algo cruel, se trata de una práctica reglamentada que obedece a un procedimiento bien definido. Según su propia expresión: "La tortura es un juego judicial estricto"²², que sigue diferentes fines.

En primer lugar, forma parte de la investigación judicial para obtener la confesión del acusado. En efecto, la tortura solo se usaba cuando había pruebas suficientes escritas que denotaban cierto grado de culpabilidad. La ceremonia del castigo público se utilizaba como acto de revelación en donde se repetía la tortura del condenado, quien confesaba su culpa, presenciando el pueblo la revelación.

Es así, como el acto de castigo se hacia público, para que la justicia fuera legible por todos; de esta forma, en las ceremonias de suplicio, el personaje principal era el pueblo cuya presencia real y física estaba requerida por su realización. Se buscaba que el pueblo se atemorizase, siendo testigo y fiador del castigo, y hasta cierto punto parte de él (Foucault, 2000, pp. 48, 63; Garland, 1999, pp. 170).

En segundo lugar, se entendía que cualquier crimen implicaba un ataque contra el soberano, ya que la ley representaba y encarnaba la voluntad soberana. Desde este ángulo, el castigo era una venganza justificada, por el derecho real de hacerles la guerra a los enemigos; implicaba el ejercicio legítimo del terror con el fin de que el pueblo recordara el poder irrestricto que respaldaba la ley.

La atrocidad del suplicio, asegura la manifestación de la verdad y del poder, en un ritual por el cual la investigación termina y se escenifica el triunfo del soberano. De esta forma, el cuerpo de los condenados era una forma sobre la cual se grababa de forma visible las marcas del poder; constituyéndose en objeto y blanco del poder (Foucault, 2000, pp. 140).

²¹ FOUCAULT, MICHEL. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid: 2000, p. 41.

²² *Ibidem*, p. 46.

Por otra parte, la marcada tendencia a obrar violentamente sobre el cuerpo, se debía a su subvaloración. En este punto, Foucault, remitiéndose a Rusche y Kirchheimer, reconoce que en esta época hay un menosprecio al cuerpo, pues este no tenía el valor comercial que después se les confirió en la economía de tipo industrial. Adicionalmente esta subestimación de la vida, se refiere a una actitud general respecto a la muerte. En efecto, por los altos índices de mortalidad, la muerte era algo familiar por las epidemias, mortalidad de niños, etc., y con los rituales de ejecución se enseñaba a la gente a soportarlos (Foucault, 2000, pp. 60; Garland, 1999, pp. 170, 171).

Con el tiempo, esta forma de manifestar el poder punitivo se cuestiona, el pueblo se revelo contra leyes que consideró clasistas, e injustas. Se criticó por tanto no sólo los privilegios de la justicia, su arbitrariedad, su arrogancia arcaica, sus derechos sin control, sino también las debilidades, sus excesos, exageraciones, lagunas, y sobre todo el sobre- poder monárquico. Todo lo anterior condujo a revaluar la forma de castigo, por el temor del poder político ante el efecto de estos rituales ambiguos.

Este espíritu reformador llevó a que en siglos XVIII y XIX se propongan transformaciones penales, por hombres como Beccaria, Bentham, Brissot. Tomando como fundamento el hecho de que la ley penal debe reparar el mal o buscar que no se cometan males semejantes contra el cuerpo social, se establecen diferentes tipos de castigos (Foucault, 1998, pp. 94-95) y principios reguladores del proceso²³.

En virtud de lo anterior, en la elaboración del primer Código Penal Francés de la época revolucionaria, en la cual participaron teóricos como Beccaria o legisladores como Brissot, se daban abanicos de penalidades (Foucault, 1998, pp. 92-95). No obstante la practica, se desvió de los principios teóricos enunciados por los reformadores, y estos castigos nunca llegaron a aplicarse.

Según Foucault "Estos proyectos muy precisos de penalidad fueron sustituidos por una pena muy curiosa que apenas había sido mencionada por Beccaria y que Brissot trataba de manera muy marginal: nos referimos al encarcelamiento, la prisión. La prisión no pertenece al proyecto teórico de la

²³ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 309. En efecto, ahora el castigo tenía un fundamento en la ley, y no en el poder y la fe como lo era en anteriores épocas. El castigo deja de ser un acto soberano y paso a constituir un deber contractual del Estado fundamentado en la ley y sujeto a ciertas reglas.

reforma de la penalidad del siglo XVIII, surge a comienzos del siglo XIX como una institución de hecho, casi sin justificación teórica²⁴.

De este modo, surge así la prisión, por fuera de las propuestas reformistas, y encajando perfectamente en el modelo de sociedad disciplinaria que encuentra en el *Panóptico* su principal expresión²⁵. En efecto, dentro de este movimiento, la cárcel ofrecía un espacio fundamental para disciplinar a la clase trabajadora, constituyéndose en el mecanismo más idóneo dentro de las nuevas tácticas de poder.

Por lo anterior, se puede colegir, que razones utilitarias y no humanistas fueron las que llevaron a cambiar la forma de castigo corporal. En palabras de Foucault: "*El verdadero objetivo de la reforma, y esto desde sus formulaciones más generales, no es tanto fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios más equitativos, sino establecer una nueva "economía" del poder de castigar, asegurar una mejor distribución de éste poder, hacer que no esté demasiado concentrado en algunos puntos privilegiados, ni demasiado dividido entre unas instancias que se oponen: que esté repartido en circuitos homogéneos susceptible de ejercerse en todas partes, de manera continua, y hasta el grano más fino del cuerpo social*"²⁶. En síntesis, con el cambio en la forma de castigo, no se trata de castigar menos, sino de castigar mejor, con una severidad atenuada, pero con más universalidad y necesidad.

Dentro de este marco, entre los años 1750 y 1820, en Europa y Estados Unidos, se dio un cambio cualitativo en el tipo de castigo. Las medidas que antes estaban destinadas a torturar el cuerpo ahora se guiaban a afectar el alma; dejándose de un lado su intención de vengar el delito para buscar la transformación del criminal que lo cometió (Garland, 1999, pp. 165).

De esta forma, para el autor, la nueva penalidad recaerá más sobre el alma que sobre el cuerpo de los condenados. Tal afirmación ha sido criticada, por estimar que finalmente el cuerpo humano sigue siendo considerado, ya que se toma como objeto a moldear, volver

²⁴ FOUCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona: 1998, p. 96.

²⁵ BENTHAM, JEREMÍAS. *El panóptico*, Ediciones de La piqueta, Madrid: 1979, p. 33. Lo define como: "*Establecimiento propuesto para guardar los presos con más seguridad y economía, y para trabajar al mismo tiempo en su reforma moral, con medios nuevos de asegurarse de su buena conducta, y de proveer á su subsistencia después de su soltura*".

²⁶ FOUCAULT, MICHEL. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid: 2000, p. 85.

dócil, obediente y útil. No obstante, la aseveración de Foucault, no debe ser tomada en estricto sentido, sino que tiene como finalidad mostrar el radical cambio en el estilo de castigo que se da desde la época del antiguo régimen a la Modernidad (Bieras, 2005, pp. 68). En efecto, el castigo sigue dirigiéndose al cuerpo, sólo que ahora lo hace como un instrumento para transformar el alma, más que como una superficie sobre la cual infligir el dolor.

Es así como, desaparece a comienzos del siglo XVIII la gran ceremonia de la pena física. Con la desaparición de los suplicios se borra el espectáculo y se da un relajamiento en la acción directa sobre el cuerpo del delincuente. Se da un proceso de desaparición de la exhibición y anulación del dolor²⁷.

Como lo señalamos, ante este papel primordial que adquiere la prisión, se desplazan todos los demás castigos que los reformadores en el siglo XVIII imaginaron. La cárcel se veía sin alternativa y como consecuencia del movimiento mismo de la historia, adquiriendo una calidad *in rerum natura*²⁸. En otras palabras, la utilización de la prisión como pena por naturaleza propia de la reacción penal, conlleva al desplazamiento de medidas alternativas a ella.

En efecto, el sistema de confinamiento pasa a ser la sanción normal para casi cualquier tipo de trasgresión, cuando antes sólo se usaba de forma limitada para el caso de resguardar a los delincuentes mientras se les enjuiciaba o castigaba²⁹. La aceptación de la cárcel

²⁷ *Ibidem*, p. 19. Para De Lardizabal y Uribe, Manuel. *Discurso sobre las penas* (1782), Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz: 2002, p. 103, esta situación era coherente con las circunstancias del tiempo, el carácter y las costumbres de los pueblos de ese periodo feudal. Tomando en cuenta la ferocidad de las costumbres, no debe causar admiración las penas existentes: mutilaciones, tormentos, etc. En sus palabras "*Unos hombres endurecidos con el continuo ejercicio de las armas, acostumbrados a ver con indiferencia derramar sangre de sus conciudadanos (...) ¿cómo podrían ser contenidos con unas leyes que no respirasen igualmente horror, sangre y fuego por todas partes?*".

²⁸ FOUCAULT, MICHEL. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid: 2000, p. 234. El autor señala: "*La prisión es 'natural' como es 'natural' en nuestra sociedad el uso del tiempo para medir los intercambios*".

²⁹ DE LARDIZABAL Y URIBE, MANUEL. *Discurso sobre las penas* (1782), Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz: 2002, p. 135, 245, 247. En efecto, así lo señala el autor, para quien la cárcel no tenía el carácter de pena, sino para la custodia y seguridad de los reos, no obstante en casos de poca gravedad se consideraba como pena corporal. Es decir que sólo se justificaba por seguridad de la persona o para evitar la ocultación de pruebas del delito.

como una institución *obvia* o *natural* se da en una sociedad acostumbrada al funcionamiento de mecanismos disciplinarios. En efecto la prisión aparece desde el principio como un bien evidente (Garland, 1999, pp. 179).

Por otra parte, Foucault señala que la prisión siempre ha sido un fracaso pese a sus importantes efectos políticos en un nivel social más amplio. En su parecer, los defectos de la prisión, es decir su ineficacia para reducir el crimen, para producir reincidentes, el desamparo a la familia del delincuente, son cuestiones que ya se conocen desde el decenio de 1820, y que persisten en la actualidad (Foucault, 2000, pp. 270; Garland, 1999, pp. 180).

El fracaso de la cárcel, pese a esta ligado al incumplimiento de las funciones declaradas, en lugar de darse menos cárcel se ha producido todo lo contrario. La cárcel *"se conserva debido a sus fracasos, y no a pesar de ellos"*³⁰. Tal situación la explica Foucault como consecuencia de dos circunstancias.

En primer lugar, considera que la cárcel se encuentra *"profundamente enraizada"*, ligada a la cultura de los dos últimos siglos; y en segundo lugar, porque la prisión desempeña funciones precisas. En efecto, la creación de la delincuencia es útil como estrategia de dominación política, para dividir y contraponer a las clases trabajadoras y reafirmar el temor en la prisión y el poder de policía.

Al crearse una clase delincuente, se asegura que las autoridades conozcan a los delincuentes consuetudinarios y puedan manejarlos con facilidad. Al crear al criminal, la prisión no sólo controla a este sino a la clase trabajadora, y esto es una razón explícita para su subsistencia (Garland, 1999, pp. 181; Foucault, 2000, pp. 283).

Para concluir, nos remitimos a las apreciaciones hechas por Foucault, en su obra *La verdad y las formas jurídicas*, en donde ante los cuestionamientos de por qué la prisión se pudo imponer partiendo de la teoría del Derecho Penal de Beccaria; y cómo se pudo llegar a una institución así, tomando en cuenta la apariencia rigurosamente racional del Derecho Penal, responde: *"En mi opinión, la prisión se impuso simplemente porque era la forma concentrada, ejemplar, simbólica, de todas estas instituciones de secuestro creadas en el siglo XIX (...) En el gran panoptismo social cuya función es precisamente la transformación de la vida de los hombres en fuerza productiva, la prisión cumple un papel mucho más simbólico y ejemplar que económico, penal o correctivo. La prisión es la*

³⁰ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 182.

*imagen de la sociedad, su imagen invertida, una imagen transformada en amenaza"*³¹.

Una vez identificado el esquema general del pensamiento de Foucault, en la sociología del castigo, nos remitimos a las referencias críticas que cita Garland. En opinión del autor, Foucault ha sido criticado por su falta de precisión en algunas afirmaciones históricas.

Se le ha cuestionado la tesis según la cual, el abandono la tortura pública y la ejecución, entre 1750 y 1820, se hizo con base en un cambio estratégico de ejercicio el poder. Contrariando este argumento, Pieter Spierenburg, considera esta situación como consecuencia de un largo proceso, que no se puede atribuir a acontecimientos necesariamente referidos al poder o a políticas, sino a cambios de sensibilidad y actitudes frente a la violencia (Garland, 1999, pp. 189). Por otra parte, en contra de lo expuesto por Foucault, se señala que el encarcelamiento ya era utilizado, en los primeros decenios del siglo XVIII, como castigo para menores infractores³².

En cuanto a su tesis, de que la prisión se convirtió en legislación como resultado de una estrategia disciplinaria, que abarcará a toda la sociedad, más que como el resultado de teorías penales específicas; Paul Patton considera que esta afirmación no se puede realizar sin indicar los procesos legislativos concretos que explican esta aseveración.

Ahora bien, sin pretender quitar validez a las anteriores críticas, para Garland, la principal objeción a Foucault se basa en que sobrestima el argumento político, pues explica el castigo en términos de estrategias de poder, cuando lo cierto es que se deben analizar otros factores.

Foucault hace una interpretación del castigo que lo aparta de elementos irracionales y emotivos y los vincula solo como estrategia del

³¹ FOUCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona: 1998, p. 137. Virgoli, Julio E.S. *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*, Editores del Puerto, Buenos Aires: 2005, p. 117, 119. En concepto del autor, Foucault se aparta de la habitual consideración del conjunto penal respecto de los objetivos vinculados con él, referidos a la reducción del fenómeno criminal. Por lo anterior, la cárcel persiste frente a sus fracasos, ya que satisface otras finalidades, como el hecho crear al delincuente que constituirá el objeto de las preocupaciones sobre la seguridad pública, la defensa social, la vida de las personas, la propiedad de los bienes, y de la moralidad pública. Esto permitirá, *"que esas preocupaciones queden confinadas al círculo oscuro de una criminalidad desacreditada y por tanto útil, sin que puedan invadir los pisos más altos de la jerarquía social"*.

³² GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 189. Se remite a Beattie, *Crime and Courts*.

poder. Esta interpretación ha conducido a un concepto instrumental y funcionalista conforme al cual, el sistema penal se adecua a los requerimientos del control social y su diseño obedece a la necesidad de aumentar al máximo sus efectos como medio de control social. Lo anterior, da una visión parcializada del castigo, cuando ni éste ni la historia penal deben ser únicamente vistos desde los términos del poder o de la racionalidad (Garland, 1999, pp. 188, 195).

Pese a estas objeciones, Garland no resta importancia al papel que Foucault tiene dentro de la sociología del castigo. En su concepto, es el primero en reconocer que la penalidad tiene una relación interna e íntima con el poder, en lugar de ser simplemente su instrumento o aliado ocasional. De igual forma, destaca su aportación, ya que a través de ella se aprendió a tomar en serio los conceptos criminológicos y otras formas de conocimiento en las que se cimientan las estrategias penales³³.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación de Foucault, respecto al persistente fracaso de la prisión, explica que tal aseveración es cierta si se mide este fracaso en razón de pretensiones utópicas – como reducir la delincuencia y la redención del delincuente–. Para rebatir esta tesis, Garland sugiere la comparación de la cárcel con instituciones complejas como los hospitales. Un hospital no se puede medir conforme a los altos índices de enfermedades crónicas o muertes, sino en su capacidad para administrar a los pacientes.

Bajo esta misma línea, la prisión debe evaluarse en términos de su capacidad para privar a los transgresores de la libertad por órdenes del tribunal y excluirlos por un periodo de tiempo, infligiéndoles sufrimiento mental de acuerdo a las expectativas de un público punitivo (Garland, 1999, pp. 197). De esta forma Garland se remite de nuevo a Durkheim, al considerar que no se puede negar que la cárcel satisface el deseo popular de infligir el castigo a los infractores y apartarlos de la vida social normal, sin interesar los costos y las consecuencias a largo plazo.

Además de lo anterior, y contribuyendo a la idea de que la cárcel no se puede medir por objetivos utópicos sino reales, Garland señala que la eficacia de la cárcel se puede valorar por otros aspectos. En primer lugar, por constituir un medio disponible y culturalmente aceptable para sacar de circulación a sujetos peligrosos. En segundo lugar, toma en cuenta que la cárcel tiene toda una infraestructura

³³ *Ibidem*, p. 185, 187. A partir de Foucault, los principios de control penal y el funcionamiento de las instituciones penales se comprenden ahora mejor que nunca.

que resulta muy difícil desmembrarla; siendo lo bastante flexible para adaptarse a las diversas políticas penales que se ponen de moda.

Así las cosas, en pequeñas líneas, podemos señalar que para Garland, no existen razones para creer, como lo señala Foucault, que el control y el poder sean las únicas motivaciones del sistema penal. En efecto, el castigo es mucho más que un instrumento político de control.

Además, no se puede entender que la disciplina se haya difundido sin una oposición política. En efecto, la existencia de principios legales y liberales como el proceso debido, eran un contrapunto histórico a las exigencias del poder, que habían sido producto de presiones ejercidas por la clase trabajadora y por secciones importantes de la clase dominante.

Sintetizando lo anterior, para Garland la prisión se ha sostenido por razones punitivas, económicas o falta de un control o estrategia política eficaces, y no como producto exclusivo de una táctica globalizadora disciplinaria.

3. WEBER Y FOUCAULT: LA RACIONALIZACIÓN DEL CASTIGO

El pensamiento de Foucault, según Garland, ha tenido una fuerte influencia de Max Weber. De este autor, toma el concepto implícito de modernidad como una organización cada vez más racional de poderes y habilidades (Garland, 1999, pp. 209; Bieras, 2005, pp. 75).

Tanto Weber como Foucault, consideran que la transición de las políticas tradicionales o afectivas a formas de acción racionales, son consecuencia de un desarrollo claramente modernizador. De este modo, las prácticas sociales están mejor informadas y se adaptan de manera más consciente a objetivos específicos.

Y es que revisado el trabajo de Foucault, es claro que detrás de su explicación sobre el cambio en la forma de castigo – amparado en su relación con el poder y la forma en que el castigo resulta útil a aquel–, esta la idea del proceso de *racionalización*, que ha conducido a la sociedad moderna. Con el proceso de *racionalización* se ha transformado el castigo, como una institución que antes era un cúmulo de prácticas rituales con una gran dosis de carga moral y emotiva, en un proceso instrumental cada vez más frío, desapasionado y profesionalizado (Garland, 1999, pp. 212; Bieras, 2005, pp. 77). Lo que antes era creencia es remplazado por las ciencias, y el conocimiento técnico traslada a las tradiciones.

En efecto, para Weber en la antigüedad no existía distinción entre la creación de las normas jurídicas y la aplicación de las mismas a casos concretos. Por esto, la actividad judicial como simple administración, aparece ante nosotros como un conjunto de decisiones libres que pueden cambiar en cada caso. La actividad judicial es de tipo irracional primitivamente, ya que no se realiza por subsunción del caso concreto bajo normas jurídicas generales (Weber, 1979, pp. 508), sino de forma discrecional.

Lo anterior, parte de entender la irracionalidad en la creación del Derecho desde el punto de vista formal, como aquella que se da cuando en la regulación de la creación de las normas o de la actividad judicial se recurre a procedimientos no controlados racionalmente. Ejemplifica lo anterior, con los primitivos oráculos, sometidos a normas no generales derivadas de situaciones valorativas de índole ética, sentimental o política.

Con el transcurso del tiempo *"La vieja administración de justicia por el pueblo, originariamente un procedimiento expiatorio por los clanes, es en todas partes despojada de su primitiva irracionalidad formalista gracias al influjo del poder de los príncipes y los magistrados (...) y, en ciertas circunstancias, del poder sacerdotal organizado, al mismo tiempo que sufre la influencia persistente en su contenido jurídico por parte de esos poderes"*³⁴.

En efecto, con la aparición de la sociedad moderna, se dan cambios importantes en las pautas de la acción social, en las que apenas si se da cabida a los sentimientos; dándose un proceso de racionalización en *"la organización de la vida social y económica en función de principios de eficiencia y apoyándose en conocimientos técnicos"*³⁵. De este modo, la racionalización surge del aparato racional de los príncipes, como consecuencia de la búsqueda de medios procesales de tipo racional y de la sistematización del derecho material³⁶.

Es así como, la racionalización y la burocratización del proceso penal, han sido los acontecimientos más importantes en el ámbito de la penalidad en los siglos XIX y XX (Garland, 1999, pp. 212). Con ellos

³⁴ WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, Economía y sociedad, Fondo de Cultura Económica, México: 1979, p. 603.

³⁵ GIDDENS, ANTHONY. *Sociología*, Alianza Editorial, Madrid: 2004, p. 42.

³⁶ *Ibidem*, p. 604. BIERAS, IÑAKI, *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Anthropos Editorial en coedición con el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, Barcelona: 2005, p. 78. El autor señala que la racionalización producida fue consecuencia de que el Derecho moderno desempeñara un rol de dependencia, con unas relaciones económicas que requerían una certeza para garantizar la seguridad del tráfico.

se consiguió que las organizaciones burocráticas que participaban en el castigo funcionaran de forma desapasionada, rutinaria e impersonal, eliminando elementos irracionales y emocionales, propios de una etapa pre-moderna.

La interposición de un proceso democrático, entre las emociones y pasiones surgidas por la comisión del delito y el castigo del transgresor, son consideradas como un signo de refinamiento y del grado de civismo alcanzados por la justicia penal.

En razón de esta racionalización, las instituciones penales modernas son más reservadas, y los castigos son socialmente invisibles. Lo que antes era un dialogo abierto entre el trasgresor y la comunidad, ahora es una comunicación que se desarrolla en instituciones con poca expresión a la voz pública. El resentimiento y el odio, son disfrazados por la preocupación utilitaria.

Foucault, a través de *Vigilar y castigar*, hace una interpretación del proceso de racionalización, en el que los sentimientos punitivos han pasado a ser algo vergonzoso e irracional. Ahora se definen en términos positivos y administrativos, como una forma de normalización y corrección, que en el trasfondo estructuran una sociedad disciplinaria.

Para Garland, la racionalización supone que en ciertos aspectos del castigo *"las relaciones técnicas tienden a desplazar a las morales, las terapias sustituyen a los juicios y las ciencias sociales ocupan un espacio antaño definitivamente moral y religioso"*³⁷. Por esto Foucault, menciona la aparición de la Criminología, y la Psiquiatría dentro del nuevo esquema penitenciario, y de un castigo guiado más a la terapia y disciplina del individuo, que a la sanción del delito.

De este modo, el proceso de racionalización que ha sufrido el castigo, es aceptado por Garland. No obstante, rechaza la idea de entender que dentro del mismo se haya eliminado de forma total la moralidad y los valores no racionales. Considera limitado el pensamiento de Foucault³⁸, tomando en cuenta que en la actualidad existe, encubierta, una parte irracional en el castigo.

En resumidas cuentas, la racionalidad del Derecho, propia de la modernidad, ha conllevado al establecimiento de principios que

³⁷ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 222-223.

³⁸ *Ibidem*, p. 224. No obstante, Garland justifica esta inclinación de Foucault, ya que en su opinión la pretensión de Foucault en su obra, era analizar la prisión, y comprender los mecanismos del poder positivo y disciplinario, más que entender el castigo por lo tal. Por eso su obra no intenta discutir el grado de emociones que se involucran en el castigo.

hacen que en la aplicación del Derecho, nos encontremos sometidos a normas apartadas de irracionalismos, lo cual no implica que los haya suprimido. En efecto, las pasiones y valores irracionales que antes se demostraban sin tapujos, han pasado a ser disfrazadas y controladas dentro del nuevo esquema procesal que precede al castigo³⁹.

4. OTRAS TENDENCIAS: CASTIGO Y MODELOS ECONÓMICOS

Bajo este título, ubicamos a autores como Rusche, Kirchheimer, Pavarini y Melossi⁴⁰, en una perspectiva que Bieras, denomina *económico-estructural*. En ella los autores establecen una conexión entre el surgimiento del modo capitalista de producción y la aparición de la institución carcelaria moderna; correspondiéndose el castigo con los modelos económicos de organización que buscan imponerse o que ya existen en la sociedad.

Son Rusche y Kirchheimer, los que por primera vez ponen en estrecha relación el fenómeno punitivo, con el mercado de trabajo y con los valores que sustentan a una determinada sociedad. Esto como consecuencia de entender, que todo el sistema de producción, tiene la tendencia a descubrir y utilizar sistemas punitivos que corresponden a las propias relaciones de producción. En efecto, el modo de producción es el determinante principal de los métodos penales específicos en periodos históricos determinados.

Cada sistema de producción descubre sus castigos, los cuales corresponden a sus relaciones productivas; constituyéndose el castigo no en una respuesta a la criminalidad, sino un mecanismo con hondas implicaciones en la lucha de clases entre ricos y pobres, burgueses y proletariado (Bieras, 2005, pp. 54).

³⁹ BIERAS, IÑAKI. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Anthropos Editorial en coedición con el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, Barcelona: 2005, p. 81-83. En efecto, el desarrollo de estas formas burocráticas racionales, no eliminó los valores no racionales ni de la moralidad.

⁴⁰ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 106. Garland ubica estos autores dentro de la tendencia marxista. Si bien Marx ni Hegel hicieron un estudio concreto sobre el tema, estos autores se enmarcan en una teoría amplia de la estructura social y el cambio histórico generado por la tradición marxista, tomándolo como base para sus análisis.

En razón de lo expuesto, en la Edad Media el castigo corporal y la pena capital se aceptaban, ya que la mano de obra no se consideraba valiosa. Además la crueldad de los métodos se encontraba vinculada a la devaluación de la vida humana en estas épocas. Esta situación se transformó hacia finales del siglo XVI. La nueva época mercantilista se caracterizó por la escasez y los altos costos de la mano de obra. Cuando la demanda de la mano de obra amenazaba con exceder la oferta, se vio la necesidad de utilizar la de los reos.

En síntesis, el interés económico en el mercado de trabajo fue el principal determinante de las innovaciones penitenciarias; así lo demuestra el hecho de que la cárcel moderna haya surgido hacia finales del periodo mercantilista. En efecto, la escasez de la mano de obra, produjo que las políticas sociales diseñaran una estrategia para utilizar y explotar la poca mano de obra disponible, encontrando en la cárcel, el mejor instrumento para estos fines⁴¹.

En efecto, la mano de obra era "*uno de los recursos vitales del Estado, y las políticas se encaminaron a mejorarla y a controlar su poder. Por consiguiente, fue esta racionalidad económica, más que una preocupación humanitaria, lo que llevó al abandono gradual de las difundidas penas capital y corporal y al surgimiento de nuevos métodos penales*"⁴².

Ahora bien, cuando se dio una sobrepoblación o cambios tecnológicos que produjeron un exceso de fuerza de trabajo se generó un vuelco de los sistemas penales hacia la destrucción de este sobrante. En así, como en los periodos de necesidad de trabajadores, se mejoraban las condiciones de la vida de la cárcel y las prácticas disciplinarias resurgían; en tanto que cuando la mano de obra sobraba, la cárcel disminuía las condiciones de vida. De esta forma "*La cárcel se transformaba en una especie de auxiliar coercitivo de las necesidades del mercado de trabajo: preservaba y adiestraba la fuerza laboral, o a su turno la destruía*"⁴³.

Dentro de la misma inclinación Pavarini y Melossi⁴⁴, hacen un estudio histórico, del cual deducen que en la sociedad feudal no

⁴¹ *Ibidem*, p. 127. Fue así como a finales del siglo XVIII, el encarcelamiento pasa a ser la forma más frecuente de respuesta frente a la delincuencia.

⁴² *Ibidem*, p. 122.

⁴³ VIRGOLI, JULIO E.S. *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*, Editores del Puerto, Buenos Aires: 2005, p. 116.

⁴⁴ Nos referiremos a la obra de los dos autores *Cárcel y Fábrica, Los orígenes del sistema penitenciario, siglos XVI- XIX*, Siglo Veintiuno editores, México: 1980 y a la de Pavarini, *Confines de la cárcel*, Instituto Superior Ibero-Americano de estudios criminales, Carlos Álvarez Editor, Montevideo: 1995.

existía la pena de prisión como la que existe ahora. En un inicio, el internamiento no era la elección apropiada, por lo que la opción de resolver los problemas en el siglo XVI por medio de una *separación-secuestro* de los infractores no era ni siquiera imaginable (Pavarini, 1995, pp. 39).

En la sociedad feudal, existía la prisión por deudas o la pena preventiva, pero no la simple privación de la libertad como pena autónoma y ordinaria (Pavarini, Melossi 1980, pp. 18-19). No se acogía la idea de *trabajo humano medido por el tiempo*, por lo que la *pena-retribución* no podía entender la privación del tiempo como un equivalente del delito. Ante este esquema, se encontraban otros equivalentes frente al delito como: la vida, la integridad física, el dinero, o la pérdida de status.

El cambio económico de esquema llevo a que en los siglos XVIII y XIX se reconozca la posibilidad de castigar a través de la sustracción del tiempo (Pavarini, 1995, pp. 69). Se entiende así la prisión como una consecuencia igualitaria frente al delito, medida en función del tiempo. Al entender que la libertad dentro de una sociedad igualitaria pertenecía a todos de una forma igualitaria y constante, se le dio a la prisión un papel principal como consecuencia del delito.

La privación de la libertad por un periodo determinado, es una forma en la que el derecho penal burgués capitalista realiza el principio de la retribución equivalente⁴⁵. Es un planteamiento que se encuentra ligado a la idea del hombre abstracto y el trabajo abstracto medido por el tiempo. Para deducir la idea de que una pena proporcional podía expiar un delito con un quantum de libertad abstractamente determinado, se tuvo que partir de que todas las formas de riqueza social se redujeran a la forma más simple y abstracta: el trabajo humano medido por el tiempo. Siendo coincidente con el esquema retributivo, ya que: *"resulta efectivamente exaltado por un referente sancionatorio que es ontologicamente dúctil y fungible por excelencia: el tiempo"*⁴⁶.

Con la Revolución industrial a principios del siglo XIX, se cambio el esquema mercantilista. Las demandas de libre comercio y las políticas de *laissez faire*, fueron un duro golpe contra el antiguo régimen económico, el cual se fue desmantelando paulatinamente en los

⁴⁵ PAVARINI, MASSIMO. *Los confines de la cárcel*, Instituto Superior Ibero-Americano de estudios criminales, Carlos Álvarez Editor, Montevideo: 1995, p. 68. El origen de la cárcel se da por necesidades disciplinarias, una socialización forzada a la disciplina del salario del futuro proletariado.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 17.

diferentes países. Como consecuencia, se crea un inmenso ejercito de desocupados, por lo cual, el trabajo que se exigía en la cárcel ya no es necesario, haciéndose obsoleto el trabajo forzoso en la cárcel (Pavarini, Melossi, 1980, pp. 74).

De este modo, la revolución industrial, trajo consigo, un alto índice de desempleo, y como consecuencia, un incremento masivo en los índices de criminalidad. Fue así como se pensó en volver a los métodos iniciales, no obstante, tomando en cuenta la crítica ilustrada, se continuo con el encarcelamiento como un sistema racional de disuasión basado en terror y la degradación, más que desde una perspectiva económica y de enmienda individual.

Es así, como las prisiones pasaron a ser un lugar donde se desperdiciaba la vida humana y la mano de obra, al igual que lo fueron las sanciones medievales; sólo que ahora se disfrazaban por una ideología religiosa y retórica de reforma. De este modo, hacia principios del siglo XX, el castigo en Europa, deja de estar involucrado en el proceso productivo del capitalismo, tomando en cuenta los avances tecnológicos y la oposición de la mano de obra libre. Esta situación condujo a que se plantearan medidas como la libertad condicional, o la multa, que fueron resultado de fuerzas económicas cambiantes.

Pasando a la lectura crítica sobre esta postura, Garland señala, que si bien se pudieron tener motivos económicos para la fundación de instituciones carcelarias, lo cierto es que en la práctica pocas de ellas podían obtener realmente provecho económico (Garland, 1999, pp. 132). En efecto, si se le compara con las multas, o incluso con el castigo corporal, la ejecución y el encarcelamiento nunca fue una opción económicamente atractiva.

Por otra parte, no se corresponde con esta tendencia, –según la cual, las condiciones económicas marcan el tipo de castigo en una sociedad–, el hecho de que existan diversos sistemas penales en sociedades donde se comparten estas condiciones.

En síntesis para Garland, los anteriores autores pecan por tratar de enmarcar el castigo en una sola perspectiva. En efecto, al igual que Foucault, quien sobrestima el argumento político –al explicar el castigo en términos de estrategias de poder–, estos autores lo hacen con el papel de las fuerzas económicas en la conformación del sistema penal, subestimando la importancia de las fuerzas ideológicas y políticas. No toma en cuenta la actitud popular hacia el castigo, no analizan las ideologías, ni los diversos intereses cuyas decisiones son las que de hecho operan dentro del sistema penal (Garland, 1999, pp. 135).

Para Garland no se puede llegar a una tesis absoluta de que la economía determina el castigo, pero tampoco se pueden rechazar los

argumentos teóricos que fundamentan la posición de los autores⁴⁷. En su concepto, el problema es colocar como patrón exclusivo los aspectos económicos, omitiendo procesos complejos por los que las estructuras económicas afectan la política social. En efecto, si bien se debe reconocer el vínculo importante entre el mercado laboral y la política penal, y las consideraciones económicas y financieras que han sobresalido en las decisiones de política penal, no se deben olvidar la influencia de otros factores⁴⁸.

5. TOMA DE POSTURA: EL CASTIGO COMO MEZCLA DE FACTORES

Analizadas las anteriores perspectivas hacemos nuestra la postura de Garland. Según el autor, el castigo se configura por una mezcla de factores. Esta posición supone, que se aleja de inclinaciones simplistas que rechazan las sensibilidades y convicciones morales en la delimitación de los sistemas punitivos, provocando un reduccionismo científico (Bieras, 2005, pp. 98-99). Asumimos al igual que Garland, que los diferentes estudiosos de la sociología del castigo han contribuido desde sus perspectivas a analizarlo. Es así, como al estudiar a Durkheim, encontramos coherente su afirmación respecto a que la presencia de elementos irracionales en la pena, no ha variado en el tiempo.

⁴⁷ BIERAS, IÑAKI, *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Anthropos Editorial en coedición con el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, Barcelona: 2005, p. 56. Destaca que lo importante de estos autores, es que afianzaron la orientación económico-estructural que vino a desvelar la pobreza y la falacia de las explicaciones pietistas-humanistas, siendo esto lo verdaderamente importante del método historiográfico. Garland, David. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 131. El autor señala que Melossi y Pavarini, han adoptado la teoría de Rusche and Kirchheimer, ya que muestran como la cárcel en EU y Europa, funcionó para disciplinar al proletariado, imponiendo virtudes como la obediencia, el trabajo arduo y la conducta dócil.

⁴⁸ Comparte esta postura, VIRGOLI, JULIO E.S. *La razón ausente. Ensayo sobre criminología y crítica política*, Editores del Puerto, Buenos Aires: 2005, p. 115. Considera que el enfoque de RUSCHE y KIRCHHEIMER, parece incompleto, aunque "es revelador de la necesidad de verificar la funcionalidad de los sistemas penales— o por lo menos la existencia de una vinculación muy estrecha— respecto de objetivos y de efectos distintos o relativamente independientes del estricto control del fenómeno criminal, entre los que la economía no es ciertamente el menos importante".

La pasión ha sido un elemento imperante de la pena, matizado en la modernidad por una diferente sensibilidad. En efecto, si bien la sensibilidad, que señala Norbert Elias⁴⁹, ha contribuido a que hoy en día el hombre controle los instintos que en el antepasado se manifestaban de forma grotesca— expresiones ante el patíbulo— ; lo cierto es que esta racionalización propia de la modernidad, en la que enfatiza Weber, no ha puesto fin al impulso pasional que esconde el castigo.

Esta fusión entre el pensamiento de Durkheim, Weber y Elias, implica que reconocemos que hoy en día se ha dado un proceso de racionalización, que ha apartado elementos morales y emocionales del castigo. Lo cual ha hecho distante la participación del pueblo en la ejecución del castigo, convirtiéndolo en algo más reservado y refinado. Esto no supone, que esta racionalización, haya suprimido elementos irracionales. En efecto, estos aparecen ocultos tras bambalinas y matizados por finalidades terapéuticas, ya que no ha dejado de ser expresión de una violencia legitimada, por estar en manos del Estado.

Ahora bien, al igual que Garland, acoger la idea del castigo en su matiz emotivo y racional, no implica desconocer la presencia de otros aspectos, derivados de su connotación de *institución social*. Al entender el castigo bajo este concepto, comprendemos que éste se encuentre sometido a intereses del poder argumentados por Foucault, o económicos esgrimidos por Rusche y Kirchheimer, Pavarini y Melossi. Bajo esta perspectiva, comprendemos como los modelos económicos y los intereses del poder, han contribuido en la definición del castigo de cada época.

Para desarrollar esta perspectiva, tomamos dos puntos de estudio, a saber: el castigo como institución social, y el castigo y su relación con la cultura.

5.1. EL CASTIGO COMO INSTITUCIÓN SOCIAL O SUBSISTEMA

Como lo hemos venido señalando, el castigo no tiene un significado único. Es un aspecto de la vida social, profundamente problemático y poco comprendido. El castigo, como *institución social*, encarna y condensa una serie de propósitos y un profundo significado histórico (Garland, 1999, pp. 32).

⁴⁹ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 230. Para su análisis toma el estudio realizado por NORBERT ELÍAS en su obra *The civilizing process*, quien explica la interacción entre relaciones sociales y la dinámica psicológica de la sensibilidad.

Para Garland, el analizar diferentes puntos de vista, parte de reconocer al castigo como *institución social* que al igual que la familia, la ley, la educación o la religión, están compuestas por un conjunto de prácticas sociales sumamente estructuradas y organizadas. En razón de lo anterior, el castigo como *institución social*, tiene su propia racionalidad intrínseca y manera de hacer las cosas, por lo que sus miembros se rigen por una lógica institucional y se mueven dentro de ella (Garland, 1999, pp. 327).

Ahora bien, pese a su aparente autonomía, lo cierto es que el castigo como *institución social*, se encuentra inserta en un conjunto de valores y disposiciones sociales que conforman su entorno. Es decir, que si bien ocupa su lugar particular en el campo social, se relaciona con su entorno, afectando las fuerzas económicas, políticas y sociales, y a su vez siendo afectadas por ellas. Esta posición parte de la interdependencia de los diferentes *subsistemas o instituciones sociales* que funcionan dentro de la sociedad. En otras palabras, el castigo es una *institución social o subsistema*, que pese a su *autonomía* tiene una relación estrecha con el entorno representando por otras *instituciones sociales o subsistemas*, como la educación, la religión, el Derecho, etc.⁵⁰.

Siguiendo este sentido, el castigo como mezcla de factores, lo reconocemos como una *institución social o subsistema* que aparte de hacer frente a los delincuentes, también es: una expresión del poder del Estado; la afirmación de la moralidad colectiva; un vehículo de expresión emocional; una política social condicionada por motivos económicos; la representación de la sensibilidad vigente, y un conjunto de símbolos que ayuda a crear una identidad social (Garland, 1999, pp. 333).

De este modo, el castigo así como cualquier artefacto social, no se puede explicar conforme a sus propósitos. En efecto, es a su vez un estilo cultural, y tradición histórica que depende de otros aspectos, como las condiciones institucionales, técnicas y discursivas⁵¹.

En síntesis, y acogiendo la posición Garland, no se puede ubicar al castigo en una única dirección, y menos exclusivamente instru-

⁵⁰ BIERAS, IÑAKI. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Anthropos Editorial en coedición con el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, Barcelona: 2005, p. 101-102. Para entender la sociedad en la que vivimos se deben observar todas estas instituciones

⁵¹ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 35. Tomo esta cita de P.Q. Hirst, *Law, socialism and democracy*, 1986, p. 152.

mental. Según sus propias palabras: "Ni la prisión ni ninguna otra institución penal depende únicamente de su capacidad para lograr fines instrumentales. Pese a las esperanzas utópicas y las afirmaciones exageradas de algunos reformadores, el hecho llano es que ningún método de castigo ha logrado elevar los índices de rehabilitación ni reducir notoriamente los índices de criminalidad...ninguno lo logrará jamás. Todos los castigos "fracasan" en este aspecto porque, como ya he señalado, sólo los procesos de socialización (moralidad introyectada y sentido del deber, inducción informal y recompensa por la conformidad, redes prácticas y culturales de expectativas e interdependencias mutuas, etc) pueden fomentar una conducta adecuada de manera constante. En tanto se ocupe de "controlar", el castigo es meramente un apoyo coercitivo de estos mecanismos sociales, apoyo que a lo sumo logra manejar a quienes se salen de estas redes de control e integración normales. El destino del castigo es nunca "tener éxito" pleno debido a que las condiciones más activas para inducir la conformidad —o para fomentar la delincuencia y la desviación— quedan fuera de la jurisdicción de las instituciones penales"⁵².

En efecto, es claro que reducir al castigo como un mecanismo instrumental para controlar el delito, hace patente su fracaso por no lograr satisfacer las necesidades, ni controlar los conflictos. La penalidad no puede ser estudiada hegemónicamente desde el punto de vista jurídico, ya que nunca tendrá éxito, debido a que las condiciones más activas para inducir la conformidad quedan fuera de la jurisdicción de las instituciones penales. Por esto, si las "sociedades modernas se repensaran y reorganizaran conforme a estos postulados, esperarían menos "resultados" de la política penal"⁵³.

5.2. EL CASTIGO Y LA CULTURA

Como lo advierte Garland, influenciado por Norbert Elias⁵⁴, en juicio en hacemos nuestro, el castigo como *institución social*, implica reconocer que no puede ser analizado apartado de aspectos culturales que

⁵² *Ibidem*, p. 334.

⁵³ BIERAS, IÑAKI. *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Anthropos Editorial en coedición con el Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universitat de Barcelona, Barcelona: 2005, p. 102. La persistencia en un punto de vista instrumental del castigo, confirmaría la tesis de Foucault, según la cual la incapacidad del aparato penal ha sido desde su origen una característica permanente. Foucault, Michel. *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, Siglo XXI, Madrid: 2000, p. 270,277.

⁵⁴ Ver nota 49.

encierran la sensibilidad de cada época. El castigo es influenciado por la cultura y así mismo, la influencia⁵⁵.

Tal idea, parte de definir a la cultura en su aspecto cognitivo, como todos aquellos conceptos y valores, categorías y distinciones, marco de ideas y sistemas de creencias, que son usados por los humanos con el fin de construir su mundo y representarlo de forma ordenada y significativa (Garland, 1999, pp. 229).

En esta perspectiva, el concepto de cultura involucra sistemas intelectuales, formas de conciencia y estructuras del afecto. Ahora bien, estas sensibilidades y mentalidades socialmente construidas, tienen implicaciones importantes en la manera de castigar a los delincuentes. En efecto, los patrones culturales ayudan a estructurar las formas como concebimos a los delincuentes, dando parámetros intelectuales dentro los cuales vemos a estos individuos, entendemos sus motivaciones y los clasificamos.

Dentro de este marco, la intensidad de los castigos, los medios como se inflige dolor, y las formas de sufrimientos permitida, dependen de las sensibilidades y usos del momento. La cultura determina contornos y límites externos de la penalidad, formas distintivas, jerarquías y categorías; determinado lo que es tolerable y lo que no.

Siendo indiscutible para Garland, la influencia de las sensibilidades imperantes – en una determinada sociedad y periodo– en el castigo, critica a aquellos que la han negado. En su parecer, es errado reducir las modificaciones producidas en este ámbito, a los intereses económicos o del poder. Si bien no niega su influencia, en su concepto, este reconocimiento no debe desconocer el influjo de ideales éticos y sensibilidades en el castigo. Además, la penalidad, contribuye a construir la subjetividad de los individuos, pues interpreta hechos, define conductas y califica valores, sancionando estos juicios con la autoridad de la ley (Bieras, 2005, pp. 100-101).

Para desarrollar su posición, señala como existió un cambio de concepciones al monopolizarse el uso de la violencia. En efecto, con la centralización del poder dentro de la sociedad, se monopolizó el uso de la violencia, desarrollándose entre los súbditos modales más refinados, y medidas de autocontrol sobre su propia conducta.

A través del proceso de aprendizaje social, los individuos desarrollaron la capacidad para distanciarse de los impulsos instintivos

⁵⁵ GARLAND, DAVID. *Castigo y sociedad moderna, un estudio de teoría social*, Siglo XXI editores, México: 1999, p. 291. El castigo es una expresión de patrones culturales pero también es generador activo de las relaciones y sensibilidades culturales.

y emociones. En esta medida el hombre se fue domesticando, aco- plándose psicológicamente a las convenciones sociales; las cuales con el tiempo se vuelven más demandantes, ya que se exigen mayores niveles de represión y tolerancia y umbrales cada vez más altos de delicadeza y sensibilidad (Garland, 1999, pp. 257).

Con la revolución científica en el siglo XVII, aumenta la capacidad de autocontrol, y la necesidad de tener una actitud más científica, dejándose al lado sentimiento y temores y orientándose más a la experiencia o el empirismo. En otras palabras, estaríamos ante el proceso de racionalización del que hablo Weber, como producto de procesos generales de cambios psicológicos y culturales referidos al concepto de civilización⁵⁶

Ahora bien, entendiendo el carácter incontestable que tiene para Garland, la cultura, en los contornos y límites externos de la penalidad, formas distintivas, jerarquías y categorías del castigo; procederemos a analizar los ámbitos en los que podemos definir la cultura: cultura global y la cultura penal.

5.2.1. Cultura global y penal: delimitación del área de investigación

Dentro de una concepción, el autor hace una distinción entre la cultura, que denominaremos: *global* y la *cultural penal*. A tal inferencia llegamos, al analizar sus juicios. En efecto, el autor señala: “la cultura del castigo en cualquier sociedad siempre tendrá sus raíces en el contexto más amplio de las actitudes y la tradiciones sociales prevalecientes”⁵⁷. Lo anterior supone, que la *cultura penal* se encuentra dentro de un marco más amplio de la *cultura en general*.

Reiterando su idea, expresa: “las políticas penales existen dentro de una cultura penal específica que se respalda a sí misma y que cobró significado gracias a formas culturales más amplias, las que a su vez se basan en patrones de vida material y acción social de la sociedad”⁵⁸.

Es decir, la *cultura penal* existe dentro de un ámbito social, y esta respaldada y constreñida por fuerzas culturales, lo cual no implica que se niegue el valor creativo que tiene el ámbito penal. En efecto, cuestiones como los edificios carcelarios, los grilletes, el patíbulo, la silla eléctrica son elementos que surgen de fuerzas externas pero ante todo son creados dentro de una cultura penal. “Cada objeto in-

⁵⁶ *Ibidem*, p. 259. Hace referencia al libro de Norbert Elias.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 246.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 247.

ventado para uso penitenciario fue ideado por las necesidades y significados de su contexto penal, y por los usos de los actores y autoridades penales. En los detalles concretos de cada hecho penal hay una historia de un sitio y una finalidad penales, así como de una cultura penitenciaria de la que se deriva. Pero precisamente porque las instituciones penales nunca existen en el vacío, estas formas y significados específicos también pueden rastrearse más allá de la esfera penal, con el fin de revelar los nexos que vinculan la cultura penal con los marcos y las categorías del mundo externo”⁵⁹.

De este modo, tenemos dos contextos: la *cultura global* y *cultura penal*. La segunda tiene sus particulares razonamientos, y ejerce su propia influencia para la definición del castigo, rodeada por las variantes que pertenecen a la *cultura global*. A manera de símil, el subsistema de *cultura penal*, es uno más junto a otros que denominaremos *cultura global*.

Esta diferenciación, a pesar de ser tan lógica, da un matiz esencial para una futura investigación. Por ejemplo, si pretendiéramos estudiar el resurgimiento de medidas alternativas a la prisión, tendríamos que partir de que, según lo hasta ahora dicho, la prisión desde su aparición ha sido considerada como algo natural al delito, producto de influencias propias de su entorno social,— al ser expresión del castigo dentro de la sociedad moderna—. Ahora bien, plantear alternativas a la prisión, sugiere la necesidad de hacer un estudio de la *cultura global* y *penal*.

Partiendo de la base, de que los diferentes instrumentos que se usan dentro del ámbito penal son el resultado de un cúmulo de factores, propios de una *cultura global* y una *penal*, encontramos dos puntos de análisis. El primero, enmarcado en la *cultura global*, sugiere que la aparición de sanciones diferentes a la prisión es el resultado de variables políticas, económicas, religiosas, etc. El segundo, dentro de la *cultura penal*, implicaría una evolución en los conceptos penales que han conllevado a que se replantee la cárcel como *in rerum natura*, y se analicen otras opciones menos agresivas.

Para entender mejor, la importancia de esta distinción en la determinación del ámbito de una futura investigación —la cual no debe circunscribirse necesariamente al marco de alternativas de la prisión— procederemos a esquematizar un ejemplo de cada caso.

En primer lugar, constituye un cambio en la *cultura global*, la privatización que se dio de los procesos perturbadores. Este se define como aquel, en el cual ciertos aspectos de la vida pública desaparecen, para ocultarse tras bambalinas: la violencia, el sexo, enfermedad,

⁵⁹ *Ibidem*, p. 247-248.

muerte, pasan a dominios privados, como la alcoba, las celdas de la prisión, y los pabellones de los hospitales.

En efecto, a principios del siglo XVI, las penas corporales y capitales se realizan en público, y esta demostración del sufrimiento es aceptada dentro de la sociedad. En el siglo XVII y XVIII este espectáculo se convierte en un acto poco refinado y de mal gusto, ocultándose tras el escenario —en la prisión—. Se transforman los castigos corporales y capitales por otros como el encarcelamiento, ya que a finales del siglo XX, el castigo es una actividad vergonzosa que es ejecutado sólo por especialistas dentro de las instalaciones —prisiones o reformatorios— (Garland, 1999, pp. 262).

En virtud de esta aparente sensibilización, incluso ha variado el lenguaje en el castigo. Es así como ahora se usan expresiones eufemísticas. En lugar de llamar prisión se le denomina centro de rehabilitación, a los guardias se les llama custodios, a los presos internos, con lo cual “*se tiende a sublimar una actividad más bien desagradable y a hacerla más tolerable para la sensibilidad pública y los profesionales*”⁶⁰.

Ahora bien, lo anterior enseña, como en las sociedades modernas la violencia se ha vuelto intolerable en la vida pública. Lo cual implica que se reconoce, el desarrollo de las sensibilidades en el ser humano, y la contención de sus impulsos con el transcurso del tiempo. No obstante, este no es producto de un mejoramiento necesariamente moral⁶¹.

En efecto, y siguiendo el discurso de Garland, el papel de la sensibilidad en la determinación de los castigos esta lejos de ser exclusivo, ya que en ella también influyen las estructuras sociales, las luchas de clases, las formas de organización que contribuyen en la conformación de las prácticas penales⁶². Resumiendo lo dicho, el estudio de las

⁶⁰ *Ibidem*, p. 275.

⁶¹ *Ibidem*, p. 276,277. Tan es así, como pese a todos los cambios civilizadores, hay cárceles con condiciones paupérrimas para los presos, las cuales persisten por los poderosos intereses que existen en torno a la preservación de la seguridad, la necesidad de control, o la difundida hostilidad frente a los transgresores que se perpetúa en las sociedades más civilizadas. “*Por refinadas que sean nuestras sensibilidades, rara vez se permitirá que socaven las necesidades sociales que se consideran básicas*”.

⁶² *Ibidem*, p. 263. En este sentido se aparta de una concepción que ve exclusivamente la modificación del castigo a lo largo del tiempo, como consecuencia de un mejoramiento moral. Así lo entendía De Lardizabal y Uribe, Manuel. Discurso sobre las penas (1782), Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz: 2002, p. 155, 230. En su monografía, guiado por su afán reformador y buscando la humanización de las penas, señaló la necesidad de que

condiciones económicas, políticas, religiosas, o el cambio de sensibilidades, que influyeron para que hoy parte de la doctrina se incline por alternativas a la prisión, se referiría a una tesis no jurídica-penal, tal como adelante lo apuntaremos.

Siguiendo con nuestra ejemplificación, por lo que atañe al cambio de *cultura penal*, Pavarini explica, que la crisis del modelo social determinó el fracaso de la política de control social e indirectamente, la finalidad de prevención especial misma (Pavarini, 1995, pp. 74). La prisión, instrumento *in rerum natura* de la política de control social acentuó su crisis⁶³, frente a lo cual el Estado respondió con recortes en los gastos destinados a ella (Pavarini, 1995, pp. 30).

De este modo, se da un fracaso en la práctica segregativa manifestada a través de los manicomios y la cárcel. No se cumple el objetivo terapéutico de los primeros, ni la finalidad resocializante de la segunda. Además se evidencia la naturaleza estigmatizante, y productora de desviación de las instituciones totales (Pavarini, 1980, pp. 64).

Por lo anterior, se plantea, entre las alternativas, la colaboración del subsistema Derecho con otros cuyo programa se relaciona con el mismo fin⁶⁴. De esta forma, se da una acción combinada

la imposición de las mismas, llevara consigo utilidad para la sociedad enmarcada en los fines principales de la seguridad de los ciudadanos y la salud de la República. De esta forma, rechazó aquellas penas que sólo buscaban producir tormentos y sufrimientos en el individuo.

⁶³ Mencionamos el realce de la discusión en torno a la legitimidad de la prisión, ya que no se puede afirmar que con la crisis del Estado de Bienestar se cuestione por primera vez ésta. En efecto, al analizar la historia de la institución penitenciaria desde su origen hasta nuestros días, se puede decir que ha sido permanente su debate como modelo que no reeduca, no reduce la reincidencia ni es económicamente productivo al respecto Pavarini "Confinos de la cárcel", Instituto Superior Ibero-Americano de estudios criminales, Carlos Álvarez Editor, Montevideo:1995, p. 44-45, 71. "*Reivindicar premisas de originalidad en la reflexión penal criminológica, es siempre un pecado de presunción...y de malas lecturas*". Volpini, Laura, *La prospettiva dell'autore e della vittima di reato nel modello riparativo-rinconciliativo*. Giustizia senza vendetta, Fondazione Italiana per il Volontariato, Roma: 1999, p. 39. La autora se refiere al caso de Italia -situación generalizada- en donde la función general preventiva y reeducativa del sistema penal no ha logrado resultados adecuados para resolver el problema de la criminalidad y la desviación. De igual forma, tómesese en cuenta lo ya señalado en este trabajo, respecto a Foucault, para quien la cárcel como instrumento de control del delito ha estado siempre en crisis.

⁶⁴ MESSNER, CLAUDIUS. *Exención de la pena: Sobre el papel de las sanciones alternativas en el Derecho Penal juvenil alemán*. Traducción del Alemán por Rosa Pilar

entre las instancias de justicia penal y trabajo social, lo cual se encuentra determinado desde afuera por la dirección estatal de *control social de la conducta desviada*. Ahora bien, como este *control de la conducta desviada*, es una tarea estatal, se halla sometido a normas legales.

Tomando esta perspectiva, es decir, la concepción de que el subsistema Derecho debe acudir a otras instancias, ubicamos el resurgimiento de instrumentos, que facilitan las alternativas a la prisión, como la *mediación*⁶⁵. En efecto, la conscientización de la necesidad de adoptar un concepto restrictivo de política, condujo a la implantación de un control social menos gobernado, menos politizado que se manifestó a través de la "*desinstitucionalización*", privilegiando de ésta forma medidas alternativas a la detención (Pavarini, 1980, pp. 57). Es decir, nuevas formas de control social, a través de la intervención de otras instancias diferentes a las punitivas.

En la merma del centralismo en la respuesta segregativa -no supresión-, adquiere un rol diferente la sociedad civil y sus diversas políticas de control social (Pavarini, 1995, pp. 31). En efecto, ante el espacio liberado por el Estado, entran otras instancias de control social en las cuales la comunidad juega un papel importante. Se da así un proceso de fuga de la práctica custodialística (manicomio o cárcel) hacia estrategias alternativas de control en libertad⁶⁶.

Blanco. Dirección General de Protección Jurídica del Menor, Madrid: 1994, p. 31, señala el caso del derecho penal juvenil de doble vía, cuyas piedras angulares son el castigo y la educación.

⁶⁵ Otra postura es la de MARCONI, PIO, *Descriminalizzazione e crisi dello stato del benessere*. La Questione criminale, Bologna: 1981, p. 418. Tal situación es explicada por MARCONI, quien considera que el modelo segregativo se torna muy costoso en cuanto interviene con los mismos mecanismos de acumulación segregativa. La nueva práctica de control tendería a una forma atípica de segregación territorial en particular a través de grandes guetos metropolitanos. Es un tipo de control no custodialístico que se traduce en el aumento de gasto para incrementar los organismos de fuerza de la policía. No obstante este incremento de la policía se le puede atribuir otros fines como la de un sistema retributivo más rigurosos o de un sistema de aplicación de penas plenamente respetuoso de ritos y de garantías introducidas al día siguiente de la revolución instaurada por el iluminismo.

⁶⁶ PAVARINI, MASSIMO. *Introduzione alla criminologia*, Ed. Ariani e l'arte della stampa, Firenze: 1980, p. 57. Por ejemplo la *probation* (entrega en prueba los servicios sociales), o la *parole* (que es una libertad bajo palabra) para la población criminal.

Todo lo anterior tuvo como escenario los años 60, en el cual la descarceración y el control comunitario dentro de la cultura penal, fueron respuesta a las presiones fiscales y al recorte de políticas asistenciales. Se generan así proyectos que sirven en la práctica para: descriminalizar, otorgar relevancia a la víctima para iniciar el proceso, extender un área de indiferencia del ordenamiento en delitos ideológicos o cuestiones morales o el volcamiento en intereses colectivos, etc. (Marconi, 1981, pp. 410).

En breves palabras, la crisis del Estado de Bienestar⁶⁷, derivó en la necesidad de crear nuevas iniciativas que dieran respuesta por parte del Estado a las conductas desviadas conocidas en el ámbito penal (Pegorano, 1995, pp. 102).

Por el anterior enfoque, en la actualidad, se propone opciones como la *mediación penal*, entendida no como un proceso de descriminalización ni de despenalización⁶⁸, sino como un instrumento que ofrece alternativas a las medidas de privación de la libertad ante un delito. Esta fórmula sugiere la interacción entre instancias de trabajo social y punitivo, sometida al requisito previo de la dirección del Estado, a través de regulaciones legales.

Lo anterior implica que se maneje una perspectiva diferente frente al delito. En efecto, partiendo de que el delito ha roto el equilibrio social generando un conflicto entre las partes⁶⁹, se intenta respon-

⁶⁷ VARONA MARTÍNEZ, GEMA. *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada: 1998, p. 169. La doctrina considera que por la crisis del Estado social y democrático de derecho han surgido sustitutos penales, en donde se reduce la idea tradicional de la prevención de la pena.

⁶⁸ Respecto a la diferencia en estos conceptos, CAPPELAERE, GEERT, GRANDJEAN, ANNE. *Niños privados de la libertad, derechos y realidades*. Ministerio de Trabajo y asuntos sociales y Comité Español Unicef, Madrid: 2000, p. 390,391. Los autores explican, que se favorecen las regulaciones extrajudiciales a través de la *descriminalización* y la *despenalización*. La primera implica que un determinado acto deja de ser considerado crimen, en tanto que la despenalización supone que, aunque sigue siendo crimen, el sistema penal deja de encargarse de la persecución y de la sanción. Frente a la pena privativa de la libertad, los autores esbozan el estudio de ciertas medidas alternativas como: la *desjudicialización* o *diversificación*, la *justicia reparadora*, las *medidas de diversificación* en el ámbito de policía, los *programas de reconciliación entre víctimas y delincuente*, y las *conferencias familiares*.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 426: "Este enfoque no significa que el delito sea exclusivamente un asunto privado entre las partes afectadas: perjudica a los demás, viola las normas sociales, va en contra de lo que se espera de un cierto comportamiento dentro de la comunidad o de la sociedad".

sabilizar por el delito, en lugar de reprimirlo; y reconciliar a las dos partes, en lugar de distanciarlas⁷⁰. En esta tarea intervienen mecanismos alternativos "fuera de muros", es decir instrumentos que actúan fuera del escenario judicial, pero controlados por el Estado⁷¹.

Podemos colegir de lo anterior, que los puntos de análisis: *cultura global y penal*, sugieren dos investigaciones en campos distintos. Mientras la primera involucraría la Sociología, la Teoría del Estado, entre otras; la segunda, con influencia de las anteriores, estaría enmarcada en el ámbito del Derecho Penal.

Tomando en cuenta las limitaciones de espacio, este artículo sólo pretende delimitar el camino para una futura indagación, en la que bajo la premisa de considerar el castigo como una institución social, y la consideración de la cárcel como una de sus manifestaciones, continuemos en la búsqueda de alternativas a ésta. En efecto, si bien el Derecho Penal es una amarga necesidad dentro de una sociedad de seres imperfectos como los hombres son, la cárcel como consecuencia *in rerum natura* del delito, ha sido ampliamente cuestionada, por constituir una grave restricción a los derechos fundamentales

⁷⁰ DURKHEIM, EMILE, *La educación moral*. Traducción de José Taberner Guasp y Antonio Bolívar Botía, Editorial Trotta, Madrid: 2002, p. 187. Esto de alguna forma sigue lo expresado por DURKHEIM, para quien las disciplinas punitivas fallan porque el proceso de castigo despoja al infractor del sentido de orgullo y el respeto moral que requiere la autodisciplina. En efecto, según el autor, en la escuela se da un buen resultado porque el individuo en cierta manera comparte las metas del proceso disciplinario. Señala como la disciplina escolar no se debe imponer a la fuerza, acostumbrando a los menores mecánicamente a ella. Es así como el niño debe sentir por sí mismo lo que hay en la regla, sentir su autoridad moral. "Su obediencia sólo es verdaderamente moral si es la traducción exterior de ese sentimiento interior de respeto". A diferencia de lo anterior, el preso no tiene la menor inclinación ni la necesidad de tomar parte en el proceso. Por esto, la pena actúa desde fuera y sobre lo de fuera, no pudiendo alcanzar la vida moral en su fuente.

⁷¹ MESSNER, CLAUDIUS. *Exención de la pena: Sobre el papel de las sanciones alternativas en el Derecho Penal juvenil alemán*. Traducción del Alemán por Rosa Pilar Blanco. Dirección General de Protección Jurídica del Menor, Madrid: 1994, p. 32-34. Ahora bien, un problema que queda por resolver es la compatibilidad de las instancias participantes -punitivas y asistenciales- en este tipo de mecanismos. Como estos existe entre los distintos roles que se maneja por las instancias participantes. En efecto, el Derecho Penal responde a un programa de decisión condicional, es decir ante la comisión de un hecho ilícito se produce una responsabilidad para el autor que le genera ciertas consecuencias. En tanto que la lógica en la acción asistencial no busca restablecer la norma sino reducir la necesidad, mejorar la situación, la promoción y el desarrollo del individuo.

sin conseguir los propósitos que para ella ha ideado la *cultura penal*. Por esto, debemos continuar el debate desde hace años propiciado. Con nuestros aportes podemos construir una base descriptiva, que sirva para fijar criterios normativos por el legislador, con relación a una forma de castigar diferente a la prisión; desplazando la idea de la cárcel como algo natural y sin alternativa.

6. CONCLUSIÓN

Acogemos la teoría de Garland, según la cual el castigo es una mezcla de factores. Lo reconocemos como una *institución social* que aparte de hacer frente a los delincuentes, también es: una expresión del poder del Estado; la afirmación de la moralidad colectiva; un vehículo de expresión emocional; una política social condicionada por motivos económicos; la representación de la sensibilidad vigente, y un conjunto de símbolos que ayuda a crear una identidad social.

Ahora bien, tomando en cuenta su necesaria vinculación con la cultura, entendemos que en su comprensión, entran en juego diferentes disciplinas, según nos involucremos en la *cultura global* o en la *penal*. Nos corresponde a los que nos inclinamos por el área penal, aportar en el debate, análisis jurídico-penales, que ofrezcan al legislador bases para desarrollar castigos diferentes a la prisión; y de esta forma desplazarla como algo *natural*, sin alternativa y como consecuencia obligada frente al delito.

LA GLOBALIZACIÓN Y EL DERECHO PENAL. LA RESPUESTA PUNITIVA EN TIEMPOS DE INCERTIDUMBRE

por MARÍA ALEJANDRA VARGAS OVALLE*

*“Se llama genio a la capacidad de obtener la victoria
cambiando y adaptando según el enemigo”*

Sun Tzu

I. GLOBALIZACIÓN

La “globalización” es, probablemente, el término más empleado hoy por hoy para definir y caracterizar las sociedades en que vivimos y, en general, los aspectos que le rodean¹. No sin razón se vinculan a este fenómeno diversas manifestaciones económicas, sociales, jurídicas o políticas de los últimos tiempos, sin embargo, las diversas lecturas que de éste se han hecho, dicen mucho acerca de su carácter multidisciplinario y plurisignificativo². No podría abarcarse aquí tal abanico

* Abogada (Universidad de los Andes, Venezuela). Doctora (c) en Derecho Penal (Universidad de Salamanca).

¹ En este sentido ENRIQUE FERRARO, AGUSTÍN: “Gobernabilidad y Derecho en el proceso de globalización”, en LOSANO, MARIO / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (Coords.): *EL Derecho ante la globalización y el terrorismo “cedant arma togae”*. Actas del coloquio internacional Humboldt, Montevideo abril 2003. Valencia, tirant lo blanch, 2004, p. 79: “El debate acerca de la globalización tuvo en los últimos años una expansión formidable, lo que ha conducido a un uso inflacionario del concepto mismo, de modo que ya no podría decirse que exista para él una definición precisa o siquiera generalmente aceptada. El término “globalización” se convierte, antes bien, en una especie de denominador común o rótulo clasificatorio, bajo el cual se reúnen una extensa serie de temas, conceptos e incluso orientaciones metodológicas”.

² Como afirma RAMOS VÁSQUEZ, JOSÉ ANTONIO: “Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho Penal en la sociedad actual”, en FARALDO CABANA, Patricia (Dir.): *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia, tirant lo blanch, 2004, el fenómeno (o, más bien, el conjunto de fenómenos) que suele ser englobado bajo el intitulo de “globalización” es **sumamente complejo**, al igual que cualquier análisis de su influencia en el Derecho penal. Advirtiendo también sobre su carácter multívoco véase las interesantes referencias y bibliografía señaladas por VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: “Globalización y Derecho penal”, en LOSANO, MARIO / MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (Coords.): *El Derecho ante...* ob. cit., pp. 185 y ss.