

Revista

ISSN 2007-4700

l  
e  
r  
n  
e  
r  
o

MÉXICO

Número 20  
enero - junio 2022



## Derecho y control. La ideología de la defensa social

José Zamora Grant

Instituto Nacional de Ciencias Penales - México

**RESUMEN:** Entender el origen del derecho penal y cómo se cimentó, permite entender en un recuento sociohistórico, las razones de un derecho penal tal, que hoy día se encuentra en una encrucijada, como lo explica Ferrajoli\*, entre consagrar y reprimir derechos; una pretensión no excluye a la otra, pero en las prioridades está la diferencia, ya que al estructurar las políticas públicas de la criminalidad en un sentido o en otro, la pretensión que queda en segundo plano se diluye, extinguiéndose la posibilidad de garantizar derechos para las personas involucradas en y frente a la justicia penal, por ejemplo, cuando la prioridad es la pretensión punitiva. El control por el derecho siempre ha afectado a las mismas personas, generalmente en condición vulnerable por la marginalidad social a la que quedaron expuestas; marginalidad condicionada por lo económico y con afectaciones claras a la posibilidad de acceder al goce y ejercicio de derechos como la salud, educación, desarrollo, etcétera y, también, al de la justicia. En ese sentido, el derecho penal ha servido más para el control de la pobreza y la disidencia; control de aquellos a los que ha dejado al margen del desarrollo y del acceso a derechos; no garantizarles tal acceso, ha tenido como resultado la exacerbación del control sobre ellos.

**PALABRAS CLAVE:** derecho, delito, ideología, garantías.

**ABSTRACT:** Understanding the origin of criminal law and how it was founded, allows us to understand in a sociohistorical account, the reasons for a criminal law such that today is at a crossroads, as Ferrajoli explains between consecrating and repressing rights; one claim does not exclude the other, but the difference is one of the priorities, since when structuring public policies on crime in one sense or the other, the claim that remains in the background is diluted, extinguishing the possibility of guaranteeing rights for people involved in and facing criminal justice, for example, when the priority is punitive claims. Control by law has always affected the same people, generally in a vulnerable condition due to the social marginality to which they were exposed; marginality conditioned by the economic and with clear effects on the possibility of access to the enjoyment and exercise of rights such as health, education, development, etc., and also, to justice. In this sense, criminal law has served more to control poverty and dissent; control of those who have been left out of development and access to rights; Failing to guarantee such access has resulted in exacerbation of control over them.

**KEY WORDS:** rights, crime, ideology, warranty

Rec: 6-10-2021 | Fav: 4-11-2021

\* Ver nota 15.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. La sociedad y el delito. 3. Los derechos y el control. 3.1. El derecho como herramienta jurídica para el control. 3.2. Dicotomía entre los derechos de las personas y las potestades públicas. 4. Los paradigmas punitivos para el control. 4.1. Retribucionismo penal. 4.2. Utilitarismo penal y primeras postulaciones garantistas. 4.3. Determinismo criminológico. 5. La ideología de la defensa social. 6. El derecho como factor de cambio. 6.1. Paradigmas sociales y teorías del pensamiento. 6.2. Progresividad e interdependencia: hacia la consolidación democrática. 7. Conclusión. 8. Fuentes de información.

## 1. Introducción

Priorizar los intereses sociales, en tanto intereses públicos en la justicia penal, ha tenido como consecuencia la exclusión de los intereses particulares, olvidando que la garantía de derechos para las personas en lo particular es indispensable para hacer justicia.

En el presente artículo, se desarrolla una reflexión crítica del despliegue punitivo estatal a través de un sistema de justicia penal que ha priorizado en sus políticas públicas de la criminalidad, las pretensiones punitivas y sancionadoras por sobre la garantía de derechos. El marco teórico aquí utilizado se basa, principalmente, en lo producido por la criminología de la reacción —también conocida criminología crítica— que, en tanto corriente de pensamiento, reaccionó a la hegemonía de las políticas de la criminalidad de origen positivista —positivismo criminológico— que se habían arraigado por décadas y, en cierta medida, aún lo hace en el quehacer público punitivo.

Si bien el marco teórico utilizado en el presente artículo fue primordialmente crítico, muchas de las alternativas a una justicia penal más democrática, esto es, garante de derechos y respetuosa de derechos humanos, se estructuraron a partir de aquel aparato crítico que desveló el sinfín de violaciones a los derechos humanos que producía una reacción punitiva de tales características.

Entre las pretensiones retributivas y utilitaristas del quehacer punitivo se constituyó y también legitimó, un particular paradigma punitivo que permearía durante dos siglos desde su origen en la naciente modernidad —y en buena medida, aún lo hace—: el paradigma de la defensa social. Este paradigma punitivo es en esencia atentatorio de la dignidad humana, en tanto las personas —algunas de ellas— se convierten en objeto del derecho penal mismo, en objeto del control por el derecho para pretensiones de utilidad social y por tanto pública; esquema este que dejaría de lado el reconocimiento de la dignidad y que daría un contenido precario a la igualdad al clasificar a las personas como buenas o malas, peligrosas o no peligrosas, delincuen-

tes o no delincuentes; lo que llevaría a la lamentable inercia de considerar más derechos para unas que para otras, incluso bajo argumentos de merecimiento.

En esta reflexión se presenta, además del paradigma punitivo de defensa social, el que exalta la garantía de derechos como primordial en el quehacer punitivo y que se refleja en el cúmulo de reformas de rango constitucional que han acaecido en las últimas décadas en el sistema jurídico mexicano. Los paradigmas punitivos se muestran en el presente artículo no necesariamente como antagónicos —aun cuando en buena medida lo sean— sino como uno frente al otro, pero en dirección hacia, esto es, como un proceso de evolución que va desde el paradigma del control al de la garantía de derechos, de ahí la reconstrucción sociohistórica como base de la metodología en él aplicada.

El recuento sociohistórico que sirve de hilo conductor a esta reflexión, muestra, sin embargo, que ambas pretensiones punitivas han coexistido en mixturas de difícil conciliación y de precaria metodología, por un pretendido balance y equilibrio, nunca encontrado y carente de proporcionalidad y racionalidad. Si bien reprimir el delito no excluye la posibilidad de garantizar derechos, es la exacerbación de la represión lo que ha impedido la garantía de derechos.

Difícil sin embargo resulta para esta breve reflexión aportar propuestas particulares, más si una reflexión general sobre la transición hacia un paradigma que consolide los anhelos democráticos del sistema penal mexicano en congruencia con las pretensiones de consolidación democrática para el Estado mexicano, expresadas constitucionalmente.

Instituciones más fuertes, no significa de mayores potestades, porque ello es en detrimento de los derechos de las personas; sin embargo, apostar, como históricamente se ha hecho, a robustecer las potestades de las autoridades solo ha llevado al aumento de las violaciones a los derechos humanos de las personas involucradas en y frente a la justicia penal, por actos de autoridad que lesionan sus derechos, pero también por dejar de hacer aquellas —las autoridades— lo

que están obligadas a hacer: garantizar su acceso a la justicia y el goce y ejercicio de sus derechos. En el presente artículo se reflexiona, cómo el priorizar la represión y dejar la garantía de derechos en un segundo plano, en realidad ha diluido la posibilidad de acceso a la justicia para imputados y víctimas, y centrado la apuesta en una cuestionable represión punitiva.

## 2. La sociedad y el delito

Las relaciones entre las personas, en las muy diversas fórmulas de organización social que la historia de la humanidad arroja, se han caracterizado siempre por el control de unas respecto de las otras; control siempre, pretendidamente, justificado por un sinfín de razones en donde las reglas, sí, han jugado —como lo hacen— un papel preponderante, pero las justificaciones para su legitimación un papel crucial. De entre las reglas, aquellas que dotan al poder político de fuerza: las punitivas, han sido y son las más utilizadas, pero también las más lesivas.

La manera en cómo se despliegan las potestades punitivas, pero también cómo se justifican, engloba un modelo punitivo en alguna época y lugar determinado. Visto desde esta perspectiva, las narrativas del derecho penal podrían ser vistas como una colección de justificaciones respecto del quehacer punitivo, para su legitimación; cuando un discurso o narrativa jurídico penal entra en crisis,<sup>1</sup> esto es, pierde la capacidad de legitimar la reacción punitiva, otra narrativa tomará su lugar. Entender ello supone entender que cada modelo responde a una particular concepción de la realidad misma y de lo social. Por ello, el estudio de determinado modelo punitivo exige entender el contexto sociocultural, con todas aquellas variables que de él derivan, como las de tipo económico, por ejemplo. Entender las definiciones respecto del delito y las formas de reacción estatal y social supone, luego entonces, entender esa cosmogonía que dé sentido y razón a las mismas.

En palabras de Zaffaroni (Zaffaroni y Dias dos Santos, 2019), estas justificantes y legitimantes, desde el derecho penal, se han caracterizado por su indeterminación o por su determinación, ya sea porque se reconozca o no la libertad de afectar intereses hege-

mónicos o se les asigne una causa patológica anclada en el ser y no en el hacer. Justificaciones ambas; sin embargo, legitimantes del control de unas personas por otras y lesivas sin excepción de su dignidad y a las que se les niega su condición de personas.

En la historia de la humanidad se debaten siempre estas dos variantes de legitimación del control que, a la postre, darían forma a dos modelos punitivos epistémicamente antagónicos, pero legitimantes al fin de la misma pretensión: el control de los otros, de los diferentes, de los que están al margen del desarrollo y de la riqueza, de los que contravienen los intereses hegemónicos o simplemente no cumplen con las definiciones de quien encasilla y, en consecuencia, discrimina.

La justificación que ambos modelos punitivos han tenido en común siempre ha sido la protección de la sociedad y lo que ello implica: los intereses sociales como intereses públicos, la cohesión social, los valores sociales —universalizados y soportados bajo un argumento de atemporalidad—.

El bagaje de conocimiento con el que hoy día se cuenta permite esa necesaria lectura de lo punitivo, de base objetiva, sí, pero también analítica y crítica, que, considerando aquella cosmogonía, arroje conclusiones sensatas de lo que es viable —y también sensato— para el quehacer punitivo, y no caer en lo que Nietzsche denominó el eterno retorno a lo idéntico (Botero, 2018).<sup>2</sup>

Los procesos de transformación social, la evolución de las sociedades mismas, han exigido procesos de interpretación de la realidad también distintos, de metodología acorde y de actualidad que considere la acelerada realidad y su permanente cambio.

<sup>1</sup> “Crisis es la indicación del momento en que la falsedad del discurso jurídico-penal alcanza tal magnitud de evidencia, que se derrumba...” (Zaffaroni, 1998).

<sup>2</sup> La pregunta de Federico Nietzsche, del párrafo 341 de *La Gaya ciencia* “(1882), ¿Cómo te sentirías si un día o una noche un demonio se deslizara furtivamente en las más solitaria de tus soledades y te dijera: “Esta vida, tal como la estás viviendo ahora y tal como las has vivido [hasta este momento], deberás vivirla otra vez y aún innumerables veces...?”, no se trata, para para Felipe Botero, “...de un creencia epistemológica sobre el universo, sino más bien de una motivación ética, de un desafío intelectual. ...Es posible, -se pregunta y afirma al citar a una película donde la ciencia y la tecnología encabezan un régimen político totalitario y radicalmente opresor- que su mensaje -el de Nietzsche en aquel párrafo- sea que a nivel colectivo hemos fracasado en el reto ético promulgado por Nietzsche: de vivir una y otra vez esta vida, seguiríamos jodiéndola enteramente al perpetuar una configuración política y social injusta que nos llevará ineluctablemente a vivir en un estado de infelicidad y de insuficiencia o a matarnos los unos a los otros o morir en el intento” (Botero, 2018).

Ello no es poca cosa si se considera que la cosmogonía en general y la cultura en lo particular de países como México responden a los poco mutables patrones culturales de las sociedades conservadoras del siglo pasado y para atrás. Hemos desarrollado una capacidad “natural” para adaptarnos a los desarrollos tecnológicos y a las inercias de una vida de consumo,<sup>3</sup> pero el conservadurismo de las definiciones hegemónicas, ancladas en soportes de universalidad y atemporalidad de aquellas concepciones valorativas, de lo que es justo y de lo que no, determina nuestra manera de entender, ser y también de actuar, al borde de lo incongruente e incompatible que pueden resultar aquellas definiciones, propias de aquellas sociedades, con la pluralidad y la complejidad con la que hoy día las sociedades se suelen integrar.

Estas definiciones culturales, esta manera de entender el mundo y ser en él, se traducen, siempre, en la manera de organizarnos socialmente y del quehacer del derecho en ello, y del derecho penal, por supuesto. Las políticas públicas, como es lógico, son el reflejo de aquella cosmogonía que, anclada en aquellas definiciones, pretenden impactar —eficazmente— en sociedades que ya no existen más o que cada vez existen menos. Es eso lo que me parece está sucediendo con las políticas de la criminalidad; pretenden resolver problemas para los que no fueron creadas, bajo las definiciones y los parámetros propios de aquellas sociedades que, por el devenir evolutivo, se diversifican con celeridad. La apuesta a la severidad de las sanciones y los ejemplares castigos sigue siendo culturalmente aceptada, y por ello replicada en políticas más represivas que preventivas y garantes de derechos.<sup>4</sup>

Las transformaciones sociales hacia la pluralidad responden a múltiples causas, pero hay dos principales: el aumento desmedido de la población y el acelerado desarrollo de la tecnología y de los medios de comunicación. Así, la población mundial que en los

años setenta del siglo pasado ascendía a un aproximado de 3 500 millones de personas, en casi medio siglo después se duplicó<sup>5</sup> —y un poco más—; y un *smartphone* hoy día tiene más información que las computadoras de la NASA de aquellos años, del tamaño de una habitación. La posibilidad de conocer el mundo está en la palma de la mano, sí, pero los satisfactores no alcanzan y la conflictividad, como es obvio, se exagera.

No es sensato pensar que una realidad así se puede entender y también aprender desde las definiciones y metodologías de antaño, y ello solo exige irse medio siglo atrás para entender que son obsoletas; sin embargo, en buena medida, así ha sucedido.

### 3. Los derechos y el control

#### 3.1. El derecho como herramienta jurídica para el control

Los sistemas jurídicos, sin duda, cumplen con la finalidad de organizar la vida social, al poner reglas que garanticen el ejercicio de derechos para las personas y hagan posible la vida social; sin embargo, distinguir de manera prioritaria entre lo social como bien común, y por tanto público, y los intereses particulares, resulta de sí complejo, pero históricamente cargado hacia lo social por encima de lo particular, razón, también histórica, por la que se ha protegido a lo social por encima de los intereses particulares.<sup>6</sup> La sociedad, en este sentido, ha sido un bien superior y, en cuanto tal, ha debido priorizarse su protección y defensa.

El derecho, así, ha tenido la principal función de preservar el orden social incluso a costa de las personas en lo individual, y, en ello, el derecho penal ha cumplido un papel fundamental: defender al bien sociedad del mal delito.<sup>7</sup> Ya sea bajo el reconocimiento

<sup>3</sup> “El posmodernismo nos ha legado la ilusión de un mundo libre de necesidades y de ideologías, abierto a las promesas de un consumismo ilimitado, de un espectáculo encandilador, de la exaltación de la individualidad aún a costa de que esta nos traiga la inseguridad del empleo, la incertidumbre y la soledad” (Bordoni, 2017).

<sup>4</sup> “Pensamos que capturar, condenar y encarcelar a los delincuentes representará un castigo ejemplar para los malhechores y que, de alguna manera, estas acciones nos protegerán de cualquier daño”. Muchos de nosotros reaccionamos con frustración ante una noticia acerca de un crimen sensacionalista y excepcional exclamando: ¡Que castiguen a los criminales! Cuando leemos en el periódico el último titular sensacionalista reaccionamos ¡Castíguenlos con más severidad!” (Waller, 2008).

<sup>5</sup> Según el contador de población mundial del sitio web Population Matters, en 2019 se superó la cifra de 7 600 millones de habitantes (PopulationMatters, 2019).

<sup>6</sup> “En un sistema garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez, no agregan nada a la legitimidad de la jurisdicción, pues ni la voluntad o el consenso o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden convertir en verdadero lo que es falso o viceversa”. “...Ningún consenso político —del parlamento, de la prensa, de los partidos o de la opinión pública— puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria” (Ferrajoli, 2004).

<sup>7</sup> A esta tesis se circunscriben tanto los modelos punitivos del liberalismo clásico, como los de arraigo positivista; a los que Alessandro Barata identifica como de defensa social (Barata, 1993).

de la igualdad, como fundamento del orden jurídico o basándose en el argumento “médico-científico”<sup>8</sup> de clasificación de personas, unas menos evolucionadas que otras, el derecho ha sido utilizado como herramienta para el control de quienes atentan contra el orden y la paz social.

Se trata, luego entonces, de una única forma de legitimar el uso del derecho —la defensa de la sociedad— bajo explicaciones epistémicamente distintas, y mediante fórmulas punitivas, también distintas, unas más severas que las otras, pero con una misma finalidad.

El recuento histórico muestra con claridad que el control de unos respecto de los otros siempre ha sido desde quien tiene el poder de utilizar —incluso manipular— el derecho; por tanto, los diferentes, los otros, generalmente los marginados, han sido —y son— objeto del control por el derecho. Las tesis peligrosistas han encontrado, bajo una endilgada situación de emergencia, asidero propicio para la exacerbación del control mediante la represión.<sup>9</sup>

Una visión crítica<sup>10</sup> de esta inercia —y por su puesto del derecho mismo— observa al derecho como un instrumento parcial utilizado a favor de las clases hegemónicas y en detrimento de quienes atentan contra la estabilidad de las mismas; por supuesto el derecho penal no solo no sería la excepción, por el contrario, sería el brazo más fuerte del Estado para el control social<sup>11</sup> en pos de la pretendida estabilidad y paz so-

cial. Argumento, este, que evidencia lo que ha sido la historia del derecho penal en la modernidad y que no es muy diferente de lo ocurrido en otras épocas de la historia, solo que, bajo razones y legitimaciones diferentes, y mediante acciones también diferentes, pero con las mismas variables de siempre: las reglas —del derecho— utilizadas para el control de unos y en beneficio de otros.

La modernidad, sin embargo, se caracteriza —así nace— por el reconocimiento de la igualdad en ley, igualdad formal, que no sustantiva o material,<sup>12</sup> que significó un proceso muy lento de incorporación de igualdad en las leyes, pero hasta hace muy poco —y aún de manera insipiente— la eliminación latente de obstáculos en ley y la consignación de obligaciones tendientes a generar las condiciones para promover y proveer lo necesario para garantizar el goce y ejercicio de derechos para las personas.

En este sentido, la modernidad se ha caracterizado sí, desde una de las ópticas, por la lucha constante en abatir las diferencias provocadas por las desigualdades sociales —económicas y, por ende, socio-culturales—, para lo cual el derecho ha debido cumplir un papel fundamental, aun cuando insuficiente; pero, desde la otra de las ópticas, por el intento velado por mantener las cosas a favor de ciertos sectores y en detrimento de otros, generalmente no favorecidos, para lo cual el derecho, y sobre todo el derecho penal, habría cumplido también un papel fundamental. Ambas ópticas —no excluyentes una de otra— en gran medida han cumplido ambas funciones, por ello el derecho, desde una mirada sociológica, puede ser visto —y entendido— como un factor de cambio o como un obstáculo del mismo;<sup>13</sup> pero el derecho

<sup>8</sup> Ya en la modernidad, una vez ascendida la burguesía, los argumentos indeterminados que reconocían la libertad de las personas solo habrían sido útiles para su ascenso, pero la creciente urbanización y la necesidad de control policial de los marginados en las grandes urbes, permitieron que el discurso médico en alianza con el creciente poder policial encontrarán en la causalidad evolucionista el argumento legitimante para el control “racista”, a través de aquel discurso integrado; era el auge del positivismo criminológico (Zaffaroni y Dias dos Santos, 2019).

<sup>9</sup> “A través de ellos se enaltece la figura del individuo o ente peligroso, concebido como generador o introductor en la sociedad de factores de riesgo que derivan de su propia esencia y personalidad, al que se castiga por el rol que representa en la sociedad, por lo que es. Enemigos que, como bien se explica, no se agota en aquellos cuyas conductas reprochables revisten gravedad, sino incluso y por sobre todo abarca a quienes son tenidos por molestos e irrecuperables, a los marginados sociales (ladrones ocasionales y/o de poca monta, ebrios, mendigos, vagabundos, prostitutas, timadores, drogadictos, inmigrantes ilegales, *portadores de cara*, etc.)” (Gabriel Torres, 2012).

<sup>10</sup> La influencia de los planteamientos marxistas en la revisión crítica de la criminología ha sido muestra y claro ejemplo de un derecho de clases y, por lo tanto, de la determinación de lo que es criminal por parte de las clases en el poder (Bustos Ramírez, 1983a).

<sup>11</sup> “...sostengo —afirma Melossi— que los conceptos de estado y

de control social pertenecen a tradiciones intelectuales distintas y que están empotrados en situaciones históricas diferentes. En estas situaciones disímiles, dichos conceptos fueron utilizados con el propósito de lograr mantener el orden político y social, y no simplemente con el de describirlo”. “La forma de control social que se desarrolló dentro de las sociedades que se caracterizaron por el uso generalizado del concepto de estado, fue la de control social reactivo ... situación —que— favoreció el desarrollo de formas de control basadas en gran medida en la *hegemonía* y proporcionó la posibilidad de una unidad fundada en el consenso, así como en la comunicación. Este tipo de control social, como lo ilustraron tanto Tocqueville como Durkheim, es más vigoroso que cualquier otro” (Melossi, 1992).

<sup>12</sup> Un argumento crítico de Juan Bustos Ramírez lo expresa de manera clara: “...la Revolución francesa no ha sido suficiente para implantar la libertad, la igualdad y la solidaridad” (Bustos Ramírez, 1983a).

<sup>13</sup> Cambio en el sentido de progreso, de mejora, de consolidación

penal, sin embargo, ha sido utilizado principalmente para el control y la represión de los otros, sobre todo en la naciente modernidad y durante todo el siglo XIX y gran parte del XX —si no es que todo—.

El derecho penal ha sido, así, sobre todo en este lapso, la principal herramienta para el control de quienes han sido definidos, y también tratados, como delincuentes, so pretexto y al amparo legitimante de la protección de los derechos fundamentales. Ferrajoli señala que la cultura jurídica moderna ha caído en una paradoja originada con la doctrina del contrato social de influencia iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que ve en la protección del derecho a la vida —figura paradigmática de los que llegarían a ser los derechos fundamentales, explica— el fundamento de la razón y del artificio jurídico estatal, cuando tal artificio al que se le encomienda la tutela de la vida es concebido por aquella como Estado soberano, contradictoriamente dotado de un poder absoluto de vida y muerte:

...según el realismo elemental del primer contractualismo, sólo un poder soberano puede garantizar, con el monopolio de la fuerza y del poder de infligir la muerte, la defensa de la vida frente a los atentados de los delincuentes internos y de los enemigos externos. De este modo, hasta la mitad del siglo XX, han convivido, en los mismos ordenamientos, la proclamación de los derechos humanos como derechos inviolables, y la soberanía del Estado, en principio ilimitada, y en condiciones de violar esos mismos derechos, gracias a la omnipotencia del legislador dentro de las fronteras nacionales y al reconocimiento del derecho de guerra en las relaciones externas entre Estados. (Ferrajoli, 2011)

### 3.2. Dicotomía entre los derechos de las personas y las potestades públicas

El derecho penal es de orden público, justo porque así se concibió —en la naciente modernidad— para la protección y preservación de los intereses públicos: los sociales. El Estado que tiene tal obligación utiliza al derecho para ello, sobre todo al derecho penal. Bajo aquella premisa de proteger al bien sociedad del mal delito, el derecho penal surgió justo para la defensa social.

Luego entonces, el derecho penal nace con el Estado y el Derecho en la era moderna, aquel que se base

ción democrática.

en la igualdad ante la ley sin distinciones de ningún tipo y que surgió en el iluminismo clásico.<sup>14</sup> Influenciado por la filosofía de la época: la contractualista, se establece un compromiso para la organización social bajo la fórmula del contrato social, por el que se limitan las libertades naturales para generar un Estado organizado; por ello, es delincuente quien se coloca en contra del contrato social, pues rompe con ese compromiso de organización que mantiene unidos los vínculos entre las personas; delincuente, delito y pena son producto, luego entonces, de la sociedad organizada, y es el propio contrato el que da legitimidad al poder punitivo.<sup>15</sup> Ello hizo del derecho penal una rama del derecho público y no del derecho privado, en el que el conflicto es entre el denominado delincuente y el Estado, y no entre los particulares. Así las cosas, al ser el derecho penal de orden público, una de las partes por naturaleza involucrada fue excluida, la víctima. Ello también explica el porqué de la tendencia históricamente represiva en el despliegue de las potestades punitivas.

Evitar la venganza de la víctima y también las negociaciones del conflicto para preservar a la sociedad organizada fue lo que caracterizó a ese derecho penal para entonces naciente, lo que dejaba de lado la participación de la víctima y el énfasis quedaría en el deslinde de las responsabilidades penales y las sanciones subsecuentes para la restauración del orden social. La apuesta desde entonces fue la preservación de los intereses sociales consagrados por el derecho. El derecho penal, por tanto, no olvidó a la víctima, la excluyó de la fórmula penal por considerar que su interés principal, el de reparación, debía ser atendido por el derecho entre particulares. Serían los inicios de la ideología de la defensa social.

Defender a la sociedad del delito exaltó las funciones y finalidades del Estado y del derecho; bajo la fórmula —y el argumento— del Estado de derecho se cimentó el principio de legalidad y la estricta legalidad penal, y se ciñó al delito a las variables solo jurídicas; ello exaltó a lo jurídico como forma de dar vida al contrato y su protección por el derecho mismo desde las instancias del Estado. El Estado y el dere-

<sup>14</sup> La crítica de los iluministas respecto del estado de cosas “... necesariamente desemboca en una posición política, que engloban la consideración del delito y la pena, en tanto que son también producto de ese Estado” (Bustos Ramírez, 1983).

<sup>15</sup> Juan Jacobo Rousseau, citado por Juan Bustos Ramírez (Bustos Ramírez, 1983a).

cho penal para proteger a lo social por encima de las personas fueron consolidando la visión estatocéntrica de la modernidad.

En el devenir de la época moderna se fue consolidando esta visión estatocéntrica y dejando en segundo plano los derechos de las personas, sobre todo desde el mundo de lo punitivo. Ello explica no solo la exclusión de la víctima de lo punitivo,<sup>16</sup> sino el precario desarrollo de derechos para los imputados de delito y la consolidación de los modelos procesales mixtos inquisitivos, todo lo que robusteció a las potestades punitivas en detrimento de los derechos de las personas.

En efecto, el ejercicio de derechos y el despliegue de potestades públicas, cuando las relaciones son de derecho público -como en el derecho penal— dependen siempre de la misma ecuación dicotómica: cuando las potestades públicas —para el caso, las punitivas— aumentan, siempre será en detrimento de los derechos de las personas. Se trata de una ecuación inversamente proporcional, pues en la medida en que tales potestades aumentan, será la medida —inversamente proporcional— del detrimento de los derechos de las personas. Las relaciones que regula el sistema jurídico son de derechos y obligaciones recíprocas, el derecho de alguien requiere de la contraprestación de otra persona y viceversa; los derechos humanos son derechos y obligaciones en sí mismos; cuando las relaciones son de derecho público, por consiguiente, el derecho de las personas supone una obligación estatal de respeto, protección, promoción y garantía por parte de las autoridades;<sup>17</sup> de ahí que los derechos consagrados para las personas que entran en contacto con el sistema de justicia penal —en cualquiera de las cualidades posibles: imputados de

delito, víctimas, testigos, etcétera— son una carga, en tanto obligación, para quienes operan la potestad punitiva desde el propio sistema, por lo que restringe sus potestades; pero, en sentido inverso, las potestades punitivas de quienes operan la justicia penal siempre serán una carga para las personas, en tanto limita el ejercicio de sus derechos. Todo ello es inversamente proporcional.

En sus orígenes -afirma Bustos Ramírez (Bustos Ramírez, 1983b), el Estado actual -el absoluto- es el Estado de la inseguridad del individuo y, en cambio, el estadio de la seguridad del Estado: su autonomía y subsistencia se logra mediante la dependencia total del individuo. Quizá por ello haya un permanente retorno a ese Estado originario, o por lo menos una tendencia; cuando el Estado entra en crisis se vuelve a la posición fetal, esto es, al Estado absoluto. Es el caso de las dictaduras y de todos los gobiernos autoritarios.

Al Estado no le gusta sentirse inseguro, pues pierde capacidad de control, y pierde por tanto fuerza; por ello, Bustos Ramírez acota:

... se olvida que la seguridad del Estado y seguridad del individuo son términos indisolublemente ligados: la mayor seguridad del Estado trae la menor del individuo, pero a su vez la anulación de la seguridad del individuo trae inevitablemente la inseguridad del Estado, pues surgen las luchas por la racionalidad y las libertades” (Bustos Ramírez, 1983b).

#### 4. Los paradigmas punitivos para el control

Un paradigma aglutina una determinada cantidad de variables que son común denominador en un modelo dado y que lo diferencian de otros. Los paradigmas punitivos a los que aludiré en los siguientes renglones se han mostrado siempre como antagónicos, en tanto responden a epistemologías distintas e incompatibles, sistematizadas e identificadas, para efectos didácticos —principalmente— como *escuelas*, la clásica y la positiva del derecho penal. Poco énfasis se suele hacer, sin embargo, de lo que ambas escuelas tienen en común: la ideología de la defensa social, y laxamente se suele referir a las mixturas entre ambas como escuelas o modelos eclécticos.

<sup>16</sup> Exclusión que, a la postre, gracias al proceso de democratización de la justicia penal y a las reformas penales centradas en la consagración de derechos para los involucrados —también para las víctimas- se iría diluyendo; pero toda la construcción institucional centrada en las víctimas, hoy día se presenta también —con ese riesgo- como instancias que controlan lo que Ignacio Irazusta y Gabriel Gatti han denominado, en el sentido foucaultiano —como ellos mismo lo afirman-: el mundo de las víctimas. “Las instituciones en tanto que cristalizan valores sociales, en normas con carácter coercitivo, forman parte de la estructura más formal del gobierno y funcionan a través de aparatos especializados que ordenan o pretenden ordenar el mundo y la vida de las víctimas” (Irazusta y Gatti, 2017).

<sup>17</sup> En términos del primero Constitucional, tales obligaciones previstas para toda autoridad en el ámbito de su competencia deben ser conforme a los principios de Universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad. Y, como afirma Carbonell, “... los Estados deben garantizar el goce de los derechos sin discriminación alguna” (Carbonell, 2016).

Esta distinción no es poca cosa para lo que aquí quiero evidenciar; generalmente se considera, como me parece lo es, que las mixturas entre ambos modelos punitivos son de consecuencias “caóticas”, como los modelos procesales mixtos-inquisitivos que se integraban de variables provenientes de ambos modelos punitivos en los que unas prevalecían sobre las otras, para el caso, las represivas por sobre las garantistas, traducándose o en un sinfín de violaciones a los derechos humanos, ineficacia y, por tanto, impunidad; sin embargo, no parece posible que materialmente un modelo sea puramente garantista, como tampoco totalmente inquisitivo. Lo deseable, luego entonces, podría parecer —y esa parece ser siempre la apuesta—, que las variables garantistas y las inquisitivas encuentren un justo equilibrio, para unos cargado hacia el garantismo, y para otros hacia variables más represivas; y, en ese debate, academia y políticas públicas desde el derecho luchan por generar “adeptos” y ganar “espacios”; lucha que tendría que perder sentido si analizamos las variables con detenimiento, empezando por tener claridad respecto de lo que es común a ambos paradigmas punitivos, y, con ello, determinar la manera en cómo, no importando los parámetros de lo punitivo; esto es, hacia donde se cargue la balanza dicotómica, se han desplegado las potestades punitivas con un mismo fin: el control de unos respecto de los otros.

En este orden de ideas, a diferencia de como se suele hacer siempre, esto es, explicar los modelos punitivos como antagónicos, los párrafos siguientes los dedicaré a explicarlos, pero haciendo énfasis en su similitud: la defensa social; para luego caracterizar a la ideología en cuanto tal, pero en apartado siguiente.

#### 4.1. Retribucionismo penal

Retribución significa pago, pagar con un mal el mal causado, con un sufrimiento el sufrimiento ocasionado; es el presupuesto del castigo como fin de la reacción punitiva pública. Para Hart (Zaffaroni, 1998), la pena se legitima en función de dos principios: el de igualdad y el de libertad; el primero requiere que, cuando alguien vive en sociedad sin violar el derecho, se halle en una situación diferente a la de quien lo hace violando el derecho, de lo que se desprende la necesidad de retribuir a quien violó el derecho el mal que ha causado. El retribucionismo justifica la

sanción del delincuente con base en el castigo, como modo de hacer justicia por el delito cometido (Sánchez-Ostiz, 2012).

Asociado a la dualidad pena-penitencia, expiar la culpa era el centro del castigo en la edad media; los tribunales de la Inquisición castigaban la herejía y los atentados contra la fe. Los tribunales inquisitivos son el antecedente inmediato previo al surgimiento de los tribunales de la justicia penal en la naciente modernidad, ahora estos alejados del vínculo —legitimante— de tipo religioso, para someter a castigo —y también justificar— mediante tribunales —y jueces— obedientes a la ley y no a Dios. El anclaje cultural del castigo, sin embargo, ha acompañado en la sociedad moderna a las pretensiones sancionadoras de lo penal. La pena como un castigo siempre ha encontrado asidero en la cultura moderna, muy a pesar del desarrollo de los derechos humanos y del reconocimiento y consagración de la dignidad humana. Para Hart, el sufrimiento del *malhechor castigado* siempre es un costo y nunca un beneficio para el sistema penal, su sufrimiento, afirma, es el costo más alarmante del castigo penal.<sup>18</sup>

Para David Garland (1999)

...el papel del castigo en la sociedad moderna, de hecho, no es tan obvio ni tan bien conocido. Hoy en día el castigo es un aspecto de la vida social profundamente problemático y poco comprendido, cuya razón de ser no queda clara. El que no lo percibamos de este modo es consecuencia de la apariencia de estabilidad e impenetrabilidad que tienen las instituciones formales, más que de la transparente racionalidad de los procedimientos penales en sí.

#### 4.2. Utilitarismo penal y primeras postulaciones garantistas

La pena privativa de libertad, en aquel derecho penal naciente, se mostraba como una alternativa menos lesiva para la reacción punitiva, lo cual resultaba congruente con la corriente humanista abanderada por algunos liberales clásicos de corte utilitarista como Beccaria<sup>19</sup>; y, sin duda, su principal fuente de legiti-

<sup>18</sup> Con esta visión crítica de Hart, a decir de John Gardner, se pone del lado del utilitarismo clásico de Jeremy Bentham. John Gardner, en la introducción del libro de Herbert L.A. Hart (2008).

<sup>19</sup> Beccaria (1995) en expresión clara de un derecho más protector de las personas imputadas y en clara postura por exaltar los

mación fue justo para mantener los vínculos sociales consagrados y protegidos por el derecho bajo la fórmula del Contrato. La pena privativa de la libertad, en consecuencia, tendría fines socialmente útiles. La utilidad de la pena privativa de libertad llevaba consigo la subsecuente intención de hacer de quienes delinquían personas socialmente útiles, esto es, las personas como fines sociales y no como fines en sí mismos, algo que los cosificaría al considerarlos objeto del derecho -penal- para pretensiones socialmente útiles.

Las corrientes utilitaristas, con sus distintas variables, dominaron por largo tiempo las justificaciones de la cárcel, incluso hasta muy recientes épocas. Fórmulas que, sin embargo, son, en su mayoría —como lo han sido— contrarias a la dignidad humana, pues niega a las personas su libre determinación.<sup>20</sup>

La utilidad siempre ha estado presente en los discursos que pretenden legitimar la pena privativa de libertad y por ende la prisión misma, desde sus orígenes y hasta la fecha; lo que ha cambiado, o puede variar, es el discurso utilitarista en sí, generalmente anclado en razones socialmente útiles, ya sea haciendo énfasis en la readaptación de quien ya delinquirió, o en la pretendida disuasión sobre quien no ha delinquido para que no lo haga.<sup>21</sup> Otras razones y argumentos más se pueden identificar como utilitaristas, como las económicas, por ejemplo, o el propio valor simbólico de la función punitiva estatal, que permite su aceptación, permanencia y fortalecimiento.

---

intereses sociales, expresó: “...un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida”.

<sup>20</sup> En *Holocausto y dignidad*, Federico Lefranc reflexiona respecto de la consagración de la dignidad humana en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tras el genocidio sufrido en el periodo conocido como el Holocausto; y cómo, a partir de entonces, los derechos humanos se centran en la dignidad de las personas, quienes no pueden ser sino fines en sí mismas, nunca objeto de violencia, sino sujetos de derechos (Lefranc, 2009).

<sup>21</sup> Los modelos explicativos que más arraigo han tenido, sobre todo en la teoría criminológica, clasifican las expectativas utilitaristas del castigo —a través, principalmente, de la pena privativa de libertad— en fines de prevención general y de prevención especial, ya sea para la disuasión de quien no ha delinquido pero eventual o potencialmente lo puede hacer, o la atención —reacción— de quien ya delinquirió para que no lo vuelva a hacer. Una lectura de análisis explicativo y crítico de las así reconocidas teorías de la prevención se pueden encontrar en *Los fines de la pena*, de Serafín Ortiz, editado por el Instituto de capacitación de la Procuraduría General de la República, México 1992; y en *La cárcel en el sistema penal* de Iñaki Rivera Beiras de editorial J. M. Bosch, Barcelona 1995.

### 4.3. Determinismo criminológico

Con el surgimiento del positivismo filosófico hacia la segunda mitad del siglo XIX, emergería una nueva fórmula de defensa social, que se alejaría de los planteamientos utilitaristas y garantistas del liberalismo clásico y fincaría fórmulas represivas y de intervención, fundamentadas en definiciones patológicas respecto del delito. La ciencia “del positivismo” afirmarían que los fenómenos naturales, incluyendo a los sociales —como el delito— respondían a leyes invariables de naturaleza que se podrían identificar mediante la aplicación del método científico; observar y experimentar en los fenómenos —también sociales— permitirían identificar las causas inmutables que los originarían. Entender, así, a la realidad como un absoluto, llevó a Lombroso a concluir que el hombre nacía delincuente mediante reglas de causalidad, deterministas del actuar humano, pero fundamentadas, sí, en lo que para entonces se consideró ciencia.

El positivismo dio al intervencionismo su legitimación,<sup>22</sup> fórmulas represivas de control de los “hombres delincuentes” resurgirían patologizando el actuar humano delictivo, para reducirlo a un argumento médico, biológico: los hombres delincuentes eran personas no evolucionadas que se comportaban primitivamente al tener rasgos biológicos propios del hombre primitivo.<sup>23</sup>

### 5. La ideología de la defensa social

Los modelos punitivos que aquí he denominado para el control, surgieron y se consolidaron durante prácticamente dos siglos, desde el advenimiento de la modernidad —y del derecho y del derecho penal como lo conocemos— hacia la segunda mitad del siglo XVIII,

---

<sup>22</sup> “...la intervención en el mercado, su regulación, era justamente para lograr su defensa, la defensa de lo social, de la sociedad que se daba en torno al mercado. Luego, el control del Estado tenía que asumir el carácter de una defensa social. El positivismo brindó al intervencionismo su legitimación, ya que la ciencia (positiva) fundamentaba el orden, la disciplina, lo organizado” (Bustos Ramírez, 1983b).

<sup>23</sup> La frase: “Esto no fue meramente una idea sino una revelación. En la señal de que el cráneo, me pareció ver de repente, se iluminó como una vasta llanura bajo un cielo en llamas, el problema de la naturaleza del criminal, un atavismo llega a ser lo que produce en su persona los feroces instintos de la humanidad primitiva y de los animales inferiores”, refleja el centro de cosmogonía Lombrosiana; el *uomo delinquente*, un ser atávico, no evolucionado, y, por tanto, incapaz de vivir civilizadamente en sociedad (Taylor, Walton y Young, 1997).

con proyecciones más o menos represivas, anclados bajo los ya enunciados modos de legitimación (Zaffaroni, 1998) y fundados en argumentos ya sea de inadaptabilidad social o de no evolución, pero siempre de personas apartadas de los parámetros de normalidad, así —para entonces— definidos.

Ambas justificaciones conformaron a la postre dos modelos punitivos de epistemologías, antagónicas, sí, pero de una esencia particular común a ambas: la defensa social. Se trató siempre de dos maneras —argumentos—. De explicar al delito y de justificar la reacción al mismo desde lo público: proteger al bien sociedad del mal delito. El propio origen garantista en autores como Beccaria— que si bien significó un proceso de humanización del *ius piniendi*— estaba permeado de la idea de utilidad social, para a protección de la fórmula que mantenía los vínculos sociales: el contrato social.

Uno de los modelos punitivos se centraría en el acto de libre decisión de atentar contra él, y el otro se centraría en las personas; derecho penal de acto<sup>24</sup> y derecho penal de autor, respectivamente. Esto es, personas libres, pero no adaptadas a la sociedad y sus postulados universales —también atemporales— o personas no evolucionadas determinadas a delinquir, enfermas, consideradas un peligro para la sociedad.

Así, el paradigma de la defensa social es una manera de interpretar fórmulas punitivas de común denominador, donde, para efectos de este argumento, tanto los modelos utilitaristas como los deterministas de corte retributivo responden a un mismo hilo conductor: la defensa social. Importante resulta este primer argumento en tanto se suele asociar únicamente a la escuela positiva del derecho penal y a las políticas deterministas que de ella derivaron como fórmulas de defensa social y no a ambas, pero es justo aquello que es común a ambas lo que caracteriza a todo modelo de defensa social.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> El utilitarismo es solo una corriente dentro de lo que se conceptualiza como escuela clásica del derecho penal, más no la única; también hubo una concepción de corte naturalista que a la postre se asociaría más con la denominada escuela clásica, y a la vertiente utilitarista se le asociaría principalmente con la Criminología (Bustos Ramírez, 1983a).

<sup>25</sup> “...tanto la escuela clásica como las escuelas positivas realizan un modelo de ciencia penal integrada, es decir, un modelo en el que la ciencia jurídica y la concepción general del hombre y de la sociedad se hallan estrechamente ligadas. Aun cuando sus respectivas concepciones del hombre y de la sociedad sean profundamente diversas, en ambos casos nos hallamos, salvo excepciones, en presencia de la afirmación de una ideología de la defensa social

Alessandro Barata (2004) caracteriza a todo modelo de defensa social mediante la enunciación de los siguientes principios, comunes, según lo argumenta, a la escuela clásica y a la positiva; estos principios son: 1) *legitimidad*.- por el que el Estado, en tanto expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir la criminalidad, la legítima reacción de la sociedad está dirigida a la reprobación y a la condena del comportamiento desviado individual y a la reafirmación de los valores y de las normas sociales; 2) *del bien y el mal*.- el delito es un daño para la sociedad, el delincuente un elemento negativo y disfuncional del sistema social: la desviación criminal es el mal, la sociedad constituida, el bien; 3) *culpabilidad*.- el delito es expresión de una actitud interior reprochable, contraria a los valores y a las normas, incluso antes de ser sancionadas por el legislador; 4) *del fin o de la prevención*.- la pena no tiene únicamente la función de retribuir, sino la de prevenir el crimen, crea una justa y adecuada contra motivación al comportamiento criminal y, en particular, ejerce la función de resocializar al delincuente; 5) *igualdad*.- la criminalidad, en tanto violación a la ley penal, es el comportamiento de una minoría desviada, por ello la reacción penal se aplica de modo igual a los autores de los delitos; y, 6) *interés social y delito natural*.- los delitos definidos en los códigos penales representan la ofensa de intereses fundamentales, intereses comunes a todos los ciudadanos.

Bajo esta lógica de caracterización del paradigma de la defensa social, quisiera abundar y enfatizar en algunos puntos.

Concebir a la realidad social como un absoluto es propia de las concepciones naturalistas que sustentan en dogmas —verdades absolutas— las realidades sociales y sus complejas inercias. Concebir la realidad así es propio de aquellas sociedades en las que, por su poca diversidad o vasta homogeneidad, se ha generado un conservadurismo arraigado en definiciones mayoritariamente aceptadas, ancladas en costumbres e idiosincrasia. Entender el mundo de esa manera y transmitirlo por generaciones, a la postre construyó una ideología lo suficientemente homogénea y fuerte como para su arraigo cultural y tránsito a través de las generaciones. Ello generaría una cohesión social fincada en definiciones mayoritarias, sí, pero reflejadas en las fórmulas que materializan la cohesión social

como nudo teórico y político fundamental del sistema científico” (Barata, 2004).

misma, como valores morales, las así denominadas buenas costumbres y también —y principalmente— las fórmulas jurídicas del derecho.

Un derecho así es, por tanto, un derecho eficaz, que consagra los valores en los que la mayoría cree y prohíbe, y castiga aquello que se aparta de ellos; ello permitió generar una especie de cultura jurídica —de la legalidad— donde, al estar la mayoría de personas de acuerdo con el contenido del derecho, este, de sí, estaba lo suficientemente legitimado para ser respetado, no —me parece a mí— porque se tratara del derecho en sí —*el derecho se respeta por ser el derecho*—, sino porque la mayoría se sentía identificado con sus definiciones.

Una sociedad de cohesión social “natural”, esto es, como la definida, cuyas concepciones respecto de lo bueno, lo malo, lo justo y lo injusto, son mayoritariamente homogéneas, es una sociedad cuyos procesos de diversificación han sido pocos o también nulos; algo que caracterizó a las sociedades de la naciente modernidad en el liberalismo clásico —como ya se afirmó—, pero que permeó durante prácticamente los siguientes dos siglos en las sociedades occidentales —que son nuestro referente—. En efecto, el proceso de diversificación social es eso, un proceso difícilmente homogéneo y que evidencia un cambio paulatino, un tránsito desde el consenso hacia la pluralidad; y ese proceso es tal —insisto— por el aumento en la densidad poblacional y por el desarrollo tecnológico, principalmente, de los medios de comunicación. Ese tránsito desde y hacia, ha sido más que evidente, y en algunos casos drástico en algunas sociedades, pero no tanto en otras; y, en ello, ha tenido que ver mucho el derecho.

## 6. El derecho como factor de cambio

### 6.1. Paradigmas sociales y teorías del pensamiento

Absolutizar las definiciones bajo variables de atemporalidad y, por ende, universalizarlas, es propio de los planteamientos metafísicos de las religiones, por ejemplo; pero su arraigo cultural hace que tales concepciones de vida se lleven al resto de las manifestaciones culturales como el propio derecho.

Como lo afirmé líneas atrás, las sociedades evolucionan, cambian sus formas de integración y de cohesión social, se transforman sus culturas, se hacen

más densas, más complejas y la conflictividad aumenta. Las transformaciones sociales, sin embargo, no necesariamente se dan en un sentido homogéneo y tampoco lineal; el derrotero de la historia arroja un sinfín de variables de difícil sistematización. Ya en la modernidad, este derrotero puede sistematizarse —de manera un poco arbitraria— en dos grandes paradigmas sociales, que más que antagónicos, muestran un proceso de transformación, de cambio, de transición de uno hacia el otro.

Este proceso es identificable con un simple recuento sociohistórico, pero pormenorizar sus variables es un ejercicio que excede las expectativas de esta reflexión. Algunas de estas variables, sin embargo, son útiles para analizar de manera objetiva, pero también crítica, si este proceso sigue algún hilo conductor y, por supuesto, el papel que cumple o ha cumplido el derecho —y el derecho penal— en ello y en las relaciones materiales de las personas respecto de la autoridad y a la inversa, reguladas por el derecho.

Para efectos de este argumento, habrá de reflexionar respecto del papel que cumple el derecho en ambos paradigmas, que se identifican como el consensual y el plural. En cada paradigma, las fórmulas de organización social se distinguen, ya sea por la homogeneidad o por la diversidad de su composición o integración social misma. Es evidente que las sociedades aumentan su densidad de población y se diversifican cada vez más; ello, si bien hoy día es más que evidente, en el recuento de los últimos dos siglos, desde el advenimiento de la modernidad y del derecho en términos de igualdad —como se ha afirmado— no necesariamente lo ha sido. Las transformaciones sociales han sido —dependiendo la sociedad de que se trate— si bien paulatinas, también lentas, pero se puede afirmar que se transita desde tipos de sociedades consensuales hacia las plurales, justo por aquellas inercias de diversificación, merced al desarrollo de los medios de comunicación y también al aumento en la densidad de población.

La integración en las sociedades consensuales se caracteriza por la homogeneidad en las definiciones y prácticas culturales; hay una especie de acuerdo mayoritario respecto de lo que se considera está bien y lo que no, respecto de lo que se considera justo y de lo que se considera injusto (Pavarini, 2003).

Este consenso es propio de las sociedades de la naciente modernidad en los siglos XVIII y XIX, pero

también de gran parte de las del siglo xx; pero la historia y evolución de las distintas sociedades desde el consenso y hacia su diversificación, sin embargo, no permite hacer una afirmación tan tajante respecto de estos periodos de tiempo; por supuesto, sociedades como las norteamericanas vivieron tempranamente estos procesos de diversificación hacia la pluralidad, por los procesos de inmigración masiva desde fines del siglo xix, a diferencia de países de centro y Sudamérica que, como México, han experimentado un proceso mucho más lento y se ha conservado una latente homogeneidad en las formas y manifestaciones culturales.

En efecto, las sociedades norteamericanas vivieron la inmigración masiva de fines de siglo xix y principios del xx —y hasta la fecha—, lo que diversificó en poco tiempo sus principales ciudades, como Chicago, que en 10 años vio duplicada su población y documentó el surgimiento de un aproximado de 33 000 pandillas<sup>26</sup> en ese lapso. Lo vivido en aquellas sociedades respondía a la lógica del proceso de libre circulación de la moneda y de su concentración por ciertos sectores que dejaban en la marginación a muchos otros. Las personas migrantes no encontrarían en su mayoría acomodo laboral, tanto, en general, por el poco desarrollo del capital como por su falta de pericia y de habilidades en particular; en tanto, se quedarían ahí con su pobreza, pero también con sus diferencias, lo que originaría una diversidad tal, difícil de integrar bajo los parámetros del consenso que hasta entonces primaba en las inercias de la integración social. Las personas no sabían vivir en pluralidad, el proceso de diversificación comenzaba y lo lógico sería —como lo fue— que subieran los índices de conflictividad social; ello explica el surgimiento de tantas pandillas.

Una explicación así, de tipo sociológico, muestra con claridad lo que estaba ocurriendo, pero no necesariamente fue la explicación que se utilizó para el despliegue de políticas públicas para su atención.<sup>27</sup>

Similares procesos se vivieron en otras urbes de Europa, pero la reacción que primó fue aquella que se centró en fortalecer las potestades punitivas para el control —político criminal— de la creciente conflictividad social, y no una atención desde el campo de otras disciplinas sociales, poco desarrolladas para entonces.<sup>28</sup>

Sociedades así vivieron entonces procesos de diversificación mucho más acelerados; en contraste, otras sociedades, como las de muchos países latinoamericanos, han vivido sus procesos de pluralización de manera mucho más lenta; fueron —y son— más bien origen y no destino de la migración.

Es entendible que sociedades relativamente bien integradas tuvieran consensos claros respecto de aquellas definiciones, y también una especie de integración natural; las personas por generaciones permanecían en el mismo lugar, y se transmitían cultura e idiosincrasia, pero también rasgos étnicos. Esa homogeneidad “natural” generaba un consenso suficiente para la integración social, y también para los contenidos del derecho. El derecho consagraba aquellos valores universalizados y atemporalizados en los que la mayoría creía, y criminalizaba a quienes quedaban fuera de esa homogeneidad, los que simplemente quedaban fuera de aquellos parámetros culturales de normalidad, los diferentes. Son así entendibles —y explicables— los altos índices de eficacia de las fórmulas del derecho en sociedades tales, las que, por ende, tendían —como tienden— a ser muy conservadoras; conservadurismo reflejado en las instituciones sociales y también en las jurídicas.

Absolutizar las definiciones supuso fundar en dogmas las explicaciones de la realidad y también los contenidos normativos; una realidad que se fundamenta en dogmas, sin embargo, no es compatible con la mutabilidad exacerbada de las realidades sociales de la actualidad; por ello, la metodología causalista del positivismo del siglo xix absolutizó las explicaciones de las realidades sociales y el derecho fue la herramienta para mantenerlas inertes a los cambios y

<sup>26</sup> El Departamento de Sociología de Chicago documentó justo este proceso de las primeras décadas del siglo xx, caracterizado por la creciente urbanización y los masivos procesos de migración hacia ciudades como Chicago y Detroit (Pavarini, 2003).

<sup>27</sup> De ahí lo coyuntural del planteamiento atávico lombrosiano; una explicación patológica y no ontológica, en aquella época era suficiente para generar la convicción —y también la legitimación— de la necesidad misma de robustecer lo punitivo para el control de la creciente —y mal explicada— conflictividad social. Por ello, el positivismo dio al intervencionismo su legitimación

(Carbonell, 2016).

<sup>28</sup> La sociología nace justo con el positivismo, permeada por las variables metafísicas propias de esa corriente filosófica que poca independencia de las ciencias exactas le permitieron; es por esa razón que observar para entonces al delito como algo patológico y no ontológico, provocó la represión y control punitivo por sobre la política social.

transformaciones sociales: el derecho como obstáculo para el cambio y para la evolución social.

Esta forma de entender y aplicar el derecho solo ha sido posible porque tales concepciones de la realidad social y de la vida misma se arraigaron en la cultura, y el derecho tuvo que ver mucho en ello; consagrar y mantener esas definiciones como dogmas en normas jurídicas inmutables y su constante y permanente aplicación han sido una herramienta importante para el arraigo cultural de las definiciones absolutistas que, como expliqué, son caldo de cultivo —y tentación permanente— para un ejercicio del poder de tendencias absolutistas, que, por ende, se refleja en fórmulas represivas del quehacer punitivo, generalmente reflejadas en aumentar las potestades públicas en detrimento de los derechos de las personas. Inercias poco correspondidas con los anhelos democráticos de las sociedades occidentales y que exaltan la capacidad discriminante del derecho penal respecto de los así definidos delincuentes, que no es más que el reflejo de una sociedad que discrimina a quienes ha etiquetado como anormal, malo, peligroso, inmoral, etcétera.

La transformación paulatina de las sociedades ha ido exigiendo formas diferentes de entender y explicar la realidad y la vida misma, diferentes —y antagónicas— a aquellas idóneas para los consensos; sociedades en las que la diversidad es la regla y no la excepción, las definiciones culturales y también las normativas no se pueden anclar en consensos culturales y definiciones absolutistas de la realidad, porque simplemente estas ya no existen. El derecho ha debido buscar alternativas neutras que permitan a las muy diversas manifestaciones culturales el ejercicio de derechos y el acceso a los mismos en condiciones de igualdad, no importando las irrelevantes diferencias que caracterizan a los seres humanos.

El positivismo, que dio fundamento a la teoría social para explicar las realidades sociales —en la naciente sociología— y justificar las formas jurídicas de impacto en tales realidades, entraría en crisis hacia la segunda mitad del siglo xx,<sup>29</sup> en razón, por supuesto, de las transformaciones sociales que exigían formas diferentes de explicar —y atender— realidades

diferentes,<sup>30</sup> pero también por las consecuencias insostenibles y muy lamentables para la historia de la humanidad de pretender —bajo aquel fundamento científico de clasificación y jerarquización de personas— controlar e imponer su hegemonía de unas por sobre las otras. El Holocausto, reflejo de esa expresión de superioridad de unos respecto de otros, es sin duda uno de los ejemplos más lamentables —no el único— de lo que un modelo teórico e ideológico puede causar cuando impactan en fórmulas de política criminal.<sup>31</sup>

Nuevas realidades sociales exigen formas diferentes de interpretación de la realidad con metodología idónea para el mejor entendimiento de las mismas. Interpretar a la realidad como una construcción y no como un absoluto resulta más idóneo para la explicación de las actuales y muy complejas realidades sociales;<sup>32</sup> el modelo es idóneo, además, para entender las nuevas inercias sociales y construir desde lo público alternativas en las que todas las manifestaciones culturales y, por tanto, en las que todas las personas puedan ser incluidas.

<sup>30</sup> “Lo que los sociólogos de la Escuela de Fráncfort imaginaron al término de la Segunda Guerra Mundial, a raíz de una Ilustración renovada que había sucedido al oscurantismo Nazi-fascista, no fue definitivamente confirmado hasta la llegada de las innovaciones libertarias y progresistas que dieron como resultado la Revolución cultural de 1968... Se consumaba así la revelación de la capacidad de los seres humanos para pensar, soñar e imaginar su propio destino y romper con el molde del pasado” (Bordoni, 2017).

<sup>31</sup> “El problema fundamental era legitimar la intervención en la libertad e la igualdad de los individuos para someterlos al bien social, para clasificarlos conforme a ello en peligrosos y no peligrosos, en anormales y normales. Esta búsqueda lleva a la crisis más profunda del Estado moderno, pues hace surgir el Estado fascista y el Nazi...” (Bustos Ramírez, 1983b).

<sup>32</sup> “El método que consideramos más conveniente para clarificar los fundamentos del conocimiento en la vida cotidiana es el del análisis fenomenológico, método puramente descriptivo y, como tal, empírico... El análisis fenomenológico de la vida cotidiana, o más bien de la experiencia subjetiva de la vida cotidiana, es un freno contra todas las hipótesis causales o genéticas... El mundo de la vida cotidiana no sólo se da como establecido como realidad por los miembros ordinarios de la sociedad en el subjetivamente significativo de sus vidas. Es un mundo que se origina en sus pensamientos y acciones, y que está sustentado como real por éstos. ... debemos por lo tanto clarificar los fundamentos del conocimiento en la vida cotidiana, a saber, las objetivaciones de los procesos (y significados) subjetivos por medio de los cuales se construye el mundo intersubjetivo del sentido común (Berger y Luckmann, 2015).

<sup>29</sup> En este sentido, diversos autores: Wright Mills, *La imaginación sociológica*, 1993; Anthony Giddens, *Las consecuencias de la modernidad*, 1993; Emilio Lamo de Espinoza, *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, 1990; A. Touraine, *Crítica a la modernidad*, 1993; entre otros. Referidos por María José Fariñas Dulce (2005).

### 6.2. *Progresividad e interdependencia: hacia la consolidación democrática*

Cuando un modelo político de ejercicio del poder —el poder punitivo también— entra en crisis es porque la ideología que lo sustenta entra en crisis; la crisis de la teoría social influenciada en la mayoría de sus disciplinas por la ideología del positivismo se recrudecería hacia la segunda mitad del siglo xx justo por aquellas razones: la expresión fascista del Holocausto y los millones de personas víctimas del genocidio motivarían el concierto de las naciones en torno a la dignidad intrínseca y los derechos iguales e inalienables de los seres humanos; aquellas atrocidades no podían volverle a ocurrir a la humanidad.

Un paradigma diferente al de la defensa social surgiría fundado en la dignidad humana, desde entonces consagrada en la Declaración Universal y paulatinamente incorporada a las legislaciones locales de los países miembros. Por la dignidad intrínseca de las personas y el reconocimiento de sus derechos en igualdad, las personas no podrían ser objeto más de enajenación, por tanto, tampoco de control ni de sometimiento; no se puede disponer de las personas, todas las personas somos sujetas de derechos y no podemos ser objeto de violencia, ni tampoco de ningún tipo de tutela que les impida o limite ejercer sus libertades.

El paradigma punitivo debía entonces cambiar para alejarse de la defensa social y de las inercias del control —incluso por el derecho— y transitar hacia un modelo de garantía de derechos. Reformas importantes a la Constitución mexicana son ejemplo claro de la pretendida transición entre paradigmas, no solo para las cuestiones relacionadas con la justicia penal —como las reformas en materia de justicia penal para adolescentes y la judicial en materia, principalmente, procesal penal—, también la consagración de la dignidad en la Constitución mexicana —ya en este siglo— y las múltiples reformas, tanto las aludidas como las muchas que han fortalecido —al menos pretendido— la consagración de los derechos humanos desde este nuevo paradigma, como la de derechos humanos de 2011, han exaltado, además, las características de los derechos humanos como principios y su impacto en diferentes materias reguladas por el derecho. Principios como el de progresividad

exaltan la obligación —constitucional— de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos así, de manera progresiva, lo que implica entender a los derechos humanos como conquistas: cada vez más derechos, nunca regresión; ello nos impulsa hacia la consolidación democrática del Estado mexicano y nos aleja de aquellas variables inquisitivas propias del paradigma de defensa social.

### 7. Conclusión

Las transformaciones sociales aceleradas de las últimas décadas, han llevado a la diversificación de las sociedades mismas y de los intereses particulares; priorizar el bienestar común no puede ser más en sacrificio de la garantía de derechos para las personas en lo particular, sobre todo de las históricamente excluidas por su condición de diferentes y vulnerables, económica y culturalmente.

Una sociedad que aspira, como la mexicana, a su consolidación democrática, según sus convicciones expresadas en el texto constitucional, debe consolidar democráticamente a su sistema de justicia penal, lo que significa —como lo expresé en el apartado III, inciso b— acotar mayormente las potestades punitivas, para ampliar y garantizar los derechos de las personas en y frente a la justicia penal; esto es, un sistema de justicia penal mayormente respetuoso de los derechos humanos de las personas a las que alcanza, garantizando la sanción al culpable, la absolución para el inocente y la reparación para las víctimas, como lo establece el artículo 20 constitucional.

El derecho, en este sentido, debe ser utilizado, prioritariamente, en la garantía de derechos para las personas y no para el control de las personas mediante el derecho; y en tal pretensión, el derecho penal debe hacer lo propio, en los términos del citado artículo 20 de la carta magna; y ello solo es posible en una concepción democrática de la justicia penal y no desde las influencias y pretensiones represivas que exacerban el control por el derecho, las cuales reprimen en demasía las libertades personales y producen más violencia so pretexto de reprimirla.

El derecho —y el derecho penal— debe, bajo esta lógica, ser motor de cambio y no obstáculo del mismo; debe garantizar el acceso a los derechos para todas las personas sin distinción, debe quitar las barreras que obstaculizan el goce y ejercicio de derechos y

debe construir los mecanismos que hagan posible la garantía de los mismos. Las fórmulas represivas para la justicia penal de reminiscencias positivistas, poco compatibles resultan con los anhelos democráticos de una justicia penal garante de derechos. Ello no debe implicar que el derecho y el derecho penal abandonen su característica de coercitividad e imperio, quiere decir que se priorice la garantía de los derechos por sobre sus pretensiones punitivas, pues al cambiar su teleología priorizará la dignidad humana y dejará en segundo plano sus pretensiones punitivas; su carácter de imperio deberá ser el instrumento para ello, pero como medio y no como fin.

## 8. Fuentes de información

- Barata, A. (2004). *Criminología crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico penal*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Beccaria, C. (1995). *De los delitos y de las penas*. Ciudad de México: Porrúa.
- Berger, P. y Luckmann, T. (2015). *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Bordoni, C. (2017). *Estado de crisis*. Ciudad de México: Paidós.
- Botero, F. (2018). *El eterno retorno de Nietzsche*. Párrafo 341 de 'La gaya ciencia'. *ARCADIA*.
- Bustos Ramírez, J. (1983a). *El pensamiento criminológico I, un análisis crítico*. Bogotá: Temis.
- Bustos Ramírez, J. (1983b). *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Temis.
- Carbonell, M. (2016). *Derechos fundamentales y democracia*. Ciudad de México: Instituto Nacional Electoral.
- Fariñas Dulce, J. (2005). *Sociología del derecho versus análisis sociológico del derecho*. Obtenido de Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sociologa-del-derecho-versus-analisis-sociologico-del-derecho-0/>
- Ferrajoli, L. (2004). *Epistemología jurídica y garantismo*. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara S.A.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Tomo 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta.
- Gabriel Torres, S. (2012). *La emergencia del miedo*. Buenos Aires: EDIAR.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Hart, L. (2008). *Punishment and responsibility*. New York: Oxford University Press.
- Irazusta, I. y Gatti, G. (2017). *Un mundo de víctimas*. Madrid: ANTHROPOS.
- Lefranc, F. (2009). *Holocausto y dignidad*. Ciudad de México: UBIJUS.
- Melossi, D. (1992). *El estado de control social*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- Pavarini, M. (2003). *Control y dominación. Teorías burguesas contemporáneas y proyecto hegemónico*. Ciudad de México: Siglo XXI.
- PopulationMatters (diciembre de 2019). *PopulationMatters*. Obtenido de <https://populationmatters.org/>
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal*. Madrid: Marcial Pons.
- Taylor, I., Walton, P. y Young, J. (1997). *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Waller, I. (2008). *Menos represión. Más seguridad*. Ciudad de México: INALUD, INACIPE, UBIJUS.
- Zaffaroni, E. R. (1998). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: EDIAR.
- Zaffaroni, E. R. y Dias dos Santos, Í. (2019). *La nueva crítica criminológica. Criminología en tiempos de totalitarismo financiero*. Aguascalientes: KAOS.





Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal



**FGR**  
FISCALÍA GENERAL  
DE LA REPÚBLICA



· INACIPE ·  
INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES