

# EL CASTIGO PENAL Y SU JUSTIFICACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINARIA

## CRIMINAL PUNISHMENT AND ITS JUSTIFICATION FROM AN INTERDISCIPLINARY PERSPECTIVE

Catalina PÉREZ CORREA\*

**RESUMEN:** La imposición del castigo penal implica utilizar el aparato del Estado para producir un daño a alguien. En el caso de las penas privativas de libertad, el castigo penal implica, no sólo privar de la libertad a una persona, sino, además, frecuentemente constituye un acto violento y degradante no sólo para los ofensores sino también para sus familiares. ¿Con qué fines justificamos, como sociedad, la imposición de castigos penales? En este texto se aborda la pregunta sobre si los castigos penales, particularmente las penas de prisión, cumplen con los fines que desde el utilitarismo (o consecuencialismo) y el retribucionismo se les imputa.

**ABSTRACT:** Penal punishment implies using the force of the State to harm someone. In the case of prisons, not only does it mean depriving a person of her freedom, but also implies a violent and degrading act, not just for the offender, but also for her family. How can we, as a society, justify penal punishment? This article raises the question of whether criminal punishment (particularly the use of prisons) can meet the goals that Consequentialist and Retributive theories of criminal punishment offer as justifications for the use of criminal punishment.

**PALABRAS CLAVE:** Castigo penal, Finalidad de la pena, Cárceles, Control del crimen, Justificación del castigo.

**KEYWORDS:** Penal punishment, Purpose of punishment, Prisons, Crime control, Justification of punishment.

---

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SUMARIO: I. *Consecuencialismo: castigo para prevenir delitos*. II. *Algunas críticas al consecuencialismo*. III. *El castigo como retribución*. IV. *El castigo en el plano empírico: penas de libertad*. A) *Disuasión o desincentivo*. B) *Incapacitación y rehabilitación*. C) *La retribución desde el plano empírico*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

**A**NTE LA ACTUAL CRISIS de seguridad, la principal estrategia de las autoridades, para hacer frente a la delincuencia del orden común, ha sido la de aumentar las penas de cárcel para diversos delitos, restringir los derechos de los acusados y aumentar las facultades de policías y fiscales. Esta estrategia, sin embargo, no parece haber brindando los resultados prometidos en términos de disminución de la delincuencia. Mientras que el número de presos en el país se duplicó entre 1996 y 2006,<sup>1</sup> tanto el número de delitos denunciados como el número de delitos cometidos (y la violencia con que se cometieron) aumentaron (ver Sexta Encuesta de Victimización del ICESI) en el mismo periodo. Los datos de ICESI sugieren que ni el endurecimiento de penas ni el encarcelamiento de más personas se ha traducido en menos crímenes o en menor violencia.

De acuerdo con la Secretaria de Seguridad Pública, en julio de 2010 el Estado mexicano albergaba 222,297 presos en sus 429 reclusorios de los cuales 79.5% corresponden al fuero común y 22.5% al fuero federal.<sup>2</sup> En 2005, el Estado mexicano gastó 29 millones de pesos diarios (aproximadamente 12 mil millones de pesos anuales, correspondientes al 33% del presupuesto nacional para seguridad pública) para la manutención de sus presos. Estos costos no incluyen ni los costos de proceso, ni los de traslado, ni los costos de oportunidad e ingresos perdidos por tener a esas personas en prisión.

El castigo<sup>3</sup> en el Derecho penal, que en la práctica se ha reducido a la aplicación de penas de prisión y la institucionalización del sistema carcelario,

---

<sup>1</sup> ZEPEDA, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Open Society Justice Initiative, 2009. De acuerdo con la Tercera Encuesta a Población en Reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México, en el caso del Distrito Federal, el número de reclusos aumentó en 84% de 2002 a 2009.

<sup>2</sup> *Cuaderno mensual de información estadística de población penitenciaria nacional*, México, Secretaria de Seguridad Pública, julio de 2010. Disponible en: <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/365162//archivo>.

<sup>3</sup> En este texto hago uso de la definición de castigo (legal) aportada por David Wood que basado en H. L. A. Hart sugiere que existen 5 condiciones para que un acto pueda ser considerado como castigo penal: 1. Debe implicar dolor o alguna consecuencia considerada indeseable; 2. Debe de ser como respuesta a las ofensas cometidas contra normas jurídicas; 3. Debe aplicarse a un (supuesto) ofensor por la ofensa cometida; 4. Debe ser intencionalmente

implica la utilización del aparato del Estado para producir un daño (aunque no sea el propósito final del castigo),<sup>4</sup> la imposición de un castigo implica un daño para quien lo recibe. Significa además el uso de importantes recursos del Estado para causar dicho daño. En el caso del uso de penas privativas de libertad, la imposición del castigo implica, para el ofensor, no sólo la pérdida de libertad, sino que, además, comúnmente constituye un acto violento y degradante no sólo para el (o ella) sino también para sus familiares. ¿Con qué fines justificamos, como sociedad, la imposición de castigos penales, particularmente las penas de prisión? ¿Bajo qué criterios morales y/o utilitarios podemos justificar su uso?

Para responder a éstas preguntas, debemos abordar un conjunto de preguntas anteriores sobre la justificación del castigo mismo. Preguntas como: ¿Se justifica el castigo como respuesta del Estado frente al delito? ¿Qué fines puede y debe perseguir el Estado al imponer castigos penales? ¿Qué exigencias morales busca satisfacer? Dependiendo de la postura que adoptemos —consecuencialista (utilitarista) o retributiva— las respuestas a estas preguntas pueden ser muy distintas.<sup>5</sup>

En la sección II de este texto se analizan algunas de las justificaciones morales que se ofrecen desde el consecuencialismo (o utilitarismo) para defender la imposición de castigos penales por parte del Estado. En la sección III, se analizan algunas de las respuestas que se ofrecen desde las posturas retribucionistas para dar una justificación moral al castigo penal. En la sección IV y, tomando en cuenta que en la práctica hoy en día castigo penal se equipara con penas privativas de la libertad (cárceles), se analizan cómo se actualizan, en la práctica, las justificaciones que se dan al uso de las cárceles como forma de castigo específico. El propósito final del texto es preguntar si las penas penales, particularmente las penas de prisión, cumplen con los fines que las justifican.

---

impuesto por seres humanos distintos al ofensor y; 5. Debe ser impuesto y administrado por una autoridad legalmente constituida por el sistema legal que se ha ofendido (quebrantado). WOOD, David, *Punishment: consequentialism*, University of Melbourne Law School Research Series, 2010.

<sup>4</sup> En este texto, por “castigo” me refiero a castigo penal; es decir, aquel impuesto por el Estado en el contexto del Derecho penal, en contraposición con el castigo impuesto en el contexto de la familia, la iglesia, el trabajo o, por otras agencias del Estado.

<sup>5</sup> Para un análisis más amplio en este sentido ver DUFF, Antony, *Punishment, communication and community*, EUA, Oxford University Press, 2001.

I. CONSECUENCIALISMO:<sup>6</sup> CASTIGO PARA PREVENIR DELITOS

Desde una perspectiva consecuencialista o utilitarista, el castigo se justifica en función de sus consecuencias. Por tanto, para justificar la imposición de un castigo, es necesario primero entender los objetivos que se buscan al castigar (finalidad del castigo). Segundo, es necesario demostrar que el castigo efectivamente logra dichos objetivos. Tercero, se debe demostrar que no es posible alcanzar los objetivos deseados más que a través del castigo y que las formas específicas de castigo que elegimos son las más efectivas y eficientes para lograr dichos objetivos.<sup>7</sup>

La principal función que se le atribuye al castigo desde el utilitarismo es la prevención del delito. Aun cuando la imposición del castigo conlleva costos (tanto para la sociedad como para el ofensor), estos son aceptados debido al beneficio ulterior —la prevención— que se supone se logrará desde el consecuencialismo. Por tanto, para justificar la imposición de castigos (por ejemplo el uso de cárceles) no sólo se debe demostrar que de hecho el castigo logra su fin sino que se debe, además, demostrar que logra producir más beneficios que costos o perjuicios.<sup>8</sup> Asimismo, debe demostrarse que el castigo, y las formas específicas de castigo que se eligen son las mejores para lograr dicho fin. Si el fin último es la prevención del delito, debe demostrarse que el castigo y no alguna otra alternativa no punitiva es la mejor forma de alcanzar dicho fin.<sup>9</sup>

En la tercera sección de este trabajo presento un análisis en este sentido, usando las cárceles como objeto de estudio. Sin embargo, cabe señalar aquí que la posibilidad de hacer un análisis empírico que realmente logre medir la totalidad de los costos y beneficios de las cárceles es cuestionable. Aunque muchos estudios se han intentado en este sentido, los costos de las cárceles en términos del daño (físico y moral) que producen en el ofensor, a su familia y a las comunidades de las que provienen resultan difíciles, si no

---

<sup>6</sup> En este texto usaré el término consecuencialismo y utilitarismo para referir a la misma postura. Por razones de espacio, en este texto sólo analizo el consecuencialismo puro, sin tomar en cuenta las posturas mixtas que asumen en parte una función retributiva del castigo.

<sup>7</sup> Esto, para Antony Duff, es la forma en que las posturas consecuencialistas justifican el castigo. DUFF, Antony, *op. cit.*, p. 3.

<sup>8</sup> Además de considerar el costo para el infractor, los costos sociales y económicos; debe considerarse que todo sistema de derecho penal suele equivocarse y castigar a inocentes o dejar impunes a culpables. *Cfr.* DUFF, Antony, *op. cit.*

<sup>9</sup> WOOD, David, *op. cit.*

imposibles, de cuantificar. Asimismo, identificar claramente los beneficios que puede brindar las cárceles depende del modelo que se adopte: ya sea consecuencialista (instrumental), retributivo o mixto.

## II. ALGUNAS CRÍTICAS AL CONSECUENCIALISMO

Desde la filosofía moral se hacen varias críticas a la visión consecuencialista. Una primera crítica tiene que ver con los “costos” que se pueden asumir desde una perspectiva moral. Como señala Antony Duff,<sup>10</sup> aun cuando se pueda demostrar que el castigo logra su fin (de manera poco costosa), sigue siendo moralmente problemático sostener el uso de castigos para lograr un fin determinado si sólo se toman las consecuencias (o fines) como parámetro. De ser el caso, resultaría válido imponer sanciones desmedidas, crueles e injustas a algunos con tal de alcanzar el fin último, aquél de prevenir delitos. También estaría justificado asumir el costo de castigar (a algunos) inocentes, por errores del proceso o simplemente para enviar el mensaje de sanción efectiva al resto de la población, si con ello se alcanza el fin de disuasión.

Asimismo, esta postura implica tratar a las personas (aunque en la práctica sean sólo algunas) como medios para obtener el bienestar de otras.<sup>11</sup> Para resolver este dilema —y demostrar que no se está usando a las personas (o a algunas personas) como medios— habría que mostrar que hay algo en el ofensor o en el acto mismo, que justifica cancelar el derecho a no ser sometido a sufrimiento intencional por parte del Estado, independientemente de las consecuencias que tenga. Es decir, habría que sostener que el castigo no es un medio para lograr algo más sino un fin en sí mismo. Algunas respuestas retributivas analizadas en la siguiente sección, que señalan, la necesidad de castigar como fin último, como razón de justicia y no como medio para lograr otro fin, dan una respuesta parcial a este problema. Sin embargo, una lógica puramente consecuencialista, no responde satisfactoriamente a estas críticas.

Otra crítica al consecuencialismo tiene que ver con el tipo de Estado (de Derecho) que se asume (o presume) al pensar en el Derecho penal y en el castigo. En Estados que se ostentan como democráticos, la justificación

---

<sup>10</sup> DUFF, Antony, *op. cit.*

<sup>11</sup> BURGH, Richard W., “Do the guilty deserve Punishment?”, en *The Journal of Philosophy*, vol. 79, núm. 4, abril de 1982, p. 195.

de la imposición de castigos presupone ciertas condiciones (denominadas precondiciones del Derecho penal o de la responsabilidad delictiva). En primer lugar, en relación con la creación de normas jurídicas, en una democracia deliberativa todos los afectados por una norma debieran intervenir en la deliberación y creación de la misma, bajo condiciones de igualdad.<sup>12</sup> En segundo lugar y en lo que se refiere a normas que han sido creadas con anterioridad, se espera que dichas normas brinden iguales beneficios a todos los miembros de la comunidad. La exigencia de adhesión a normas jurídicas en cuya creación sólo participa una minoría, sin consensos de ningún tipo y que benefician (o perjudican) exclusiva o desproporcionadamente a ciertos sectores de la población, resulta cuestionable, como señala Gargarella:

En nuestras sociedades, muy habitualmente, y al menos en relación con extensos sectores de la población, es difícil reconocer cuáles son los beneficios producidos por el accionar estatal, como los que la teoría contractualista supone. Lo que suele ocurrir, más bien, es que los sectores más postergados de la comunidad son colocados en una situación de grave desventaja, por el Estado, quien los abandona a su suerte o directamente los agrede, a través del Derecho penal.<sup>13</sup>

Todo Estado debe proveer las condiciones básicas para que sus habitantes puedan desarrollarse libre y dignamente, en condiciones de igualdad. Mientras que a sectores substanciales de la población les sean negadas oportunidades adecuadas para su sustento, es cuestionable exigirles que se adhieran a un Derecho que poco o nada les da. La pregunta de fondo es si podemos moralmente exigir a los sectores, que el Derecho constantemente excluye y que además, frecuentemente perjudica, que obedezcan las normas jurídicas.

La misma pregunta podemos hacernos acerca del castigo: ¿existe una justificación para imponer un castigo a quienes no obedecen las normas de un sistema del que no participan como ciudadanos pero que los discrimina o “directamente los agrede”? No pretendo aquí pugnar por la abolición del Derecho penal; quisiera, retomando a Gargarella, resaltar la importancia de contener el uso del mismo, sobre todo contra los sectores que hoy más se usa.

---

<sup>12</sup> GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, s.l.i., Siglo del Hombre Editores, 2008, capítulo 1.

<sup>13</sup> GARGARELLA, Roberto, *La coerción penal en contextos de injusta desigualdad*, s.l.i., Librería Ediciones, SELA, 2010, p. 9.

En circunstancias sociales tan extremas como las descritas, que configuran lo que podemos llamar un Estado indecente, tenemos razones para ser mucho más exigentes respecto de los modos en que el Estado ejerce la violencia penal. En lugar de presumir, como lo hacemos hoy, que el ejercicio del poder punitivo se justifica en todos los casos, tenemos que cambiar la presunción y obligar al Estado a que nos justifique por qué es que quiere hacer lo que viene haciendo, dado el contexto social que existe, y del que es directo responsable.<sup>14</sup>

En relación con la justificación del Derecho penal, en general, y del castigo en particular, tenemos una enorme tarea pendiente. Cuando hablamos de cárceles y dados los enormes agravios que éstas implican, la necesidad de una justificación resulta aun más apremiante. Sin embargo y aun si dejamos sin responder las críticas morales que se hacen al consecuencialismo, sigue siendo, desde el enfoque de la prevención del delito, necesario responder a las tres preguntas que se plantean para saber si está justificado el castigo en la forma en que la usamos: ¿Cuál es el fin o finalidad de la sanción?, ¿Cómo se logran dichos objetivos a través de la imposición de penas de libertad? y ¿Pueden alcanzarse dichos objetivos a través de otros castigos y/o de otros medios ajenos al Derecho penal?

### III. EL CASTIGO COMO RETRIBUCIÓN

La posición retribucionista responde a algunas de las críticas sobre la justificación del castigo que se le hacen al consecuencialismo. La retribución significa que el castigo —por ejemplo, la privación de la libertad— es un pago por el daño que el individuo causó a la sociedad; una cuestión de retribución. Como señala David Wood,<sup>15</sup> en la raíz de la perspectiva retributiva está la idea de que los ofensores deben ser castigados. Lo negativo del acto reprochado es justamente lo que justifica la imposición de un castigo al ofensor.<sup>16</sup> Desde esta perspectiva no se castiga buscando un fin ulterior, sino que se castiga porque corresponde hacerlo, como pago por el daño causado por la parte ofensora.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>15</sup> WOOD, David, *Punishment: nonconsequentialism*, University of Melbourne Law School Research Series, 2010, p. 417.

<sup>16</sup> HAMPTON, Jean, "Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goals of Retribution", en *UCLA Law Review*, vol. 39, 1992, p. 1659.

Al analizar la visión retributiva surgen ciertas dificultades. Aunque no es la intención de este texto identificarlas ni dar respuesta a todas, vale la pena señalar algunas como un primer acercamiento al tema. Un primer problema, compartido con la postura consecuencialista, surge al determinar quiénes son culpables y de qué.<sup>17</sup> La postura retributiva no da una respuesta a qué conductas deben ser sancionadas penalmente y con qué intensidad. ¿Debemos sancionar penalmente delitos culposos o sólo aquellos cometidos con dolo? ¿Es la tentativa razón suficiente para merecer castigo o es necesario producir un daño? ¿Cuál es el castigo merecido para una conducta considerada reprochable? Si aceptamos la postura retributiva, debemos primero establecer que una conducta es reprochable, que es a tal grado reprochable que amerita el uso del Estado y establecer la intensidad del reproche social.

El ejemplo de la penalización de la producción, distribución, posesión, venta y consumo de algunas drogas como la marihuana, cocaína, heroína, etcétera sirve para contextualizar el problema que implican estas preguntas; ¿Por qué penalizamos la producción, consumo,<sup>18</sup> distribución, posesión y venta de ciertas drogas? Desde la postura retributiva, tendríamos que afirmar que las actividades relacionadas con estupefacientes son conductas que como sociedad consideramos que merecen no sólo ser reprochadas sino suficientemente reprochables para ser castigadas penalmente (incluso con cárcel). Además tenemos que justificar que dicho reproche equivale a “x” años de cárcel. Más que resolver el tema sobre la penalización de las drogas, el ejemplo busca ilustrar la complejidad del problema. Desde el retribucionismo, no podemos dar una justificación desde una perspectiva exclusivamente empírica. Hay que entenderlo como desde un plano moral.

Si volvemos al consecuencialismo para aterrizar la justificación del castigo, habría que explicitar el daño que se busca prevenir y estudiar los costos que implica la imposición de penas que buscan prevenir dichas conductas. Habría que responder: ¿Se logra la prevención a través de la imposición de castigos, en particular con las penas privativas de la libertad con las que actualmente se sanciona dichas conductas?, ¿qué castigo es o sería el más adecuado para prevenir la conducta? y; ¿existen alternativas no penales para lograr la protección del bien tutelado? Las respuestas al daño que se busca

---

<sup>17</sup> Cfr. DUFF, Antony, *Loc. cit.*

<sup>18</sup> Incluyo el consumo como conducta sancionada porque, bajo las leyes vigentes, sólo cantidades mínimas de estupefacientes, muchas veces menores a las utilizadas por el consumidor promedio, son exentas de sanción.

prevenir son variadas: se busca proteger la salud de los consumidores o potenciales consumidores, a la sociedad, la cohesión social, etcétera. Los costos que se producen van desde las vidas que se pierden al combatir las actividades relacionadas con el ilícito, los recursos del Estado destinados (en términos de dinero y recursos humanos) a prevenir la conducta, el costo de oportunidad de campesinos que tienen que optar otras alternativas menos rentables de producción, etcétera. Sobre las alternativas habría que explorar qué opciones no penales existen para evitar el consumo, venta y producción, de estas sustancias.

Desde la postura retribucionista y para tratar de responder a la pregunta sobre ¿qué conductas deben ser sancionadas penalmente? Jean Hampton distingue entre dos tipos de daño: los que causan daño material (*harm*) y los que causan daño moral (*wrong*). De acuerdo con la autora, un daño material es aquel que causa una interrupción en el bienestar de una persona incluido el daño al cuerpo, estado psicológico, capacidades para funcionar, planes de vida o los recursos sobre los que esta persona tiene derechos.<sup>19</sup> El daño moral, en cambio, tiene que ver con la “realización de valor” de la víctima (*victim's "realization of her value"*), con el valor que ésta se da a sí misma.<sup>20</sup> El daño moral por tanto, es un concepto subjetivo que implica no sólo la valoración de la víctima sobre lo dañado, sino el valor de la ofensora sobre su poder de dañar. La distinción es relevante pues, según Hampton, mientras que el daño material debe ser reparado (por ejemplo, vía el Derecho civil), los daños morales deben ser retribuidos para corregir el daño. El propósito de la retribución es entonces corregir un daño moral (*wrong*). Sobre qué tipo de daños morales necesitan ser retribuidos, Hampton afirma que este supuesto se actualiza cuando alguien intencionalmente deprecia el valor de un sujeto (u objeto). En última instancia, sin embargo, Hampton no proporciona criterios de criminalización; no especifica qué constituye un daño moral suficiente para justificar el uso del aparato punitivo, ni guías para determinar la severidad “merecida” de castigo (reproche).

---

<sup>19</sup> HAMPTON, Jean, *op. cit.*, p. 1663.

<sup>20</sup> Para Hampton, el concepto de daño moral asume, primero, una concepción de valor y, segundo, un cierto entendimiento de cómo las acciones afectan ese valor. “*A person behaves wrongfully in a way that effects a moral injury to another when she treats that person in a way that is precluded by that person's value, and/or by representing him as worth far less than his actual value; or, in other words, when the meaning of her action is such that she diminishes him, and by doing so, represents herself as elevated with respect him, thereby according herself a value that she does not have*”. *Ibidem*, p. 1677.

Sobre el castigo merecido, el principio de proporcionalidad da alguna guía al señalar que no es suficiente restringir el castigo a quienes lo merecen sino que también es indispensable restringir la cantidad (intensidad) del castigo a lo merecido. Algunas teorías de Derecho penal señalan la intención como factor relevante para determinar la severidad de la pena. Sin embargo, la pregunta sobre cuándo una conducta debe ser criminalizada, sigue abierta y permanece fundamentalmente una que se justifica, por lo menos en los extremos, desde la moral.

Desde otras perspectivas retributivas se señala que el propósito del castigo es denunciar lo erróneo de la conducta. Los ofensores merecen sufrir la condena de otros(as) y el castigo constituye el vehículo idóneo para comunicar la desaprobación de la comunidad y el rechazo a ciertas conductas. Imaginando que este sea el caso Duff se pregunta: ¿por qué supone esto castigar?<sup>21</sup> Más aun, ¿por qué supone el reproche un castigo penal como la privación de la libertad?

Existen por lo menos dos posturas que defienden la idea comunicativa de castigo. La primera sostiene que el castigo representa y da voz a los sentimientos morales de la comunidad denunciando aquello que la comunidad desaprueba.<sup>22</sup> En esta primera posición, el castigo es una denuncia, una expresión de reproche de la comunidad hacia el individuo ofensor. En la segunda visión de castigo como acto comunicativo, el castigo no intenta simplemente comunicar censura, sino también persuadir a las partes ofensoras de adecuarse a la norma social/penal. Quienes defienden esta posición aclaran que la mera expresión no es comunicación. La comunicación es un acto entre dos o más sujetos que intercambian ideas y opiniones.<sup>23</sup> El castigo, por tanto, no debe ser simplemente un mensaje de reproche sino un intento de intercambio entre pares. El castigo, en esta visión no puede ser a través de la privación de la libertad u otro medio que implique la vejación del ofensor, sino que debe tomar una forma que permita la comunicación entre iguales. Así Gargarella, por ejemplo, señala que:

---

<sup>21</sup> Cfr. DUFF, Antony, *op. cit.*, p. 25.

<sup>22</sup> La denuncia, puede no ser vista como el fin último sino como una forma de fortalecer los valores sociales. Sin embargo, como nota Wood, la función del Estado, por lo menos en una visión liberal, no puede ser la de fortalecer los vínculos sociales a través el derecho penal. Cfr. WOOD, David, *Punishment: nonconsequentialism*, *op. cit.*, p. 473 y 474.

<sup>23</sup> *Idem.*

Aquí, la respuesta frente al acto reprochable no pretende ni incapacitar ni atemorizar o desalentar al (potencial) ofensor, sino dirigirse al mismo como un agente autónomo, que razona y puede cambiar de punto de vista. Aquí, no se pretende, simplemente, restablecer un balance de cargas y beneficios en contra de la actividad criminal, sino de persuadir a los ofensores sobre sus faltas, con base en criterios de justicia que sepan apelar a la propia razón de tales actores.<sup>24</sup>

El castigo en esta visión, dice Duff, cumple con la función de reproche, pero tiene la intención de hacer algún bien.<sup>25</sup> Esto hace del castigo un acto incluyente antes que excluyente. Pensemos en las cárceles como forma de castigo/reproche. En la primera versión del castigo como acto comunicativo éstas podrían ser vistas como forma de reproche, aunque no se explica porqué encerrar a alguien es la mejor manera de mostrar ese reproche. En la segunda visión, las cárceles, al desaparecer a los ofensores de la sociedad, envían un mensaje de desprecio. Las penas de prisión, en este sentido, no constituyen una forma de comunicación, más bien muestran un desinterés por el otro que cancela toda posibilidad de comunicación.

#### IV. EL CASTIGO EN EL PLANO EMPÍRICO: PENAS DE LIBERTAD

Desde un enfoque consecuencialista, es decir a partir de su función o fin, hay tres funciones principales que se le atribuyen a las cárceles (comprendidas todas en una función última que es la prevención del delito). Éstas son disuasión, incapacitación y rehabilitación.<sup>26</sup>

Históricamente el Derecho mexicano había asumido una postura consecuencialista de la pena, estableciendo como su finalidad la readaptación del sentenciado, fundamentalmente para evitar la reincidencia. El artículo 18 de la Constitución<sup>27</sup> establece que: “el sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios *para lograr la reinserción* del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley”. Sin embargo, las recientes modificaciones a

---

<sup>24</sup> GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, op. cit., p. 47.

<sup>25</sup> Cfr: DUFF, Anthony, *Loc. cit.*

<sup>26</sup> Cfr: COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, Fondo de Cultura Económica, 1998.

<sup>27</sup> Vigente a marzo de 2011.

la Constitución, adoptan una postura parcialmente retributiva, señalando el reproche como finalidad parcial del castigo. El artículo 20 constitucional establece, desde 2008, en la sección A, que “(...) El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, *procurar que el culpable no quede impune* y que los daños causados por el delito se reparen (...)”. Esto genera cierta ambigüedad; en un sistema que asume ambas posturas sin criterios de prioridad.

Tomando como pauta la función de prevención, incapacitación, rehabilitación; en esta sección analizo cómo se actualizan dichos fines a través del uso de cárceles.

### A) *Disuasión o desincentivo*<sup>28</sup>

La teoría de la disuasión señala que el establecimiento de un castigo (sanción) aparejado con una determinada conducta tendrá como efecto el desalentar a los individuos de realizarla.

En su formulación más básica, la teoría de la disuasión sostiene que existe una relación positiva entre la severidad de la sanción y la frecuencia con la que una conducta sancionable es cometida. Para establecer la medida adecuada de sanción —esto es, la intensidad suficiente para disuadir al potencial delincuente— se debe hacer un cálculo para que los costos de sanción (incluidos los costos sociales como la estigmatización, pérdida de trabajo y familia) superen los beneficios esperados del delito. En su forma más elemental, la teoría sostiene que el incremento en la sanción para un delito “x” tendrá como resultado la reducción en la frecuencia con que se comete una conducta. Y adiciones a la teoría, como la que presentan Cooter y Ulen,<sup>29</sup> afirman que, junto con la severidad de la sanción, lo relevante es la probabilidad de ser sancionado; es decir, de que efectivamente se aplique la sanción cuando se comete el delito. Otros estudios, realizados desde la misma perspectiva, sostienen que el desincentivo tiene mayor relación con la percepción de ser aprehendido que con las probabilidades fácticas de obtener una sanción.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Esta subsección está basada parcialmente en el texto de PÉREZ CORREA, Catalina, “Del instrumentalismo al cumplimiento voluntario del derecho”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2011.

<sup>29</sup> COOTER, y ULEN, *Loc., cit.*

<sup>30</sup> Como ejemplo, véase ROSS, Lawrence, “Interrupted time series studies of deterrence of drinking and driving”, en *Law and society. Readings on the social study of Law*, Lawrence

En México, sin embargo, no se sanciona la enorme mayoría los delitos (en 2009, CIDAC reportó que sólo 1.7% de los delitos que se cometen se sancionan), ni existe la percepción de que la norma se aplica. Desde la teoría de la disuasión, esto explica que ni el aumento de penas ni el incremento en el número de presos ha resultado en la disminución del número de delitos.

La teoría del desincentivo ha sido fuertemente criticada desde distintas ramas. Desde la misma Economía del Derecho ha sido criticada por no reconocer los efectos “secundarios” que produce. El aumentar (o disminuir) las sanciones, sin tomar en cuenta el contexto de aplicación, tiene como efecto el incentivar (o desincentivar) otro tipo de conductas, frecuentemente más graves que las que se busca disuadir. Por ejemplo, la teoría económica predice que si se criminalizan, con sanciones equiparables, crímenes de menor y mayor gravedad, se incentiva la comisión de los delitos más graves. Este efecto se conoce como el desincentivo marginal.<sup>31</sup>

Asimismo, la teoría de la disuasión ha sido criticada por no tomar en cuenta cómo la imposición de sanciones afecta (incentivando o desincentivando) la realización de otras conductas aparentemente no relacionadas. Un ejemplo es como la prohibición de la pornografía tendría como efecto aumentar o disminuir el número de violaciones dependiendo de sí, para el potencial delincuente, son actividades complementarias o sustitutas.<sup>32</sup>

Desde otras perspectivas, la teoría es criticada por asumir la presencia de actores racionales que formulan cálculos cuidadosos sobre los costos y be-

---

Friedman, Stewart Macaulay y John Stookey, 1995. En este estudio, Ross investiga la relación entre la adopción de penas para sancionar a quienes conduzcan en estado de ebriedad y la disminución de accidentes de tránsito. El estudio demuestra que el efecto de desincentivo sólo tiene efectos a corto plazo durando sólo algunos meses después de los cuales el número de accidentes regresó al que había antes de que se adoptaran las medidas de prevención (sanciones). En el estudio se demuestra que las campañas (ie. la publicidad y el establecimiento de retenes con alcoholímetros en vialidades) para hacer efectivas las normas tuvieron mayor efecto que el establecimiento de mayores sanciones. El estudio concluye que lo relevante para modificar el comportamiento de las personas es la percepción de sanción, más que la probabilidad de ser sancionado.

<sup>31</sup> Un ejemplo de decincentivo marginal es el aumento de sanciones, por ejemplo a cadena perpetua o pena de muerte, para el secuestro. La teoría predice que si la sanción para secuestro y homicidio son equiparables, se incentiva a los secuestradores a matar a sus víctimas para no arriesgar ser identificados. KAHAN, Dan, KATYAL, Neal y MEARS, Tracey, “Punishment and its purposes: updating the study of punishment”, en *Stanford Law Review*, vol. 56, núm. 1171, abril de 2004, p. 3.

<sup>32</sup> PÉREZ CORREA, Catalina, *Loc., cit.*

neficios de sus acciones. Asimismo, esta visión presupone que las personas conocen, no sólo las sanciones que la ley establece, sino además calculan correctamente la probabilidad de ser sancionados y el beneficio que obtendrán por la actividad ilícita.

Más aun, para quienes defienden la teoría de la disuasión, la efectividad de la sanción se basa en un cálculo que toma en cuenta todos sus costos; costos que, sumados, harán que las personas se desistan de cometer delitos. Como costo principal de las penas de libertad está la privación de la libertad. Como costos secundarios están la pérdida de un trabajo (ingreso legítimo), la pérdida de perspectivas para obtener trabajo futuro, la estigmatización (pérdida de prestigio social), la separación de la familia, etcétera. Sin embargo, desde las ciencias sociales se ha demostrado que, en contextos de alta movilidad social, marcadas desigualdades sociales y pocas oportunidades laborales, los costos secundarios se tornan marginales o desaparecen.

En términos de trabajo, para aquellos en situación de fuerte desventaja económica o social, la perspectiva de perder un trabajo legítimo, o la esperanza de obtener uno en el futuro, significa poco. Sobre todo en contextos de pocas oportunidades laborales, la esperanza de obtener un trabajo legal significa poco.

En términos de la estigmatización que produce la imposición de sanciones en general y el uso de cárceles en particular; ésta pierde sentido en contextos en los que se sanciona desproporcionadamente a un sector específico de la población, como sucede en nuestro país. Actualmente, las cárceles mexicanas concentran una población homogénea; hombres jóvenes que provienen de contextos marginados. Un porcentaje importante de la población penitenciaria proviene de hogares pobres, con marcadas carencias.<sup>33</sup> En la tercera encuesta a población en reclusorios en el Distrito Federal y el Estado de México se encontró que el 21% de los internos entrevistados nunca fue a la escuela o no terminó la escuela primaria y el 21.9% no concluyó la secundaria. El 57% de los encuestados señalaron que no continuaron estudiando por necesidad de trabajar. Según la misma encuesta, “28% de los internos se fueron de su casa alguna vez antes de cumplir los 15 años. De ellos, 41% tenía entre 6 y 12 años”. 61% comenzó a trabajar antes de cumplir los 15 años. 71% de los internos eran varones y 40% tenía entre 18 y 30 años.

---

<sup>33</sup> AZAOLA, Elena y BERGMAN, Marcelo, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional: resultados de la tercera encuesta a población carcelaria en el Distrito Federal y el Estado de México*, México, 2009.

Desde la psicología social se ha señalado que las sociedades normalmente rechazan a los individuos estigmatizados, aquellos que se apartan de la norma, de lo normal.<sup>34</sup> Estos individuos pueden elegir entre corregir el estigma, compensar el efecto del estigmatización destacando en otro aspecto que minimice el estigma, o juntarse con otros que enfrentan el mismo estigma. Ante el riesgo de ser rechazados, quienes no pueden corregir el estigma, normalmente se organizan para evitar contacto con individuos no estigmatizados. La sanción penal, señalan Kahan, Katyal y Meares, tal como es entendida y aplicada hoy (cárcel), impone un estigma a los individuos sancionados. Esto, frecuentemente ocasiona que quienes han sido criminalizados se aparten de los no criminalizados, que se identifiquen y vinculen con otras personas que comparten el mismo estigma y que adopten nuevos valores en función del ese estigma.<sup>35</sup> El castigo, en el caso del encarcelamiento, crea estímulos para mantenerse dentro del grupo y desincentiva alternativas no criminales. Más aun, diversos estudios demuestran que si cierto grupo es predominantemente sancionado, dejará de ver como legítima la norma que castiga, restando adhesión a la normas del sistema.<sup>36</sup>

En términos de la separación de la familia y de las comunidades, el extraer a las personas de sus comunidades, debilita los vínculos sociales que refuerzan la obediencia.<sup>37</sup> Desde la sicología social se ha demostrado que una de las razones por las que las personas cooperan con la comunidad es que se identifican con la misma, vinculando un sentido de identidad con el bienestar de su grupo.<sup>38</sup> Entre más identificada se sienta una persona con su comunidad, más tenderá a asumir los valores de ésta. Las penas de libertad, al desarraigar a las personas de sus comunidades y alejarlos de sus familias, tienen el efecto contrario al buscado: la disuasión.

Sin costos secundarios, los incentivos creados por las penas de cárcel para no delinquir desaparecen, o en el mejor de los casos, disminuyen. Aunado a esto, hay que tomar en cuenta que factores como la pobreza, la desigualdad, la urbanización,<sup>39</sup> etcétera, debilitan el tejido social, afectando la observan-

---

<sup>34</sup> Cfr: KAHAN, Dan *et. al.*, *Loc. cit.*

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> Cfr. PÉREZ CORREA, Catalina, *Loc. cit.*

<sup>37</sup> TYLER, Tom, *Why people obey the law*, 2006.

<sup>38</sup> FAGAN, Jeffrey y TYLER, Tom, "Legitimacy and cooperation: Why do people help the police fight crime in their communities?", en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 6, 2008.

<sup>39</sup> En la encuesta 2004-2005 "Victimización en el Contexto Internacional" del International Crime Victims Survey, se postula que, de su base de datos, la urbanización es el factor

cia de normas;<sup>40</sup> principalmente entre la población juvenil. El diseño de políticas de control del delito que no toman en cuenta estos factores, además de ineficientes resultan en una aplicación injusta. Aun así, la apuesta actual sigue siendo a que el temor de las penas de prisión será suficiente para disuadir a los potenciales ofensores.

### B) *Incapacitación y rehabilitación*

La incapacitación supone que al privar a alguien de su libertad, éste no podrá delinquir. Si una persona está en la cárcel, por lo menos durante ese tiempo quedará incapacitado para realizar actividades delictivas. La incapacidad, sin embargo y salvo el caso de la pena de muerte, es sólo temporal, no permanente. Además, funciona sólo contra algunas potenciales víctimas pero no, por ejemplo, contra otros prisioneros o custodios.<sup>41</sup> En el caso mexicano, los efectos de la incapacitación son aún menores. Los reportes sobre extorsiones telefónicas realizadas desde reclusorios en México muestran que no hay incapacitación. Aun cuando se han hecho esfuerzos para bloquear las llamadas de celulares desde los centros penitenciarios, se sabe que un número de extorsiones telefónicas aun provienen de los centros penitenciarios (ICESI).<sup>42</sup> Asimismo, dentro de los centros penitenciarios se han creado redes de prostitución, narcomenudeo y extorsión a familiares que visitan a los reos.<sup>43</sup> Un recuento de las noticias que reportan los motines en reclusorios muestran que un gran número de las riñas que se produjeron a lo largo de 2009 y 2010, surgieron entre grupos antagónicos que luchaban por el control

---

más relevante para explicar el número de delitos, más aun que la pobreza. Véase *Criminal Victimization in International Perspective. Key findings from the 2004-2005*, ICVS. Disponible en: <http://rechten.uvt.nl/ICVS/>.

<sup>40</sup> Véase, *Crime and Inequality*, John Hagan y Ruth Peterson (ed.), 1995; PERIONI, Lourdes, *Seguridad y desigualdad: ¿desprotegidos y perseguidos?*, SELA, 2010; NINO, Ezequiel, *Crimen, pobreza e inequidad en América Latina: las múltiples caras de una misma moneda*, SELA, 2010; LUDWIG, Jens et. al., "Urban Poverty and Juvenile Crime: Evidence from a Randomized Housing-Mobility Experiment", en *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 116, núm. 2, mayo de 2011, pp. 655-679.

<sup>41</sup> DUFF, Anthony, *op. cit.*, p. 5.

<sup>42</sup> Ver [http://www.icesi.org.mx/icesi\\_hoy/2008/extorsion\\_encuestas\\_y\\_cifra\\_negra.asp](http://www.icesi.org.mx/icesi_hoy/2008/extorsion_encuestas_y_cifra_negra.asp).

<sup>43</sup> Ver por ejemplo la recomendación 4/2010 de la CDHDF sobre el hostigamiento sexual, explotación de la prostitución ajena y trata de internas en el sistema penitenciario del Distrito Federal.

de los penales: por controlar las redes de prostitución y de droga que ahí operan.<sup>44</sup>

La Economía del Derecho previene que la incapacitación sólo es efectiva si la plaza delictiva es eliminada.<sup>45</sup> Mientras haya oportunidades para el delito (poca efectividad de la sanción) y escasez de trabajo, habrá personas que reemplacen a los detenidos en sus actividades. En lo que refiere a la incapacitación, la sola retención de personas es insuficiente.

Asimismo, ligado a la incapacitación y a la rehabilitación, como base del sistema penitenciario está el presupuesto de que durante la reclusión, las personas encarceladas serán sometidas a un proceso transformador que evitará la reincidencia. A diferencia del principio de disuasión cuyo fundamento es persuadir a partir del temor a ser sancionado, el principio de la rehabilitación pretende una conversión moral de los individuos. Sin embargo, salvo en contadas excepciones (como en algunas prisiones de países escandinavos),<sup>46</sup> la rehabilitación no es palpable en ninguna parte del mundo, además de ser cuestionable como finalidad del Derecho penal en términos morales. Como menciona Wood, la encarcelación necesaria para casi todos los programas de rehabilitación es ya deshabilitadora.<sup>47</sup> Si agregamos a esto las situación de hacinamiento, falta de higiene, las condiciones indignas de vida y criminalidad extendida que se viven en nuestros reclusorios, lo que se logra es justamente lo opuesto.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> A lo largo de 2009, se registraron 43 motines en los reclusorios del país. En mayo de ese año, por ejemplo, un motín en el Reclusorio Sur de la Ciudad de México dejó un saldo de 19 heridos. El 15 de agosto otro levantamiento en el reclusorio de Gómez Palacio, Durango, arrojó 19 muertos y 26 heridos. El 3 de octubre un motín en el penal de Ciudad Juárez tuvo como saldo 20 muertos y 5 heridos. Todos los eventos referidos sucedieron por el enfrentamiento entre grupos antagónicos de los penales que buscaban el control del mismo. El reclusorio de Gómez Palacio llamó nuevamente la atención de los medios de opinión cuando el 25 de julio de 2010 la Secretaría de Gobernación acusó a los responsables del penal de permitir la salida de reos para cometer delitos. Específicamente, la SEGOB declaró que reos de esa institución eran responsables de la ejecución de 18 personas ocurrida durante una fiesta en una finca en Torreón, Coahuila.

<sup>45</sup> Cfr: COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Loc. cit.*

<sup>46</sup> Un ejemplo de este tipo es el centro penitenciario de Bastøy, Isla de Bastøy, Noruega, que ha merecido varios reportajes por su condición inusual.

<sup>47</sup> WOOD, David, *Punishment: consequentialism*, *Loc. cit.*

<sup>48</sup> De acuerdo con la Comisión de Derechos Humanos local del Distrito Federal “el reclusorio con mayores índices de hacinamiento es el Femenil Oriente con 196% de sobrepopulación; con 187%, el Femenil Norte, y los varoniles Norte y Oriente, por arriba de los

De acuerdo el Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012, la sobrepoblación representa el más grave problema para la readaptación pues “obstaculiza la adecuada clasificación de los internos (...) la convivencia de la población primodelincuente con internos reincidentes o de mayor peligrosidad dentro de los centros penitenciarios, se ha traducido en una especie de ‘escuela del delito’ que tiene impactos directos en la reincidencia y, a la vez, retrasa las posibilidades de reinserción a la sociedad”. Según el Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012, 59.17% de los internos contaban con sentencia, mientras que 40.83% se encontraban sujetos a proceso. Aunque el artículo 18 señala que los detenidos sin condena (en proceso) deberán estar en un lugar distinto al destinado para la ejecución de sentencias condenatorias, “problemas de cupo en las penitenciarias y las medidas de seguridad en los reclusorios provocan que este principio no se cumpla”.<sup>49</sup> De esta forma, acusados que no han sido condenados, y que en su mayoría son acusados por delitos no violentos y de poca gravedad, son encarcelados con delincuentes violentos.<sup>50</sup> En la práctica, detenidos por delitos graves, simples, reincidentes, sentenciados y procesados son alojados en las mismas celdas sin nada que los distinga salvo el color de su ropa.

En términos de la reincorporación a la vida laboral legal, el encarcelamiento, crea serias barreras para la futura obtención de empleo. Como señalan Fagan y Meares:

Varios estudios muestran que la encarcelación durante la adolescencia y temprana vida adulta tiene efectos negativos en el empleo y efectos positivos en el crimen años más tarde. Tanto estudios longitudinales como etnográficos sitúan

---

167 puntos”. “La sobrepoblación en los centros de reclusión del Distrito Federal constituye uno de los graves puntos a ser atendidos por las autoridades, pues en la actualidad albergan aproximadamente a 23 mil personas en espacios diseñados para una capacidad máxima de 15 mil. Este problema tiene dos aristas especialmente agudas: por un lado, se atenta contra la dignidad de las personas, y, por otro, se afecta lo concerniente a los fines de la búsqueda readaptación social, derivado de la pérdida de gobernabilidad en los centros”. Véase *Diagnóstico interinstitucional del sistema penitenciario en el Distrito Federal*, México, CDHDF.

<sup>49</sup> ZEPEDA, Guillermo, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Open Society Justice Initiative, 2009, p. 24.

<sup>50</sup> *Ibidem*, “De los 114,612 condenados por juzgados penales locales en 2003, el 70% recibió menos de tres años de prisión como sanción”. En el trabajo de Zepeda mencionado, se estableció que incluso asumiendo que en todos los casos las personas en prisión preventiva hubieran llegado a sentencia (como se verá una cantidad significativa es liberada antes) y sido condenadas, “al menos 19 mil personas privadas de su libertad, recibieron sanciones inferiores a los tres años”, p. 30.

a la delincuencia delante del delito en la secuencia de eventos de desarrollo a lo largo de la vida. La asignación de antecedentes penales crea barreras concretas y duraderas. Para reclusos, se reducen las alternativas para evitar el crimen y para adoptar roles sociales positivos.<sup>51</sup>

En su libro sobre reincorporación de prisioneros a la sociedad, Anthony Thompson nota el mismo problema señalando cómo el estigma creado por el sistema penal hace a quienes tienen antecedentes penales menos deseables que otros aspirantes a trabajos. Al estigma, Thompson agrega las carencias de habilidades y educación que resultan de haber estado en reclusión (pero que son necesarias para competir en el mercado laboral una vez afuera) y los trabajos a los que simplemente son negados a causa de su condena.<sup>52</sup> Todo ello hace que las personas que han estado presas estén en situación de fuerte desventaja para reincorporarse al mercado laboral una vez compurgadas sus condenas. En el contexto mexicano en el que, como ya se mencionó, el 21% de los internos entrevistados nunca fue a la escuela o no terminó la escuela primaria y el 21.9% no concluyó la secundaria,<sup>53</sup> la encarcelación temporal se traduce en una exclusión perpetua del mercado laboral legal.

El Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012 señala que “la prisión debe concebirse como un mecanismo para reintegrar a la sociedad a quien ha transgredido las normas de convivencia social. Por ello, actualmente se promueve que se apliquen programas educativos y de capacitación para el trabajo de los internos, y que se realicen actividades de esparcimiento, deportivas e incluso culturales, que permiten el restablecimiento de los vínculos familiares y la readquisición de valores.” Como meta para el 2012, el Programa establece que “50% de la población total de sentenciados participen en al menos un programa de reinserción”. Según Bergman y Azaola:<sup>54</sup> “De las encuestas se deriva que para 2002 sólo 37% de los entrevistados reportó que participan en actividades laborales y un 55% en educativas, ello a pesar de que las normas consideran a estas actividades como requisitos para poder otorgar beneficios de preliberación”. Es de notar que, siendo una condición para obtener el beneficio de preliberación, sólo una parte participe

---

<sup>51</sup> FAGAN, Jeffrey y TYLER, Tom, *op. cit.*, p. 18. Traducción de la autora.

<sup>52</sup> Cfr. THOMPSON, Anthony, *Releasing Prisoners, Redeeming Communities: Reentry, Race, and Politics*, New York University Press, 2008.

<sup>53</sup> Cfr. AZAOLA, Elena y BERGMAN, Marcelo, *Loc., cit.*

<sup>54</sup> AZAOLA, Elena y BERGMAN, Marcelo, “Cárceles en México: cuadros de una crisis”, en *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, Quito, núm. 1, mayo 2007, p. 10.

en dichas actividades. La información apunta a que esto sucede por la falta de capacidad de las instituciones para ofrecer actividades en este tipo a los reclusos. Como señalan en los resultados de la tercer encuesta de reclusorios Azaola y Bergman, “según las autoridades penitenciarias, sólo entre una tercera parte y la mitad del total de los internos tienen, en realidad, la oportunidad de participar en actividades laborales o educativas. El resto no participa, en la mayoría de los casos, porque la institución no tiene la capacidad para ofrecer a todos lo que, paradójicamente, les exige para poder reducir sus tiempos de condena.”<sup>55</sup>

En términos del cumplimiento de sus funciones (prevenir, incapacitar, rehabilitar), el sistema penitenciario falla en cada una de ellas. Los estudios criminológicos recientes, subrayan la necesidad de evaluar los riesgos y necesidades de cada infractor(a) para poder elegir la respuesta más adecuada. No sólo se debe ver delitos distintos, sino también personas distintas y razones distintas para delinquir que exigen respuestas diferentes. Al sancionar (con cárcel) principalmente a personas de un mismo grupo social, estigmatizarlas y separarlas de sus comunidades y familias, el sistema de Derecho penal polariza a importantes sectores de la sociedad, agrava las actitudes de no-obediencia hacia el Derecho y lesiona las posibilidades de integración social. En la medida en que no existe otra opción de obtención de ingresos y que los trabajos a los que se pueden acceder aportan un salario paupérrimo sin ningún tipo de seguridad, las personas dejan de sentirse reflejadas en y protegidas por el sistema de Derecho. La psicología social pronostica que cuando esto sucede, se profundizan los sentimientos de no obligatoriedad frente al Derecho.<sup>56</sup>

### C) *El retribucionismo desde el plano empírico*

Un alto porcentaje de presos están en prisión por error, por falta de recursos o por cometer delitos menores.<sup>57</sup> De acuerdo con datos del *Open Society*

---

<sup>55</sup> AZAOLA, Elena y BERGMAN, Marcelo, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional: resultados de la tercera encuesta a población carcelaria en el Distrito Federal y el Estado de México*, op. cit., p. 56. Paradójicamente, la falta de acceso a estos programas y la resultante no-reducción de tiempos de condena, a la vez, contribuye a la sobrepoblación y ésta, a la incapacidad de las prisiones para ofrecer condiciones mínimas de dignidad y actividades a los presos.

<sup>56</sup> Cfr. PÉREZ CORREA, Catalina, *Loc. cit.*

<sup>57</sup> Para más información sobre esto vea: PÉREZ CORREA, Catalina “*Front Desk Justice*”, en *Mexican Law Review*, UNAM, 2008; ZEPEDA, Guillermo, *Myths of Pretrial Detention in*

*Justice Initiative*, por ejemplo, en nuestro país sólo el 7% de los presos son de alta peligrosidad; cerca del 50% de los presos están detenidos en prisión preventiva sin haber sido condenados por un juez (o sea, se les presume inocentes) y 2/3 de los sentenciados fueron sancionados por cometer delitos menores, como robo sin violencia de pequeña cuantía.<sup>58</sup> Asimismo, datos de CIDAC muestran que sólo el 1.7% de los delitos que se cometen en nuestro país son sancionados.<sup>59</sup> ¿Qué estamos entonces retribuyendo? También aquí el sistema de Derecho penal falla en su función y capacidad para justificarse.

## V. CONCLUSIÓN

En el tema de imposición de castigos, sobre todo en lo relacionado con el uso de cárceles, el Estado mexicano tiene grandes pendientes. Tiene pendiente, primero, la tarea de justificar por qué sanciona en la forma en la que lo hace y por qué lo hace contra quien lo hace. Como se muestra en este texto, el sistema de Derecho penal mexicano castiga principalmente a una población homogénea compuesta por jóvenes provenientes de sectores marginados. Al imponer penas de prisión como lo hace marca y margina aun más a quienes ya previamente había excluido.

En segundo lugar permanece pendiente la determinación del tipo de Estado que queremos. El uso del Derecho penal como hoy se usa, es propio de un Estado excluyente, antidemocrático e injusto que busca la adhesión social de sus normas a través del miedo a la imposición de sanciones no del consenso. Desde esta visión, la función del Estado, en materia de prevención del delito las políticas implementadas se reducen a aumentar la severidad, la posibilidad y, en los mejores casos, la percepción de la probabilidad de sanción para quienes quebranten la ley. Se excluye del análisis tanto la responsabilidad del Estado en la generación de inseguridad (por ejemplo al perpetuar o agudizar la desigualdad social o al quebrantar los vínculos comunitarios), como la participación de la sociedad en materia de prevención del delito y seguridad. Las personas son, en esta visión, meros receptáculos de premios o castigos que no merecen una comunicación en condiciones de igualdad.

---

*Mexico, Open society institute*, 2004; y, AZAOLA Elena y BERGMAN, Marcelo, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional: Resultados de la tercera encuesta a población carcelaria en el Distrito Federal y el Estado de México*.

<sup>58</sup> ZEPEDA, Guillermo, *Myths of Pretrial Detention in Mexico*, Open Society Institute, 2004.

<sup>59</sup> ZEPEDA, Guillermo, *Índice de incidencia delictiva y violencia*, México, CIDAC, 2008.

No obstante la brutalidad que representa, el sistema de Derecho penal falla en todas y cada una de las funciones que le son atribuibles. La paradoja que genera es incontestable: gastamos una enorme cantidad de recursos para sacar a jóvenes pobres de sus comunidades, separarlos de sus familias y marcarlos de tal forma que queden excluidos de forma permanente. Al mismo tiempo, exigimos que se socialicen y adhieran al mismo sistema que los repudió, sin ofrecerles las condiciones mínimas para lograrlo.

En este texto se ha intentado mostrar que la adhesión de normas no se logra con la imposición de sanciones penales, sino con otro tipo de justicia. Como nota Sergio García Ramírez:

Se dice que el sistema penal no funciona cuando no impide los delitos, y que la corrección de esta deficiencia radica en hacer de áquel un sistema “más penal” todavía. La verdad pudiera hallarse en otra forma de la justicia: la justicia social. No parece posible que una sociedad injusta sea al mismo tiempo una sociedad segura. Son calificaciones que se excluyen mutuamente.<sup>60</sup>

Para que el sistema de justicia penal funcione debemos primero entender qué queremos de éste; segundo, analizar si éste puede darnos lo que le exigimos; tercero, entender cuál es la mejor forma de lograr lo que queremos; y cuarto, demostrar que los castigos específicos que elegimos ayudan a lograr el objetivo mejor que otras formas, sean estas sanciones penales o no. Actualmente no sólo no hacemos esto sino que además usamos importantes recursos públicos sin un claro beneficio social.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AZAOLA, Elena y BERGMAN, Marcelo, *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional: resultados de la tercera encuesta a población carcelaria en el Distrito Federal y el Estado de México*, México, CIDE, 2009.

\_\_\_\_\_, “Cárceles en México: cuadros de una crisis”, en *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, Quito, núm. 1, mayo 2007.

BURGH, Richard W., “Do the guilty deserve punishment?”, en *The Journal of Philosophy*, vol. 79, núm. 4, abril de 1982.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

---

<sup>60</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Estudios jurídicos*, México, UNAM, IJ, 2000.

DUFF, Antony, *Punishment, communication and community*, EUA, Oxford University Press, 2001.

FAGAN, Jeffrey y TYLER, Tom, “Legitimacy and cooperation: Why do people help the police fight crime in their communities?”, en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 6, EUA, 2008.

FRIEDMAN, Lawrence, MACAULAY, Stewart y STOOKEY, John, *Law and society. Readings on the social study of Law*, Norton & Company, 1995.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Estudios jurídicos*, México, IJ-UNAM, 2000, pp. 477-500.

GARGARELLA, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre Editores, 2008.

\_\_\_\_\_, *La coerción penal en contextos de injusta desigualdad*, SELA, Librería Ediciones, 2010.

HAMPTON, Jean, “Correcting harms versus righting wrongs: the goals of retribution”, en *UCLA Law Review*, vol. 39, núm. 1659, EUA, 1992.

KAHAN, Dan, *The logic of reciprocity: trust, collective action and law*, John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy Working Papers, Paper 281, 2003.

KAHAN, Dan, KATYAL, Neal y MEARS, Tracey, “Punishment and its purposes: updating the study of punishment”, en *Stanford Law Review*, vol. 56, núm. 1171, abril de 2004.

MEARES, Tracey L., y KAHAN, Dan M., “Law and (Norms of) Order in the Inner City”, Faculty Scholarship Series. Paper 482, 1998.

PÉREZ CORREA, Catalina, *Desconfianza y desobediencia: discurso y práctica del derecho en México*, SELA, Ed. Tal Cual, 2007.

\_\_\_\_\_, “Del instrumentalismo al cumplimiento voluntario del derecho”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2011.

THOMPSON, Anthony, *Releasing prisoners, redeeming communities: reentry, race, and politics*, EUA, New York University Press, 2008.

TYLER, Tom, *Why People Obey the Law*, Princeton University Press, 2006.

WOOD, David, *Punishment: consequentialism*, University of Melbourne Law School Research Series, 2010.

\_\_\_\_\_, *Punishment: nonconsequentialism*, University of Melbourne Law School Research Series, 2010.

ZEPEDA, Guillermo, *Myths of pretrial detention in Mexico*, Open Society Institute, 2004.

\_\_\_\_\_, *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*, Open Society Justice Initiative, 2009.

#### DOCUMENTOS Y LEYES

BEDAU, Hugo Adam y KELLY, Erin, "Punishment", en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward Zalta (ed.), 2010. Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/punishment/>.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto vigente al 29 de julio de 2010.

*Criminal victimization in international perspective. Key findings from the 2004-2005*, ICVS. Disponible en: <http://rechten.uvt.nl/ICVS/>.

*Cuaderno mensual de información estadística de población penitenciaria nacional*, México, Secretaría de Seguridad Pública, julio de 2010. Disponible en: <http://www.ssp.gob.mx/portalWebApp/ShowBinary?nodeId=/BEA%20Repository/365162//archivo>.

*Diagnostico interinstitucional del sistema penitenciario en el Distrito Federal*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Programa Nacional de Seguridad Pública 2008-2012, México. *Sexta encuesta nacional sobre inseguridad*, México, Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI). Disponible en: <http://www.icesi.org.mx/estadisticas/estadisticas.asp>.

ZEPEDA, Guillermo, *Índice de incidencia delictiva y violencia*, México, CIDAC, 2008.