

## **TEORIA, DERECHO y JUSTICIA**

*(Rawls, Kelsen Y Foucault)*

Luis E. Gómez

El problema de la justicia ha sido tratado de manera clásica por la filosofía, la ética, y la sociología. John Rawls, profesor de filosofía política, construye una teoría general de la justicia entendiéndola como una categoría reguladora de las conductas modernas colectivas, que requieren de reglas implícitas o explícitas consistentes para asignar deberes y derechos, mediante un supuesto equilibrio que permite dirimir entre pretensiones que compiten por recursos disponibles, lo cual se produce en un campo de acción social económico, cultural y jurídico.

En este marco societal, la justicia aparece como una práctica que representa y expresa un valor general en la sociedad, compartido en todos los ámbitos de interacción social. No hay Institución, empresa, organización o grupo social que carezca de alguna noción de justicia para su funcionamiento y para regular las prácticas cotidianas de trabajo y de pertinencia a su interior.

Esta dimensión de carácter axiológico le permite a Rawls presuponer la existencia de juicios y valoraciones que se realizan en todos los espacios sociales para calificar las actuaciones individuales y colectivas como justas o injustas, teniendo como efecto arbitrajes generalmente válidos y aceptados, que dirimen los conflictos y las competencias, otorgando prerrogativas y quehaceres a los participantes, al mismo tiempo que se distribuyen responsabilidades, cargas y recursos para el ejercicio de dichas obligaciones. <sup>1</sup>

Por supuesto que este ejercicio teórico y utópico no deja de tener contradicciones y cuestionamientos, pero para Rawls, los mismos entran en el esquema de su resolución a partir de otras intervenciones de justicia que encontrarán alguna salida a dichas desavenencias. Para tal objeto Rawls se propone presentar esta categoría axiológica bajo sus formas más generales que permitan acceder a un nivel superior de abstracción, equiparable con las teorías del contrato social, llegando inclusive a establecer una relación privilegiada entre ambas posturas teóricas. 2

Dicho de otra manera los principios de la justicia para la sociedad son uno de los objetivos principales del contrato social original, lo cual requiere de una aceptación consensuada, independiente de que se esté consiente o no de ella, de la igualdad de todos los integrantes de la sociedad como lo más básico de la estructuración de su asociación. Por ello Rawls propone entender la justicia como *imparcialidad (fairness)*.3

Todo lo anterior, por supuesto, requiere entender que su concepción de justicia necesita en las sociedades modernas contemporáneas de la producción de condiciones adecuadas para posibilitar su ejercicio como algo “natural” equivalente a la presunción de una equidad como objetivo y de una igualdad como base, al menos en su sentido jurídico. Sin embargo esta igualdad formal presupone el reconocimiento de las diferencias económicas, de la validez de la propiedad privada en lo general y particularmente de los medios de producción, además de algo que escasamente se menciona en el trabajo de Rawls, de las asimetrías en la distribución de los recursos del poder, del dinero y de sus usos, para reconocer que alguna influencia de estos

aspectos pudiera eventualmente determinar en alguna medida los resultados del ejercicio de la justicia. 4

Así, la noción de justicia en la teoría de Rawls se reconoce en las sociedades modernas contemporáneas, como un analizador de éstas, al mismo nivel que la noción de poder. Se trata, entonces, de un marco teórico general y abstracto de la operación hipotética de la noción de justicia en el conjunto de lo social, lo económico, lo cultural y lo jurídico.

Es pertinente señalar los paralelismos existentes entre el pensamiento de Rawls y los trabajos del estructural-funcionalismo de Talcott Parsons, quien resuelve las controversias sociales en las pretensiones competitivas de los individuos mediante esquemas de asignaciones, otorgamientos, sanciones y recompensas, a través de una distribución de derechos y deberes, que incluye además, la formación de asignadores como un rol importante para la repartición de recursos en la sociedad contemporánea. Extraña en Rawls que Parsons no sólo esté ausente como una referencia teórica necesaria, sino que además no se encuentre en su bibliografía; quizá porque la publicación de la *teoría de la justicia* se haya realizado en medio de la crisis de la lectura parsoniana de las sociedades desarrolladas y contemporáneas. 5

Es más, a diferencia de Rawls, Parsons resuelve la pregunta sobre el sujeto de la distribución de asignaciones, otorgamientos, sanciones y recompensas mediante el recurso de roles previstos en la sociedad para tal propósito. Según Parsons todas las instituciones tienen sus especialistas en dirimir, desde una perspectiva de *justicia*, tanto las pretensiones competitivas como los conflictos entre participantes implicados

en el marco de la escasez organizada. Por escasez organizada entendemos la diferenciación existente en la distribución desigual de los recursos económicos, políticos, sociales y culturales de las sociedades contemporáneas.

Esta focalización en los roles de asignación, en el ámbito jurídico estaría centrada en la función que desempeña el juez. Es precisamente esta figura la que ocupa la atención de Michel Foucault cuando se trata de asignar penas, sanciones y castigos con respecto a la infracción de la Ley, es decir las formas concretas de las prácticas de la impartición de la justicia



Como objetivo del presente ensayo, circunscribiremos la noción de justicia a su ámbito mayormente formalizado, que se encuentra definido en el derecho y en la justicia jurídica, particularmente aquella ejercida en el campo de lo penal, buscando dar respuesta a las interrogantes de Michel Foucault sobre su afirmación *Punir est la chose la plus difficile qui soit*, (“castigar es la cosa más difícil que exista”) que estaría centrada en la analítica de la justicia y sus prácticas y efectos materiales y subjetivos que se ejercen mediante los dictámenes o resoluciones de los jueces en relación a las actividades de la delincuencia y la criminalidad, de las cuales se ocupa Foucault de manera histórica y contemporánea en sus obras *Vigilar y Castigar*, *la Verdad y las Formas Jurídicas* y en *la Sociedad punitiva* en particular, como se verá más adelante. 6

En contraste, Hans Kelsen postula la posibilidad de construir una *Teoría Pura Del Derecho*, como una analítica operacional, deslindada de los valores morales y de los

preceptos iusnaturalistas, lo cual lo coloca en la esfera del positivismo jurídico. El intento de Kelsen, busca encontrar una operación lógico conceptual de los procesos donde el derecho interviene de manera hipotética con un grado amplio de abstracción que le permita tener un status “puro” a la manera de la crítica de la razón pura de Kant. La dificultad no es menor, toda vez que el derecho no puede ser trascendente en el sentido kantiano, es decir, no puede ser independiente de la experiencia. 7

El derecho tiene al menos una connotación temporal y territorial que lo hace conceptualmente diferente y cambiante y no excluye las influencias de sus distintas formas nacionales, por ejemplo las asociadas a las jurisprudencias francesas, alemanas, o inglesas. O al mismo tiempo abrevando en sus raíces de la antigüedad, particularmente en lo que respecta a su codificación, es decir que responde a diversas tradiciones.

Se entiende, por tanto, que Kelsen, elaboró esta teoría pura justo antes de la Segunda Guerra Mundial y vio en ella una amenaza al derecho positivo, no sólo por la subordinación de la técnica, la ciencia y la justicia a que obligan los estados totalitarios, sino inclusive contra la posibilidad de su formalización teórica, reduciéndola a formas casuísticas, bajo los intereses del estado de excepción.

Kelsen, consideraba la libertad como esencial a las prácticas teóricas del derecho, y afirmaba que, independientemente de las ideologías y de los prejuicios sociales, el derecho (incluido el soviético de entonces) postulaba la necesidad de su formalización lógica operatoria.

Kelsen reconoce para su elaboración teórica al derecho como un dispositivo de leyes y de normas jerarquizadas, donde existe la predominancia de un origen legitimador desde la función legislativa, hipotéticamente siempre supervisada por tribunales y principios constitucionales. A diferencia de Rawls, Kelsen encuentra que la supremacía sobre los límites nacionales del derecho están presentes y se expresan en las formulaciones del derecho internacional. 8

Por su parte, Michel Foucault siempre refractario a la tentación de la producción de una teoría general de la sociedad y en particular del derecho e inclusive de la justicia (lo que no excluye sus amplias formulaciones teóricas), se desplaza del derecho a la justicia como análisis de las prácticas ya enunciadas bajo la fórmula de la *dificultad de juzgar*. Es decir de las prácticas en el ámbito de lo jurídico y particularmente de lo judicial penal.

Si bien la obra de Kelsen se constituye como una analítica teórico conceptual pura del derecho, para Foucault lo que focaliza su interés son las prácticas de las formas jurídicas, es decir, se trata del problema de la justicia que lleva en la personalidad de los jueces a resolver las maneras de determinar el castigo como uno de los núcleos centrales de la producción del orden social, siempre desafiado por el desorden mismo.



Para Foucault como es bien sabido, no hay orígenes primordiales, si acaso los procesos sociales surgen como *nacimientos* producto de una multitud de factores que expresan continuidades y discontinuidades, emergencias insospechadas, o retornos sin

justificación aparente de prácticas ya anteriormente desechadas. *Nacimiento* en Foucault expresa sobre todo condiciones de posibilidad de una producción dada.

En esta lógica, a su juicio, se encuentra el haberse dado como una reforma privilegiada en la sociedad, la práctica de la detención, separación y aislamiento del delincuente, del infractor o del criminal. Tenemos aquí las razones del *nacimiento* de la prisión como forma generalizada del castigo moderno y contemporáneo, reforma a la vez cara e ineficaz, pero necesaria. 9

Paradójicamente para Foucault, la justicia no es arbitraria, forma parte de la racionalidad operacional del derecho positivo, de los mecanismos intrínsecos al poder disciplinario. Y no es que Foucault lo justifique *per se*, simplemente en su crítica y diagnóstico no expresa una propuesta alternativa del ejercicio de la justicia, porque mira a ésta como consustancial a un tiempo que no ha sido históricamente superado. Lo anterior tampoco quiere decir que no perciba e inclusive denuncie las condiciones ilegítimas e ilegales de su ejercicio, es decir aquellos aspectos de su práctica que Foucault denomina como "*illegalismos*". Antes de abordar esta parte crítica de su noción de justicia vayamos al diagnóstico que se vincula con la racionalidad práctica de su ejercicio contemporáneo. 10

Foucault advierte, que así como la *venganza* no es un concepto, puesto que es una acción simbólica o directamente corpórea, que se ejerce sobre una acción precedente, desde la materialidad de la presencia física, la justicia, que tampoco es sólo un concepto, se desplaza al campo de una acción indirectamente material y corpórea que se realiza en el ámbito de la representación, es decir, que está mediada por la

soberanía. Una acción delincencial o criminal no era sólo ejercida contra sus víctimas, sino de manera general, contra la sociedad organizada, pero entrado en el S. XIX la prisión como penalidad se ocupa menos de defender *la sociedad* que de ejercer estrategias de control (psicológico y moral de los comportamientos individuales. Según Foucault aparece en escena la potencialidad *de peligrosidad*, lo que genera con la emergencia de policías especializadas la fase de la prevención en virtud de que virtualmente, todo individuo se concibe como potencialmente infractor de la Ley 11

A diferencia de la venganza, la justicia se expresa en el campo de la representación. Es una representación donde ni el juez, ni el fiscal, ni el acusado, ni el defensor, ni el demandante, se representan a sí mismos. El juez representa la soberanía del Estado, el fiscal representa la defensa de la sociedad, el acusado y el demandante se hacen representar por abogados y, entre todos, crean una escenificación. Si bien antes del Siglo XVIII existió una teatralización del castigo mediante, por ejemplo, la exhibición corpórea de los castigados, con la finalidad de hacer escarnio público de su persona, siempre en la lógica de la presentación. Es a partir del Siglo XIX que la teatralización se empezó a dar en el campo de la representación, como una actuación diferenciada de personajes y roles representantes del Estado, la sociedad, el acusado y las víctimas. 12

Esta escenificación requiere no sólo de un escenario-templo, sino también de una dramaturgia, y en cierto sentido de una liturgia. Lo anterior quiere decir que se trata de un ritual que tiene un orden, una *indexicalidad* discursiva, y un sistema de prelación que debe ser seguido como un guion por todos los participantes. Para demostrarlo, en su analítica de las prácticas de la justicia moderna y contemporánea, Michel Foucault



elabora un esquema complejo de su procuración, sosteniendo que la justicia se apoya en tres pilares como influencias históricas: la religión, la burocracia y la mercantilización.

- **La religión.**

A pesar del largo camino de deslinde entre religión, moral y justicia que condujo a su laicidad y a su positividad, la justicia para operar requiere de una representación de orden casi religioso, lo que prescribe la existencia de una jerarquía de sus actores y donde la última palabra corresponderá en la resolución final a un juez (igual si existe un jurado ciudadano o popular, seleccionado con criterios integracionistas, multiétnicos o de diversidad cultural y económica y quizá pronto hasta de género), es decir un juez que representa la máxima autoridad que expresa a través de su voz una imputación que es decisoria.

En algunos países la representación elabora escenarios mayormente simbólicos con estrados para declaraciones juradas de testigos e inculpados, barandillas y asientos para espectadores y donde los jueces y oficiales lucen vestimentas que se corresponden con sus investiduras; togas, birretes, y estolas e inclusive pelucas empolvadas que acompañan su función.

A pesar de su carácter laico y de su positividad es preciso confirmar que algunos términos jurídicos que se usan para la impartición de justicia, no pueden esconder su herencia y procederes religiosos: *culpa*, *confesión*, *arrepentimiento*, o inclusive de carácter institucional, como el de las *penitenciarías* (ahora llamadas eufemísticamente Centros de Readaptación Social, que siguen

correspondiendo a una idea de *redención*), es decir, donde precisamente se paga la *penitencia* impuesta como castigo.

- **La burocracia.**

Desde luego la justicia moderna no fue inmune a *la jaula de hierro de la burocracia*, en cierto sentido justicia y burocracia se imbrican en sus respectivos *nacimientos*, es decir emergen del orden social producido por el Estado-Nación y de la soberanía del mismo. La expropiación de los bienes de administración corresponden también con la expropiación de la administración de la justicia, anteriormente en manos de la Iglesia, lo cual da lugar al proceso de naturalización (los derechos naturales del hombre) y más tarde de su laicización y de su positividad.

La justicia está llena de dispositivos burocráticos, de registro, de apertura, constitución y de seguimiento de expedientes, de archivos y de procedimientos prelativos, donde el orden de los mismos no puede ser alterado arbitrariamente so pena de anulación. El llamado debido proceso, no se trata sólo de respetar los derechos de los inculpados, sino además de mantener los procedimientos por sí mismos, puesto que estos son recíprocos en sus formas y en sus efectos. El uso de los llamados recursos jurídicos es extenso y la llamada verdad jurídica se va construyendo a ritmo de sus usos, de tal forma que esta verdad se puede ir alejando del conjunto de los hechos, hasta convertirse en algo relacionado pero distinto.

El *habeas corpus*, el derecho de amparo conceptualizado como el recurso de los recursos, concebido para revisar, ampliar, oponerse, salvaguardar o impugnar

documentos, situaciones, equívocos o decisiones supuestamente abusivas o que contravienen diversos ordenamientos. Son recursos jurídicos que también tienen sus límites y prelación y que pueden ser infructuosos o exitosos en sus pretensiones.

- **El capital mercantil.**

Un elemento más que se introduce en las resoluciones o penas impuestas en justicia es lo que Foucault señala como su influencia mercantil. Los resoluciones judiciales pueden ser determinados mediante el intercambio por penalidades llamadas pecuniarias, multas o sanciones económicas o determinaciones de reparación de daños; también en términos económicos o simbólicos a cargo de quien resulte responsable de los hechos imputados, inclusive de parte del propio Estado.

Por supuesto existen combinatorias en donde se mezclan penas carcelarias con sanciones pecuniarias, se incluyen aquí las famosas fianzas para permitir la libertad condicionada, y al mismo tiempo seguir vinculado a un proceso judicial. En Francia, por ejemplo, un daño moral comprobado se repara con la entrega simbólica pero ineludible y pública de un euro. Todo lo anterior no excluye la posibilidad de que el dinero permita, al menos, conseguirse y pagar a los mejores bufetes de abogados.



En este orden de reflexión, Foucault focaliza la práctica de la justicia a partir de la *dificultad de juzgar*, tomando en cuenta que, el sentido nocional de los actos de juicio

que se producen en el marco de la representación, donde *justicia* y *justeza*, aparecen como nociones coligadas a la percepción de un dispositivo institucional que la imparte desde la lógica expresa de la búsqueda de una exactitud pretendida para su aplicación posible.

Aquí entra en juego la actividad subjetiva del cálculo racional que juzga el grado de participación de la conciencia del sujeto de juicio, en el acto de la transgresión de la norma jurídica. Esto es, de la transgresión de la letra de la ley o de su espíritu. Por supuesto este cálculo racional puede tener como límites los grados de implicación interpretativa de la propia norma que tiene el *juzgador*. El juez tiene la obligación de ajustarse para su proceder a una interpretación lo más aproximada posible a la letra de la propia Ley. 13

Es claro que los jueces se dividen entre conservadores, severos, liberales y progresistas, pero su margen de acción está siempre limitada por lo que el legislador quiso decir. Recordemos aquí que las interpretaciones de la Ley pueden estar orientadas por la jurisprudencia generada por casos similares, o bien por la intervención de tribunales constitucionales que en nuestro caso se expresa en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la cual corresponde la última palabra.

Desde la sociología o la historia, el juzgar aparece, particularmente en sociedades tocadas por la corrupción y por la violencia, como algo que pudiera ser todo, menos exacto, sin embargo la comprensión foucaultiana está centrada en la actividad subjetiva, como operación racional configurada en la acción del juez con relación a la

norma y el derecho y en los efectos materiales y subjetivos que se producen con las sentencias sobre los inculpados.

La operación de la justicia, no tiene sólo por objeto producir castigos y sanciones, puede eventual y casuísticamente, confirmar o denegar derechos, resarcir daños, dar o no razón a controversias, por lo cual las diversas actividades de los juzgadores aproximarían las reflexiones de Rawls y Kelsen con las de Foucault, donde la justicia para ejercerse debería de realizarse sin introducir ideologías o adherir a posiciones políticas por adelantado, es decir, sin introducir prejuicios. Por lo tanto es necesario distinguir en la analítica de la justicia al conjunto de sus resoluciones, no sólo entendidas como castigos o sanciones.

Sin embargo, el interés central de Foucault está en comprender, precisamente en el ámbito de lo penal, la racionalidad de la elaboración de sentencias inculpatorias. La diferencia de Foucault con Rawls estaría centrada en comprender la imposibilidad fáctica de pensar la justicia penal como un ejercicio neutral o imparcial, sin que al mismo tiempo se pueda negar que en la *dificultad de juzgar* exista una aproximación en las sentencias a, por lo menos, el espíritu de la ley. 14

Pero además Foucault, con su lógica de la sospecha, comprende que para la operación práctica de la justicia, ésta no puede operar sin recurrir a ciertos *ilegalismos*, que generalmente se realizan fuera del escenario de la representación, desplazándose al de la presentación corpórea: la duración arbitraria de la detención preventiva, la presión o incluso la tortura psicológica para obtener confesiones e información, el recurso del uso de delincuentes protegidos o tolerados para que funcionen como informantes o

francamente como delatores, además de filtraciones de diversos tipos, espionaje, escuchas telefónicas, y otros procederes de carácter ilegal. 15

Este proceder de los *illegalismos* muestra la otra cara de la moneda de la justicia penal donde, sin su práctica le sería imposible cumplir con sus fines sin recurrir a ellos. Para Foucault es central establecer claramente los vínculos entre justicia, delincuencia, criminalidad y castigo carceral. La figura de la cárcel punitiva resulta un elemento intrínseco a la conducción de los hombres, a su individualización y particularmente a su función pedagógica en la sociedad, como un mecanismo necesario de normalización en la sociedad disciplinaria.

La individualización emerge en las sociedades modernas desde la creación de los recursos antropométricos que llevaron a la creación, de las fichas policíacas *signaléticas*, de la *dactiloscopía* y de la constitución de los archivos criminales para *defender la sociedad* de los reincidentes delincuenciales y criminales. Estos *archivos* se extendieron a todos los individuos que componen una sociedad bajo diferentes formas: cédula de identidad, credencial electoral, licencias de manejo, credenciales escolares, hojas de filiación para el trabajo, el servicio militar e inclusive las tarjetas de derecho habientes de los sistemas de salud. Todos estos documentos contienen informaciones privilegiadas de los individuos, más allá de las actas de nacimiento, matrimonio y defunción, proporcionadas por el Registro Civil. 16

Foucault reduce en importancia la institución carcelaria e incluso la producción de penalidades por sí mismas, mirando bajo la lógica de la sospecha, cómo esta institucionalización, desde su *nacimiento* está coaligada con ideas más generales de

cambio y transformación del individuo y de los individuos en la constitución de las sociedades pre-capitalistas y capitalistas. El *nacimiento de la prisión*, para utilizar su propia expresión, según Foucault no es un resultado lógico de los aparatos judiciales, ni siquiera de los códigos penales, o de la producción de leyes por las legislaturas.

Al final del S. XVIII y principios del XIX, Foucault sostiene que existían al menos ciertas prácticas de castigo que no estaban centradas en la detención, procesamiento y encarcelamiento:

- El ostracismo bajo las formas de destierro, exilio o incluso deportación forzada, mismo que podía tomar las forma simultáneas de confiscación de recursos financieros, inmobiliarios o de pertenencias, todo ello con la prohibición de regresar. Una forma menos drástica era la proscripción de acceso a los pueblos y a las ciudades.
- La reparación pecuniaria o en especie del daño ocasionado. Una forma económico mercantil de zanjar perjuicios, deudas y diferendos.
- Yerrar o marcar a las personas en sus miembros e incluso en la cara, cuello u hombros para prevenir al público de su presencia. Igual la amputación de dedos, manos o miembros.
- Se trataba de intervenir los cuerpos con señales manifiestas de poder y autoridad.
- Y finalmente encerrar o secuestrar preventivamente en términos de corto, mediano y largo plazo. 17

Foucault pudo afirmar categóricamente que privar de la libertad mediante el arresto (término originalmente militar), el secuestro (incluso sin aviso a parejas o parientes) y el encarcelación de criminales y delincuentes, no formaba parte de las principales tradiciones penales de occidente (en primer lugar de Europa) sino a partir de las reformas realizadas entre siglos XVIII y XX cuando se vislumbra a la prisión como sistema posible y casi único de castigo penal.

Pero al mismo tiempo, desde su *nacimiento*, la penitenciaria suscita fuertes críticas que reclaman su falta de humanidad. Hay que pensar que en ese tiempo estos procedimientos penales serían ejecutados de manera muy arbitraria, y que los criterios de separación por tipos de delincuentes y criminales también eran muy precarias y aleatorias en su clasificación. Pero la crítica más fuerte es la de que desde la infancia de la prisión vio en ella un *catch twenty two*. Un círculo vicioso de entradas y salidas de la prisión de delincuentes y criminales que regresan a la calle en condiciones agravadas. 18

Todavía dice Foucault, en sus inicios había, debido principalmente a privilegios, dos tipos de encierros que podríamos denominar precautorios: cuando se impone –fuera del mundo judicial- un encierro llamado de garantía, debido a una deuda que, una vez pagada, se suspende, o bien cuando el Rey o un poderoso príncipe, tiene un enemigo que hay que *asegurar*, por un tiempo determinado, más para impedirle operar, que para ser castigado. En estos casos el retenido podría ser tratado conforme a sus privilegios aristocráticos .



Y también se muestra el llamado encierro de sustitución, que se imponía por razones morales, religiosas o de conductas inapropiadas, una suerte de expiación pública que tenía algunos privilegios al margen de justicia penal que no se sentía interpelada. Tales como el retiro a un monasterio o a un convento.

Por otro lado, las llamadas cartas de sello (*lettres de cachet*), como una *recomendación o amonestación real* que facilita a un protegido evadir la justicia penal.

Una vez superadas estas *excepciones* cuando se universaliza la prisión ésta tendrá como efecto tres consecuencias: a) el apartamiento temporal del delincuente y del criminal. b) la pretendida defensa de la *sociedad*, al adquirir el delincuente – criminal el estatus incontrovertible del *enemigo interno*. c) la producción del *círculo vicioso* que incide en no sólo el retorno del delincuente / criminal a la actividad delictiva incrementada por los conocimientos adquiridos en la prisión, sino además en el aumento del costo económico, que en algunos países ha llevado a la privatización de los sistemas carcelarios.



No obstante lo anterior las alternativas a la prisión no dejan de ser ilusorias y en los hechos algunas funcionan en las fases preliminares de los procesos penales, por ejemplo la *infamia*, vehiculada a través de la opinión pública que generalmente puede ser exagerada o injusta. Podemos afirmar que es un juicio social extrajudicial que muchas veces se presenta como *escándalo*.

Otro procedimiento adicional es introducir subrepticamente *la ley del talión* (una venganza equivalente dentro de la justicia) pero también decir que su desprestigio no le permite ser incluida de manera general por su crueldad. En el extremo de ella se presenta la pena de muerte para el asesino, misma que convierte al Estado en otro criminal. Y finalmente la reducción a la esclavitud (trabajos forzados) para la construcción de vías férreas o la dureza de la práctica de la extracción minera. 19

El uso generalizado y sistemático de la prisión es resultado de la emergencia de dispositivos actuantes del poder disciplinario. Dicho de otra manera, no es el infringir la ley o sus codificaciones la razón para ser sancionado, tiene más bien como objetivo buscar regular las conductas de las poblaciones por la norma. Se trata de conducir a los hombres, es decir tiene una función biopolítica y normalizadora.

Por tanto, se trata de tipificar a las figuras de la delincuencia y de la criminalidad como una anomalía, donde la prisión (la universidad de la delincuencia, según Foucault) es el mecanismo *imperfecto* pero necesario del castigo moderno y contemporáneo, ya que al mismo tiempo que las reproducen, las utilizan mediante el castigo como una función pedagógica para la sociedad.

En la *prisión* existe una formación delincencial, un lenguaje delincuente, contactos con la criminalidad, compromisos y amistades que se vinculan para continuar con su ejercicio una vez que se cumple con las penalidades y particularmente la realización de encargos en esa situación. He aquí claramente expresada la reproducción de las condiciones materiales y subjetivas de su producción al interior de la institución carcelaria para el ejercicio de su continuidad en el exterior. 20

Si consideramos que el Estado-nación se constituye mediante la forma de los monopolios legítimos de la violencia, de la fiscalidad y del ejercicio de la justicia, en países donde estos monopolios están vulnerados, y donde la actuación de las fuerzas armadas de control de la sociedad están infiltradas y penetradas por la propia delincuencia y criminalidad, entonces prevalecen como en nuestro país, las ejecuciones extrajudiciales, el tráfico de influencias y la colusión de autoridades y de jueces, estableciendo un clima de incertidumbre que aleja la posibilidad de un ejercicio racional y aproximado de la justicia a la ley, con todas las sospechas que se puedan tener de ella.

Es claro ver hoy en nuestros dispositivos de comunicación (de papel y electrónicos) donde no se habla de otra cosa que de asesinatos, asaltos, tráfico de sustancias prohibidas, violaciones, feminicidios, venganzas y arreglos de cuentas entre bandas criminales, vínculos entre actividades de los cárteles y de los políticos, etc.

Estamos ya inmersos en la subjetivación de la criminalidad como potencialidad de peligrosidad continua, pero también como un mecanismo normalizador de la violencia cotidiana, esto es, buscamos protegernos de ella pero, al mismo tiempo, nos acostumbramos a su presencia.

En la actualidad, la gubernamentalidad se expresa, al nivel de los individuos, como producir efectos de normalización en sus hábitos, en la disciplina y en la pedagogía ejemplar, de la posibilidad real de la prisión frente a la transgresión. Los nuevos discursos judiciales buscan presentar, fundamentar y mostrar analíticamente la

judicialización y la normatividad, para hacer comprensible su intención y su persuasión ejemplar.

Se trata del discurso y la práctica vigilante, panóptica, a la vez que disciplinaria, en donde todos tengan la sensación de estar observados, bajo la máxima de reducir *al enemigo interno*, con el objetivo de *defender la sociedad* y de establecer *las prácticas preventivas*, del control y de la individualización, en la lógica de la potencialidad delincuente y criminal; esto es marcar los indicios y los índices de peligrosidad. 21

## REFERENCIAS

1. John Rawls, *A THEORY OF JUSTICE*. The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, 1999. Ver particularmente en el Cap. I *Justice as Fairness* los incisos 1, 2 y 3.p.p., 3-15.
2. John Rawls Op. Cit. Ver Cap. I inciso 3. *The Main idea of the Theory of Justice*. p.p. 10-15.
3. John Rawls Op. Cit.
4. John Rawls Op. Cit.
5. Talcott Parsons. *El Sistema Social*, Madrid Alianza 1999.
6. Michel Foucault,. *Punir est la chose la plus difficile qui soit*, en *Dits et écrits*. IV, 1980-1988, nrf. Éditions Gallimard p.p. 208-210  
  
Michel Foucault. *Vigilar y Castigar*. S. XXI editores. México, 1976  
  
Michel Foucault,. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa Editorial, Bcelona1991  
  
Michel Foucault,. *La sociedad punitiva*. FCE, Buenos Aires, 2016.
7. Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, México 1982. Ver particularmente en el Cap. I *Derecho y Naturaleza*, el inciso 1, 2, 3 y 4 p.p. 15-30.
8. Hans Kelsen Op. Cit.

9. Michel Foucault. *Punir est la chose la plus difficile qui soit*, en *Dits et écrits*. Op. Cit.
10. Bernard E. Harcourt. *Situación del curso*, en Michel Foucault, *La Sociedad Punitiva*, Op Cit. Ver particularmente inciso b. *Una economía política de los ilegalismos*, p.p. 326-329.
11. Michel Foucault. *La verdad y las formas jurídicas*. Op. Cit. Ver particularmente la IV Conferencia. p.p. 91-114.
12. Cintia Weckesser. *La representación de la justicia. Un enfoque peirceano*. En Revista Signa No. 20, UNED, Buenos Aires, 2011, p.p. 553-570.
13. *L'angoisse de juger* en *Dits et écrits*, III, par Michel Foucault. 1976-1979 (entrevista con R . Badinter et. J. Laplanche). p.p. 282-297. Éditions Gallimard, Paris, 1994.
14. Ibidem, Op. Cit.
15. Michel Foucault. *Resumen del curso en la Sociedad Punitiva*, Op. Cit.
16. Luis E. Gómez. *De la antropometría a la biopolítica*, en *Sociología y biopolítica* de Marco A. Jiménez y Ana Ma. Valle Vázquez. Ed. FES Acatlán y Juan Pablos Editor, México, 2019. p.p. 139-169.
17. Michel Foucault. *Resumen del curso en la Sociedad Punitiva*, Op. Cit.
18. Op. Cit.
19. Op. Cit.
20. Michel Foucault. *Vigilar y Castigar*. Op. Cit. Ver en particular el apartado Prisión, inciso I, unas instituciones completas y austeras.
21. Michel Foucault. *La Sociedad Punitiva*. Op. Cit.

