



UNIVERSIDAD FRANCO MEXICANA, S.C. 3  
2e

ESCUELA DE DERECHO

INCORPORADA A LA U.N.A.M. CLAVE 8810-39

‘ ESTUDIO SOCIO JURIDICO DE LOS FINES  
DE LA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERTAD”

## *Tesis Profesional*

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

**LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

*Silvia Hernández Menchaca*

Naucalpan, Edo. de México

Febrero de 1994.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MI ABUELA, por todos  
aquellos años de amor y  
cariño que me ofreció -  
como madre.

A MIS PADRES, con cariño  
por el apoyo y ayuda que  
me brindaron durante to-  
da la carrera, hasta la  
culminación de la presen  
te tesis.

A DANIEL Y CARMELA,  
con cariño.

A ARTURO CALVA ORDONEZ,  
por todos los momentos de  
amor y cariño que me ofrece  
ce día a día.

A LA SEÑORA MARIA EUGENIA ORDONEZ,  
con cariño.  
A LOURDES, MARTHA, JORGE, SAMI,  
BABY, TRIANA Y EL GORDO, con cariño  
y por todos esos momentos agradables.

AL LIC. ARTURO FAJARDO DEL RIO,  
con respeto y cariño.

A LA MAGISTRADA ADRIANA ALICIA  
BARRERA OCAMPO, con cariño por  
toda la ayuda que me ofreció -  
durante la realización de mi -  
tesis, así como en mi desempe-  
ño en la carrera Judicial, por  
ser una persona importante en-  
mi vida.

A LA JUEZ SEPTIMO DE DISTRITO  
LIC. MARIA TERESA GARCIA ROBLES,  
por toda la ayuda que me brindo  
durante mi desempeño en el Juz-  
gado.

AL DESPACHO BLANCAS Y SOLANO,  
así como a sus colaboradores,  
con afecto.

A MIS AMIGOS,  
como muestra de mi  
afecto y estimación.

A LOS LICs. ARMANDO LOPEZ SALINAS Y  
DAVID SOLIS PEREZ, por  
su apoyo y amistad.

DOY LAS GRACIAS AL LIC.  
GUSTAVO OLVERA ZUNIGA,  
por el apoyo que me --  
ofreció para la reali-  
zación de mi tesis.

A TODAS LAS PERSONAS QUE  
INTERVINIERON EN MI TRA-  
BAJO,

"ESTUDIO SOCIO JURIDICO DE LOS FINES DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD"

INDICE:

PREFACIO:

INTRODUCCION:

CAPITULO I

CONCEPTO Y EVOLUCION DE LA PENA

- A).- CONCEPTO DE LA PENA
- B).- EVOLUCION DE LA PENA

CAPITULO II

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, SU CONFIGURACION COMO INSTITUCION JURIDICA DEL DERECHO PENAL

- A).- LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DEVENIR HISTORICO
- B).- INSTITUCIONALIZACION JURIDICA DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD
- C).- SURGIMIENTO DE LA PRISION.
- D).- LA PRISION EN MEXICO

CAPITULO III

LA PREVENCION DEL DELITO COMO ARGUMENTACION TELEOLOGICA DE LA PENA

- A).- LOS FINES DE LA PENA
- B).- LOS FINES DE LA PREVENCION ESPECIAL Y LA EJECUCION PENAL
  - 1.- Resocialización: "Futura realización de una vida sin delito"
  - 2.- La neutralización del delincuente

C).- LOS FINES DE PREVENCIÓN GENERAL; EL PREVALECIMI  
MIENTO DEL ORDEN JURIDICO Y LA INTIMIDACION  
DE LA PENA

1.- El prevailecimiento del orden jurídico

2.- La intimidación como fundamento hipotético de prevención general negativa

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## PREFACIO.

En el ámbito de las Ciencias Sociales la teoría significa una fuente indispensable del conocimiento. En el ámbito del saber penal la teoría es proyección de jurisprudencia y punto de referencia de la norma.

El desarrollo del trabajo de tesis que se pone a consideración es con la intención de conseguir varias finalidades. Independientemente del estricto objetivo de ser una tesis, se pretende que sea dirigida a los estudiosos del saber penal y criminológico para poder rescatar esta área jurídica que a menudo es desatendida, también se quiere dirigir a la ciudadanía en general así como al magistrado y al legislador.

En el primer caso la intención de este trabajo es hacer volver la vista al investigador hacia esta área de la pena, que significa la razón de ser del derecho penal.

Por cuanto a la ciudadanía en general, la pretensión resulta ser más concreta, deseando presentarles una información en donde pueda encontrar respuesta al por qué y para qué el Estado castiga.

En el caso del magistrado y del legislador se pretende ofrecerles las reflexiones de la sustentante, -- que son producto del estudio de este tema, para que al mo

mento de aplicar las leyes o legislar tomen conciencia -- que la labor científica está produciendo y sentando bases de lo que puede ser el fundamento de sus resoluciones.

Resultan ser ambiciosos estos objetivos, pero son los que podrán establecer el vínculo directo entre la ciencia y la realidad social.

## INTRODUCCION.

Mientras exista el hombre asociativo deberá existir un mínimo de normas para regular su conducta y hacer posible la convivencia.

En nuestros días la pena privativa de libertad es la sanción establecida en la norma, en razón de la cual se castiga a los individuos que con su conducta perturban las relaciones sociales, pero aún más, es el eje sobre el cual gira el sistema penal de cualquier forma de gobierno.

A menudo se habla de los fines que se pretenden alcanzar con la privación de libertad, habiéndose superado en buena medida la concepción unitaria cuya única finalidad debía ser la realización de la justicia (retribución), ahora se discute sobre cuáles son los fines de utilidad social que deben alcanzarse a través de la pena privativa de libertad (prevención).

En realidad hacer mención de los fines de la pena resulta común en el ámbito de las ciencias penales y criminológicas, generalmente en los manuales y obras de estas áreas del ser humano se dedican una o varias páginas al problema, sin embargo, no hemos tenido a la vista un solo volumen dedicado en particular al análisis del asunto. Ante tal situación este trabajo pretende ser una

obra orgánica del problema de los fines de la pena, examinados a la luz de la legislación penal y la realidad social.

El problema abordado realmente reviste importancia porque permite polarizar la crisis por la cual -- atraviesa el Derecho Penal y todo el sistema punitivo en general, pues como es sabido, la pena es el último estadio del derecho punitivo y en ella encuentra su realización. No obstante, con mucha frecuencia sabemos que se imponen penas al hombre y se ejecutan, autoacreditándose las justas y útiles, como si el sistema penal funcionara correctamente y se lograran los fines atribuidos a la pena. Así podemos observar como el gendarme persigue y -- arresta, el magistrado condena y el carcelero encierra y castiga y, por encima de ellos el legislador estatuye la norma en nombre de la cual aquéllos actúan, sin que muchos de ellos sepan bien por qué se castiga.

Así las cosas, el desarrollo del presente trabajo se dirige a analizar el sentido, justificación y fi nes de la pena privativa de libertad desde una posición crítica, teniendo como objetivos generales dar respuesta al por qué y para qué el Estado castiga.

En el primer capítulo se ofrece tanto el concepto de pena como su evolución.

En el segundo capítulo se efectúa un estudio-histórico, socio-económico del surgimiento de la pena --privativa de libertad, con la finalidad de ubicar el hecho en el momento histórico y, su institucionalización -- en sanción jurídica fundamental del sistema penal. El -- objetivo será identificar de qué forma se ha implementado la privación de libertad hasta convertirse en casi la única forma de sanción penal.

El último capítulo está dedicado al examen de los fines atribuidos a la pena, es decir, a la resocialización, la inocuidación, el prevalcimiento del orden jurídico y la intimidación. Teniendo siempre en consideración las funciones que de hecho cumplen en la realidad -- social legal o extralegalmente.

Finalmente, se dejan asentadas las conclusiones del presente trabajo, en las cuales se precisa la posición actual y las perspectivas de nuestro tema de estudio.

## CAPITULO I

### CONCEPTO Y EVOLUCION DE LA PENA

A).- CONCEPTO DE LA PENA

B).- EVOLUCION DE LA PENA

## CONCEPTO Y EVOLUCION DE LA PENA.

### A).- CONCEPTO DE PENA.

Es pertinente señalar, en principio, que al referirnos a la pena debemos distinguir su concepto, y su función.

Respecto al concepto de pena es conveniente precisar, que desde un punto de vista etimológico la palabra pena proviene del latín poena y de acuerdo a la definición de la Real Academia de la Lengua Española, es el castigo impuesto por una autoridad legítima a aquél que ha cometido un delito o falta. (1) De esta definición se observa que no se juzga sobre la función o finalidad de la pena; circunstancia que olvidan algunos tratadistas, quienes dentro de su definición implican ya la finalidad de la pena.

Ciertamente, Sebastián Soler indica que la "Pena es un mal amenazado primero y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos". (2)

Silverio Ranieri refiere que "Pena criminal es la consecuencia jurídica pública, consistente en la priva-

---

(1) Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, Editorial Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1956.

(2) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipográfica-Editora Argentina. Buenos Aires, 1983, Págs. 3 y 42.

ción o disminución de uno o más bienes jurídicos, que la ley expresamente prescribe para los hechos constitutivos de delitos y para el fin de la prevención general; que -- los órganos de la jurisdicción infligen mediante el proceso a causa del delito cometido, y que se aplica y se ejecuta con modalidades que tienden, para los fines de la -- prevención especial, a la reeducación del condenado". (3)

En el Diccionario Jurídico Mexicano los tratadistas, Olga Islas de González y Elpidio Ramírez Hernández, definen la "Pena es la real privación o restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para la prevención especial, y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la re personalización". (4)

Se advierte, que las definiciones de la pena -- difieren entre sí, dependiendo de los autores y de la pos tura adoptada por cada uno de ellos, en cuanto a las fin lidades atribuidas a la misma.

Francisco Muñoz Conde define a la pena como "El mal que impone el legislador por la comisión de un deli-- to". (5) Tal concepto no contempla que la pena no sólo la

---

(3) Ranieri, Silverio. Manual de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Editorial Themis. Bogotá, 1973, pag. 319.

(4) Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo V. Instituto de -- Investigaciones Jurídicas de la U.N.A.M. México, 1984. Pág. 81.

(5) Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. España, 1975. Bosch, Pág. 33.

impone el legislador, sino sobre todo el juzgador; entonces se podría proponer como concepto de pena, que es el mal impuesto por el Estado en virtud de la comisión de un delito, y de este modo cubriríamos las fases esenciales en la determinación de la pena.

La idea de que la pena tiene la naturaleza de un mal para el sujeto que violó el orden jurídico, al privarse o disminuirse al delincuente de bienes jurídicos fundamentales y de acuerdo con las ideas del señor Sebastián Soler, tal privación está dirigida a bienes que el derecho estima valiosos, sin tomar en cuenta la apreciación subjetiva del agente respecto que para él en particular sea un perjuicio o un beneficio, y lo importante será lo que social y jurídicamente implica esa privación de los bienes jurídicos. (6)

Y, el penalista español Mariano Ruiz Funes, cuando analiza las transformaciones sufridas por la pena en el transcurso de la historia, refiriéndose al proceso-finalista, establece que es "la tendencia reiterada de constituir la pena como medio de tutela jurídica", ya que si inicialmente las teorías penales le asignaron un fin concreto, "después le atribuyen un fin general: la seguridad y la justicia, objetivo esencial de la función tute--

---

(6) Soler, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Op. Cit. - Pág. 158.

lar del derecho, considerada como prevención de delitos - futuros". (7)

Ahora bien, es necesario atender a los elementos objetivos y subjetivos de la pena.

El elemento subjetivo de la pena, siguiendo a - Fausto Costa, es fundamentalmente, un sufrimiento para el reo. (8)

Los elementos objetivos, pueden ser varios. Para Jacques Leclerc, son cuatro: "La pena puede tener cuádruple aspecto: reparador, ejemplar, represivo y educativo.- Algunas penas pueden estar privadas de eficacia desde uno y otro punto de vista. Hacer trabajar a un ladrón en provecho de su víctima puede ser a la vez reparador, represivo y educativo, mientras que darle azotes no repara nada, como tampoco darle muerte. Los azotes pueden ser educativos, mientras que la pena de muerte es puramente represiva". (9)

Joaquín Escriche establece para la pena un objetivo plural. En principio es reparadora, entendiendo por esto, "reparar en cuanto sea posible el mal causado por el deli

---

(7) Ruiz Funes, Mariano. Meditación Actual sobre la Pena. Criminalia. Año VII, Núm. 9. México, mayo de 1949.

(8) Costa, Fausto. El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. U.T.E.H.A. México 1953, Pág. 285.

(9) Leclerc, Jacques. Derechos y Deberes del Hombre. Biblioteca Herder, Barcelona 1965, Pág. 77.

to". Es represiva porque tiende a "quitar al delincuente- la voluntad o el poder de reincidir"; y, finalmente, es - intimidativa en cuanto tiene por objeto: "contener por me dio del temor los designios de quienes intenten imitarle". (10)

Luis Jiménez de Asúa encuentra otro aspecto -- que él llama la resocialización, dice que la pena podrá - seguir siendo represiva, pero no debe quedarse sólo con - este atributo: "La pena fue siempre y seguirá siendo esen- cialmente retributiva, porque con la culpabilidad normati- va no podemos más que concebirla así. Pero a nadie se le- ocurre pensar hoy que su fin es expiar, el fin tiene que- ser mucho más social, y efectivamente la resocialización- del sujeto y en último extremo la inocuización son fines- plurales que ya von Liszt contempló en su concepción de - la pena y su fin". (11)

Se advierte que de acuerdo a ello, la pena tiene objetivos plurales, pero por su naturaleza diversa, deben ser jerarquizados.

- 
- (10) Escribiche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legisla- ción y Jurisprudencia. Librería de Rosa Bouret. Pa- rís, 1851. Pág. 1339.
- (11) Jiménez de Asúa, Luis. Las Nuevas Direcciones de De- recho Penal. Lecturas Jurídicas. Revista de la Uni- versidad Autónoma de Chihuahua. Núm. 44. Julio de -- 1970. Pág. 17.

Se puede concluir que el objetivo principal en el derecho antiguo fue ante todo la represión, dada la importancia que tenía la pena capital, aun cuando el aspecto represivo sea importante como apunta José Angel Ceniceros: "Desde un punto de vista positivo, considero la represión como una consecuencia orgánica y necesaria de la vida social y jurídica: siendo una necesidad inherente a la vida social la norma jurídica, lo es en consecuencia la sanción pública, ya sea civil o penal". (12)

Se comparte el criterio del autor Ceniceros en cuanto a que la pena esencialmente es necesaria en el orden social y jurídico para garantizar la libertad de las personas, la justicia, la seguridad y el bien común, precisamente porque esto constituye el fin de la pena.

Así las cosas, es indudable que al ir evolucionando se ha buscado hacer la pena más humana, aceptando -- que el delincuente es ante todo un ser humano, digno y -- trascendente y, por ello, en el proceso histórico de la -- evolución de la pena, hay una trayectoria clara y definida, débil a veces pero siempre prevaleciente: la tendencia a -- su humanización.

La pena debe tener un objetivo eminentemente edu

---

(12) Ceniceros, José Angel. Trayectoria del Derecho Penal-Contemporáneo, Ediciones Botas. México 1943, Pág. 30

cativo, tendiente a la resocialización del delincuente, - debe ser reparadora del mal causado en la sociedad con el delito, y como consecuencia de los dos objetivos principales, debe ser preventiva, comprendiendo dentro de esta concepción el aspecto de intimidación, que como se dejó establecido, consiste en prevenir por el temor a la pena los designios de quienes pretenden imitar la conducta delictuosa, aparte de que debe ser represiva, es decir, tendiente a desaparecer del ámbito social la conducta delictuosa.

Entonces, los objetivos de la pena son plurales, es decir, la pena debe ser a la vez educativa, reparadora, preventiva y represiva, esto es, no puede ser sólo educativa o sólo represiva.

Debe decirse que la pena debe estar prevista en la ley y ser impuesta por el órgano jurisdiccional con motivo del juicio de reproche, debe ser personal, aplicada como consecuencia de hechos propios.

En las relacionadas circunstancias, la pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejercicio del poder sancionador que le otorga la legítima defensa social, en ejecución de una sentencia dictada por el órgano jurisdiccional competente, al culpable de una infracción penal, prevista en una ley general y anterior al hecho de

lictivo y con una finalidad de tutela de la justicia, la seguridad y el bien común.

Tal finalidad se logrará con la combinación de los objetivos de la pena, que incluyen el bien y el desarrollo humano del propio delincuente.

Y el personaje principal de este concepto, es el delincuente y el objetivo de su resocialización por medio de un sistema penitenciario efectivo, es el primero y el principal.

Cabe concluir que la imposición de la pena parte de la idea de que existe un orden moral, que es obligatorio para los seres libres e inteligentes. Junto a ese orden ético existe un orden social, que igualmente es obligatorio. Corresponde a estos dos órdenes, una justicia absoluta y una justicia relativa. Esta última no es otra que la justicia absoluta que cumple toda su eficacia en el orden humano por medio del poder social. La justicia humana, que sólo se aplica cuando ha sido perturbado el orden social, no puede pretender otro fin del que se propone la justicia absoluta. El fin de la justicia humana es el restablecer el orden social. La pena entendida en sí misma, no es, solamente, la remuneración del mal, fijada con peso y medida por juez legítimo, puesto que es lícito prever y obtener ventaja de los

efectos que cause el hecho concreto de la pena.

#### B). EVOLUCION DE LA PENA.

En principio, deben precisarse ciertas ideas - relativas a los antecedentes de la pena privativa de libertad, y así tenemos que en la historia humana la pena\_ privativa de libertad es un mal relativamente reciente, - y pronto se cumplirán dos siglos del surgimiento de la - sanción penal privativa de la libertad como instrumento\_ de represión de la criminalidad y actualmente es el eje\_ de control social del gobierno.

En la antigüedad y en la Edad Media, la pena - se utilizó como instrumento de encierro y contención para los individuos enjuiciados que iban a ser torturados\_ o ejecutados.

El Clero utilizaba el encierro a través del en claustramiento monástico, este aislamiento se imponía co mo penitencia a los pecadores a fin de que les sirviera\_ de reflexión y a su vez sufrimiento para expiar sus peca dos. Los monarcas también lo utilizaron, encerrando a - sus familiares descarriados en las torres de sus casti- llos por faltas o desobediencia.

Estas prácticas punitivas no son las principa-

les formas de privación de libertad que influyeron en el surgimiento de la prisión, sino que, son contingentes a otras de mayor relevancia surgidas a partir del siglo -- XVI.

Empieza a adquirir significación en la etapa -- mercantilista, la explotación de mano de obra para la -- producción, valorizándose a la persona humana, así como -- su fuerza de trabajo; este sentido utilitarista permitió la disminución de los castigos corporales y la pena de -- muerte. La fuerza productiva del hombre fue utilizada -- en la incipiente industria textil, en principio se reclu -- taron a los vagabundos, miserables y posteriormente a -- los delincuentes para incorporarlos al proceso producti -- vo. Se dejó a un lado el carácter retributivo y explito -- rio establecido en las legislaciones, y aquí es donde -- tiene sus inicios la explotación de la fuerza de trabajo del reo como finalidad de la pena.

La dimensión productiva del hombre varió con -- el advenimiento de la Revolución Industrial, el proceso -- de industrialización y la aparición de la máquina despla -- zaron la fuerza productiva humana. El éxodo rural a los núcleos urbanos colmó las ciudades de inmigrantes campe -- sinos quienes junto con los desempleados formaron la po -- blación desocupada. Y así es como deambularon grandes --

masas miserables que oprimidos por la necesidad realizaban actos de bandidaje. Con el desarrollo del capitalismo estos sectores de la población se fueron depauperizando y, dadas estas condiciones socio-económicas, la pena privativa de libertad sirvió para regular el excedente de desocupados y miserables considerados como peligrosos.

Parece ser que dadas las circunstancias antes mencionadas la prisión tiene sus antecedentes en las casas de corrección y las industrias manufactureras europeas del siglo XVI, pasando en línea directa por la fábrica que, al no poder absorber la sobrepoblación dio lugar a la cárcel, siendo de advertir que existen otros enfoques del surgimiento de la prisión como sanción penal institucionalizada que también se analizará en el presente trabajo.

Debe precisarse que con referencia al ámbito jurídico, generalmente se asevera que la pena privativa de libertad surge con la humanización del derecho penal, el pensamiento filosófico y jurídico de los hombres de la ilustración influyó en el saber jurídico-penal; y, - Montesquieu, Marat, Bentham y Howard realizaron aportes dirigidos a la humanización del derecho punitivo.

Después de tantos siglos de suplicios, tortu-

ra y pena de muerte, se comenzaba a pensar en diversas formas de castigo más benévolas; aquí es cuando surge el libro "De los delitos y de las Penas" de César Bonesano, marqués de Beccaria, denunciando la crueldad de las penas, proclamándose partidario de una justicia penal más humana y por la imposición de penas dirigidas a lograr fines útiles. Tan influyó la obra de Beccaria en las legislaciones penales de la época, que se abolió la pena de muerte en algunas, adecuando las penas a los delitos y estableciendo penas menos severas.

El pensamiento iluminista del liberalismo clásico inspiró a las legislaciones penales de la época para humanizar las penas, lo cual significó un gran avance en la justicia penal, pero la pena de prisión no fue propuesta de ellos.

La primera penitenciaría americana la fundaron los cuáqueros de Pennsylvania, inspirados en su filosofía teológica y moral, y es considerada como el precedente inmediato de las prisiones modernas. Aun cuando, a nuestro modo de ver, la privación de libertad era una práctica punitiva que se venía ejecutando de facto. Es en la última década del siglo XVIII cuando surge la pena privativa de libertad, implementada a través del penitenciarismo, basada en el aislamiento celular, la reflexión

y la penitencia; en cuyas condiciones, creían los cuáque  
ros norteamericanos, se lograría la reforma de la perso-  
nalidad del recluso y el arrepentimiento. Parece ser --  
que el primer fin asignado a la pena privativa de liber-  
tad fue la enmienda y corrección del sujeto.

El sistema pensilvánico se difundió por el mun-  
do y fue adoptado universalmente, al mismo tiempo las le  
gislaciones penales institucionalizaban la pena privati-  
va de libertad como sanción legal.

Ahora bien, una vez precisadas ciertas ideas -  
acerca de los antecedentes de la pena privativa de liber-  
tad, se efectuará el estudio acucioso y analítico de es-  
te tema.

Como la pena ha venido evolucionando con el --  
transcurso del tiempo, los valores de la dignidad de la\_  
persona humana han prevalecido y se han tomado en cuenta  
en la prevención de la pena y su aplicación.

En la naturaleza de la pena, se debe tener en\_  
cuenta que desde la más remota antigüedad, han influido\_  
la diversidad en el orden moral, las costumbres propias\_  
de cada raza y el más variado mosaico de las tradiciones  
y de la evolución de los pueblos.

Los historiadores del derecho penal han dividi-  
do la evolución o el desarrollo de la pena en cuatro pe-

ríodos: El de la venganza privada, el de la venganza divina, el de la venganza pública y el período humanitario.

En las sociedades primitivas la venganza privada se entendía como el ataque de una tribu a otra, las cuales se encuentran unidas por una misma tradición. Esta venganza personal no debe entenderse como un reto penal, pues por sus características especiales, la sociedad permanece indiferente. Pero si la sociedad se pone de parte del vengador, reconoce la necesidad de la venganza y presta ayuda al vengador, reconoce la necesidad de la venganza si es preciso, es en este sentido como puede hablarse de una venganza privada equivalente a la pena.

No debe hacerse una separación histórica de los llamados períodos de la venganza privada y la venganza divina, porque ambos coexistieron, simplemente se debe distinguir el alcance que para el efecto de la evolución de la pena importa a los propósitos del presente trabajo.

Eugenio Cuello Calón refiere que durante el período llamado de la venganza divina, la represión penal tiene como objeto y fin "el aplacamiento de la divinidad

ofendida por el delito". (13). La justicia criminal se ejercía en nombre de Dios y los jueces procedían y sentenciaban para aplacar la ira de Dios.

En el Imperio Chino, el Emperador personificaba todo, encarna la divinidad y el súbdito no significa nada. La imputabilidad penal es propiamente física y objetiva, las penas son feroces y degradantes, predominando las corporales y pueden dirigirse contra cualquier objeto, incluso contra los cadáveres.

El elemento religioso en la India ya no se personifica en el emperador, sino se incorpora a la casta de los brahmanes, es decir, por sobre todo fluye el espíritu de brahama.

En esta cultura se puede definir a la pena como la rectora del género humano, teniendo en cuenta que el hombre, siendo en esencia virtuoso, sin embargo sus inclinaciones lo llevan a la realización del mal, pero el temor que infunde el castigo le recuerda las ventajas de una conducta ordenada hacia el bien.

Históricamente en el Kátaka Upanisad (Libros 1, 12 y 14) y en las Leyes de Manú (Libros VII, VIII y IX) en los que está escrito que los hombres que han pur-

---

(13) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Novena Edición. Editora Nacional. México, 1961. Pág. 56.

gado con la pena sus delitos, irán al nirvana limpios de toda mancha, puros como los que sólo realizaron buenas acciones.

La responsabilidad es colectiva y reversible, en la India, en virtud de que los hijos respondían por los padres y los padres por los hijos, los suplicios son arbitrarios y feroces.

En la antigua Persia el delito se entendía como el triunfo del espíritu del mal en su lucha permanente contra el bien, por lo cual la pena se considera una reivindicación del bien.

En los libros sagrados del antiguo Egipto se establecía el derecho de los sacerdotes a castigar como delegados de Dios, el delito se consideraba como una ofensa a la divinidad que provocaba su ira; de ahí que las penas resultaban muy crueles.

La idea unitaria surge con los hebreos, como una manifestación sensible, transformada en el Ser Único: Jehová.

Apenas si se alude a la libertad del sujeto, las leyes de Moisés atestiguan el temor que Jehová hacía sentir a su pueblo, siempre con la amenaza de acabar con la voluntad individual; de la divinidad emana siempre el derecho a castigar.

El Deuteronomio, el último de los cinco libros mosaicos, que quiere decir "repetición de la ley", por-- que alude a la segunda promulgación de la ley que formu-- ló el guía del pueblo judío en la entrada a la tierra -- prometida, se hallan los principales preceptos dados al\_ pueblo de Israel. La ley divina que Moisés recibió en - el Monte Sinaí y colocada en el Arca de la Alianza, cong\_ tituye el origen de la legislación del pueblo hebreo.

"Temerás, oh Israel, al Señor tu Dios, y a El\_ sólo servirás; con El te unirás y únicamente en Su nom-- bre harás tus juramentos". (Deuteronomio 1,20-21).

"Constituirás jueces y magistrados en todas -- las ciudades que el Señor Dios tuyo te diere en cada una de tus tribus, para que juzguen al pueblo en juicio rec- to". (Deut. 18,18).

"Por disposición de dos testigos perderá la vi\_ da el que es digno de muerte. Ninguno será condenado a\_ muerte por el dicho de un solo testigo contra él. La ma\_ no de los testigos será la primera en tirar piedras para matarle, y después todo el pueblo acabará de apedrearle, a fin de expeler al malo de enmedio de ti". (Deut. 17, - 6-8).

Se advierte que el pueblo hebreo es un ejemplo claro del período de la venganza divina, dado que la - -

idea de un Dios vengador, con una ley inexorable, que lanza su ira sobre el pueblo que le ha faltado, llena las páginas del Antiguo Testamento, mencionándose principios de justicia tales como el juicio recto y el testimonio de -- por lo menos de dos personas para aplicar la pena máxima. Y Jehová era no sólo considerado como el Dios castigador, sino que era también El Aliado, El bueno: "Dad gracias a Jehová porque es bueno, porque es eterno Su amor" (sal - mos).

En la Grecia antigua la pena se considera como el medio para lograr el fin moral para la convivencia social. En esencia es dolor, en consideración de que el -- que causa dolor debe ser castigado de la misma manera.

Aristóteles en la Etica a Nicómaco (Libro X) resalta que cuanto más se tenga en cuenta esta regla, mayor será la eficacia de la pena.

Lo clásico en este período es que se distinguía entre las faltas que se cometían en perjuicio del individuo y las que se realizaban en perjuicio de la comunidad. Los actos en contra de la comunidad eran duramente castigados.

En Roma era práctica predominante la venganza - privada junto con la ley del talión, pero estos sistemas fueron perdiendo vigencia hasta llegar al establecimiento

de la pena pública, en el tercer período de la evolución de la pena, que se imponía al declarado culpable con el fin de lograr la tranquilidad de la comunidad.

En la antigua Roma se distinguía entre los Crimina Publica, o delitos que violaban los intereses colectivos y los Delicta Privata, que lesionaban los derechos de los particulares.

Las Doce Tablas es el primer cuerpo legal de los romanos que se conoce en materia penal. En la época clásica se conocieron la Lex Corneliae, las Leges Juliae, los Senataconsulta, los Edicta, los Responsa Prudentum y el Digesto. En la época imperial destacaron como cuerpos legales el Código Teodosiano que ha llegado parcialmente a nosotros a través de las Instituciones de Justiniano y las Novelas.

De acuerdo a la Ley de las Doce Tablas, el hombre libre "in fraganti" de hurto se le castigaba según el arbitrio del Pretor y si el culpable era esclavo se le imponía el máximo suplicio. Se castigaba con la muerte el robo nocturno de cosechas, pero al hombre libre lo tenía que juzgar el Pretor, y al esclavo se le imponía incontinenti la pena de muerte.

Según la ley del talión, al ofensor se le privaba del miembro o miembros mutilados, a estos casos se

les conocía como singulares de mutilación. Cuando la infamia verbal era inferida a voces y en forma de burla en la vía pública, el culpable expiaba su delito con la de-capitación.

En el derecho penal público de los antiguos romanos, la ejecución de las penas las practicaba el pro--pio ofendido o sus familiares, sin embargo, por lo menos tenía que llevarse a cabo con intervención formal del magistrado. Este sistema periclitó en la llamada época --histórica.

Al caer en desuso las penas privadas que por -costumbre o por ley se imponían al inculcado, se estableció la regla por la cual toda trasgresión al derecho privado se purgaba mediante el pago de una suma de dinero,-pero en los casos de homicidio calificado o traición a -la patria no era suficiente la compensación pecuniaria;-en tiempo del César, el castigo era el destierro y pérdida de la ciudadanía, y si era esclavo el responsable se\_le imponía la pena de muerte.

En Roma, en la primera época, la venganza y la expiación religiosa son durante largo tiempo el fin de -la pena, como lo demuestra la frecuencia con que se practicaba la última pena y las atrocidades de diferentes --clases. La condena a la horca era la más común, o el --

Culleum, que consistía en encerrar al delincuente en un\_ saco de cuero junto con animales y despeñarlos al mar. - La Vivi Combustio, consistía en quemar vivo al penado; - la Bestiis Obiectio, que consistía en entregarlo a las - bestias del circo. Con todos estos suplicios se pretendía alejar las huellas materiales del delito y aplacar - a la divinidad ofendida.

Posteriormente se substituye en parte la pena\_ de muerte por la condena a trabajos forzados en las mi-- nas y formas variadas de deportación y relegaciones temporales o perpetuas. En esta época es cuando se amplía\_ el uso de la flagelación y la introducción sucesiva de - otras penas, severas, pero no atroces, hasta llegar en - la última época, ya bajo la influencia del cristianismo, a buscar la transformación y el ejemplo de los culpables.

Así, el tránsito del paganismo al cristianismo constituyó el inicio de una nueva mentalidad en la consi\_ deración de la idea de la pena. La doctrina del Mesías\_ que habla de amor y respeto al prójimo, el ejemplo de -- sus seguidores abrieron el paso a una nueva idea al trato humano que necesariamente habría de influir en las le\_ gislaciones y en las costumbres.

Daniel Kuri Breña describe bellamente este pa-  
so: "En cuanto al estado social de la hora cero de la --

historia (y de nuestro calendario), basta señalar algunos hechos: la esclavitud aumenta con la voracidad de -- los amos del dinero y las guerras; el acreedor tenía derecho de hacer esclavo al deudor y a dividirlo en pedazos según la Ley de las Doce Tablas".

"En un mundo arrogante y dominador, en el imperio dueño del orbe, había los contrastes más duros: lujo, belleza, placer, crueldad sin límites para con los humildes. Había termas, hipódromos, palacios, templos, estadios; pero ni un hospital, ni orfanatorios, ni escuelas para pobres. Era un mundo sin amor, sin compasión y sin caridad". (14).

En ese mundo, en ese mercado de dioses tomados a préstamo y de pueblos conquistados, doble aglomeración en la tierra y en el cielo, donde había hombres que eran oprimidos y atormentados en los sótanos del coliseo, en ese momento de la historia del hombre se dio su momento de mayor trascendencia que Boris Pasternak describe así: "Y he aquí que en aquella época de mal gusto, en oro y mármol, llegó El, ligero y vestido de luz, fundamentalmente humano, voluntariamente provinciano, El Galileo, - y desde ese instante los pueblos y los dioses dejaron de existir y comenzó el hombre, el hombre carpintero, el --

---

(14) Kuri Breña, Daniel. La filosofía del Derecho en la Antigüedad Cristiana. Tercera Edición. Manuales Universitarios. México, 1968. Pág. 25

hombre agricultor, el hombre pastor entre un rebaño de ovejas a la puesta del sol, el hombre cuyo nombre no sonaba solemne ni feroz, el hombre generosamente ofrecido a todas las canciones de cuna de las madres y a todos los museos de pintura del mundo". (15).

Agustín de Tagaste, Obispo de Hipona, expuso brillantemente la doctrina del cristianismo, que inspirado en las fuentes neoplatónicas, concibe el mundo en dos partes: la ciudad divina y la ciudad terrenal. La ciudad de Dios es la habitada por los hombres que aman a Dios hasta el desprecio de sí mismos y la ciudad del mundo es la habitada por hombres que se aman a sí mismos hasta el desprecio de Dios.

La justicia es una atribución divina y Dios es el juez supremo, Su voluntad se expresa en los Textos Sagrados y es la ley que no debe ser contrariada por los usos y costumbres humanas, no obedeciendo la ley se cae en pecado, que es penado con la condenación, la purgación o la corrección.

La retribución del mal transitorio son las penas purgatorias y se aplican en la vida y aún después de la muerte.

---

(15) Citado por Kuri Breña. Op. Cit. Pág. 25

La condenación es la retribución al mal eterno. Su aplicación se hará en el juicio final.

Las penas pueden, finalmente, proponer la corrección del culpable, de acuerdo con el principio cristiano: "Si tu hermano peca contra ti, ve y corrígelo". - (16).

En estas circunstancias, la pena, eterna o temporal, es una institución divina. Dios es el que retribuye lo injusto con el mal de la pena y ésta debe ser siempre equivalente al delito cometido: "con la misma medida que midais, sereis medidos", que no es exactamente el "ojo por ojo, diente por diente". En la doctrina cristiana siempre cabe la posibilidad del perdón y de la enmienda, que se impone como una obligación. Y aunque la pena debe ser aplicada, al hacerlo "ama a tu prójimo como a tí mismo".

En la alta Edad Media, no obstante la marcada influencia humanitaria del cristianismo, el derecho penal había alcanzado los más altos límites de la crueldad. Juicios terribles en donde lo cruel y lo supersticioso se confundían. Por ejemplo en las Ordalias el prevenido debía tomar en sus manos un hierro candente o caminar con los pies descalzos sobre las brasas o bien sumergir-

---

(16) San Agustín. La Ciudad de Dios. Libro XX. Cap. I.

se en un baño de agua a temperatura elevadísima, de donde se comprenderá que casi nunca lograba probar su inocencia.

Incidió la venganza privada, se recrudeció el talión establecido por edictos penales, condiciones que no cambiaron mucho en época que Tomás de Aquino formulaba su cuerpo de doctrina y aún en tiempo en que su luminoso pensamiento fue recibido con asentimiento.

Se consideraba que la autoridad civil estaba investida por Dios del derecho de castigar y su juicio debía ajustarse lo más posible a la justicia divina, -- aplicándose la pena con un criterio conmutativo, devolver igual por igual.

Sin embargo, se le atribuye a la pena un carácter de intimidación al proponer el principio de que la ley debe inspirar temor con la amenaza de un mal. Este temor mantendrá a los hombres alejados del delito y los hará mejores, y como el príncipe debe realizar el bien a la comunidad con los medios más apropiados, debía protegerla de los ataques externos, instituyendo premios y penas. Los premios para inducirlos a la virtud y las penas para separarlos del mal; de este modo la pena es para -- Santo Tomás una justa retribución, según el ejemplo divino y un medio eficaz para promover el fin moral.

Es necesario precisar en este aspecto, dado el objetivo del presente trabajo, que si la pena no va inmediatamente dirigida a lograr el fin moral que se propone, no será justa, porque no basta con devolver mal por mal, la pena debe ser un bien para el delincuente, una medida necesaria para que alcance su perfección. Y el aspecto de la intimidación, resulta secundario ante este importante fin de la pena.

Durante la Edad Media se llegó a confundir en una sola persona la doble función de juzgar y de perseguir los delitos. El poderoso señor feudal, dueño de vidas y haciendas, encargado de impartir justicia, juzgaba y castigaba a sus súbditos a su antojo.

André Maurois en la "Historia de Inglaterra",-relata la epopeya de los nobles ingleses cuando se enfrentaron con el rey Juan en el año 1215: "Era inevitable un conflicto entre Juan y los Barones. Habían soportado el despotismo de Enrique II, rey fuerte, victorioso y muy respetado por el pueblo, para que osaran resistirle. Pero ¿por qué iban a tolerar los abusos de un rey vencido y universalmente desdeñado?".

"Los Barones se levantaron contra el rey y le hicieron respetar el principio de que ningún hombre libre será apresado o desterrado y de ninguna manera ejecu

tado, si no es por el juicio legal de sus iguales y la ley de su país". (17).

Este fue el principio de la decadencia del poder absoluto de los reyes en Inglaterra. Los británicos seguirían un proceso a la inversa del que se produjo en Francia y España.

En la Península Ibérica, las Partidas definen la pena como "galardón y acabamiento de los malos fechos" o bien, "la enmienda de pecho o escarmiento que es dado a algunos por sus yerros que hicieron".

Aquí, la pena tiene como fin reparar en cuanto sea posible el mal causado por el delito, quitar al delincuente la voluntad o el poder de reincidir y contener por medio del temor los designios de quienes pretendan imitarle. Esto es, el fin de la pena se resume en ser un ejemplo, lo suficientemente doloroso si es que sobrevivían a ella, como para no volver a delinquir. En relación con los demás, tiene como única finalidad intimidar a quienes pretenden imitar la conducta sancionada.

Ciertamente, las penas eran sumamente crueles. Las Partidas señalan siete especies, de las cuales cuatro son mayores y tres menores: La primera, es la de - -

---

(17) Maurois, André. Historia de Inglaterra. Editorial - Ercilla. Santiago de Chile, 1943. Pág. 108.

muerte o pedimento de miembro; la segunda, es de trabajo perpetuo en los metales o labores del rey; la tercera, - es el destierro de por vida en una isla o lugar cierto;- la cuarta, destierro sin confiscación de bienes; la quinta, la infamia con pérdida de cargo; la sexta, privación de oficio temporal o definitiva y, por último, la séptima, la de azotes, heridas y deshonra pública, poniendo - al reo en la picota, o desnudo al sol y untado el cuerpo de miel para que le piquen las moscas. (18)

Se advierte, que lo que en Inglaterra había si do una conquista de los nobles, en España fue una clara-convicción desde su derecho más antiguo, pues en la Tercera Partida, se permitía que un individuo fuera capaz - de defender sus derechos por sí mismo, sin el auxilio de letrados o de prácticos. Y, así la Tercera Partida comprende las disposiciones relativas al juicio criminal en tre las cuales hay que señalar la regla de que "el pleyto que es movido contra la persona del ome, o contra su fama, sea probado e averiguado por pruebas claras como - la luz, en que non venga ninguna duda, pues que mas santa cosa es de quitar al ome culpado contra quien no puede fallar el juzgador prueba cierta o manifiesta, que dar

---

(18) Partida 7, Leyes 1 y 2.

juicio contra el que sin culpa, maguer fallasen por señas alguna sospecha contra él".

No se puede imponer la pena, sino una vez que en juicio se demuestre plenamente la existencia del delito, en donde se deberá cumplir los requisitos de procesabilidad y los alegatos de bien probado. No estando el delito claramente probado o existiendo dudas, el juez debe inclinarse más por la absolución que por la condena del indiciado, por considerarse que se está más cerca de la justicia dejando sin penar al que lo merezca, que sancionando un inocente.

Definitivamente, en la Edad Media, el Cristianismo influyó para humanizar la pena de los antiguos derechos. No obstante que el derecho canónico se inspiró en la venganza privada, legitimando la pública en nombre de la justicia, los textos canónicos oponen la vindicta, zelo o bono animo a la vindicta amore ipsius vindicate. Así, "en el derecho canónico se hallaría el germen de -- las diversas teorías constituidas para justificar el derecho a castigar". (19)

Schiapoli, dice que "el cristianismo arrancó la espada de la justicia a los ofendidos deseosos de venganza y la puso en manos de la autoridad ministro del -

---

(19) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. Pág. 70.

Señor, el cristianismo impone la obediencia a la autoridad constituida, sin la cual la sociedad no sería duradera y estaría en continuo peligro... Por lo cual los Santos Padres proclamaron de modo especial que reprimir el delito es obra del príncipe y del magistrado, que el poder primitivo no pertenece a los particulares, y quien mata a un delincuente sin estar revestido de funciones públicas, es culpable de homicidio". (20).

Para sustraer gran número de delincuentes a la venganza de los particulares, se crearon instituciones como "La Paz de Dios" y "El Asilo Religioso".

Según Montes, el derecho canónico no ha establecido la pena de muerte para ningún crimen. "Esto quiere decir que la pena de muerte establecida por las leyes civiles contra herejes no era opuesta a la voluntad de la Iglesia. Al contrario, esas leyes fueron autorizadas y mandadas observar sobre todo desde que Inocencio IV (1254) aceptó e impuso como normas aplicables las Constituciones de Federico II". Sin embargo, "los jueces eclesiásticos que entregan al criminal al poder civil, no le piden que dé muerte al hereje ni declaran en ningún modo que sea reo de muerte, y si la potestad se--

---

(20) Citado por Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 69.

glar no quiere condenarle a esta pena, los jueces eclesiásticos no obligan al juez civil, ni le piden ni le aconsejan jamás que lo haga, antes al contrario, ruegan siempre a la potestad seglar que no castigue al reo con la pena de muerte ni otra efusión de sangre". (21).

La fase humanista corresponde al Renacimiento introducida por la escolástica, al considerar como aceptable el punto de vista naturalista. El hombre incluye a la naturaleza en su propio horizonte. El Estado no se concibe en relación con un fin abstracto, sino como producto de una fuerza inmanente, pero unificada por la persona del príncipe.

Como concepto natural la pena se coloca por encima de cualquier otra consideración. La naturaleza reacciona cuando es herida en alguna de sus leyes. La pena, pues, no es otra cosa que la reacción natural, no entendida como material o física, sino idealmente, que ha sido provocada por un disentimiento interno de la voluntad.

En una línea hacia la humanización, Puffendorf en "De Jure Naturae et Gentium", se refiere a tres tipos de penas: naturales, divinas y humanas. Afirma que

---

(21) Citado por Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit. Pág. 69.

sólo las últimas son de la competencia del derecho. La pena resulta un mal que por orden de la autoridad competente se hace sufrir, muy a su pesar, al que es culpable de un delito. Resulta justificada la imposición de la pena cuando se consuma la acción criminal. Sin embargo, el hombre no puede estar autorizado a castigar si la pena no resulta útil. Es necesario precisar en este punto dado el objetivo del presente trabajo, que el derecho a punir no debe constituir la satisfacción a un deseo desordenado, a un acto de venganza, pues sería absurdo el castigar al infractor de la ley, simplemente por ser malechor, sin proponerse un fin reeducador.

El pensador inglés Locke en su obra "An Essay on Human Understanding" (Libro II, Caps. 25 y 28) penetra en el aspecto subjetivo, relativo a la falta de considerar que nadie puede ser responsable de las acciones de las que no tiene conciencia. El estado consciente es el que permite valuar las acciones, reconocerlas como propias y atribuírselas. Entonces, cuando el hombre reconoce sus propias acciones es cuando se está en condiciones de atribuirle mérito o demérito y podrá ser digno de premio o acreedor a castigo. Según este autor todo acto de justicia supone una pesquisa e investigación previa, que conduzca al conocimiento de lo que el sujeto ha realiza-

do con ánimo consciente. Tal criterio es de suma importancia en la medida de que en gran número, los delincuentes no son conscientes de los actos que cometen, situación ésta que fue desconocida en el antiguo derecho.

Sin embargo, fue César Beccaria en 1764 quien -- dio el paso más importante hacia la humanización de la pena, plasmando sus ideas en su obra "Trattato dei Delitti e delle Pene". Para él el derecho penal deriva de la necesidad de defender el depósito de salud pública e incluso se identifica con la idea de que el hombre fue constreñido a renunciar en gran parte a su libertad y propugna por un derecho penal humanitario para acabar con los abusos en su tiempo tan generalizados.

Considera que la pena tiene dos fines: a) impedir que el reo cometa un nuevo delito y b) alejar o intimidar a los demás a que lo imiten. Debe ser de tal naturaleza que produzca un sufrimiento que sólo exceda en la mínima parte posible al placer que el delincuente se propuso obtener con el delito. El exceso de la pena la ilegítima y constituye una crueldad inútil.

Cabe señalar que la obra de César Beccaria influyó no sólo en los tratadistas, sino también en las legislaciones y en la concepción de regímenes penitenciarios más humanos.

En 1873 Romagnosi inicia el derecho de la de--  
fensa social con su obra "Genesi del Diritto Penale" par  
tiendo de la idea de que es en el derecho natural donde\_  
tiene su origen el magisterio punitivo.

El derecho individual ya existía pero como de--  
fensa de cada hombre, y cuando se organiza políticamente  
el Estado, surge el derecho de la defensa social. Y el de  
recho penal debe ser un derecho de defensa social contra  
la amenaza permanente nacida de la intemperancia injusta.

Por su parte Carrara en 1859, en el "Programa\_  
del Corso di Diritto Criminale", estima que la pena es -  
aquel mal que, de conformidad con la ley del Estado, in-  
fligen los magistrados a aquéllos, que con las debidas -  
formalidades, son reconocidos culpables de un delito.

Históricamente, para Carrara, la pena se deri-  
va del sentido de venganza. Filosóficamente, de la nece-  
sidad que la sociedad civilizada encuentra de ejercer la  
tutela de los derechos de un modo coactivo.

Hasta aquí poco se ha dicho del fin de la pe--  
na, más bien se ha tratado de fundar su existencia ya en  
el derecho natural, ya en el positivo, como un deber del  
Estado de defensa social, siendo de advertir que el obje-  
tivo del presente trabajo radica precisamente en el as--  
pecto finalista y el sujeto delincuente, aspectos que co

menzaron a preocupar a los teóricos de finales del siglo pasado y principios de éste.

En este sentido una de las obras más leídas y de mayor interés, es "L'Uomo Delinquente" de César Lombroso. El pensó descubrir el tipo humano anormal del "delincuente nato". Considera que el delito se presenta, de acuerdo con la estadística y el examen antropológico, como un fenómeno natural y necesario, y que el derecho a castigar se trata de una necesidad natural de defensa, de la misma manera que el hombre lo hace cuando es atacado por las fieras.

Esta concepción, desde el punto de vista de los estudiosos del derecho penal y las que de manera semejante siguieron este pensamiento, ha sido llamado como la Escuela Positiva, que afirma la independencia de la responsabilidad penal con respecto a la responsabilidad moral. La necesidad del delito, la anormalidad del delincuente y la substitución de la pena aflictiva por sanciones legales de naturaleza varia y que deben imponerse y adaptarse a la mayor o menor responsabilidad del reo, es lo que caracteriza a la escuela penal que examino en este párrafo.

En esta línea, el destacado jurista alemán -- Franz Von Liszt, defiende el determinismo que crea la --

teoría finalista de la pena, Niega el libre albedrío y consecuentemente la responsabilidad moral y funda la pena en consideración a la utilidad social que importa la represión.

Para él, la pena no es otra cosa que un medio para lograr el fin social, es la represión con la idea de finalidad de una prevención especial, dirigida a combatir en el individuo las causas que producen el delito.

Merkel, siguiendo el mismo orden de ideas que Liszt, añade el principio de la retribución jurídica, -- adicionando a la pena un ingrediente esencial: Mantener en el Estado las condiciones necesarias para la existencia ordenada de la vida social. La represión a las violaciones del orden jurídico sirve a los intereses humanos, como una de las principales actividades del Estado. Precisamente en este fin encuentra su plena justificación la pena, como el medio adecuado para asegurar los intereses jurídicamente protegidos, que deben estar de acuerdo con las exigencias morales de la comunidad, especialmente los relativos a la justicia. La justicia y la retribución no son los fines de la pena, sino sus propiedades.

El mérito de la escuela positiva de derecho penal, en particular de Lombroso, fue el plantear en forma

decisiva para el derecho penal contemporáneo la necesidad de considerar como fundamental al hombre mismo.

Fausto Costa afirma con acierto que la razón o fundamento de la pena, está en la necesidad de un orden lógico, puesto que el que quiere el fin, debe aceptar -- los medios. No se debe olvidar que el derecho es garantía de vivir civil, cimiento y nexo de la sociedad. La justicia penal, por tanto, resulta uno de los elementos más aptos para la formación del bien moral, del *summum bonum*, que es el fin último de la convivencia humana. - (22).

Actualmente la tendencia clara del derecho penal es hacia la humanización de la pena, porque ha mirado al hombre que hay en el delincuente, se ha detenido a observar y ha descubierto que hay causas muy complejas que lo han llevado a delinquir.

José Angel Ceniceros resume la tendencia actual del derecho penal como "el orden político constitucional, la tendencia humanitaria se liga estrechamente con la Declaración de los Derechos del Hombre, y con ella de los derechos del hombre delincuente, que es la base jurídico-constitucional del derecho penal clásico,-

---

(22) Costa, Fausto. El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Op. Cit. Pág. 285.

con arraigo tal en gran parte de los países del mundo, - que las reformas doctrinarias y legislativas no han podido superar sino parcialmente".

En este aspecto fundamental de la cuestión penal la liga de la doctrina político-constitucional de la organización jurídica básica en la mayor parte de los países del mundo, no sólo es estrecha, sino que nos permite afirmar categóricamente que las garantías individuales a favor del delincuente, son el eje central de las legislaciones penales contemporáneas en plena vivencia - cuando la doctrina de la escuela clásica y penal fue la orientadora de esas legislaciones y aún después que la escuela positiva o escuelas posteriores, han hecho sentir su influencia en los códigos. (23).

En las relacionadas circunstancias no basta -- que las constituciones jurídico políticas garanticen un trato humano a los delincuentes, aun cuando sea un principio valioso, porque las leyes secundarias, en especial las que preven la organización del sistema penitenciario, no se ajustan a este principio, o bien, se carece de estas leyes.

---

(23) Ceniceros, José Angel. Trayectoria del Derecho Penal Contemporáneo. Op. Cit. Pág. 37.

## CAPITULO II

### LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, SU CONFIGURACION COMO INSTITUCION JURIDICA DEL DERECHO PENAL

- A).- LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD  
EN EL DEVENIR HISTORICO
- B).- INSTITUCIONALIZACION JURIDICA  
DE LA PENA PRIVATIVA DE  
LIBERTAD
- C).- SURGIMIENTO DE LA PRISION
- D).- LA PRISION EN MEXICO

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD, SU CONFIGURACION COMO INSTITUCION JURIDICA DEL DERECHO PENAL.

En principio, cabe precisar que la pena se divide en corporal y no corporal. Son penas corporales, además de la capital, la de azotes, vergüenza, bombas, galeras, minas arsenales, destierro, prisión o reclusión. No corporal es la pena pecuniaria.

Debe atenderse al fin que la pena se propone y asimismo a la materia sobre la cual recae.

De acuerdo con el primer criterio, las penas se dividen en penas de intimidación, dirigidas a individuos aún no corrompidos, en quienes existe aún el resorte de la moralidad y que deben ser reforzados por la pena. Las penas de corrección son las que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente y, finalmente, las penas de eliminación o seguridad son aquéllas que se aplican a criminales incorregibles y peligrosos, a quienes, por seguridad social, debe colocarse en situación de no causar daño a los demás.

Atendiendo a la materia sobre la cual recae la aflicción penal, se divide en corporal, si recae sobre la vida o integridad física del reo; la privativa de libertad, consistente en privar al reo de su libertad física; restrictivas de libertad, que limitan la libertad física del reo, especialmente en lo tocante a elegir su lugar de residencia. Las privativas o restrictivas de derechos -

públicos o de familia; y, por último, las pecuniarias, que recaen sobre la fortuna del reo.

Partiendo de la base que la pena corporal es - - aquélla que afecta directamente a la persona de quien la - sufre, en su vida, integridad física, en su honor o en su libertad, ya sea privándole totalmente de ella o militando la a determinado lugar; de lo anterior sólo se analizará - de las penas corporales, la Pena Privativa de Libertad, ya - que es en ésta donde se aplican más claramente el sentido, la justificación y los fines de la pena, principios que -- particularmente se abordarán en el capítulo posterior por - ser esencialmente los fines atribuidos a la pena el objeti - vo del presente trabajo.

#### A).- LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DEVENIR HISTORICO.

La pena de prisión no cuenta con una larga histo - ria como por ejemplo la pena de muerte y la pena de azotes, ello en virtud de que el encierro en la antigüedad, descan - saba en otras razones; a saber: Las prisiones eran lugares en donde se aguardaba la aplicación de otras penas o bien, el pago de un rescate. Se encerraba en prisión a las per - sonas que iban a ser ejecutadas o bien, a personas de san -

gre real o de importancia política.

Así es como Elías Neuman distingue cuatro períodos en la evolución de la pena privativa de libertad. (24).

1.- Período anterior a la sanción privativa de libertad. El encierro constituye el medio de asegurar la persona física del reo para su ulterior juzgamiento.

2.- Período de explotación. El Estado advierte que el condenado es un no despreciable valor económico. - La privación de libertad es un medio de utilizar al reo - en trabajos penosos.

3.- Período de corrección y moralización. Es - la época de las instituciones correccionales del siglo -- XVIII y principios del siglo XIX.

4.- Período de readaptación social y moraliza-- dor. Descansa sobre la base de la individualización pe-- nal; el tratamiento penitenciario y post-penitenciario.

Con base en esta división histórica, se hará -- una reseña del desarrollo de la pena privativa de liber-- tad.

En la antigüedad se desconoció casi por comple-- to la pena privativa de libertad, aunque desde tiempo in-- memorial existió un tipo de encierro.

---

(24) Neuman, Elías. Prisión Abierta. Ediciones De Palma.- Buenos Aires 1962. Pág. 7.

En la Biblia encontramos algunos ejemplos de este encierro. Se puede citar el pasaje de José recluso por sus hermanos en una cisterna (Gén. Cap. XXXVII), o bien, el de Jeremías que es acusado por unos campesinos de ser alarmista y derrotista. En castigo le bajan con unas cuerdas a una fosa. Ahí yace en medio del lodo, sin pan, hasta que es rescatado por treinta hombres (Jeremías, XXXVIII).

El utilizar el encierro como una antecámara para el suplicio, fue una práctica muy empleada en los países del Oriente, como China, Babilonia, Persia, Egipto, Arabia, India, Japón e Israel.

En Grecia, Platón en el tercer libro de sus Leyes, distingue entre los crímenes extraordinarios, cuyos autores deben sufrir la muerte civil, y aquéllos que deberían merecer la pena de corrección y que, por tanto, debía hacerse efectiva en un establecimiento especial. Al detenido sólo podían acercarse los miembros del "círculo nocturno", sociedad filantrópica que se encargaba de enseñar a los reclusos. Fue también utilizada como acto previo a la pena de muerte. Al efecto, debe recordarse el pasaje del maestro Sócrates recluso en prisión, lugar adonde llegan sus discípulos a pedirle que huya y él se niega, aceptando acatar la sentencia de muerte.

En Roma existieron mazmorras sobre las cuales se levantaban uno o dos pisos de superestructuras y ampliaciones. La cárcel Mamertinus o Tuliana es un ejemplo de ello. Según versión de Plutarco, ahí se encerraba a enemigos políticos como el rey de los númidas, despojado de sus vestiduras y joyas, fue arrojado a la húmeda obscuridad. La historia del cristianismo relata que el apóstol Pedro hizo brotar ahí una fuente para aliviar la sed de los prisioneros, estando él también encerrado, y con esa misma agua bautizó después a sus compañeros de suplicio.

El Ergastulum, era la cárcel privada que existía dentro de las casas y donde el pater familias podía castigar las indisciplinas de sus hijos o esclavos, temporalmente o perpetuamente.

La definición de esta pena según Ulpiano es -- "Carce ad continendos hominines non ad puniendos haberi debet" (Digesto, 48-19, Párrafo 9).

Para Elías Neuman, la pena privativa de libertad, fue desconocida como tal en la edad media, el encierro, al igual que en Roma, tenía como finalidad mantener al reo detenido, hasta en tanto se le juzgaba y se le imponía una pena más cruenta. (25)

La cárcel en la Edad Media, escribe Von Hentig,

---

(25) Neuman, Elías. Prisión Abierta. Op. Cit. Pág. 15.

"era asunto del arbitrio de los príncipes o de las ciudades, ordenada en función de la procedencia social; una medida secundaria que podía redimirse por dinero u otras -- prestaciones. La pena de cárcel se encuentra allí donde la pena de muerte o de mutilación era excesiva para gente principal, o el destierro era muy poco para el extranjero". (26).

El derecho canónico introdujo la pena dentro de los monasterios, para los clérigos que hubiesen violado -- las normas eclesiásticas y en eso consistía la "Detrusio in Monasterium".

La celda monacal era hecha a propósito para el encierro, y mejor aún un ala de celdas pequeñas llamadas "carcer" o "ergastulum". El aislamiento producido por -- las paredes de la celda quedaba robustecido, por consiguiente, con un distanciamiento considerable de las otras celdas.

Entre los cluniacenses, en el año 1000 de la -- era cristiana, la celda era un aposento subterráneo, sin puertas ni ventanas, al que se descendía por una escalera angosta. En otras órdenes religiosas se permitía una pequeña ventana que dejara entrar un rayo de luz, para que

---

(26) Von Hentig, Hans. La Pena. Editorial Espasa Calpe, - Madrid 1967, Tomo II, Pág. 199

los hermanos pecadores pudieran leer el breviario y los Libros Sagrados.

Dentro del Sistema Penitenciario monacal hubo prisiones más cruentas, es el caso de los "Vade in Pace". El primero de ellos fue construido en el siglo XII por el abate del monasterio de San Marino Dei Campi. Quienes ahí ingresaban no volvían a ver la luz. De ahí el lapidario "vade in pace". Según un informe que presentó el vicario general del Arzobispo Esteban de Touluse, en Aviñón, al rey de Francia en 1350, se decía que en algunos conventos existían cárceles tenebrosas. Los que incurrían en la pena "vade in pace" concluían sus días atormentados. La paz era, según Kraus, "la muerte que no se hacía esperar. (27)

La Torre de Londres, fue dentro de las prisiones estatales de la Edad Media una de las más célebres. Similares a ella se pueden mencionar, la Bastilla de París y el Castillo de Egelsburgo. Quizá la más antigua fue la Torre de Londres. El inicio y punto central de las edificaciones fue el baluarte normando conocido hoy como la "torre blanca". Tenía cuatro pisos y bajo de ellos el sótano, a nivel inferior del piso natural. Care

---

(27) Citado por Von Hentig, Hans. Op. Cit. Pág. 200.

cían de puertas y ventanas, con poca ventilación por el techo, por el cual se descendía. Como construcciones añadidas a la torre estaban las habitaciones del rey, la casa de la moneda, el jardín de la reina y la iglesia de -- San Pedro. Ahí, según la costumbre guardaba el rey sus tesoros, igual que en la Bastilla.

La Torre de Londres que se encuentra a orillas del Tamesis y la Bastilla, que se halla a la orilla del Sena, se dice que originalmente eran torreones destinados a proteger la ciudad de los ataques de piratas. En cada una de sus torres podían alojarse hasta treinta y dos presos y el término medio total alcanzaba los cincuenta.

Las casas "Consistoriales" fueron famosas en -- Alemania, éstas se construían entre la cámara del tribunal y la cámara del tormento. La Casa Consistorial de -- Nuremberg, fue llamada del Sacro Imperio, se componía de unos subterráneos que conducían a unas setenta celdas. Tenía además una alta y abovedada cámara, llamada "capilla", destinada al atormento; contenía también un taller de herrería para fabricar las cadenas y utensilios de tortura.

Hasta la segunda mitad del siglo XVI fue cuando aparecieron las primeras prisiones de tipo correccional. -- La más antigua fue la "House of Correction", fundada en -- Inglaterra en 1552. A ella le siguieron otras similares.

en Oxford, Gloucester y Salisbury.

En Holanda los disturbios religiosos, las largas guerras, las desastrosas expediciones militares, la extensión de núcleos urbanos, la crisis de las formas feudales, habían ocasionado, hacia fines de la Edad Media, un aumento considerable de la criminalidad. Esto dio lugar a que en Amsterdam se erigiera en 1596, el primer establecimiento correccional de la Europa Continental.

Consistía en casas de trabajo donde se enviaba a los mendigos, holgazanes, vagabundos y pequeños ladrones. El Rasphuys era para varones y el Spinhes para mujeres. En el Rasphuys se trabajaba la madera y por su parte las mujeres hilaban lana, terciopelo, o bien, raspaban tejidos.

La finalidad de corrección era completada con la inflicción de duros castigos al menor síntoma de indisciplina. Menudeaban los azotes, los ayunos y la horrible -- "celda de agua" en la cual el recluso sólo salva su vida achicando con una bomba su celda invadida de agua que amenazaba con ahogarle.

Al principio era necesario un mandamiento del -- tribunal. Más tarde vino un internamiento administrativo, o petición de la familia. Era, en resumen, una especie de terapia por el trabajo, el castigo y la reclusión.

El Papa Clemente XI en Italia creó el hospicio -

de San Miguel, en Roma. Albergaba para su corrección a jóvenes delincuentes y, a su vez, era asilo de huérfanos y ancianos. El lema de esta institución era: "No es bastante constreñir a los perversos por la pena, si no se les hace honestos por la disciplina".

Era obligatorio el trabajo, el aislamiento, el silencio y la enseñanza religiosa. Las penas disciplinarias eran muy severas.

Las galeras se instituyeron en España, era el lugar donde se llevaba a ciertos delincuentes rescatados de la pena de muerte. Los penados o galeotes manejaban los remos de las embarcaciones y el Estado, sirviéndose de ellos mantenía su preponderancia naviera. Puede decirse que las galeras eran verdaderas prisiones flotantes.

Contemporáneamente a las galeras existieron en la península Ibérica los presidios militares para prestar el servicio de las armas o el cuidado de las fortificaciones. En Madrid y Granada se crearon galeras para mujeres denominadas "casa de las galeras", destinadas para condenadas por vida licenciosa, prostitución y proxenetismo. Al ingresar se les cortaba el cabello, la comida era misérrima y el trabajo infernal. Si por cualquier razón escapaban, si eran recapturadas se les marcaba con un hierro candente el escudo de armas de la ciudad en la espalda.

En Estados Unidos, en la ciudad de Williamsburgo (Virginia) en 1740 se implantó el sistema correccional, donde hubo una prisión municipal que aún existe; era preventiva y ahí se encerraba a los condenados que no merecían pena de muerte, y posteriormente a los enfermos mentales y a los deudores.

En Filadelfia, había otra prisión llamada Walnut Street Jail, creada en 1776, encerraban a veinte o treinta presos en la misma habitación, no había separación por edades y los presos estaban casi desnudos, porque los reos cambiaban frecuentemente la ropa que les enviaba la sociedad de prisiones por ron.

Fue hasta 1829 cuando se creó la Eastern Penitentiary, en donde se aplicó el sistema de aislamiento de presos y se les encomendaron trabajos que en su mayoría eran carentes de sentido e improductivos. Existía la creencia de que el trabajo era contrario a un real recogimiento y arrepentimiento.

Cerrado a todos los influjos del mundo exterior, animado por convertirse en un hombre nuevo, el penado tenía que purificarse a través de la reflexión, los buenos deseos y el silencio. Este régimen, por sus características de recogimiento, fue llamado celular.

Charles Dickens visitó esta prisión en 1842 y -

reveló al mundo de su época su sistema inhumano. "Los -- funcionarios desconocían tanto el nombre como la duración de la pena, aunque diariamente tenían que llevarles la co mida. Sobre las celdas había un número, el mismo que figuraba en el libro del director y el instructor moral. Es te número era la clave de su historia". (28).

El régimen celular fue un fracaso y de la separación mecánica por gruesas paredes se pasó a la separación vigilada por seres humanos, exigiéndose el silencio absoluto. Sin embargo, más tarde, se autorizó la comunicación entre los reos por momentos breves.

El egoísmo desenfrenado afirma Von Hentig, -- "lejos de pensar en el bien común, tiró las riendas en -- sentido contrario al que convenía a los fines superiores del Estado". (29).

Fue a partir del gran Beccaria y de John Howard, autor de una obra inmortal, "State of Prisons", que se -- inicia la etapa humanizante de la pena privativa de libertad. Howard, avocó toda su vida al estudio de las cárceles, misión que lo llevó a recorrer gran parte del mundo y quien a través de su obra empeñada en buscar una so-

---

(28) Citado por Von Hentig, Hans. Op. Cit. Tomo II, Pág.-226.

(29) Von Hentig, Hans. La Pena. Op. Cit. Pág. 228.

lución a los atroces padecimientos de los presos, quien encabeza el movimiento de reforma carcelaria.

Howard crea una fórmula básica: Aislamiento, -- trabajo e instrucción. Cada una de estas palabras, como afirma Neuman, constituyen los acápites incommensurables de la vida del hombre en prisión y si bien hoy son planos que resultan habituales, consabidos y hasta teóricamente superados, en la época en que él los lanzó fueron excepcionalmente revolucionarios. (30)

Howard estableció reglas tan importantes como la del trabajo común de los presos en talleres, por una jornada no mayor de diez horas. A la instrucción le asigna una importancia decisiva, igual que la moralización a través de prácticas religiosas. A la sanción premial le da una importancia inexistente en aquella época.

Con su influencia se crean en Inglaterra las -- llamadas Penitentiary Houses, entre las que destacaron -- Horsham (1779), Petnorth (1785), Gloucester (1785) y Milbank (1816). El parlamento votó una ley en la que se estableció que el derecho de encarcelaje y la carga de los -- guardas están a cargo del Estado.

Posteriormente Jeremías Bentham, en 1802, en su

---

(30) Von Hentig, Hans. La Pena. Op. Cit. Pág. 49.

obra "Tratado de la Legislación Penal y Civil", aportó importantes ideas al derecho penitenciario, ejerciendo marcada influencia en la arquitectura penitenciaria, que se materializó en edificios más prácticos y humanos.

El tipo de prisión sugerido por Bentham se denominó "el panóptico" y era un enorme edificio circular, cubierto con un gran techo de cristal. La prisión era de tipo celular, siendo cada celda compartida por varios presos.

Las reglas básicas del sistema panóptico fueron, la dulzura en el trato, la severidad cuando era necesaria y la economía. La base del sistema descansa en una finalidad eminentemente correctiva, que llega al límite de liberar al preso reformado y protegerlo en su reingreso a la vida social.

Las ideas de Bentham no fueron acogidas de inmediato en Inglaterra. Fue en Estados Unidos, en 1800, en que se creó la prisión de Richmond, con cierta semejanza con el panóptico. En 1919, en Illinois, se construyó la prisión de Stateville, siguiendo los planes arquitectónicos de Bentham.

Posteriormente, con la influencia de las ideas de Lombroso y de Kraepelin, que pusieron de relieve los desequilibrios psíquicos que conducen al delito, se hizo

especial hincapié en los criterios de clasificación de los presos, fundados en la igualdad de los delitos, la longitud de la pena y la situación legal del delincuente. Pasan así a la historia los castigos de azotes, los grilletes y cadenas, la costumbre de rapar a los presos y los vestidos infamantes.

B).- INSTITUCIONALIZACION JURIDICA DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

Una vez reseñada la evolución de la pena privativa de libertad en el devenir histórico y fijadas algunas pautas del conocimiento global de la prisión, ahora de todo ello, desentrañaremos los diversos factores que influyeron en la configuración de la pena privativa de libertad en institución jurídica del Derecho Penal.

Y, así tenemos que los períodos en la evolución de la pena privativa de libertad, que precisados quedaron en el apartado que antecede, desde nuestra perspectiva los enfocaremos en tres etapas distintas a la función punitiva instrumentada, dirigida a la privación de la libertad: La primera etapa del encierro y aseguramiento como formas de cuasi-prisión. La segunda etapa de la explota--

ción de la mano de obra. Y, la tercera, etapa de humanización de la justicia penal.

En la Primera Etapa del Encierro y Aseguramiento como Formas de Cuasi-Prisión, debe precisarse que en la antigüedad no existió la prisión como pena propiamente y sólo se conoció el encierro en pozos aplicados por diversas razones. En Grecia y Roma se aplicaba por deudas de carácter civil. No obstante, en la etapa efervescente de los castigos corporales se le dio utilidad como antesala de aseguramiento y contención de la persona que iba a ser sometida a suplicios y a pena de muerte. Cuando se aplicaba la tortura para averiguar la verdad, las casas de aseguramiento y las cámaras de tortura estaban unas al lado de otras. Esta primera forma de utilización de la privación de la libertad para el aseguramiento de la persona es el antecedente directo de la detención preventiva. En este sentido se conoció en Oriente y Medio Oriente, -- China, Babilonia, Persia, Egipto, Arabia, India e Israel, como antesala del tormento.

Cabe advertir, que no constituía legalmente una sanción, ni se consideraba como una pena, pero de facto -- la detención preventiva era ya una pena, (como acontece -- en la realidad, que en las prisiones la mayoría de los reclusos están en detención preventiva, y por ello la pena\_

privativa de libertad y la detención preventiva de hecho\_ cumplen una misma función). Sin embargo, esta forma de - detención no se puede considerar como un principal antece\_ dente de la prisión aunque haya sido una práctica puniti\_ va constante que inspiró la restricción de la libertad.

La prisión destinada a los infractores de la -- ley penal heredó también algo del encierro monástico para los pecadores. El enclaustramiento es un vestigio poco - significativo de la pena privativa de libertad, ello en - virtud de que como quedó precisado con anterioridad los - religiosos instrumentaron el encierro a fin de sancionar\_ los actos pecaminosos, consistente en el aislamiento to-- tal del sujeto a efecto de obligarlo a la meditación y a\_ la penitencia para expiar su pecado. Su influencia al de\_ recho se advierte en la penitencia del encierro a fin de\_ compungnar su falta, que pasa al derecho común convertida\_ en sanción privativa de libertad represiva de los delitos comunes y por su carácter vindicativo. La celda monacal\_ del siglo X llamada también carcer o ergastulum, eran pe\_ queños aposentos subterráneos, sin puertas ni ventanas a\_ las que se descendía por una escalera, semioscura y sólo- con luz suficiente para la lectura de los libros sagra- dos; la oscuridad, el ayuno, el rezo y ocasionalmente -- la fustigación eran parte de la penitencia. En algunos -

conventos existieron cárceles tenebrosas dotadas de cadenas para sujetar a quienes perdían la razón.

De esta forma el pensamiento eclesiástico fundamentó la corrección del individuo en la oración, en el -- arrepentimiento y en la contrición, y no en el castigo fisico.

Es importante determinar, que tanto la detención preventiva como el encierro monástico son prácticas punitivas que se desarrollaron paralelamente a los castigos corporales, y destacar asimismo que estas prácticas se -- consideran elementos contingentes al surgimiento de la -- prisión, dado que resulta incuestionable la influencia, -- que aún en la actualidad caracteriza a la prisión, estas formas privativas de libertad.

Ahora bien, en relación a la Segunda Etapa, de la Explotación de la mano de obra, debe decirse, que entre los siglos XVI y XVII en varios Estados europeos se -- aprovechó la mano de obra de los sentenciados a muerte, -- las prácticas anteriores de aniquilar a los delincuentes en la mayoría de los casos, varió en esta época y se pensó en utilizar esa fuerza humana en diversos servicios, -- revalorizándose a la persona humana y adquirió significación su fuerza productiva. Y, así tenemos que, en principio los países marítimos conmutaban la pena de muerte por

las galera (a las que se hizo referencia en párrafos precedentes) servicio consistente en manejar los remos de -- las embarcaciones; después cuando ya se descubrió la fuerza motriz del vapor se obsoletizaron las galeras y se -- transformó esta pena en presidio en los arsenales, y ob-- viamente al dejar de ser útiles los hombres para la mari-- na fueron enviados al presidio militar a fin de realizar\_trabajos en las armas o bien de fortificación; reprimiéndose a los vagabundos y miserables que deambulaban por -- las ciudades, la prostitución se castigó a trabajos forzados y los niños huérfanos fueron puestos a trabajar; utilizando el destierro como forma de conmutación de la pena de muerte para colonizar los territorios conquistados en\_ultramar, siendo los convictos los primeros colonizadores en América y sustituyéndolos hasta cuando tuvo auge la -- venta de esclavos.

La religión luterana y calvinista fue decisiva\_en el surgimiento de las casas de trabajo para mendigos y vagabundos en Inglaterra y Holanda; basada en su filoso-- fía ascética del trabajo y del ahorro, que constituye un\_factor importante en el nacimiento del capitalismo. Con\_el deterioro general de las condiciones de vida se pobla-- ron las ciudades con gente miserable y hubo necesidad de\_promulgarse leyes para el tratamiento de esa masa probla--

cional ociosa. Precisamente las disposiciones preventivas que se dictaron tienen un parangón actual en el tipo penal de vagancia y malvivencia, a los miserables modernos. Se reprimió la vagancia y la desocupación con trabajo y se incorporó a la producción esta mano de obra barata, aprovechándola los empresarios que arrendaban al Estado las casas de trabajo; los salarios en estas casas eran tan bajos que los obreros preferían vivir de la caridad. Como la rentabilidad del trabajo obrero era poca y la emigración de los campesinos a las urbes demasiado rápida, - trajo como consecuencia un exceso de población desocupada y miserable que al no tener alternativa de sobrevivencia se dedicaban al bandidaje.

Razones por las cuales hubo la necesidad de tomar nuevas medidas a fin de controlar a esa población desocupada, y obligando a los individuos aptos a trabajar, surgiendo de esta forma en el siglo XVI las casas correccionales de Inglaterra (Bridewell en Londres, 1555, primera casa de corrección) y Amsterdam (Holanda desarrolló este tipo de trabajo, debido a que las condiciones de su capitalismo floreciente eran propicias para la explotación de la mano de obra).

El Rasphuys holandés del siglo XVII fue el prototipo de las antiguas casas de corrección, cuya función

fundamental fue enseñar la disciplina capitalista de producción. (31). Dentro de este proceso manufacturero en las casas de corrección el dogma del trabajo y la aceptación de la ideología protestante era más importante, en un primer momento para lograr adiestramiento y posteriormente para la explotación de la fuerza de trabajo; esto es, "se somete al individuo a la ideología burguesa y se le disciplina para la producción". (32)

La forma de adiestramiento de la población desocupada, en las casa de trabajo del período mercantilista, es en consecuencia el modo de explotación del trabajo en las casas de corrección. Cabe destacar que estas casas de corrección eran concesionadas por el Estado a empresarios particulares, de ahí el especial interés no en la corrección, sino en la explotación racional de la fuerza de trabajo, aceptando con beneplácito la mano de obra de los delincuentes, que, junto con miserables y vagabundos conformaban su población laboral.

Con la revolución industrial variaron las condiciones en el mercado de trabajo, el maquinismo desplazó -

---

(31) Melossi, Darío; Pavarini, Massimo. "Cárcel y Fábrica. Orígenes del Penitenciarismo". Siglo XXI Editores. - México 1980. Págs. 35, 36, 37, 41 y sgts.

(32) Idem. Op. Cit. Pág. 42

al hombre y se derrumbaron los salarios, la oferta de mano de obra barata y el exceso poblacional de inmigrantes hacía muy difícil la situación de supervivencia de los pobres. La máquina transformó los sistemas de producción y sustituyó al hombre, y a fines del siglo XVIII ya no era costearable el mantenimiento de las casas de corrección.

Consecuentemente la fábrica reemplazó a la casa de corrección, la fuerza de trabajo libre redituaba mayores ingresos económicos, la casa de corrección cayó en decadencia porque otras formas de explotación fueron más rentables. Pero quedaba por resolver la situación de esa gran masa de desocupados depauperizada y de la creciente criminalidad. La clase dirigente se sintió tentada a retornar a los mecanismos más severos para controlar a la población, pero era necesario buscar un método ideal para la contención de la criminalidad progresiva.

Es importante determinar que en esta época, en el ámbito jurídico-penal, la pena tenía como finalidad la retribución fundamentada en la capacidad de culpabilidad del sujeto, que presupone el libre albedrío, y, así entendida la pena retributiva persigue la realización de la justicia y el orden social, sin embargo, debe destacarse que la pena en esta prolongada etapa de la humanidad cumplió funciones diferentes a las asignadas por el Derecho.

En la Tercera Etapa de Humanización de la Justi

cia Penal, el "Espíritu de las Leyes" de Montesquieu publicado en 1748 es la base sólida en la construcción del moderno Derecho Penal, da al saber jurídico: la independencia del poder judicial respecto del ejecutivo; la colgiación de los jueces; la institución del Ministerio Público; la crítica al exceso inútil de las penas; la justa armonía de éstas con los delitos y la censura al absurdo de la tortura. (33). Tuvo también influencia el "Plan de legislación criminal", de Marat de 1779, ello con base a que aporta la fijación de penas justas. "Deducir el delito del castigo es la mejor manera de proporcionar el castigo al crimen. Si aquí reside el triunfo de la justicia, reside igualmente el triunfo de la libertad, ya que no -- procediendo las penas de voluntad del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, se deja de ver al hombre haciendo violencia al hombre". (34).

En 1764 aparece el libro "De los delitos y de las Penas" del ilustre César Bonesana, marqués de Beccaria, reformador del derecho penal. Se divulgó su obra rápidamente e inspiró a las legislaciones de la época e influyó en las reformas penales de los ilustrados de -

---

(33) Montesquieu. *Esprit des lois*. Citado por Costa Fausto. "El delito y la pena en la Historia de la Filosofía". Pág. 101.

(34) Marat, Joan Paul. "Plan de Legislación Criminal". Citado por Foucault, Michel. Op. Cit. Pág. 109.

su tiempo, estimaba que para que una pena produzca su -- efecto, basta con que el mal de la pena exceda el bien -- que nace del delito. Censuró la crueldad de las penas y la tortura, consideraba que las penas debían ser adecuadas al daño causado y sostuvo la abolición de la pena de muerte. El pensamiento de Beccaria no declina por la prisión como principal forma de sanción penal, así se demuestra con el fin que otorgó a la pena "El fin de las penas no es el de atormentar o afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido". (35).

La pena para Beccaria tiene carácter utilitario y su fin principal es lograr con su aplicación el bien común y la protección del interés general. Nunca sugirió -- que las penas debían atormentar el cuerpo del recluso y -- sólo admitió la prisión como sustituto a la pena de muerte, a la cual siempre se opuso. Asimismo, sostuvo que -- "el freno para la comisión de delitos no es la crueldad -- de las penas sino su infalibilidad". (36)

(35) Beccaria, Cesare. "De los delitos y de las Penas". -- Edición Crítica y bilingüe. Editorial Arayú. Buenos Aires 1955. Págs. 148 y 250.

(36) Idem. Op. Cit. "De los delitos y..." Pág. 176. Asimismo Del Pont, Marco. "Penología y Sistemas Carcelarios". Tomo I. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1982. Citando a Beccaria afirma que el fin de las penas es evitar la reincidencia y de que otros cometan delitos, "para que impresionen en los ánimos de los hombres y no atormenten sus cuerpos". Pág. 53. También en este sentido Norval, Morris. "El futuro de las Prisiones". Siglo XXI Editores. 1a. Edición. México 1978. Pág. 21, que cita a Beccaria.

Siguiendo los postulados de Beccaria, los ilusionistas consideran que la pena debe reunir caracteres de divisibilidad, certidumbre, igualdad, analogía con el delito, eficacia contra el poder de dañar, y eficacia con relación a la enmienda. (37)

Este período de humanización de la justicia penal es el punto de ruptura del derecho penal de lágrimas y sangre, así como el surgimiento del derecho penal moderno. El pensamiento de estos hombres humanistas influyó para que se proscribieran en las legislaciones penales los suplicios, - la tortura y la pena de muerte; todos ellos dirigieron sus impulsos a alcanzar una justicia más humana, rescatar la -- dignidad del hombre, el respeto a la vida, a la libertad, a la igualdad, de adecuar las penas y hacerlas más benévolas - y limitar el poder de castigar del Estado.

No es creación de ellos la pena privativa de li-- bertad, su pensamiento humanitarista fue utilizado por la - burguesía, en ascenso del siglo XVIII y por quienes dirigían la política represiva de la época (la aristocracia). Las - autoridades y empresarios dejan a un lado la pena de muerte y las penas corporales que conmutan por un "quantum de li-- bertad". Así se fortalecieron las ideas de Beccaria, de -- Montesquieu, de Howard, al encontrar la coyuntura favorable

---

(37) Costa, Fausto. "El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía. Op. Cit. Pág. 109.

para convencer al mundo de que la pena privativa de libertad era el medio de sanción más humano y atribuyeron a aquéllos la idea, que decoraron con los principios de legalidad y taxatividad.

Y, hasta este momento advertimos que la pena privativa de libertad se convierte en el núcleo de todos los sistemas punitivos y eje de las legislaciones penales con--temporáneos; sin embargo, este aspecto no quedaría concluido si no se analizan los requisitos que debe reunir la pena privativa de libertad a fin de ser considerada como institución jurídica.

Así tenemos, que estos requisitos suponen ciertas características para tener significación, tales como: organización, coactividad y referencia a valores. Ellos les vienen dados por su legitimidad en el marco de un Estado de Derecho. La legitimidad, en sentido formal, alude a la procedencia de una norma o acto del órgano que tiene el poder social para producirlo, y, la legitimidad material se refiere a la coherencia del contenido de la norma con los valores (bienes jurídicos) morales o políticos, esencialmente con la libertad y la justicia.

Entendido así, "la pena como institución jurídica participa de estos mismos caracteres, en cuanto que constituye la utilización de la fuerza para obligar al cumplimiento de las normas penales, requiere de una organización que la aplique y que la haga cumplir y supone una ponderación de los valores o bienes jurídicos de la sociedad o de sus -

miembros, que se protegen mediante una limitación de otros valores o bienes jurídicos pertenecientes al infractor de la norma. Las normas penales, para ser aceptadas por la comunidad, han de ser legítimas y válidas, en cuya consideración entrará, quizá con más intensidad que en otros sectores del ordenamiento, el principio de necesidad". (38)

Por lo que respecta a la pena privativa de libertad de acuerdo a los requisitos señalados, la organización está caracterizada por la distribución de funciones entre los poderes del Estado. Al Poder Legislativo le corresponde conminar con penas las conductas prohibidas en las normas penales concretas, es decir, se prescribe la prohibición y la sanción correspondiente. Al Poder Judicial corresponde la aplicación de las penas específicas a los casos concretos, por medio del proceso penal correspondiente. Al Poder Ejecutivo corresponde la ejecución material de las penas.

La coactividad jurídica, en cuanto a la pena, se traduce en la concepción de ésta como una obligación jurídica positiva. En realidad, "debe ser concebida como una relación jurídica, es decir, un entramado de derechos y debe-

---

(38) Bueno Arus, Francisco. "La dimensión jurídica de la pena de prisión". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XL, Fascículo I. Enero-Abril, 1987. Madrid. Pág. 16.

res recíprocos entre el Estado y el condenado", (39) ya que por una parte se definen los derechos y deberes del interno, y de otra las correlativas potestades y prestaciones de que la Administración está obligada a proporcionar a los penados.

En cuanto a la referencia a valores (bienes jurídicos), podemos afirmar que los valores fundamentales relacionados con la pena privativa de libertad son los de seguridad, justicia y libertad. La seguridad aparece como un requerimiento irrenunciable de la sociedad y por ello, con la prisión se pretende proteger al grupo social de la delincuencia, la seguridad tiene su fundamentación en el principio de legalidad, entendido éste no sólo en cuanto a la determinación de los delitos a los que es aplicable la pena de prisión, sino también en lo relativo a las garantías inherentes al condenado. El valor de la justicia, aplicable a la pena privativa de libertad, supone que ésta debe orientarse por el principio de proporcionalidad, de acuerdo a la gravedad del delito y la culpabilidad del sujeto. El valor de la libertad, se fundamenta en el principio de intervención mínima según el cual exige que la libertad no se res-trinja sino en la medida de lo indispensable.

Vistas estas características de la pena privativa

---

(39) Ibidem. "La dimensión jurídica...". Pág. 19.

de libertad, tal parece que, en el contexto de los Estados democráticos, la institucionalización de ésta, entendida como la pena privativa de libertad por excelencia, tiene clara fundamentación legal, lo cual le permite configurarse en el eje del sistema penal.

Debe señalarse, que esta larga historia de la pena privativa de libertad nos ha permitido demostrar de que forma todo sistema económico "produce" su propio sistema punitivo, a fin de proteger sus intereses más valiosos, a la vez que toda práctica punitiva lleva el sello de una particular forma de control según las necesidades del grupo hegemónico en el poder estatal. Desde luego, sin perder de vista que toda obra humana surge en un contexto histórico y -- cultural que incorpora elementos al objeto producido.

Así de esta manera hemos podido reconocer el surgimiento de la pena privativa de libertad y su institucionalización jurídica, entendida como una realidad socio-histórica.

#### C). SURGIMIENTO DE LA PRISION.

Desde los primeros tiempos en la historia humana, se presenta la privación de libertad como obstáculo para el desplazamiento y libre realización del hombre como ya se hizo referencia con anterioridad, no era considerada un castigo importante, pues existían otras formas de reacción al de

lito y sólo adquiere relevancia cuando se descubre la explotación del hombre por el hombre y surge como sanción institucionalizada en la última década del siglo XVIII, en virtud de que es la práctica punitiva lo que da origen a la pena privativa de libertad, siendo el poder político quien la convierte en figura central del derecho punitivo.

Fueron varios los acontecimientos humanos concomitantes al surgimiento e institucionalización de esta forma de sanción penal. Las circunstancias que la rodean demuestran los múltiples factores que intervinieron en su configuración.

Hay varias explicaciones en cuanto a su creación, y la discusión acerca de su origen aún sigue siendo controvertida. Sin embargo, en este apartado se realizará un análisis de los eventos coyunturales en el surgimiento de esta institución y así poder entender cómo se configuró en institución jurídica.

Sin lugar a dudas, lo primero es la ubicación en el momento histórico del nacimiento de la prisión y las condiciones socio-económicas, políticas y culturales de la época que incidieron en su conformación.

Se ubica el nacimiento de la prisión a fines del siglo XVIII por lo siguiente: En principio, porque la Revolución Industrial estaba en su apogeo y junto con ella la burguesía en ascenso que paulatinamente desplazaba a la no-

bleza en el poder; los intereses económicos del floreciente capitalismo invadían el ámbito político con pretensiones de consolidarse como clase hegemónica del poder estatal. Luego, porque por una parte en el medio social surgió el proletariado, estrato humano marginal en los países con próspero desarrollo industrial, las grandes urbes de la época se sobrepoblaron y excedía la oferta de mano de obra y, por la otra, la Revolución Francesa había hecho explosión en 1789, caía la monarquía y se constituía la República, cuya soberanía residía en el pueblo, proclamándose la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de agosto de -- 1789). La Asamblea Nacional francesa promulgó su Constitución en 1791 y de ella emanó la legislación penal en la que se estableció, como sanción principal la prisión. (40)

En las relacionadas circunstancias, es por lo que en Inglaterra se desarrollaban estudios de la prisión, John Howard con actitud filantrópica dedicó gran parte de su vi-

- 
- (40) El proyecto de Código Penal que aprobó la Asamblea -- francesa fue elaborado por Le Petelier, pero hubo algunas inconformidades contra la pena privativa de libertad, entre ellas, la del diputado Chabroud, cuya expresión tiene validez actual: "De manera que si he traicionado a mi país, se me encierra; si he matado a mi padre, se me encierra; todos los delitos imaginables -- se castigan de la manera más uniforme. Me parece estar viendo a un médico que para todos los males tiene el mismo remedio". Chabroud, citado por Foucault M., Vigilar y Castigar, Nacimiento de la Prisión, Siglo XXI, Editores. Novena Edición. México, 1984. Pág. 121.

da a visitar las casas de corrección, cárceles y demás recintos de miserables y delincuentes. En 1776 publicó su obra titulada "El Estado de las Prisiones", dejando plasmado su humanitarismo y su deseo de humanización de las prisiones, denunciando las condiciones infrahumanas en que se encontraban los sujetos privados de la libertad. Conoció la problemática carcelaria de su época más que ningún otro, en su recorrido por las prisiones de diversos países pudo verificar las condiciones miserables de vida de los reclusos y el hacinamiento en los establecimientos carcelarios. Profesó la religión calvinista que inspiró su pensamiento; esa es la razón por la cual la reforma carcelaria la fundamentó en el aislamiento nocturno; el trabajo y la instrucción. El aislamiento evita la promiscuidad y las contaminaciones de carácter moral y físico; el trabajo es el medio de regeneración moral y quita al hombre del ocio; la instrucción se impartiría a través de la religión, al mismo tiempo se deberían mejorar los establecimientos y la alimentación de los reclusos. (41). Sus gestiones ante el gobierno inglés para la reforma de la prisión culminaron con la abolición del "derecho de carcelaje", suma que los encarcelados debían pagar a los carceleros por su estadía forzada en la prisión; y consiguió que el gobierno pagara a los -

---

(41) Neuman, Elías. Prisión Abierta. Op. Cit. Pág. 72.

guardias. Logró que se efectuaran transformaciones en la administración carcelaria, los magistrados judiciales nombraron a los carceleros y guardias. Es así como la campaña humanitaria de Howard en las prisiones influyó en las reformas de esa institución y es él uno de los pioneros del penitenciario enfocado a la edificación de establecimientos destinados al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Howard y Beccaria fueron contemporáneos, (42) ambos conocieron sus respectivas obras. El autor de "El estado de las prisiones" (1776) se concretó a la humanización del régimen de las prisiones y a su organización con finalidad correccional; la obra de Beccaria "De los delitos y de las penas" -- (1764) tuvo un sentido político y jurídico. La aspiración de ambos era la humanización de la justicia penal. (43)

Jeremías Bentham, filósofo y jurisconsulto inglés, creador del utilitarismo. Su concepción del orden jurídico lo llevó a sostener que no existían derechos subjetivos anteriores a la constitución del Estado, siendo posible construir un orden normativo midiendo los placeres y los dolores que serían base para determinar la utilidad de las leyes. Pudiendo estimar los placeres y los dolores en su in-

---

(42) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. Pág. - 308.

(43) Idem. Pág. 308

tensidad, duración, certidumbre, proximidad, fecundidad y - pureza, y tomando en consideración las circunstancias que - influyen sobre la sensibilidad; era posible clasificar las - formas de bien y mal político determinantes de la utilidad - pública, que no es otra cosa, que la "suma total de las fe - licidades particulares". (44). Así surge de su pensamiento utilitarista, el concepto de prisión, como un mal porque no produce felicidad a quien se le aplica, pero es un bien de de el punto de vista de la utilidad pública.

En sus obras "Tratado de Legislación Civil y Pe - nal" (París, 1802) y "Teoría de las penas y de las recompen - sas" (París, 1826) expone su pensamiento jurídico que influ - yó en la reforma penal de su país y en los legisladores del Código de Napoleón. En base a su filosofía y su actitud -- pragmática da a conocer el plano de su creación arquitectó - nica "el panóptico", diseñado para la construcción de un -- edificio circular, cubierto por un gran techo de cristal, - cuyas celdas estarían construidas de modo que formaran ellas mismas la circunferencia, con amplias ventanas con vista ex - terior al círculo y en donde se alojarían un máximo de cua - tro hombres. Su principal característica, y de ahí su gran utilidad, se advertía en la presencia de una torre central de vigilancia, situada en el centro del edificio que permi -

---

(44) Costa, Fausto, El Delito y la Pena en la Historia de - la Filosofía. Op. Cit. Pág. 107.

tía a un sólo hombre vigilar el interior de todas las celdas sin ser visto. (45)

El panóptico estaba planeado para aplicarse a la construcción de casas de corrección, prisiones, manicomios, fábricas, hospitales, escuelas y en general cualquier establecimiento similar. (46). De este modo Bentham se convierte en el artífice de la arquitectura penitenciaria.

El establecimiento para albergar a los reclusos - debía ofrecer seguridad y economía en el cuidado de los internos y perseguir al mismo tiempo una moralización de los sujetos que importe un entrenamiento para la forma de producción, toda vez que la enmienda del individuo se pretendía lograr por el trabajo. (47)

El pensamiento de los hombres de la ilustración - inspiraba las reformas sociales y sus obras habían trascendido en todos los ámbitos culturales; los conocimientos de estos reformadores y sus ideas llegaron a América.

En el continente las 13 colonias inglesas lograron su independencia, proclamada el 4 de julio de 1776 y -- adoptaron el nombre de Estados Unidos de América, promulgan

---

(45) Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Op. Cit. Pág. -- 333.

(46) Melossi, Darío; Pavarini, Massimo. Cárcel y Fábrica. - Op. Cit. Pág. 66.

(47) Sandoval Huertas, Emiro. "Penología". Parte General. - Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. - 1982. Pág. 94.

do su Constitución el 17 de septiembre de 1787.

Precisamente estos acontecimientos fueron la influencia para el surgimiento de la prisión, de ahí la razón de que los escritores los vinculan a sus estudios, haciendo más relevantes algunos y agregando otros, o bien, omitiendo los que les parecen intrascendentes.

Ahora bien, fueron tres las razones principales - por las que la prisión se impuso, a saber:

- a) Por la implementación de la prisión como pena sustitutiva a los castigos corporales y a la pena de muerte que - estaban siendo abolidos.
- b) Porque era un medio idóneo para la explotación del potencial productivo humano. Cuando fue necesaria la producción carcelaria, se les hizo producir (explotación activa) y cuando había excedente de mano de obra, se contenía a ese contingente desempleado en la prisión, inhabilitándolo para la producción e inocuizando su potencial productivo (explotación pasiva); y
- c) Para someter a los individuos a la política disciplinaria del Estado; disciplina para el trabajo y sometimiento al orden jurídico, es decir, "volver a los individuos dóciles y útiles". (48)

Es necesario, en principio, referirnos al surgi-

---

(48) Foucault, Michel. "Vigilar y Castigar". Op. Cit. Pág.-233.

miento en 1790, en Filadelfia, capital del Estado de Pensilvania, E.U.A., de la prisión celular edificada en el jardín de una vieja cárcel, Walnut Street Jail, cuya forma de purgar la pena se fundaba en el aislamiento celular, la meditación, la oración y el absoluto silencio.

También cabe precisar que con anterioridad, las trece colonias inglesas habían adoptado las formas punitivas europeas: casas de trabajo, casas de corrección, y además tenían en vigencia la legislación inglesa. Y, al consumarse su independencia promulgaron su Constitución y abolieron la pena de muerte y la tortura, y se encontraron ante la búsqueda del paradigma punitivo. El desarrollo industrial del floreciente capitalismo marcaba las pautas en las reformas sociales, por lo tanto debía pensarse en la productividad, en el lucro y, las casas de corrección ya no eran rentables, así que había que hacerlas menos gravosas o más productivas.

Como el empleo de la fuerza de trabajo del mercado libre era una mejor inversión, sólo quedaba como alternativa el reducir el costo económico de la institución y con ello su desaparición; esto es, se presentó como alternativa la prisión, que en un primer momento no incorporó el trabajo penitenciario.

Así las cosas, son los cuáqueros de Pensilvania, una secta de religiosos protestantes quienes en 1790, revo-

lucionan el penitenciarismo, dando origen con su obra a la primera institución destinada a purgar una pena privativa de libertad. Filántropos ascéticos, estos religiosos se hicieron cargo de las prisiones e impusieron su filosofía piadosa sustentada en el aislamiento, la reflexión y la penitencia para lograr el arrepentimiento y la reforma de la personalidad del recluso, no se incorporó el trabajo carcelario porque se tenía la convicción de que no era rentable. De esta manera, la prisión viene a ser "un reinvento de los cuáqueros norteamericanos". (49)

Muy pronto el penitenciarismo se difundió en la unión americana, así en 1796 se fundó una prisión en Newgate, en el Estado de Nueva York, en 1804 en Charleston del Estado de Massachusetts, y en Baltimore, en Maryland; en 1803 en Windsor, en el Estado de Vermont. En 1818 se aprobó una ley para la construcción de una penitenciaría en la localidad de Auburn, Nueva York, en este establecimiento se implementó el aislamiento celular nocturno, la oración, la meditación, el silencio absoluto y como nueva modalidad el trabajo penitenciario diurno. Este sistema se caracterizó por su régimen severísimo, pero tenía como argumentos a favor que abolía parcialmente el aislamiento celular e incorporaba a los reclusos al sistema productivo. Estas prisiones

---

(49) Morris, Norval. "El futuro de las prisiones". Siglo XXI Editores. 1a. Edición en español. México, 1978. Pág. 21.

nes fueron visitadas por eminentes personajes de la época y muy pronto el sistema penitenciario pensilvánico y auburnia no se difundieron por el mundo entero.

Y es en 1846, cuando en Francfort, Alemania, se - llevó a cabo el Primer Congreso Internacional de Prisión, - en donde la mayoría de los representantes de los países - allí reunidos declinaron en favor del sistema pensilvánico. Así es como queda constituida la prisión como sanción penal por excelencia y pronto se incorporó en las legislaciones - alemana, francesa, belga, holandesa y después universalmente.

#### D). LA PRISION EN MEXICO.

No podríamos finalizar este capítulo sin antes re ferirnos a la realidad de la prisión de México.

Así tenemos que durante la colonia las cárceles - fueron verdaderas fortalezas militares, como las de San - Juan Ulúa y Perote, que se conservaron en el México indepen diente.

Resulta interesante la historia de las primeras - cárceles de esta época. La de la Corte destinada a los pre sos, por delitos graves o la de la ciudad, destinada para - infractores leves. Existieron las Acordadas que durante el siglo XVIII fueron garantía de seguridad para las poblacio nes y caminos, como verdaderos cuerpos de policía que con -

frecuencia libraba combates con cuadrillas de bandoleros.

Miguel S. Macedo, distinguido historiador del derecho mexicano, sostiene que para los gobernantes y pensadores del siglo pasado, no pasó inadvertido el movimiento iniciado hacia finales del siglo XVIII en Inglaterra y Estados Unidos, con un Howard o un Bentham, y a pesar de que la reforma del sistema penitenciario por el trabajo fue el ideal de casi todas las administraciones públicas, como base de la seguridad y el orden social, durante mucho tiempo poco realizan estas administraciones por conseguirlo, porque las luchas políticas absorbían todas las energías nacionales.

Dice Miguel S. Macedo que: "Fueron dos elementos-perturbadores en la represión del delito, y por ende en la función de los establecimientos penales, la existencia de las penas de presidio y obras públicas y de servicio militar, y la participación que las facciones políticas, y aún las mismas autoridades constituidas, dieron a los presos en las revueltas políticas sacándolos de las cárceles para habilitarlos de soldados".

"La condenación a presidio o a obras públicas, -- aceptada en otros tiempos por las naciones más cultas, y que felizmente ha sido ya borrada de la mayor parte de las legislaciones, entre ellas, la mexicana, hacía necesaria la organización estricta y disciplinada de las prisiones, que podían reducirse a galeras en que los reos pasaran la noche,

y en este sentido impidió, sobre todo en la época colonial- que las cárceles adquirieran la forma y las condiciones que el derecho penal exige para ellas".

"Mal mucho más grave fue la consignación de los - delinquentes al servicio militar, uso que tiene sus orígenes en la misma época colonial, pero que limitado durante - ella a los viciosos y a los vagos, sin extenderse a los criminales propiamente dichos, se generalizó después de ella, - lo cual le hizo más peligroso aún, porque le dio por base - la arbitrariedad y el capricho de los jefes políticos y de - más autoridades subalternas. Erigir en pena el servicio militar ha sido, sin duda, una de las causas que han perturbado el orden social; el delito no ha sido reprimido como debería, ni el ejército ha podido merecer el respeto que susaltos fines reclama. Pero ha habido todavía un mal mayor, - el de la leva, y como un medio más rápido y eficaz la extracción de los presos de la cárcel, concediéndoles con - - ello un indulto tácito de su pena, cualquiera que fuese, ha constituido el medio de reclutamiento militar. Desde el - grito de insurrección, hasta los últimos pronunciamientos, - incluso el de la Ciudadela de México, en 1871, los jefes de la rebelión ocurrieron a sacar en masa a los presos y armar los, para el combate. Y esto fue hecho lo mismo para las - más trascendentales revoluciones, y por los nombres de todos los partidos, sin que dejaran de hacerlo, a veces, los-

mismos gobiernos, cuando apremiaba la necesidad del combate". (50)

La Ley contra la vagancia, de 20 de agosto de 1853, establecía que los mayores de 16 años que fueran detenidos por vagos debían ser enrolados en el ejército o en la marina de guerra y los incapacitados para el servicio militar eran reclusos en centros correccionales o en hospicios.

En 1848, siendo presidente de la República José - Joaquín Herrera, el Congreso General expidió un Decreto ordenando se construyera en la Ciudad de México cuatro clases de establecimientos: de detención y prisión de acusados; de corrección de jóvenes delincuentes; de reclusión de sentenciados; y por último, de asilo de liberados después de la prisión o reclusión.

Se creó para este efecto la Junta Directiva de Prisiones, encargada de vigilar y administrar la obra y el reglamento de prisiones.

Fue hasta 1881, cuando el Gobernador del Distrito Federal, don Ramón Fernández, designó una comisión especial que formuló un Proyecto de Reformas al Código Penal, que contaba, entre otras reformas, con la adopción de un régimen penitenciario específico.

---

(50) Macedo, Miguel S. México y su Evolución Social. Primer Tomo, segundo volumen. México, 1902. Pág. 69.

Así en 1885 se inició la construcción de la penitenciaría del Distrito Federal, que concluyó el arquitecto don Antonio M. Anza en 1897, inaugurándose el 29 de septiembre de 1900. Se creó igualmente la primera Junta de Vigilancia de Cárceles que se integró con tres distinguidos juristas: Miguel S. Macedo, Emilio Rabasa y Ricardo R. Guzmán.

Antes de ello habían funcionado la Cárcel de Belén y la de La Acordada, cuya historia se remonta a la colonia.

La cárcel de Belén fue terminada en 1686 por el Virrey Conde de Paredes, Marqués de La Laguna, ocupando el lugar en que antes se encontraba el Colegio de San Miguel de Belén, vulgarmente conocido como "de las mochas", compuesto de siete patios de los cuales el principal se conservó hasta principios del siglo XX.

En 1862 se convirtió en el Palacio de Justicia, en el que se instalaron los juzgados penales, para finalmente ser destruida en 1932.

En cuanto al Tribunal de la Acordada, se estableció primeramente en Chapultepec; de ahí se trasladó a lo que fue el Colegio y Convento de San Fernando y en 1757 ocupó un edificio sombrío en la calle de Calvario.

Esta institución subsistió hasta el año de 1812 en que quedó abolida por la Constitución de Cádiz de ese mismo año, quedando como simple prisión ordinaria hasta - -

1862 en que fueron trasladados los presos a la cárcel de -- Belén.

Tanto en La Acordada como en Belén los presos recibían los peores tratos. Según interesante versión de Antonio García Cubas "un día de permanencia en la prisión para adquirir pleno conocimiento de la serie de miserias que tenían cabida en ella. A los malos tratamientos que se daban a esos desgraciados, y a los peores alimentos que a título de caridad se les distribuía, agregándose otras inconveniencias que hacían más infortunada su existencia, siendo la mayor de todas la de morar en unas galeras húmedas, sin luz ni ventilación, en las que aquellos seres infelices se hallaban acosados durante la noche por asquerosos insectos, sin más cama que una estera miserable, ni más abrigo que -- una sucia y vieja frazada, dormitorios en los que se bebía y se jugaba a la baraja, se hacían revelación de proyectos criminales y tenían cabida escenas repugnantes. Mal podía corregirse ahí el vicio, cuando los que cuidaban el orden -- sólo debían su nombramiento a la fama de sus delitos, cuando se permitían las cantinas en el interior de la misma cárcel y la introducción, por las mujeres, de tripas de aguardiente".

"En honor a la verdad, poco ha cambiado la situación de nuestras cárceles hoy en día. La realidad de México desde entonces es que hay "una doctrina brillante" y una

realidad "pobre". (51)

Durante el siglo XIX y en los inicios del actual no existió un sistema penitenciario propiamente dicho. El artículo 23 de la Constitución Política de 1857, decía: "Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la brevedad el régimen penitenciario". Es decir, en aquél momento existía, sí, un sistema penitenciario, pero tal sistema carecía de un régimen, en virtud de que puede existir un sistema sin régimen, aunque claro esto hace que el sistema no pueda operar.

En el debate sobre la parte citada del artículo 23 del Proyecto de 1856, celebrado en la sesión del 25 de agosto de ese año, el diputado Prieto preguntó a la asamblea qué motivo tenía la comisión para hacer caer sobre los reos el descuido de los gobiernos en la mejora de las cárceles. Igualmente Vallarta cuestionó a los asistentes que -- "una cosa es la existencia de penitenciarías y otra la de un sistema penitenciario. Bien puede estar concluida la fábrica material de una penitenciaría, pero si no existen las leyes, nadie podrá sostener que sólo con mantener a los presos guardados en un edificio, hayan quedado cumplidas las miras del legislador constituyente sobre este punto". (52)

---

(51) Ceniceros, José Angel. Derecho Penal y Criminología. - Ediciones Criminalia. México, 1954. Pág. 344.

(52) Zarco, Francisco. Historia del Congreso Extraordinario-Constituyente. Edición del Colegio de México. México, - 1956. Pág. 784.

"Plantear ese régimen no es en mi concepto conver  
tir los conventos en cárceles, ni hacer los calabozos talle  
res o celdillas, ni expedir un reglamento que gobierne a --  
los presos; no es únicamente discutir sobre cuestiones cien  
tíficas, abstractas, dificultad que sólo el estudio vence;-  
es algo más que todo eso, es resolver problemas sociales, -  
concretos, prácticos, que las necesidades de cada pueblo mo  
difican".

La frase "a la mayor brevedad", empleada por el -  
constituyente de 1856, como acertadamente apunta García Ra-  
mírez, creó problemas de interpretación y de aplicación - -  
práctica, que quizá se hubiesen resuelto de haberse estable  
cido un plazo definido. (53)

Esto dio pie a que la pena de muerte siguiera en-  
vigor por muchos años, plenamente justificada por falta de-  
un sistema penitenciario.

"Mientras no veamos muy remoto el peligro de las-  
revoluciones que abran las puertas de las prisiones a los -  
malhechores, a buen seguro que haya gobiernos que seriamen-  
te piensen en el establecimiento de penitenciarías, y a buen  
seguro que la sociedad se incline a hacer el sacrificio me-  
nos costoso de su contrucción." (54)

El Presidente Carranza, en su proyecto del artícu

---

(53) Vallarta. Citado por Sergio García Ramírez. El Artícu-  
lo 18 Constitucional. UNAM. México, 1967. Pág. 48.

(54) Idem.

lo 18 constitucional, expone: "Toda pena de más de tres - - años se hará efectiva en colonias penales o presidios que - dependerán directamente del gobierno federal y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar los estados de la federación los gastos que correspondan por el número de - - reos que tuvieran en dichos establecimientos".

La Asamblea Constituyente rechazó la federaliza-- ción del sistema penitenciario propuesta por Carranza, re-- formando el proyecto como sigue: "Los estados establecerán el régimen penitenciario sobre la base del trabajo, como me-- dio de regeneración del delincuente".

En la sesión del 25 de diciembre de 1916, el dipu-- tado Macías defendió el proyecto del presidente. Medina se manifestó contrario a la federalización del sistema y, por-- último, otros como Terrones se inclinaron por una semi-fede-- ralización pero dependiendo los reos de los estados respec-- tivos.

En la sesión del 27 de diciembre, retirados am-- bos textos, se llegó al que sería definitivo: "Los gobiernos de la Federación y de los estados organizarán, en sus res-- pectivos territorios, el sistema penal, colonias penitencia-- rias o presidios, sobre la base del trabajo como medio de -- regeneración".

Así, el artículo 18 constitucional, base del siste-- ma penitenciario mexicano, quedó completo como sigue:

"Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados".

Durante los años 1964-1965, se discutió en el Congreso de la Unión la iniciativa presidencial para reformar el artículo 18 Constitucional, adicionándolo con el siguiente párrafo:

"Los gobernadores de los estados, con la previa autorización de sus legislaturas, podrán celebrar convenios con el Ejecutivo Federal para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan sus condenas en establecimientos penales de la federación".

En la exposición de motivos de la iniciativa se subrayó, que por razones de orden económico los estados incumplían el precepto constitucional y pone de manifiesto la necesidad de proveer a la adecuada organización del trabajo en los reclusorios.

El 6 de noviembre de 1964, en el debate celebrado en la cámara de diputados Covián Pérez, entre otros, sostuvo que el federalismo representa en nuestro país sólo una autonomía de carácter político en favor de los estados, por lo que es válida la intervención de la federación para resolver con recursos técnicos y financieros, el problema penitenciario.

En esa sesión, el maestro Felipe Gómez Mont, señaló que en la práctica se habían celebrado ya muchos convenios, aun sin el apoyo constitucional y sin constar por escrito. Apuntó que muchos reos sentenciados por resolución aún no ejecutoriada eran enviados a las Islas Marías.

Ciertamente el problema económico, la falta de medios y la total ignorancia de la técnica penitenciaria en algunos estados de la República hacía necesario, aún antes de la reforma al artículo 18, la intervención de la federación y por consiguiente, la violación del precepto constitucional.

Después de pasar por las comisiones redactoras y por la Cámara Revisora, el proyecto fue aprobado como sigue:

"Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones; sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Los gobernadores de los estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal".

Cincuenta años después del proyecto de Carranza, la federación conseguía lo que aquél había deseado para ella.

En cuanto a las leyes secundarias, se puede decir que no existe para el Distrito Federal una ley de ejecución de penas. Están vigentes la Ley Orgánica de los Tribunales Comunes del Distrito Federal y las leyes orgánicas del Ministerio Público. Existe también el Estatuto de las Islas-Marías, vigente desde enero de 1940.

En los estados, sólo Veracruz, con la ley de ejecución de sanciones de 1947; Sonora, con una ley que establece las bases del sistema penitenciario y para la ejecución de sanciones privativas o restrictivas de libertad, de 1948; y, el Estado de México, con una ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de libertad, de 1966.

Los reglamentos carcelarios, como dice el señor Sergio García Ramírez, "son escasos, con frecuencia defectuosos y a menudo obsoletos". (55)

Es importante hacer notar que el Congreso Nacional Penitenciario, celebrado en la ciudad de Toluca en el año de 1952, recomendó a los estados de la Federación, la formulación de proyectos y leyes, así como el estudio de

---

(55) García Ramírez, Sergio. El Artículo 18 Constitucional. Pág. 65.

una ley de ejecución de sanciones para el Distrito y Territorios Federales, sugiriendo a los estados a hacer lo mismo.

En 1971 se realizaron importantes reformas al sistema penitenciario: Se reformó la ley orgánica de los Tribunales del Fuero Común. Se reformó el Código Penal y el de Procedimientos Penales. Pero lo más interesante de la reforma fue la creación de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, publicada en el Diario Oficial el 19 de mayo de 1971.

El artículo cuarto de esta Ley establece que: "para el adecuado funcionamiento del Sistema Penitenciario, en la designación del personal directivo, administrativo, técnico y de custodia de las instituciones de internamiento se considerará la vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales de los candidatos".

Y en su artículo quinto: "Los miembros del personal penitenciario quedan sujetos a la obligación de seguir, antes de la asunción de su cargo, durante el desempeño de éste, los cursos de formación y de actualización que se establezcan, así como de aprobar los exámenes de selección -- que se implanten para ello. En los convenios se determinará la participación que en este punto habrá de tener el servicio de selección y formación del personal, dependiente de la Dirección de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social".

Sergio García Ramírez dice sobre este punto: "De todo ello, entonces resulta la necesidad de superar hoy en día los llamados estadios equívocos y empíricos en la historia del personal penitenciario, para arribar a la fase contemporánea, la científica, cuyo imperio se ha abierto paso en buen número de reclusorios del extranjero e iniciado su aparición, afortunadamente, en el penitenciarismo mexicano". (56)

El artículo séptimo de la Ley que se comenta establece: "El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico, dividido este último en fases de tratamiento, en clasificación y tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente".

"Se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de la que aquél dependa".

El artículo 16 de la Ley mencionada establece un sistema utilizado en algunos países y con buenos resultados,

---

(56) García Ramírez, Sergio, La Reforma Penal de 1971. Ediciones Botas. México, 1971. Pág. 61.

consistente en la remisión parcial de la pena. Dice este artículo: "Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas -- que se organicen en el establecimiento y revele por otros -- datos efectiva readaptación social. Esta última será, en -- todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días, en la participación en actividades educativas y el buen comportamiento del sentenciado".

"La remisión funcionará independientemente de la libertad preparatoria, cuyos plazos se regirán, exclusivamente, por las normas específicas pertinentes".

Cabe citar el estudio realizado por el psicólogo mexicano Benjamín Domínguez Trejo, quien utilizó el sistema de "fichas", en una prisión cercana al Distrito Federal.

En su trabajo dice: "El presente trabajo describe la aplicación de técnicas de modificación de conducta, así como la investigación de campo en el análisis experimental de un programa de rehabilitación conductual con pacientes -- adultos, en la prisión de un hospital psiquiátrico de tipo campestre, dependiente de la Secretaría de Salubridad (Méxi

co), ubicado en la periferia de la Ciudad Capital". (57)

El experimento realizado por Domínguez Trejo duró tres años, de 1969 a 1971 y los resultados que obtuvo fueron satisfactorios, y así según este estudio el hombre, en sus características más graves de conducta anti-social, incapaz de rehacerse, de alcanzar su fin y todo ello en un ámbito de respeto a la dignidad de la persona humana.

Cuando se clausuró la Cárcel de Belén, el penal de Lecumberri sirvió tanto para procesados como para sentenciados, según Decreto publicado el 30 de enero de 1933. En 1954 se puso en servicio la Cárcel de Mujeres y en 1957, la Penitenciaría del Distrito Federal, en Santa Marta Acatitla. Aquella sirve tanto para procesadas como para sentenciadas, ésta, sólo para condenados con sentencia firme.

En 1905 las Islas Marías pasaron definitivamente al Gobierno Federal, por Decreto del 12 de mayo del mismo año, destinándoseles a colonia penitenciaria. La constitucionalidad del envío de reos a esas colonias resultaba dudoso, situación que quedó definitivamente solucionada con la reforma al segundo párrafo del artículo 18 Constitucional.

En las Islas prevalece un sistema corrupto, ajeno

---

(57) Domínguez Trejo, Benjamín. Contingencias aplicables en el control de grupos institucionalizados. "La Psicología de hoy". Número 2. México, abril de 1974. Pág. 23.

a todo principio de rehabilitación, de ahí que Ceniceros - dice de ellas: "En esa Isla maravillosa donde el vértigo - es la normalidad, donde los valores morales y el absurdo - es la lógica sencilla, donde las cosas desposeídas de ro-  
manticismo son de una complicada sencillez, toda llena de\_ matices. Los cuartos estaban desnudos, un foco era todo - el mobiliario y los presos debían ingeniarse para adaptar- les alguna comodidad. A la ropa que se les entregaba se - añadía una frazada de algodón, y eso era todo cuanto la co- lonia les entregaba. En cada campamento había una barraca de hombres. Aislada en el rehilete intermedio de Balleto\_ y Nayarit, se encontraba la barraca de las mujeres. Todas debían concentrarse ahí por las noches, sólo las que traba- jaban en campamentos lejanos, como Arroyo Hondo y Salinas, estaban excluidas. La vigilancia siempre fue burlada por\_ el ímpetu salvaje de esos hombres que no supieron nunca po- ner freno a su deseo, y que ahí se jugaban el todo por el\_ todo, con tal de satisfacer sus instintos. No importa de\_ quién se tratara, hombre o mujer. No existían diferencias. Eran sólo gentes que se habían arrojado a una hoguera sin\_ titubear por "alguien". Los hombres enloquecían verdadera\_ mente, sin restricciones. De sus anhelos, si alguno los - tuvo, ¿quién podía enterarse?, ¿Quién podrá decir lo que - esos hombres sienten al encontrarse en un lugar al que - -

siempre temieron". (58)

(58) Ceniceros, José Angel. Derecho Penal y Criminología. -  
Op. Cit. Pág. 364.

### CAPITULO III

LA PREVENCIÓN DEL DELITO COMO ARGUMENTACIÓN,  
TELEOLÓGICA DE LA PENA

A).- LOS FINES DE LA PENA

B).- LOS FINES DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL Y  
LA EJECUCIÓN PENAL

1.- Resocialización: "Futura realización  
de una vida sin delito"

2.- La neutralización del delincuente

C).- LOS FINES DE PREVENCIÓN GENERAL: EL PREVALECI  
MIENTO DEL ORDEN JURÍDICO Y LA INTIMIDACIÓN  
DE LA PENA

1.- El prevailecimiento del orden jurídico

2.- La intimidación como fundamento hipotético  
de prevención general negativa

LA PREVENCIÓN DEL DELITO COMO ARGUMENTACIÓN TELEOLÓGICA DE LA PENA.

"Sabemos hoy en día muchas cosas en torno al delito; pero muchas menos en torno a la pena".

Con la anterior expresión Francesco Carnelutti - reseña la dificultad del problema de la pena, que considera "un tema altísimo; tan alto que quizá no sea posible -- llegar más arriba en la escala del saber o, al menos, en la del saber del derecho". (59)

A lo largo de este trabajo hemos agotado esfuerzos con la pretensión de echar luz a esta área que parece ser la más oscura del Derecho penal. Sin embargo, aún nos falta por examinar el problema central, que "constituye el alfa y omega de todo derecho penal", (Beristain, 1982, pág. 1) es decir, el relativo a los fines de la pena. En las líneas que siguen será nuestro objeto de estudio.

En las últimas décadas del siglo XIX irrumpe en el Derecho penal una nueva dimensión de la pena, ya no entendida como un problema filosófico justificativo a la manera Kantiana o hegeliana (teorías absolutas), sino ahora desde una concepción teleológica que postula la racionalidad de la pena, o si se quiere, la consecución de fines de

---

(59) Carnelutti, Francesco. "El Problema de la Pena". Ediciones Jurídicas. Europa. Buenos Aires, 1947. Págs. - 7 y 9

utilidad social a través de la práctica penal (teorías utilitarias). Surge así la prevención como alternativa a la retribución.

La prevención es el otro paradigma de justificación de la pena. En los márgenes de este modelo punitivo se concibe la "teoría relativa" encaminada a alcanzar fines socialmente útiles con la pena, es decir, su finalidad pragmática deja de lado cualquier justificación filosófica.

Ante el desarrollo de las teorías utilitarias la retribución como paradigma de justificación de la pena se bate en retirada. Ciertamente es que la retribución es una concepción penal ya superada -aún cuando sigue siendo fundamento de muchos Derechos positivos- que rechazamos, pero tampoco las teorías utilitarias ofrecen un mejor panorama para superar la violencia punitiva que representa el Derecho penal. Si acaso presenta una ventaja sustancial, poder desterrar de una vez para siempre la idea de castigo (y el castigo mismo). Efectivamente, este trabajo queda enmarcado en los límites de las teorías utilitarias sustentadoras de la prevención, ya que, es dentro de este modelo donde se sostienen los fines de la pena. A guisa de introducción de las teorías utilitarias cabe apuntar que: el utilitarismo es el presupuesto de toda doctrina racional -

de justificación de la pena (sólo se justifican las penas útiles).

Ahora bien, para tratar la problemática relativa a los fines de la pena es necesario realizar el estudio, asumiendo una posición que nos permita trascender a la esencia del conocimiento de tales fines y no a su apariencia.

A lo largo de este trabajo hemos dedicado nuestros esfuerzos en el estudio de la pena privativa de libertad: su sentido, justificación y ahora de sus fines.

Primeramente fue preciso ubicar el concepto y evolución de la pena, (Capítulo I), después el surgimiento de la pena privativa de libertad y su configuración como institución jurídica del Derecho penal, (Capítulo II), para lo cual fue indispensable partir desde la perspectiva socio-histórica y económica, por ser el objetivo ubicar el hecho en el momento histórico, es decir, en la realidad social el interés era conocer el cómo y por qué se castiga y, precisar su institucionalización jurídica.

Cabe advertir, que este trabajo se dirigió a la pena privativa de libertad, pues en realidad, como ya se determinó es ésta el eje de todo sistema penal; aparte de que todas las penas existentes en las legislaciones modernas relativas a la privación de libertad se unifican -

en una sola: la prisión. (60)

Y así tenemos, que quienes abordan el tema de -- los fines de la pena, sin lugar a duda buscan el dar respuesta a dos preguntas: ¿por qué se castiga? y ¿por qué se debe castigar?

La primera pregunta del ¿por qué se castiga? es un problema de hecho que puede ser abordado empíricamente, esto es, pueden darse explicaciones de tipo socio-históricas dirigidas a demostrar por qué existe la pena, que pueden ser verdaderas o falsas.

La segunda pregunta del ¿por qué se debe castigar? es un problema de índole filosófico que admite respuestas filosófico-políticas, ético-filosóficas y ético-políticas, de donde se derivan proposiciones normativas que son axiológicamente consideradas, o con más precisión, no pueden ser ni falsas, ni verdaderas sino aceptables o inaceptables.

Sostiene el señor Ferrajoli que existe un vicio metodológico, consistente en la confusión entre fin y -- función de la pena, que deriva, a su vez, en la confusión tanto de las justificaciones filosóficas como de las expli

(60) Carnelutti, Francesco. "El problema de la pena". Ediciones Jurídicas Europa. Argentina, 1947. Pág. 31. - Dice: "Hoy en día las penas se reducen a la reclusión".

caciones descriptivas. (61).

Entonces, de lo expuesto por el señor Ferrajoli, tenemos que estas complicaciones surgen por quienes producen y sostienen las doctrinas filosóficas de la justificación, presentándolas como "teorías de la pena", (absoluta, relativas y eclécticas) de donde sugieren la idea de que la pena posee efectos (antes que un fin); así sostienen que la pena previene los delitos (antes que deba prevenirlos), o que reeduca a los condenados (antes que deba reeducar), o que disuade a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos (antes que deba disuadir), lo cual desde luego es la más grande de las confusiones. Por

- 
- (61) En un elevado estudio de esta problemática, Luigi Ferrajoli realiza una clara apreciación en torno a estas cuestiones: "Para evitar confusiones será útil utilizar dos palabras distintas para designar estos significados del "por qué" -se castiga y se debe castigar-: la palabra fin para indicar los usos normativos. Emplearemos correlativamente dos palabras distintas para designar el diverso estatuto epistemológico de las respuestas admitidas por las clases de cuestiones: diré que son teorías explicativas o explicaciones las respuestas a las cuestiones históricas o sociológicas sobre la función (o las funciones) que de hecho cumplen el derecho penal y las penas, mientras son doctrinas axiológicas o de justificación las respuestas a las cuestiones ético-filosóficas sobre el fin (o fines) que ellas deberían perseguir". Ferrajoli, Luigi. "El Derecho Penal Mínimo". Poder y Control. Revista Hispano-latinoamericana de disciplinas sobre control social. No. 0. Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona. 1986. Págs. 25, 26 y sigs.

otro lado, igualmente confundidos --reitera Luigi Ferrajoli-- están también quienes producen o sostienen teorías sociológicas de la pena, presentándolas como doctrinas de --justificación, en sentido contrario a los filósofos, és--tos últimos conciben como fines las funciones o los efectos de la pena verificados empíricamente; así afirman que la pena debe ser aflictiva sobre la base de que lo es concretamente o que debe estigmatizar o aislar o neutralizar a los condenados en cuanto de hecho cumpla tales funcio--nes. (62)

Además de esta grave confusión entre justifica--ciones y explicaciones de la pena, existe todavía otra --contradicción. Así lo indica Ferrajoli: "Las doctrinas --normativas del fin y las teorías explicativas de la fun--ción resultan además asimétricas entre ellas no sólo en --el terreno semántico, a causa del distinto significado de "fin" y de "función", sino también en el plano pragmático, a consecuencia de las finalidades directivas de las prime

---

(62) Asimismo señala este autor que las "teorías de la pena", no son propiamente teorías, sino doctrinas normativas. A su vez las explicaciones históricas o sociológicas de la pena sí son teorías descriptivas. -- Ferrajoli, Luigi. "El Derecho Penal Mínimo". Op. Cit. Pág. 26

ras y descriptivas de las segundas. (63)

De acuerdo a las precisiones planteadas por - Luigi Ferrajoli, abordaremos el presente capítulo, acogiendo la metodología pertinente respecto del análisis de los fines y, en su caso de las funciones, cuando éstas se -- efectúen en la realidad del sistema punitivo, para que, -- tanto los fines como las funciones sean vistos correctamente desde su estatuto epistemológico.

Cabe aclarar que, en el desarrollo del examen de los fines de la pena, no se perderá de vista por ningún momento las funciones latentes, de que son directivos esos fines, en la realidad social. Desde luego, procurando no caer en las confusiones antes referidas.

#### A).- LOS FINES DE LA PENA.

En principio, debe precisarse que las concepciones utilitarias de la pena surgieron en la filosofía -

---

(63) Ferrajoli, Luigi. "El Derecho penal Mínimo". Op. Cit. Pág. 27. En relación a este asunto citaremos la posición de Bustos Ramírez, J. "Para aclararse en relación a este problema de los fines hay que distinguir entre lo que es la pena y la imposición de la pena.- De lo que es la pena, esto es, autoconstatación del Estado, no surge un fin sino una función. Tal función, no es otra cosa que la de "proteger" bienes jurídicos". Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal. Op.- Cit. Pág. 148. En realidad esta opinión no aclara mucho y tal parece que cae en las confusiones epistemológicas señaladas por Ferrajoli.

del liberalismo clásico, en donde se sostuvo la prevención general, no obstante en ésta etapa del saber penal no se desarrolló una teoría de la prevención propiamente. (64). En estas teorías, es donde se da cabida a los fines de la pena. Con el surgimiento del positivismo criminológico en Italia se pretendieron alcanzar fines de -- prevención especial, en similar sentido se dirigieron las teorías correccionalistas en España y con las corrientes político criminales en Alemania se encaminó la pena hacia fines preventivos especiales.

Así pues, en una teoría de la prevención deb--  
ben considerarse sus dos vertientes fundamentales a sa--  
ber: la prevención general y la prevención especial.

Siguiendo estas especies de la prevención, --  
por medio de las cuales se pretenden alcanzar los fines --  
de la pena, se pueden delimitar, según sea el destinata--  
rio principal a quien se dirija la pena o la amenaza de --  
la pena. Así tenemos que la prevención general se dirige

---

(64) Ferrajoli dice que éstas no son propiamente "teorías" sino, como él demostró, son doctrinas normativas justificadoras de la pena. Sin embargo, por ahora, no podemos deshacernos de la elaboración filosófica tradicional que las concibió como teorías, porque son de uso generalizado y prescindir de ellas significaría un corte metodológico apresurado.

a la generalidad de los sujetos, o sea, la pretensión es surtir determinados efectos en el grueso de la comunidad. En tanto, que la prevención especial tiene por objeto dirigir sus efectos al sujeto considerado individualmente, o mejor dicho, se dirige al transgresor.

Esta división en dos vertientes de la teoría de la prevención es de manejo universal y tal parece que fue Bentham su creador, generalizándose a fines del siglo pasado, atribuyéndose a Franz von Liszt la implementación y divulgación de la versión moderna.

La afluencia de estas teorías utilitarias de la pena se proliferó a fines del siglo XIX y principios de este siglo, ha sido tanta su abundancia que tal como indica Baratta "ya desde hace mucho tiempo no se han formulado nuevas teorías que no sean otra cosa que readaptaciones actualizadas de las viejas teorías relativas. No obstante su carácter inveterado del paradigma utilitario. Es posible hacer una clasificación universal que englobe, en su estructura formal, todas las viejas y nuevas estrategias de legitimación de esta clase". (65).

En el amplio margen de las teorías relativas,-

---

(65) Baratta, Alessandro. "Viejas y nuevas estrategias de legitimación del Derecho Penal". Poder y control. Re vista hispano-latinoamericana de disciplinas sobre control social. Editorial P.P.U.S.A. Autores varios. Barcelona. 1986. Pág. 83.

tenemos tanto posiciones que formulan teorías preventivo\_ generales como preventivo especiales, pero, todo parece - indicar que nunca han coexistido orgánicamente o por lo - menos al centro de ellos se presentan serias contradiccio\_ nes, quizá irreductibles. Claro, porque al sostenerse -- tal o cual posición preventiva se postulan los fines de la pena; tal como se verá posteriormente, al examinar en par\_ ticular cada uno de estos fines atribuidos a la pena pri\_ vativa de libertad.

Desde luego esta clasificación en que se divi- de la prevención ha mantenido actualidad en la construc-- ción de las modernas teorías, de ahí que su conocimiento\_ y manejo apropiado es indispensable en el estudio de la - pena, aparte de que en realidad entre estas dos especies\_ de la prevención se discierne la elaboración del Derecho- penal moderno, tan es así que Muñoz Conde refiere que "El problema del Derecho penal se encuentra en el conflicto - existente entre prevención especial y prevención general, que traduce el eterno conflicto entre individuo y socie-- dad". (66) Estas contradicciones de la prevención se re-- flejan en la realidad social en base a que "la sociedad -

---

(66) Muñoz Conde, Francisco. "Derecho Penal y Control So- cial". Editorial Fundación Universitaria de Jerez. - España, 1984. Págs. 124 y 127.

tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, - recurriendo a la pena si ello es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma"; Mir Puig dice que "La prevención general se dirige a la colectividad en general y por medio de ella se intenta impedir que surjan delincuentes de la sociedad. La prevención especial, en cambio, incide sobre quien ya ha delinquido, con objeto de que él en especial no vuelva a hacerlo". (67)

La prevención general se subdivide en prevención general positiva y prevención general negativa. En estos dos sentidos se manifiesta: dirigiéndose a la comunidad y reforzando su confianza en la vigencia del orden jurídico o afirmación del Derecho (positiva) y, por la vía de la intimidación a través de la amenaza legal para inhibir a los posibles delincuentes (negativa).

La prevención especial, a su vez, se subdivide también en prevención especial positiva y prevención --

---

(67) Mir Puig, Santiago. "Problemática de la Pena y Seguridad Ciudadana". Anales Internacionales de Criminología. Organó Oficial de la Sociedad Internacional de Criminología. Revista Vol. 21. No. 2, 1983. Colóquio Internacional. Editorial Imprimerie Administrative de Melun. Francia, 1984. Pág. 303.

especial negativa. Ambas se dirigen al sujeto infractor; sus efectos tratan de incidir en el delincuente bien para resocializarlo e integrarlo a la comunidad (positiva) o bien para inocularlo apartándolo de la sociedad mediante el internamiento asegurativo tendiente a su neutralización (negativa). (68).

Para mejor comprensión de las ideas planteadas, es necesario esquematizar las diferentes teorías de la prevención, a saber:

#### TEORIA RELATIVA DE LA PENA

#### P R E V E N C I O N

##### I. PREVENCIÓN GENERAL

##### 1. Prevención

General  
Positiva

Prevalcimiento del orden jurídico

##### 2. Prevención

General  
Negativa

Intimidación

---

(68) Luzón Peña, Diego Manuel. "Antinomias penales y medición de la pena". La Reforma del Derecho Penal. Autores varios. Seminario Hispano-Germánico. 1979. Barcelona. 1985. Págs. 194 y 204.

II. PREVENCIÓN ESPECIAL

- |                                 |                 |
|---------------------------------|-----------------|
| 1. Prevención Especial Positiva | Resocialización |
| 2. Prevención Especial Negativa | Inocuidización  |

Desde otro ángulo, en una perspectiva crítica, Alessandro Baratta (69) ha formulado la siguiente clasificación:

TEORIA RELATIVA DE LA PENA

P R E V E N C I O N

Teorías Ideológicas	Teorías Tecnocráticas
Saber Ideológico	Saber Tecnocrático
Teorías Empíricamente No demostrables	Teorías Empíricamente Demostrables
RESOCIALIZACION (Prevención Especial +)	NEUTRALIZACION (Prevención Especial -)
Intimidación (Prevención General -)	Prevención-Integración (Prevención General +)

---

(69) Baratta, Alessandro. "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal". Op. Cit. Págs. - 84, 85 y sigs.

Cabe advertir que de acuerdo a Alessandro Baratta, las anteriores teorías en la sociedad tienen dos sentidos: las teorías ideológicas producen en la generalidad de los ciudadanos y en el aparato del sistema penal un consenso en torno a una imagen ideal y mixtificadora de su funcionamiento. Las teorías tecnocráticas contienen dos mensajes: uno tecnológico que describe mecanismos y efectos reales de la pena puestos en movimiento por el sistema penal, sólo conocidos por los funcionarios, y que ellos ocultan, para hacer más eficaz el ejercicio del poder; y otro, de carácter ideológico, éste sí dirigido a toda la colectividad en general, con el fin de acreditar como útiles y justas las funciones reales de la pena y generar consenso en torno a la "normalidad" que el sistema penal contribuye a reproducir. "La normalidad" producida, como significado de lo real, viene impuesta mediante la represión del disentimiento (prevención especial negativa) o mediante la producción de consenso - (prevención general positiva). (70)

Cabe señalar que el análisis detallado de las ideas aportadas por el profesor Baratta, serán objeto de mayor estudio en el apartado relativo a las funciones latentes de la pena en relación con los fines de éstas.

Ahora bien, los fines atribuidos a la pena, en sín

---

(70) Baratta, Alessandro. Op. Cit. Págs. 84 y 90.

tesis se puede decir que son fines de prevención general -- (prevalcimiento del orden jurídico e intimidación) y fines de prevención especial (resocialización y neutralización).

Se puede determinar que el principal fin de la pena en la legislación penal mexicana es la resocialización, y partiendo de ésta se verá cada uno de los fines de la pena.

La mayoría de las legislaciones latinoamericanas han atribuido a la pena privativa de libertad el fin de la resocialización del individuo.

Al respecto Enrique Bacigalupo, refiriéndose a las legislaciones latinoamericanas dice: "Una sola pena privativa de la libertad que tiene por fin lograr la resocialización del autor es entonces la consecuencia de la unificación del fin de las penas en torno a la idea de la reintegración social del autor". (71)

Así las cosas, y en razón de la realidad jurídico-punitiva, se impone ver en primer término los fines de prevención especial:

B).- LOS FINES DE PREVENCIÓN ESPECIAL Y LA EJECUCIÓN PENAL.

---

(71) Bacigalupo, Enrique. "La moderna política criminal latinoamericana". Revista de Ilanud. Año 1. nº 2. Agosto, 1978. San José, Costa Rica.

Francesco Carrara sostiene que "La prohibición sería una poesía si no la siguiese la sanción. La sanción sería una vana jactancia si no la siguiese el juicio y la con siguiente ejecución efectiva del fallo. Esto lo entienden todos". (72)

Ciertamente, la ejecución de la pena es el último-estadio en el sistema penal, de ella depende en gran medida el prevailecimiento y reproducción del orden jurídico, de ahí el interés del Estado en que se ejecuten las penas. Sin embargo, el fin de la ejecución penal no es autoconstatación del Estado, aunque de hecho lo sea, pues la finalidad-utilitaria en la modernidad exige que las penas tengan fines socialmente útiles, tal como señala Carrara, que el sis tema penal debe de estar encaminado coherentemente en sus etapas, a la ejecución de la sanción, persiguiéndose con és te, fines de utilidad social.

Las legislaciones penales latinoamericanas, preten den desvincular el fin de la pena, del fin de la ejecución-penal, como si fuera una etapa el castigo y en la siguiente etapa al mismo hombre se le procura con el tratamiento reso cializador para que pueda vivir con voluntad conforme a la ley.

---

(72) Carrara, Francesco. "Programa del Curso de Derecho Criminal". Parte General. Vol. II. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1944. Pág. 139.

"Puede decirse que en general, el derecho penal latinoamericano ha distinguido falsamente, entre la aplicación de la pena y el fin de la ejecución de la pena. Sin embargo, se retoma ahora la senda adecuada: se define la finalidad de la pena. La finalidad de la pena es, sin duda, una cuestión legítima del derecho penal material". (73)

Sin embargo el paradigma retributivo no es congruente con las sociedades altamente diferenciadas, heterogéneas y desigualitarias, entre otras impugnaciones, parece que el tiempo no ha vulnerado la sostenida por Marat: "La retribución no puede ser justa en sociedades altamente injustas..." o mejor dicho: "No hay un derecho igual para hombres desiguales". Este es el precio que hay que pagar por trasladar legislaciones penales de otros contextos, sobre todo europeas, construidas para regir en una determinada sociedad, distinta a nuestra realidad social. (74)

Resulta incuestionable que las contradicciones en el Derecho penal no sólo surgen del enfrentamiento retribución-prevenición, sino que dentro del paradigma preventivo existen antinomias por el enfrentamiento entre las exigencias de prevención general y las exigencias de prevención -

---

(73) Bacigalupo, Enrique. "La Moderna Política Criminal Latinoamericana". Op. Cit. Págs. 22 y 23.

(74) Zaffaroni, Enrique Raúl. "Manual de Derecho Penal". --- Editorial Ediar, Buenos Aires, 1980. Pág. 297. Cita a Marat.

especial; sin embargo, en lo posible se trata de armonizar tal disfuncionalidad en las diferentes partes que integran el sistema del Derecho penal. (75)

1.- Resocialización: "Futura realización de una vida sin delito".

Debe precisarse que son abundantes las críticas a la resocialización, desde diferentes áreas del saber general se le han dirigido cuestionamientos; así podemos observar críticas provenientes del Derecho penal, de la Criminología, de la Sociología, de la Penología, de la Ciencia Penitenciaria, etc., que han ido minando el fin resocializador de la pena privativa de libertad.

En principio, debemos conocer el significado de la palabra resocialización, éste es un término espurio en nuestro idioma receptado del alemán "Resozialisierung" que aparece en la bibliografía alemana después de la Primera guerra

---

(75) Luzón Peña, Diego Manuel. "Antinomias penales y medicina de la pena". Op. Cit. Pág. 175. Al respecto argumenta: "el sistema del Derecho Penal, que, a su vez, está compuesto por diversos sistemas parciales, esto es, diversas esferas de actividad, grados o estadios de un proceso, por ejemplo: legislación, imposición o ejecución de la pena. Si estas esferas parciales se dan exigencias o características contrapuestas, se produce entonces la disfuncionalidad del sistema de Derecho Penal". Pág. 176. Asimismo advierte que el término antinomia es un concepto prestado de la sociología que tiene como sinónimos: disfuncionalidad, conflicto, contradicción.

rra Mundial (76) para acompañar al de "Besserung" —mejora— que había sido acuñado por Franz von Liszt. (77) Por la ambigüedad del concepto, pocos saben qué es lo que realmente se quiere decir con ella. Al término de resocialización se -- han unido otros como: reeducación, reinserción, reincorporación, readaptación y rehabilitación: cuya característica -- principal es que no existe una diferencia substancial entre ellos y se les usa como sinónimos.

En este apartado trataremos la crisis por la cual está atravesando el fin resocializador de la pena privativa de libertad, por ser uno de los pilares donde finca sus bases el Derecho penal.

Es a fines del siglo pasado cuando Franz von Liszt propone una comprensión teleológica de la pena, (78) esto es, se pretenden alcanzar fines prácticos de política criminal, por tal situación se inclina por conferir a la pena fines-- de prevención especial que von Liszt resume en tres aspec--

- 
- (76) Muñoz Conde, Francisco. "La Resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito". La Reforma Penal. Seminario Hispano-Germánico, 1979, Editado en Barcelona, 1985. Pág. 48.
- (77) García-Pablos de M. Antonio. "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo". Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1979. Pág. 649.
- (78) Wolf, P. "Esplendor y miseria de las teorías preventivas de la pena". Poder y Control. Revista hispano-latinoamericana sobre el control social. Nº 0. Barcelona, 1986. Pág. 63.

tos: la advertencia, la mejora (resocialización) y la ino-  
cuización. (79) En este aspecto debemos puntualizar que la  
influencia del positivismo criminológico y del correcciona-  
lismo, (80) son ideologías que subyacen a la resocializa-  
ción, sobre cuyas bases se sostiene hasta mediados del pre-  
sente siglo, cuando sobreviene la ideología del tratamiento  
expuesto por la Nueva Defensa Social. (81)

En la actualidad tenemos que las corrientes ideoló-  
gicas del Derecho en que se sustenta la resocialización pro-  
vienen de tres principales concepciones jurídicas: del "an-  
tirretribucionismo dogmático" en donde se pueden ubicar a -  
los impugnadores de la retribución; de una concepción "asis-  
tencial" del Derecho penal, aquí se incluyen a quienes diri-  
gen su interés sólo a la persona del autor para asistirlo y  
beneficiarlo; y del Neorretribucionismo quienes invocan la-  
resocialización como una medida de "política criminal" efi-  
caz y racional para atajar a la criminalidad, siempre en --  
nombre de la eficacia y del defensismo. Todas estas concep-  
ciones tienen un rasgo en común que es su animadversión al-  
retribucionismo, es decir, pueden ser encajonadas dentro de

---

(79) Mir Puig, Santiago. "Problemática de la pena...". Op.-  
Cit. Pág. 305.

(80) Wolf, P. "Esplendor y miseria de las teorías preventi-  
vas de la pena". Op. Cit. Pág. 64. Se refiere sobre to-  
do al correccionalismo español; Giner, Dorado y Roeder.

(81) García-Pablos, M. Antonio. La supuesta función resocia-  
lizadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo.-  
Op. Cit. Pág. 672. Cita a Marc Ancél.

la filosofía del utilitarismo penal. (82)

García-Pablos señala los artificios contradictorios entre "fines de la pena" y "fines de la ejecución de la pena"; apunta también de qué forma la resocialización es entendida como proceso natural de "adaptación" para lo cual se sirve de teorías como la de "socialización", la del "correccionalismo" y la "besserungstheorie" (mejora del delincuente). García-Pablos distingue el grado de aproximación en que pretende llevarse a efecto la resocialización; de ellos distingue la "resocialización" como sinónimo de reinserción social del penado a la sociedad, y un segundo grado la "resocialización" como sinónimo de "respeto a la legalidad", lo que no es otra cosa que una resocialización trunca. (83) Distingue como último aspecto del problema de llevar a efecto la resocialización, los antagonismos entre la posición "defensista" (proteger a la sociedad del "peligroso") y la "tutelar" para la cual el delincuente es un desvalido. Entre ambas posiciones ha surgido la Nueva Defensa Social férrea defensora del tratamiento.

---

(82) García-Pablos, Antonio. "La supuesta función resocializadora...". Op. Cit. Págs. 652, 653 y ss.

(83) Entre este grado máximo y mínimo de resocialización parecen centrarse las corrientes modernas que pretenden ver a la resocialización no como una "imposición", sino como autodeterminación. García-Pablos, Antonio. "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo". Op. Cit. Pág. 668 - 669.

Sentado lo anterior, se verán algunas opiniones -- críticas que se han hecho en torno a la crisis en que se en cuenta este fin atribuido a la pena.

Es común escuchar frases impugnadoras de la reso- cialización, así se advierte que hay quienes la llaman "mi- to", "eufemismo", "ideología", "utopía", "quimera", "deside- ratum", etc. Francisco Muñoz Conde dice que la idea de re- socialización sólo es una palabra de moda que se ha usado - indiscriminadamente sin que nadie sepa muy bien lo que se - quiere decir con ella; y por cuanto al fin que se persigue- con éste es contradictorio, toda vez que en una sociedad -- que produce ella misma la delincuencia, "no es el delincuen- te, sino la sociedad la que debería ser objeto de resociali- zación". (84)

García-Pablos llega a la siguiente conclusión: "si se parte de que la pena es un "mal", y somos conscientes de que produce un efecto destructivo y estigmatizador, el su-- puesto efecto "resocializador", con que se recompensa al de- lincuente al ejecutar aquel "mal", parece no poder ser, a - lo sumo, más que un mito o un eufemismo". (85)

Alessandro Baratta por su parte, sostiene que la - resocialización se sustenta en una "teoría ideológica" mix-

---

(84) Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. Pág. 51. Cita a Brus- ten.

(85) García-Pablos, M. Antonio. Op. Cit. Pág. 697.

tificadora de la realidad social, tendiente a producir consenso en la generalidad de los ciudadanos en torno al sistema penal; de esta forma el fin de la resocialización atribuido a la pena aparece definitivamente como una ilusión. "En el caso de la teoría de la prevención especial positiva (resocialización) sabemos que en los últimos años la ideología del tratamiento ha experimentado una fuerte crisis en las áreas del capitalismo central. (86)

Y, Zaffaroni afirma que: "Esta absolutización de la "resocialización" convierte a las legislaciones penales vigentes en mayor o menor medida en un instrumento de una - - "dictadura" ética del estado, que cada día deja menos espacio para la libertad de conciencia, lo que hace que los Estados éticos sean inmorales por su base". (87)

En las relacionadas circunstancias, la "resocialización" supone la "socialización" como primera función de la sociedad para con todo individuo, y que, el delincuente al cometer un delito es un sujeto desviado que no ha internalizado los valores supremos de la sociedad (entre ellos - las normas de conducta) por lo que debe ser "resocializado",

---

(86) Baratta, Alessandro. "Criminología y Dogmática Penal.- Pasado y Futuro del Modelo Integral de la Ciencia Penal". Papers, Revista de Sociología. Nº 3. Universidad Autónoma de Barcelona. 1980. Pág. 23. También "Viejas y Nuevas estrategias...". Op. Cit. Pág. 84 y 85.

(87) Zaffaroni, E.R. "Política Criminal". Op. Cit. Pág. 38.

a través de la aplicación de un tratamiento penitenciario - privándolo de su libertad. No se puede aceptar que dentro de la sociedad el individuo se socializa de una manera stagnar, es decir, no se puede pensar en que exista un tipo de "hombre universal" y menos en sociedades tan diferenciadas como las nuestras, en donde la cultura dominante subsume a las diversas manifestaciones culturales con la pretensión de dominación.

Entonces, si no existe homogeneidad social, y por lo mismo una socialización igual para todos no puede el tratamiento que se aplique pretender "resocializar" lo que no ha sido "socializado". "Porque la resocialización sólo sería posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de llevarla a cabo tienen o aceptan el mismo fundamento moral que la norma social de referencia", (88) pero como no existe un sistema de valores universal ni inmutable; la resocialización viene a significar simplemente sometimiento, dominio de unos sobre otros. "En el fondo, todo intento resocializador supone la imposición de una idea a costa de la libre autonomía del individuo". (89)

Como en definitiva, desde el punto de vista moral no existe fundamento para pretender resocializar al sujeto,

---

(88) Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. Pág. 52.

(89) Haffke. Citado por Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. -- Pag. 57.

la resocialización debe consistir en hacer aceptar al delincuente las normas básicas que rigen a la sociedad. El objetivo resocializador en tal caso sería el respeto y la aceptación por parte del delincuente de las normas penales con el fin de impedirle cometer en el futuro nuevos delitos. (90)

En este último debe señalarse que el "respeto a la legalidad penal" es una "resocialización trunca" que se reduce sólo a la reproducción del ordenamiento jurídico. En este sentido se dirigen las teorías más recientes de la pena, y en el ámbito de las teorías alemanas se sostiene que la finalidad de la pena (prevención especial) es lograr que "el individuo lleve en el futuro una vida sin delito" (así lo enuncia la Ley General Penitenciaria Alemana, en el párrafo 2.1.)

Las críticas a la resocialización no sólo se han dirigido en contra de la propia resocialización, sino también contra el modo como se pretende conseguir, es decir, el tratamiento penitenciario.

De éste se dice, principalmente, que por tres motivos fundamentales la prisión no puede resocializar, a saber: 1º La prisonización. (91) La prisión se caracteriza por la aparición de una subcultura específica: la sociedad carce

---

(90) Schellhoss. Citado por Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. Pág. 55.

(91) Clemmer. Citado por Muñoz Conde, Francisco. Op. Cit. -- Pág. 60.

laria.

2º El tratamiento obligatorio supone una violación de derechos fundamentales.

3º No existen medios y personal capacitados para llevar a efecto el tratamiento.

Ahora bien, existen incompatibilidades entre la -- disposición normativa que establece el fin resocializador -- de la pena y la institución encargada de llevar a efecto dicho fin; ello en virtud de que la resocialización atribuida como fin de la pena es ostensiblemente inalcanzable, porque "la prisión se cuenta entre los principales factores criminógenos, siendo paradójal que el fin legal de su existencia sea precisamente, realizado de manera que provoca usualmente el efecto diametralmente opuesto al procurado". (92)

A este respecto, es oportuno citar el "Informe del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente" en donde la instancia -- oficial reconoce la imposibilidad de resocialización del penado por medio de la pena privativa de libertad. Entre -- otros asuntos relativos a la privación de libertad el informe especifica: "Acogiendo con satisfacción la atención que los Estados miembros han presentado a las medidas preventi-

---

(92) Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Tratado de Derecho Penal". - Parte General. Tomo V. Ediciones Ediar. Buenos Aires, - 1983. Pág. 491. Cita a von Hentig. La Pena, II. Pág. - 213 y sigs.

vas y a la creciente gama de sanciones sin privación de libertad, que han demostrado ser eficaces y aceptables para el público, poniendo de relieve que las sanciones sin privación de libertad constituyen una forma más humana de facilitar la rehabilitación de los condenados".

Como en este Congreso, se parte de la base de que no es conveniente mantener detenidos a los acusados en espera de juicio durante largos períodos, ni sentenciar a prisión a los pequeños delincuentes; se recomienda dos cuestiones fundamentales:

1.- Que los Estados miembros se esfuercen aún más por reducir los efectos negativos del encarcelamiento.

2.- En consecuencia que se intensifique la búsqueda de sanciones viables, sin privación de libertad.

Sobre el punto número 2, Muñoz Conde refiere que - "El delincuente que entra en la cárcel tiene, por lo menos, derecho a una cosa: a que, cuando salga algún día liberado, tras haber cumplido su condena, no salga peor de como entró y en peores condiciones para llevar una vida digna en libertad. Pero por otro lado, tampoco podemos ser voluntaristas y esperar a que algún día cambie el estado actual de las cosas, sino que insistiremos en el carácter eufemístico y sobre todo mítico de la resocialización, "demostrando -- cualquier planteamiento ideológico que no se base en la --

realidad. (93)

Para finalizar este subcapítulo es necesario precisar que, son dos las posiciones que debaten sobre el problema de la prisión; los abolucionistas y los que apoyan el ab<sup>u</sup>timiento gradual de la prisión.

## 2.- La neutralización del delincuente.

El otro fin de la ejecución penal es la inocui<sup>z</sup>ación o neutralización del delincuente que se lleva a efecto desde el momento en que es apartado de la sociedad, prevención especial negativa.

Este es el fin de prevención especial negativa, dirigido al delincuente incorregible, para quien la prevención especial sólo sería posible inocuizándolo, es decir, apartándolo de la sociedad para evitar el peligro mediante su internamiento asegurativo, y junto a la advertencia (o también -- llamada "intimidación especial" dirigida sólo al delincuente y no a la colectividad como la intimidación general), y la resocialización; la inocui<sup>z</sup>ación viene a ser el tercer aspe<sup>c</sup>to que von Liszt distingue de la prevención especial.

Ciertamente, el fin de inocui<sup>z</sup>ación cumple una fun-

---

(93) Muñoz Conde, Francisco. "Resocialización y Tratamiento del Delincuente en los Establecimientos Penitenciarios Españoles". La Reforma Penal. Autores Varios. Edita Instituto Alemán. Madrid, 1982. Pág. 118.

ción en la realidad social que puede ser verificada empíricamente en la realidad de los sistemas punitivos. Pero esta función real de la pena —como señala Baratta— se acredita como justa y útil para generar consenso en torno a la "normalidad" del sistema penal.

La clasificación de la prevención especial en positiva y negativa, es, en verdad, puramente formal porque de hecho en la ejecución de la pena es difícil delimitar en qué momento, con la privación de la libertad, se le está "resocializando" o solamente segregando de la sociedad al penado. Naturalísticamente hablando, no existe una tajante separación entre ambos fines de la pena, en general con la pena privativa de libertad se pretenden alcanzar todos los fines atribuidos a la pena, o sea, tanto de carácter preventivo especial como general. Salvo, claro está, de la inclinación legislativa hacia el fortalecimiento de alguna de las perspectivas preventivas, en cuyo caso tienen prioridad algunos de los fines predeterminados.

Sobre el particular, Borja Mapelli dice que las metas específicas de lo preventivo radica en "lograr un orden social abarcando tanto las pretensiones preventivo-generales, como especiales pues ambas con mayor o menos intensidad afectan a las distintas fases del sistema penal y ambas encuentran en última instancia aspiraciones -

comunes". (94) Claro, siempre y cuando no surjan contradicciones irreconciliables.

Es Franz von Liszt en su "Programa de Marburgo" de 1883, quien señala como fin de la pena la inocuización del penado, que debía consistir en el internamiento asegurativo del delincuente incorregible, para evitar el peligro que éste representa para la sociedad. No debe perderse de vista que en von Liszt confluyen las teorías antropológicas del positivismo criminológico, sociológicas y jurídico-penal, - (95) y, por ende, puede afirmarse que en lo relativo al fin de inocuización del delincuente von Liszt recoge, sobre todo de Garófalo, la idea de segregación o eliminación del incorregible de la sociedad, aún cuando de modo más eufemístico, de ahí que se dice que Rafael Garófalo es el precursor, en el Derecho penal moderno, de una teoría preventivo especial de la pena dirigida a la neutralización, cuando no hay eliminación del delincuente. Su pensamiento etnocentrista y racista hacia el criminal refiere que la pena es: "La reacción estatal (la pena) consiste en la exclusión del miembro cuya adaptación a las condiciones del medio ambiente se ma-

---

(94) Mapelli, B. "Teoría de la Pena. Editorial Copistería - Minerva, S.A. Sevilla, 1987. Pág. 11.

(95) Beristain, Antonio. "La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas". Editorial Depalma. - Buenos Aires, 1982. Pág. 60

nifesta incompleta o imposible", (96), empero esta separación del delincuente de la sociedad debería ser "la exclusión absoluta del criminal de toda clase de relaciones sociales". Así es como Garófalo sostuvo que tal exclusión podía llevarse a cabo con penas como "la deportación con abandono del deportado", y "la reclusión perpetua", pero en uno y otro caso no se podía asegurar la exclusión total del criminal, ya que, en el caso de la deportación del delincuente algún día podía encontrar otros grupos humanos "Los Robinsones acaban siempre por encontrar seres humanos" —decía Garófalo— y por otro lado la reclusión perpetua dejaba al delincuente la esperanza de la fuga y del perdón; por tales motivos no podía existir otra forma de exclusión absoluta del criminal que la eliminación "El único medio absoluto y completo de eliminación es la muerte". (97)

En verdad no han existido —por fortuna— muchos pensadores de tipo garofaliano que postulen teorías retrógradas en grado superlativo, impregnadas de recismo con claros tintes ideológicos del organicismo social. Parece que el pensamiento de Garófalo es un valioso instrumento que da

---

(96) Garófalo, Rafael. "La Criminología". Daniel Jorro Editor. Madrid, 1912. Versión española de Pedro Borrajo. — Pág. 265.

(97) Garófalo, Rafael. Op. Cit. Ibidem. Págs. 265, 267, 274 y 530.

base para clasificar a los delincuentes en la sociedad como "seres inferiores y degenerados", pero a la vez este etnocentrismo garofaliano, traduce el problema cultural entre centro y periferia, es decir, "las culturas que no compartían las pautas valorativas europeas eran "tribus degeneradas" que se apartan de la "recta razón" de los pueblos superiores de la humanidad y que eran a la humanidad lo que los delincuentes son a la sociedad". (98)

Sostiene Zaffaroni que la "Criminología" de Garófa lo es un libro de lectura obligatoria porque es el más completo manual de racionalizaciones a las violaciones de Derechos Humanos que se haya escrito hasta el presente. Asimismo, su pensamiento ha dado los argumentos a los gobiernos totalitarios y autoritarios que han puesto en práctica la eliminación del "enemigo social" que ya no es solamente el delincuente sino el disidente en general, sobre esto volveremos más adelante.

En realidad este fin de prevención especial negativa atribuido a la pena privativa de libertad, sí tiene verificación en la práctica punitiva. Sin embargo, como dice Baratta, (99) se fundamenta en un "saber tecnocrático" con-

---

(98) Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal". Op. Cit. Pág. 246.

(99) Baratta, Alessandro. "Viejas y Nuevas estrategias...". Op. Cit. Págs. 84 y sigs.

un doble mensaje según el destinatario: así contiene un mensaje tecnológico dirigido a los funcionarios para hacer más eficaz el ejercicio del poder y mantenerlo, y un mensaje -- ideológico cuyo destinatario es la colectividad en general, con el fin de acreditar como útiles y justas las funciones-reales de la pena. En este caso el mensaje ideológico de esta teoría tecnocrática -- como la llama Baratta -- legitima la realidad existente acreditándola como "normal". Y, -- "en su forma más radical y autoritaria, la prevención especial negativa produce además de la aniquilación de la persona castigada, una consecuencia tal vez aún más importante -- para la tecnología del poder: la ruptura del disentimiento, el impedir su articulación mediante el terror. Pero impedir la articulación del disentimiento representa también el equivalente funcional de la producción del consenso".

Es importante distinguir entre la inocuización del delincuente o su aniquilamiento, que viene siendo la forma-como funciona este fin de la pena. A nivel teórico o legislativo siempre, cuando se habla de prevención especial negativa, se están refiriendo a la inocuización del penado, o -- mejor dicho, a su internamiento asegurativo en un centro penitenciario, a la manera de como lo proponía von Liszt, pero no a su eliminación.

Con frecuencia se afirma que apartando de la socie

dad al delincuente se le está neutralizando y, hay quienes aseguran, como el profesor español Beristain, que tal neutralización es uno de los fines principales de la pena. "En realidad, hoy en día la inocuización y la prevención general son casi los únicos fines que se tienen en cuenta en la administración de la justicia. Si existen cárceles, tribunales y policía es, en términos lisztianos, para anular la fuerza física y moral de los delincuentes...". (100)

Se piensa, por una parte, que la prisión no hace inofensivo al delincuente ni lo aparta del delito, esto en base a que nuestros Reclusorios así lo demuestran, en principio por los altos índices de violencia y delincuencia intra muros; y, por la otra, son muchos los rubros para demostrar que la cárcel tampoco inocuiza al delincuente, entre otros podemos señalar principalmente, la falta de espacio físico, las condiciones arquitectónicas de los inmuebles, la precariedad tecnológica de vigilancia en el interior del penal, (no se cuenta con el personal suficiente ni capacidad para vigilar, tampoco recursos tecnológicos como los empleados en los centros de "máxima seguridad", el hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria. Lo que sí cabe advertir es que la prisión es una "bodega de hombres", o bien, el --

---

(100) Beristain, Antonio. "La pena-retribución...". Op. Cit. Pág. 103

"basurero" de una sociedad supuestamente igualitaria donde se aparta a lo malo, lo pobre y lo criminal.

En las relacionadas circunstancias, realmente con la pena privativa de libertad, lo que se logra es "sacar de circulación" al infractor de cometer delitos en la sociedad, aún cuando en el interior de la prisión continúe su "carrera delictiva" o la perfeccione toda vez que, de todos es conocido, el carácter criminógeno de la prisión, y, es verdad que el saber tecnocrático en que se fundamenta la prevención especial negativa ha servido como argumento a la "tecnología del terror" de los totalitarismos y autoritarismos para legitimar sus sistemas penales. En el caso de América Latina, principalmente América Central y el cono sur "se trata, sobre todo, de la variante más represiva de la prevención especial negativa: la aniquilación física o la "desaparición" del adversario acompañada del abandono de la función punitiva del derecho". (Los casos más ejemplificativos pueden ser la pena de muerte de facto ejecutada en "enfrentamientos" - de la policía con presuntos delincuentes, opositores políticos y narcotraficantes".

Aunada a esta tecnología gran influencia ha tenido también, como ideología en varios rubros de la política latinoamericana, la "doctrina de la seguridad nacional" que no es en absoluto una doctrina coherente ni acabada sino un recurso ideológico para la arbitrariedad de la tira--

nía. (101) En realidad el "estado de seguridad nacional" - es una variante del "estado autoritario" que es el modelo - político de algunos Estados sudamericanos; "la ficción del- "estado de seguridad nacional" latinoamericano consiste en dar por sentado que ese estado se halla en guerra y, por en- de, necesita reforzar el "frente interno", es decir, alcan- zar el máximo de homogeneidad". (102)

En razón de esta fuerte influencia de la "doctrina de la seguridad nacional" llevada a la praxis en nuestros- contextos, se dice que las democracias latinoamericanas son en realidad autoritarismos. Aún cuando, como apunta Zaffa- roni, se pueden distinguir dos "tipos ideales" como modelos políticos latinoamericanos: el modelo de la política de se- guridad nacional y el modelo de la política democrática. -- Desde este planteamiento lo que realmente interesa rescatar es la incidencia de esta doctrina en el Derecho penal, espe- cíficamente en el fin de prevención especial negativa de la pena, en este sentido Bergalli opina: "La vieja ideología - custodial-punitiva se ve reforzada en ciertos países latino- americanos por la decisiva búsqueda del consenso o la total exclusión. Esto ha permitido la génesis de una conciencia que asumiendo la ejecución penal como un resorte más de la

---

(101) Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal". - Op. Cit. Pág. 299 y sigs.

(102) Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Política Criminal Latinoame- ricana". Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 1982. - - Págs. 107, 108 y sigs.

llamada "seguridad nacional" ha desarrollado las facultades de lo que puede denominarse el "poder carcelario". (103)

Respecto a la exclusión o neutralización del disidente, Emiro Sandoval en su ensayo "Las funciones no declaradas de la privación de la libertad", al referirse a la modalidad de una de estas funciones llevadas a efecto en el nivel político, a la privación de libertad "se le utiliza para procurar someter a quienes manifiestan su inconformidad con el sistema imperante y se pretende legitimar ese uso aduciendo la infracción de la ley penal". (104) En realidad tal privación de libertad del enemigo político dentro del marco de la ley penal estaría dirigida a la neutralización del delincuente, sin embargo, como ya hemos visto, este fin de la pena se ha implementado a los márgenes del Derecho penal y se ha llevado a una dimensión ultrarepresiva de eliminación y aniquilamiento del disidente en algunos Estados latinoamericanos.

Parece ser que con la ejecución de la pena privada de libertad el único fin que se pretende alcanzar es el de la prevención especial negativa o bien la inocuización -

---

(103) Bergalli, Roberto. "Crítica a la Criminología" Editorial Temis. Bogotá, 1982. Págs. 103, 104 y sigs.

(104) Sandoval H., Emiro. "Las funciones no declaradas de la privación de la libertad". Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. Nº 4. I Semestre. Cali-Colombia, 1981. Págs. 41-71.

del recluso, tanto por lo apuntado en párrafos precedentes, como porque, de qué manera se explica que en las prisiones un altísimo porcentaje de procesados estén en detención preventiva. Circunstancia que evidencia que el único fin pretendido con la pena privativa de libertad es la pura y simple neutralización o segregación del individuo de la sociedad y, no la resocialización. Que el fin de la detención -- preventiva es asegurar el juzgamiento del presunto delincuente, pasando por alto que existen otras formas para garantizar el éxito del proceso y evitar el internamiento del individuo en prisión.

Concluido este punto, se prosigue con el estudio de los fines de prevención general de la pena.

C). LOS FINES DE PREVENCIÓN GENERAL: EL PREVALECI-  
MIENTO DEL ORDEN JURIDICO Y LA INTIMIDACION DE  
LA PENA.

1.- El prevalecimiento del orden jurídico.

De acuerdo con la clasificación de las teorías utilitarias de la pena que hace Baratta, la prevención general positiva, o también llamada "prevención-integración" es la otra teoría tecnocrática que, junto con la prevención especial negativa integran el modelo del saber tecnocrático. Se examinará esta teoría precisamente por ser fundamentación del fin preventivo general de la pena, dirigido a lograr el

prevalimiento del orden jurídico.

La teoría de la prevención general positiva se dirige a la colectividad en general para obtener consenso entorno al orden jurídico, pero su funcionamiento está intrínsecamente relacionado con la prevención especial, de ahí -- que se considere solamente formal la división de los fines de la pena, aún cuando ésta sea dirigida al transgresor y -- forme parte de la ejecución penal. Tal es el nexo entre estas teorías tecnocráticas que con razón Baratta dice: "Cada una de las dos, en su propio ámbito de aplicación, arrastra consigo la sombra de la otra". (105)

La elaboración de esta teoría es reciente, data y -- no se remonta más allá de los últimos quince años (aunque -- sus antecedentes son viejos), el contexto de su producción -- ha sido en la República Federal Alemana. En Alemania, un -- sector de la doctrina sostiene que el fin de "prevención-integración" tiene fundamento legal. (106)

No obstante que éste es un fin no pretendido explícitamente por la pena privativa de libertad en el sistema, -- es clara la búsqueda de afirmación de la fe colectiva en el Derecho como una pretensión de todo sistema de gobierno. Es

---

(105) Baratta, Alessandro. "Viejas y nuevas estrategias...". Op. Cit. Pág. 88.

(106) Ver, Luzón Peña, Diego Manuel. "Antinomias penales -- ...". Op. Cit. Pág. 188. Cita a Roxin.

seguro que de alguna forma se logra el prevalecimiento del -  
derecho con la pena. Así lo ha evidenciado Emiro Sandoval -  
al sostener que la pena privativa de libertad cumple dos fun-  
ciones no declaradas a nivel psico-social, una "La de cober-  
tura ideológica" que refiere que la pena privativa de liber-  
tad sirve para trasladar toda la responsabilidad criminal de  
las estructuras e instituciones vigentes al individuo. La -  
otra "La función vindicativa de la pena", que se manifiesta-  
con la inflicción de sufrimiento al sujeto privado de su li-  
bertad, con lo cual se satisface el sentimiento vindicativo-  
de la víctima, pero sobre todo, de la "conciencia colectiva";  
de este modo el infractor viene a ser el "chivo expiatorio"-  
de la sociedad que con su castigo genera consenso en torno -  
al orden jurídico.

La relación que puede establecerse entre estas fun-  
ciones no declaradas de la pena y la prevención general posi-  
tiva, es en el sentido de que esta última supone una raciona-  
lización de la teoría psicoanalítica del "chivo expiatorio".  
Así lo expone Luzón Peña, "La función de estabilización de -  
la conciencia jurídica general de que habla la teoría de la-  
prevención general positiva, sería equivalente a la función-  
de "producción o restablecimiento del equilibrio psíquico de  
la sociedad" que descubre el psicoanálisis en la pena".

Roxin, en la doctrina alemana indica que el fin de-  
la prevención general positiva "prevención integradora" es:-

"fortalecer la conciencia jurídica de la generalidad, imponiendo al sujeto por su hecho la sanción que ha "merecido", la que corresponde a la gravedad de su delito", pero además consiguiendo de ese modo "que la sentencia sea aceptada como adecuada (justa) por la sociedad y contribuyendo así a la estabilización de la conciencia jurídica general" y a la vez el "mantenimiento de la fidelidad de la población al Derecho". (107)

Se pueden resumir los elementos de la prevención general en la definición siguiente: El fin de prevención general positiva de la pena se manifiesta surtiendo efectos en la comunidad general, para obtener la confianza de la colectividad hacia el Derecho, que se expresa con la afirmación de su fe y consecuente fidelidad al orden jurídico, lo cual permite el prevailecimiento del mismo.

Como lo asentado no explica suficientemente lo que es la teoría de la "prevención integración" o teoría de la prevención general positiva, como indistintamente se ha venido aludiendo, se tratará en este apartado su explicación.

La teoría de la prevención general positiva ha sido desarrollada desde diferentes interpretaciones jurídicas, según la orientación a que responde, así se puede apreciar-

---

(107) Roxin, C. Citado por Luzón Peña, Diego Manuel. "Antinomias penales...". Op. Cit. Pág. 189.

un sector doctrinal que la postula como teoría limitadora - de la intimidación penal, otros sectores intentan legitimar con esta teoría la ampliación de un Derecho Penal preventivo y hay quienes pretenden eliminar límites liberales materiales de la intervención penal. (108)

Dice Mir Puig que los partidarios de la prevención general positiva pueden ser agrupados en dos direcciones -- "quienes defienden aquella forma de prevención como fundamentadora, y en su caso ampliatoria, de la intervención del derecho penal (Jakobs), y los que con aquella concepción -- pretenden poner freno a la prevención general intimidatoria y/o a la prevención especial (Hassemer, Zipf, Roxin)". (109) Para Jakobs, que parte de la teoría funcionalista del Luhmann, cuyo autor concibe al Derecho como instrumento de estabilización social mediante la orientación de las acciones a través de la institucionalización de las expectativas sociales, "la vida social requiere una cierta seguridad y estabilidad de las expectativas de cada sujeto frente al comportamiento de los demás. Las normas jurídicas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y sirven, así, de

---

(108) Mir Puig, Santiago. "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva". Poder y Control. Revista Hispano-Latinoamericana sobre el control social. Nº 0. Editorial: Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1986. Pág. 51. Se ñala como sustentadores del primer grupo a Gómez Benítez, del segundo a Luzón Peña y del último a Baratta.

(109) Mir Puig, Santiago. "Función fundamentadora y función limitadora...". Op. Cit. Pág. 51.

orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social". (110) En general se puede decir que para Jakobs - la norma tiene una función orientadora dirigida a la colectividad para "ejercitar en la confianza de la norma", "ejercitar en la fidelidad al derecho" y "ejercita en la aceptación de las consecuencias" que en síntesis se puede expresar, "ejercitar en el reconocimiento de la norma". (111)

Respecto a la posición limitadora se puede citar - lo expuesto por Roxin, cuando alude, que con la prevención-compensadora o integradora, se pretende el mantenimiento -- del orden jurídico y la afirmación del derecho, lo cual se consigue respetando el límite de la culpabilidad. Roxin im pugna a la prevención intimidatoria (prevención general negativa) y declina por la prevención integradora, que limita a la otra, al ser más conveniente la que respeta el límite de la culpabilidad, prevención general positiva.

Por su parte Mir Puig rechaza las concepciones de la prevención general positiva que ofrecen una legitimación fundamentadora o ampliadora de la intervención penal, y, - en cambio, acepta la utilización limitadora del concepto de prevención general positiva, y al respecto dice: "El primer

---

(110) Jakobs. Citado por Mir Puig, Santiago. Op. Cit. Ibi--dem. Pág. 53.

(111) Jakobs. Citado por Mir Puig, Santiago. Op. Cit. Idem. Pág. 53.

fundamento de la intervención penal es su estricta necesidad para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales.— Pero, no toda pena, necesaria para la prevención de delitos resulta admisible en un Estado democrático de derecho respetuoso de la dignidad de todo hombre —también del delincuente—. Un tal Estado ha de restringir al derecho penal mediante una serie de límites; y no sólo por el de la culpabilidad, sino también por los de legalidad, humanidad, proporcionalidad, resocialización y otros". (112)

Sobre el particular, debe decirse que la efectiva realización de las garantías del individuo en el marco de un Estado democrático y su eficacia depende de los controles garantizadores puestos en marcha para llevar a cabo este fin de prevención general positiva de la pena. Pero donde todo discurso principista es en buena medida demagógico, estas garantías sólo existen formalmente y no en la praxis punitiva. Entonces con esta teoría limitadora del "terror estatal" no acontecería nada, o por lo menos nada distinto a lo que es actualmente la pena.

Realmente estas características no son las más importantes de la teoría de la "prevención-integración", en ella subyacen elementos que no han sido demostrados empíricamente, como por ejemplo, la supuesta eficacia motivadora—

---

(112) Mir Puig, Santiago. "Función fundamentadora...". Op. Cit. *Ibidem*. Págs. 55 y 57.

que tiene la pena y consecuentemente también que el hombre es capaz de motivación. Dice Bustos Ramírez, entre otras cosas, que, la función preventiva de la pena es empíricamente indemostrable, pero además para que se produjera tal efecto preventivo, sería necesaria la existencia de un consenso sobre las normas penales. (113)

Es conveniente, para enfocar la moderna fundamentación teórica de la prevención general positiva, referir las críticas que a ella hace el profesor Baratta. El comienza por decir que no es una teoría nueva, sino que se vincula a la teoría funcionalista del delito y de la pena de Durkheim, "La teoría de la prevención-integración nació a fines del siglo pasado con Durkheim", siendo retomada por Luhmann en el marco de la teoría sistémica y, llevada al campo jurídico-penal por la doctrina alemana. Las críticas propiamente se ubican desde dos posiciones: al interior de la teoría para examinar su consistencia teórica y desde una perspectiva externa. Desde el primer punto de vista se puede mencionar que dicha teoría no resuelve los conflictos en el lugar donde se producen sino donde se manifiestan (es reactiva y no proactiva), "reacciona dentro de los límites clá-

---

(113) Bustos Ramírez, Juan. "Bases críticas de un nuevo Derecho Penal". Editorial Themis, Bogotá, 1984. Pág. -- 178. Es de advertir que Bustos, aun cuando parece que no comparte esta teoría, se adhiere a la proposición de Mir Puig de elaborar un Derecho penal a partir de la función de la pena, lo que se ha dado en llamar la elaboración "teleológica" de la teoría del delito. -- Pág. 152.

sicos de la respuesta represiva"; sólo toma en consideración los eventuales efectos positivos de la pena (mantenimiento del orden jurídico, afirmación de la fe en el Derecho, consenso) y omite los efectos negativos de la pena (la pena privativa de libertad produce altos costos sociales, estigmatización, desintegración familiar, desconfianza en la ciudadanía por el mal funcionamiento del sistema penal). Y, desde la perspectiva externa, se pretende sustituir el fin de resocialización de la pena por el fin de prevención general positiva, pero sin una transformación radical del sistema penal, esto es, desde una posición conservadora que legitima los instrumentos tradicionales del sistema penal; la pena tiene un significado de contradicción simbólica al acto desviado, pero no a todas las desviaciones sino sólo a las más graves y manifiestas, sin tomar en cuenta la "cifra oscura de la criminalidad"; no interesa el carácter desigual del sistema punitivo sino su legitimación tecnocrática; dentro de este sistema el sujeto sólo viene a ser "un sistema psico-físico convertido en centro de adscripción de responsabilidad sólo con base en una "capacidad" que le es atribuida conforme a criterios puramente normativos y funcionales". (114)

---

(114) Baratta, Alessandro. "Integración-Prevención: Una "nueva" fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática. Revista Doctrina Penal. Nº 29. Año 8, Enero-Febrero, 1985. Editorial Depalma. Buenos Aires. Págs.- 3, 16, 20 y 25.

Sin lugar a dudas que la crítica de Baratta es una advertencia del riesgo que corre la sociedad en donde se -- pretenda legislar siguiendo los planteamientos teóricos de la "prevención-integración", buscando descansar en la prevención general positiva del fin de la pena.

Sentado lo anterior, se concluye este punto y se -- prosigue al examen de la prevención general negativa, fin -- atribuido a la pena en el marco de un Derecho penal preventivo.

De esta forma se inicia el examen de la intimidación general de la pena, con cuyo análisis a la vez se concluye nuestro tema a estudio.

2.- La intimidación como fundamento hipotético de la prevención general negativa.

"Se entiende por intimidación o disuación el proceso mediante el cual se inhibe una conducta delictiva potencial en un delincuente particular, o su extensión o difusión a otros sujetos, mediante la amenaza que implica el -- castigo". (115) Aplicando lo anterior como una de las finalidades de la pena, tendríamos que la intimidación es la -- cantidad de temor que sienta el sujeto de resentir un mal, --

---

(115) Gabaldón, Luis Gerardo. Control Social y Criminología. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987. Pág. 99.

prescrito en la amenaza legal, si comete un delito.

El primer fin preventivo atribuido a la pena, desde tiempos inmemoriales, es la intimidación que se consideraba como mecanismo para disuadir las conductas delictivas. Al principio, cuando las penas eran cruentas existió "el juicio de Dios", los azotes, la hoguera; todas se aplicaban públicamente para que sirvieran de escarmiento al resto de los individuos del grupo social y con la idea de ser ejemplarizantes a quien pretendiera delinquir. Se advierte que la pena tuvo un carácter expiatorio; y hasta que el Derecho penal se proclamó en público. "Fue una inmensa época, de propósitos retributivos y a lo sumo intimidantes; con fines de prevención general; en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado". (116)

Parece ser que en la antigua Grecia fue cuando se mencionó el carácter intimidatorio de la pena, y para los pensadores del siglo XVIII del liberalismo clásico, éste fue un tema relevante. Por su pensamiento utilitario basado en el interés general y en el bienestar común, le asignaron un carácter de prevención general (intimidación) a la pena. Sostenían que, la amenaza legal debía ser especificada de manera precisa en la mente del potencial delincuente, para que el temor a la sanción tuviera más fuerza que la

---

(116) Jiménez de Asúa, Luis. "La Ley y el Delito". Editorial Sudamericana, 11a. Edición. Buenos Aires, 1980.- Pág. 32.

del sacrificio implicado al abstenerse del delito, por supuesto que la amenaza de la pena debía ser proporcional al delito.

Respecto del carácter intimidatorio de la pena, Filangiari refiere que "El objeto de la pena es alejar a los - hombres del delito por el miedo al mal de la pena al que cometiéndolo, se expondrían". (117) Asimismo, Anselm Von Fever bach considera que la pena debe ser aplicada en razón de un hecho consumado y pasado y su objeto es prevenir a todos los ciudadanos para que no cometan delitos; la pena opera como - una "coacción psicológica". (118) Así, la intimidación es - la concepción clásica de la prevención general.

Posteriormente con el auge de la Escuela Positivista se abandonó el concepto de intimidación porque no encajaba con la concepción que tenían del hombre. Los positivistas no confiaron en la intimidación de la pena, y sostuvieron que el delincuente era un ser determinado al delito; incapaz de sentir temor por la amenaza legal.

Es hasta mediados del presente siglo cuando vuelven a retomarse las discusiones respecto de la intimidación, y basándose principalmente sobre datos obtenidos de investiga-

---

(117) Cuello Calón, Eugenio. "La moderna Penología". Editorial Bosch. Barcelona, 1958. Pág. 19.

(118) Mir Puig, Santiago. "Función fundamentadora...". Op. - Cit. Pág. 50. Igualmente Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho penal". Op. Cit. Pág. 216.

ciones empíricas llevadas a cabo en el contexto anglosajón.

En la actualidad existen algunos aportes teóricos-que tienen su origen en los estudios de la criminología de la reacción social, y algunos otros de escritores europeos, como Johannes Andenaes y de Gibbs.

Johannes Andenaes desarrolla su estudio desde una-perspectiva tradicional, es decir, analiza la prevención ge-neral en sentido de la intimidación. Para él la prevención general se lleva a efecto, "Por medio de la Ley Penal, y de las aplicaciones específicas de esa ley se envían "mensajes" a los miembros de una sociedad. La Ley Penal enumera aque-llas acciones que pueden ser juzgadas, y especifica las con-denas pertinentes".

Estima que las críticas dirigidas a la prevención-general (intimidación) parten de cinco puntos básicos, a sa-ber: 1. El conocimiento sobre los delincuentes demuestra -- que la ley penal no sirve de escarmiento. 2. La creencia - en la prevención general se basa en una insostenible teoría racionalista de conducta. 3. La historia legal demuestra - que la prevención general siempre ha sido sobre-estimada. - 4. Las personas generalmente se frenan de cometer delitos - debido a criterios morales, por lo tanto las amenazas de -- sanción tiene poca influencia. y 5. Creer en la prevención-general es aceptar penas brutales.

Desde otro punto de vista, el mencionado autor estima que la problemática de la intimidación puede ser abordada a partir de los siguientes puntos positivos de referencia: 1. Diferencia de leyes. Existen acciones inmorales en esencia (mala per se) y acciones ilegales que la ley prohíbe (mala quia prohibitum). En el primer caso aunque la amenaza de sanción legal desapareciera, las normas sociales -- continuarían siendo poderosas fuerzas de prevención del delito, en el segundo caso, la ley no tiene base moral y por ello al desaparecer la sanción legal la sociedad las consiente. Así, debe considerarse --sostiene Andenaes -- el carácter de la norma (moral o legal) para detectar el efecto de la ley penal en la motivación de los individuos. 2. Diferencia entre las personas. Las personas no son igualmente receptivas a los efectos preventivo generales del sistema penal, su capacidad psíquica ha de considerarse en los efectos disuasivos de la pena (imputabilidad e inimputabilidad). 3. Diferencia entre sociedades. Aquí Andenaes parece referirse a las diferencias culturales de los ciudadanos según su condición social. Este punto es coyuntural en esta discusión, pero visto desde las contradicciones económico-sociales intra-sociedad y, desde luego en el ámbito cultural, desde la problemática de las subculturas. 4. Normas conflictivas de grupo. En este punto hace hincapié en-

en relación al poder político de grupos y su influencia en la ley penal. Este, se dice que es el problema que plantea el interaccionismo. y 5. La "obediencia" a la ley en los organismos que la aplica. Precisamente en este apartado se encierra todo el problema de la corrupción de la administración de justicia, pues la intimidación está dirigida a los ciudadanos en general sin ninguna excepción, no obstante, la ley no se aplica generalmente a los funcionarios, y éstos, a su vez tampoco aplican la ley honestamente, por tanto, ante los ojos de la sociedad la ley penal reduce considerablemente sus efectos disuasivos. (119)

Se observa que la clasificación de los fines de la pena es puramente formal, pues en la realidad son concomitantes, se encuentran implicados y, los efectos de uno inciden en los logros de los otros.

De ahí que Gibbs afirma que el fin de intimidación debe estudiarse a partir de los efectos de la ejecución de la pena. Así, las propiedades objetivas que debe reunir la aplicación del castigo (ejecución de la pena) para poder surtir efectos de intimidación en el individuo son: de cer-

---

(119) Andenaes, Johannes. "La sanción y la prevención general" Prevención del Delito. Autores Varios. Textos para su estudio. Dirección de Prevención del Delito. Ministerio de Justicia. Tomo 2. Caracas, 1971. Págs. 15, 22, 23, 25 y sigs.

teza, severidad, celeridad y conocimiento de la imposición del castigo legal. (120)

Señala como principios, los mismos que los pensadores del siglo XVIII refirieron, tales como:

- 1.- Certeza objetiva, esto es, probabilidades efectivas de aplicación;
- 2.- Certeza percibida, o sea, representación por parte del sujeto de esas probabilidades de aplicación;
- 3.- Severidad percibida del castigo estatutario, es decir, representación individual de la gravedad de la pena señalada por la ley;
- 4.- Severidad percibida del castigo impuesto, o sea, de - - aquél realmente aplicado, que puede variar en mayor o menor grado del teóricamente previsto por la ley;
- 5.- Severidad presumible del castigo impuesto, es decir, la gravedad objetiva de la pena aplicada por los tribunales, independientemente de las representaciones del público;
- 6.- Celeridad objetiva del castigo, esto es, la menor o mayor dilación efectiva en el castigo aplicado;
- 7.- Celeridad percibida por la población en su aplicación;
- 8.- Severidad presumible del castigo legal, es decir, grave-

---

(120) Gabaldón, Luis. Control Social y Criminología. Op. Cit. Pág. 105.

dad de la pena estatuida por la ley; independientemente de su aplicación práctica;

9.- Conocimiento del castigo legal por parte de la población.

Es necesario precisar, por una parte, que este autor propone una división, entre la teoría de la prevención fundamentada en las propiedades objetivas del castigo y una teoría de la intimidación en la que las dimensiones subjetivas (la percepción de castigo por parte del sujeto) y el riesgo al castigo determinen la disuación.

Y, por la otra, que es necesario advertir algunos de los puntos propuestos por Andanaes, imprescindibles para la discusión del problema de la teoría de la intimidación, vinculándolos a las propiedades objetivas de la ejecución penal, esto es, resulta indispensable vincular el estudio del fin de prevención general negativa (intimidación) de la pena, con el sistema penal en general, distinguiendo la finalidad intimidatoria que se le atribuye a la pena, de la auténtica función que cumple en la sociedad y cómo la realiza.

En las relacionadas circunstancias, la pena es el último estadio del Derecho Penal y en ella encuentra su realización, analizando el todo (desde lo "macro") para tener la visión global de la forma en que opera la amenaza legal en la sociedad, sin pasar por alto que desde la filosofía -

liberal clásica y hasta nuestros días la pena descansa, en buena medida en su poder intimidatorio; y sobre todo desde el punto de vista de los fundamentos ideológicos en que se basa la justicia penal, siendo éstos los ideales de humanidad, de libertad y de justicia a los que aspira el Derecho penal.

El ideal de humanidad se manifiesta en la condena de ciertos comportamientos (delitos) que se oponen al interés social y evitan la convivencia. El ideal de libertad exige el reconocimiento y aplicación de determinados principios; legalidad, culpabilidad (presunción de inocencia) y el derecho a la defensa. El ideal de justicia. Todos los hombres son iguales ante la ley; la ley debe ser equitativa, por tanto la pena debe ser apropiada al delito y a la persona del infractor, socialmente justa y útil. (121) Todos estos ideales se consagran como Principios Constitucionales en un Estado democrático de Derecho y, desde luego, en la Constitución y legislación penal mexicana, que es nuestro derecho positivo de referencia en el presente trabajo.

Así lo expresa también el penalista Manuel López Rey, cuando dice: "La verdadera finalidad de la ley penal, como la de cualquier otra ley que debe intervenir en situa--

---

(121) Rico, José M. "Crímen y Justicia en América Latina". - Siglo XXI Editores. 3a. Edición. México, 1985. Págs. - 234 y 235.

ciones de conflicto, consiste en contribuir a la instauración y al mantenimiento de la justicia social. (122)

Si realmente estos ideales se cumplieran estaríamos en presencia de la realización de la justicia punitiva. Pero el Derecho penal está en crisis (y en su núcleo la pena privativa de libertad), fundamentalmente porque se ha demostrado, que es un derecho desigual por excelencia, selectivo, altamente artificial y, por lo mismo, incapaz de dar solución a la amplia gama de los conflictos que se suscitan en la realidad social, a no ser que los resuelva por la pura y simple represión, que es, su principal característica de actuación de las instancias penales.

Siendo éstas las principales razones por las cuales se ha llevado a la crítica criminológica al Derecho penal y ésta ha alcanzado resultados que demuestran que es un mito la igualdad en el Derecho penal y que la criminalidad se revela como un proceso de selección. (123)

Es indispensable referir, aunque en forma somera, - las críticas que la Criminología Crítica ha dirigido a los ideales y principio en que se sustenta el Derecho penal.

---

(122) López Rey, Manuel. Citado por José M. Rico. Op. Cit. -- Pág. 236.

(123) Baratta, Alessandro. "Criminología Crítica...". Op. Cit. Pág. 101. También "Criminología Crítica y Política Penal Alternativa". Poligrafiado. Instituto de Criminología. L.U.Z. Págs. 29, 45 y 46.

En cuanto al ideal de humanidad, (tipificación de conductas nocivas) éste encuentra su fundamento en el bien y el mal; en considerar que se deben criminalizar conductas malas que se oponen a la convivencia y al interés social; -- sin embargo, como se ha puntualizado que el delito es un fenómeno "normal" de toda estructura social. (124) Asimismo, -- que no existe un interés general de la sociedad en castigar determinados delitos sino que éstos son seleccionados de -- acuerdo a la protección de ciertos bienes y éstos son tipificados en las normas penales por los grupos que detentan el poder e imponen su poder de definición. (125)

El ideal de libertad, presupone el derecho a ser diferente, a no aceptar valores universales e inmutables, al no existir un sólo sistema oficial de valores, por lo tanto no se debe hacer responder al sujeto por actos moralmente -- irreprochables (no tiene capacidad de culpabilidad). (126) -- Dentro de este ideal del Derecho penal podemos incluir al -- principio de legalidad que se sustenta sobre el adagio jurí-

---

(124) Durkheim, E. "Las Reglas del Método Sociológico", citado por Baratta. Criminología y Dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. Op. Cit. Pág. 20.

(125) Estas teorías del labelling approach. (Quinney R., Turk, A.) han demostrado, sobre la perspectiva del interaccionismo simbólico, que el problema de la desviación es una realidad construida. Baratta, Alessandro. "Criminología Crítica...". Op. Cit. Pág. 121.

(126) El principio de culpabilidad es puesto en duda por las teorías de las subculturas. (Sutherland, Cohen, Ohlin).

dico "nullum crimen, nulla poena, sine lege"; que no es otra cosa que aplicar una pena establecida por la ley al delito y con anterioridad al hecho; en base, claro, a que la pena debe ser justa y socialmente útil.

Por lo que respecta al ideal de justicia, parece -- ser que en este sentido el Derecho penal realiza una tarea - invertida. La Ley penal no defiende igualmente a todos los ciudadanos, ni protege los bienes de interés general, cuando penaliza las ofensas a los bienes esenciales; lo hace con intensidad desigual y de modo fragmentario. La Ley penal no es igual para todos. El status de criminal está distribuido de modo desigual entre los individuos.

Ahora bien, de acuerdo a todo lo antes referido, se puede inferir en que sentido efectúa su fin de intimidación - la pena.

En efecto, ya quedó precisado que el Derecho penal - se dirige a los ciudadanos en forma selectiva, y, la amenaza legal debe surtir diferentes efectos psicológicos según el - conocimiento previo que se tenga de la certeza y severidad - de su aplicación, parece normal que tenga efectos un poco ma - yores entre los ciudadanos que se saben casi seguros de que - sí se les va a aplicar, y sucede lo contrario entre aquellos sujetos que confían en que la amenaza legal no se ejecutará - para castigarlos a ellos. En otras palabras, las clases su - walternas, a quienes se destina generalmente la pena es muy -

probable que sientan temor por el castigo, no así los ciudadanos de las clases hegemónicas, quienes tienen muchas probabilidades de evadir la pena.

Con lo anterior, no se pretende establecer un principio general, pues son muchos los factores que intervienen en el objetivo de intimidación y se tendría que tocar la influencia en uno y otro caso de la reacción social, entendida como la opinión pública, que, en sentido amplio se refiere a los estereotipos criminales y a las definiciones, y en sentido de comunicación política es portadora de la ideología dominante que legitima el sistema penal. (127)

Asimismo, no puede pasar desapercibido la ingerencia que tienen los medios de comunicación dirigidos a la colectividad con ánimo de intimidación, éstos, por supuesto, fomentan los mecanismos intimidatorios de control y el sentido discriminatorio en que se aplican.

Y, obvio que también el conocimiento real que se tenga de la norma penal, influye porque el Derecho da por supuesto que todos la conocen, siendo que sucede lo contrario, por la precaria cultura jurídica de la población.

Cabe indicar que resulta probable que sea mínima -

(127) Baratta, Alessandro. "Criminología Crítica y Política Criminal...". Op. Cit. Ibidem. Págs. 21, 29 y 52.

la eficacia que tiene la intimidación a través de la amenaza legal en la generalidad de los individuos, por las razones siguientes:

Seguro es que si hubiera tenido la intimidación un alto grado de cargas inhibitorias para el individuo, éste no hubiera delinquido, no obstante, se demuestra lo contrario con todos aquellos sujetos privados de la libertad, pero no sólo éstos, porque tampoco tuvo éxito en aquellos casos de delincuencia no denunciada, es decir, la cifra oscura. Se puede también argumentar de la delincuencia de cuello blanco, económica y en general de alto status a cuyos niveles es casi un hecho que la intimidación de la pena sugiere muy pocos efectos. De tal suerte que es mucho mayor el número de "delincuentes" que deberían estar resintiéndose la sanción por no haber inhibido su conducta ante la amenaza del castigo, aparte de la mínima capacidad de captación de la delincuencia que tiene el sistema penal.

Y, partiendo de la realidad social, se verán los efectos que se logran a través de la amenaza legal:

- 1.- Para determinar los alcances de intimidación de la pena deben considerarse indicadores de muy diversa índole, entre otros: la reacción social, el estado psicológico del sujeto, el nivel cultural (conocimiento de la norma jurídica) y de socialización, el status social, la pertenencia a grupos con poder y la corrupción en la admi-

nistración de justicia. Por lo tanto, no se pueden hacer generalizaciones. Si acaso se puede decir que la intimidación (prevención general negativa) no se logra en un alto porcentaje, así lo demuestra la comisión de delitos: la "cifra oscura", la "cifra dorada", la delincuencia no denunciada.

- 2.- La intimidación de la pena, por cuanto a su funcionamiento sigue la misma mecánica que todo el sistema penal (lograr consenso en torno al orden jurídico, mixtificando el funcionamiento del sistema penal que se autoacredita como bueno); se dirige su realización hacia las clases marginales. En donde debido al estigma de estos individuos hay más certeza y conocimiento de la aplicación de la pena (se cumple la amenaza legal), circunstancia que los inhibe en mayor grado que a los ciudadanos de las clases hegemónicas, quienes tienen mayor probabilidad de sustraerse al castigo.

Así las cosas, todo parece indicar que, el fin intimidatorio de la pena nunca ha sido plenamente demostrado e inclusive hay quien sostiene que tal teoría ni siquiera es demostrable. En todo caso la más concordante es la opinión de Denis Szabó, quien al respecto afirma que: "Ningún estudio científico suficientemente convincente ha podido confirmar hasta ahora el verdadero alcance de la disuasión ejerci-

da por la amenaza de una sentencia sobre el delincuente potencial".

Ahora bien, como ya quedó precisado con anterioridad, son los filósofos y pensadores del liberalismo clásico los precursores de las teorías utilitarias de la pena, quienes postularon la intimidación como fin de la pena. Sin embargo, ellos entendían que la intimidación no debía basarse en la crueldad del castigo, por lo tanto debía protegerse a la sociedad contra los abusos del poder estatal. "Desde Beccaria se pensaba que no es la crueldad del castigo la que disuade sino la certidumbre de la detención y la punición". (128) Razón por la que sostuvieron que la finalidad última de las penas era lograr la máxima utilidad posible para -- proteger a la mayoría de la colectividad de la minoría delincente.

Parece ser que los iluministas sacrifican al delincuente en provecho del bienestar social. Si bien es cierto, por un lado se trata de proteger a la sociedad del poder estatal, por el otro, se pretende a través de la pena alcanzar el máximo de bienestar de la mayoría de la colectividad, protegiéndola del daño que le ocasiona el delito, aunque se desatienda al delincuente, no obstante que, también es miembro

---

(128) Szabó, Denis. "Criminología y Política en materia criminal". Siglo XXI. Editores. México, 1980, Pág. 226.

bro de la sociedad.

Así, posteriormente el utilitarismo sirvió de fundamento a la ideología de la defensa social que echó mano de elementos correccionalistas e intimidacionistas, dando origen a un derecho penal ilimitado o máximo. De este modo, en la actualidad funciona la prevención general negativa, - el engrosamiento de leyes de carácter punitivo no se lleva a efecto dentro de los márgenes de Derecho penal sino se ha desplazado a niveles de Derecho administrativo que permite implementar sanciones sin respetar los principios garantistas que rigen en materia penal, pero no solamente se lleva a cabo la intimidación en el marco de la ley sino que existen penas extralegales que de facto se ejecutan por órganos policíacos. Por otro lado, sostiene Zaffaroni: que la tendencia a la "inflación" de normas penales desemboca en un derecho penal "del miedo"; esto se manifiesta con la existencia de tipos penales "abiertos" o "difusos" establecidos en la legislación penal, con evidente lesión del principio de legalidad, en la delegación de facultades de emergencia a órganos del ejecutivo y la creación de tribunales especiales. (129)

En verdad, con base a las reflexiones que hemos --

---

(129) Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Política criminal". Op. Cit. Pág. 77.

realizado a lo largo de este subcapítulo dedicado al examen de la intimidación, se puede sostener que ni la mayor penalización de los delitos ni el engrosamiento o "inflación" de las legislaciones penales dará como resultado un mayor efecto disuasivo. Favorecer la idea del fortalecimiento de un derecho penal "intimidatorio" es estar del lado de la pura y simple violencia represiva estatal, en detrimento de los derechos fundamentales del hombre, y por otro lado, seguir creyendo que la pena tiene altas cargas intimidatorias para disuadir al potencial delincuente, es equivalente al "pensamiento mágico primitivo, que llevaba al cavernícola a pintar detalladamente a los animales de presa, en la convicción de que atrapar la imagen equivalía a tener al animal". (130)

Sin embargo, paradójicamente, el mismo exceso de normas se neutraliza por su imposibilidad de conocerse y recordarse todas, "Al multiplicarse por encima de la capacidad de la memoria humana, las amenazas quedan neutralizadas y resultan indiferentes". (131)

Recientemente, como una teoría impugnadora de la -

---

(130) Zaffaroni, Eugenio Raúl. "Política Criminal...". Op. - Cit. Pág. 77.

(131) Carbonier. Citado por Delmas-Marty, M. "Modelos Actuales de Política Criminal. Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia. Madrid, 1986.

violencia punitiva estatal y del ilimitado engrosamiento del sistema punitivo (tanto legal como de facto), ha surgido el "derecho penal mínimo" que se deriva como uno de los resultados alcanzados en el ámbito de la criminología crítica. Sus proposiciones concretas pueden considerarse los "Requisitos-Mínimos del Respeto a los Derechos Humanos en la Ley Penal" de Alessandro Baratta, cuya finalidad principal se dirige a la máxima contención de la violencia punitiva; (132) y, "El Derecho Penal Mínimo" de Luigi Ferrajoli (1986) que tiene como fin general la minimización de la violencia en la sociedad (133) asegurando la protección del débil contra el más fuerte, tanto del débil ofendido o amenazado por el delito (el agraviado), como del débil ofendido o amenazado por la pena (el transgresor).

En realidad no es ésta la sede para analizar detenidamente cada una de estas obras, sino lo importante es destacar que ambas teorías se fundamentan dentro de la concepción del utilitarismo y, estrictamente, orientando el derecho penal hacia el único fin de la prevención general negativa. -- Claro es que debe tenerse suma precaución en no confundir los principios de estas obras como defensores de la pena intimi-

---

(132) Baratta, Alessandro. "Requisitos Mínimos del Respeto a los Derechos Humanos en la Ley Penal". Capítulo Criminológico. Nº 13. Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia. Octubre 1985. Pág. 81.

(133) Ferrajoli, Luigi. "El Derecho Penal Mínimo". Op. Cit. Pág. 39.

datoria, por el contrario, para los mencionados tratadistas la pena está justificada como mal menor (menos aflictiva y menos arbitraria).

Partiendo de estas consideraciones Baratta sostiene que la pena debe ser la última ratio del Derecho penal, así lo formuló en el Principio de subsidiaridad "Una pena puede ser conminada sólo si está comprobado que no existen otras intervenciones, fuera de la penal..." "No es suficiente comprobar que la respuesta penal es idónea, sino que además debe comprobarse que es insustituible". (134)

Desde una perspectiva garantista Ferrajoli dice que el fin de la prevención general negativa debe cumplir una doble función: "La prevención de los delitos y la prevención general de las penas privadas o arbitrarias o desproporcionadas". De estos dos fines, el segundo es a menudo abandonado. Así desde el iluminismo, el fin de la prevención general negativa ha sido siempre conseguir la máxima utilidad de la mayoría, sin embargo, "más allá del máximo bienestar posible para los no desviados, hay que alcanzar también el mínimo malestar necesario de los desviados". En definitiva "la pena no sirve únicamente para prevenir los delitos injustos, sino también los injustos castigos". (135)

---

(134) Baratta, Alessandro. "Requisitos Mínimos del Respeto a los...". Op. Cit. Pág. 86.

(135) Ferrajoli, Luigi. "El Derecho Penal Mínimo". Op. Cit. Ibidem. Págs. 37 y 38.

Por todo ello es por lo que la pena no debe tute--  
lar solamente al ofendido por el delito, sino que del mismo  
modo, debe proteger al delincuente de las reacciones punitiu  
vas legales o extralegales. Y, es incuestionable que sólo -  
sobre los postulados del garantismo se puede elaborar una -  
teoría limitadora de la violencia penal, que a la vez mues-  
tre la auténtica faz del Derecho Penal, tal como una teoría  
intimidatoria regulada por los principios del "Derecho pe--  
nal mínimo", así es la opinión de Muñoz Conde cuando estima  
que "En todo caso, la búsqueda de un sano efecto preventivo-  
intimidatorio, proporcional y autocontrolado, no hay que ha  
cerlo sólo a través del Derecho penal.

## CONCLUSIONES

Después de este estudio motivado por el problema de los fines de la pena, abordado a partir de la pena privativa de libertad propiamente, se pueden anunciar los particulares objetivos alcanzados en cada una de las etapas de esta investigación: Así, en el primer capítulo se ofrece tanto el concepto de pena como su evolución; en el segundo capítulo se expone la pena privativa de libertad en el devenir histórico, su institucionalización jurídica, así como el surgimiento de la prisión y en particular en México; y, finalmente, en el capítulo tercero se asientan los fines de la pena, tanto la prevención especial como general, elementos suficientemente facultativos para juzgar la forma en que se pretenden llevar a efecto los fines de la pena privativa de libertad y, las auténticas funciones que cumplen en la realidad del sistema penal. De esta manera finaliza esta investigación, formulando las conclusiones siguientes:

PRIMERA: Tradicionalmente se afirma que la pena privativa de libertad, surge como resultado de la influencia de la filosofía humanista del liberalismo clásico, cuya etapa se ha dado en llamar "la humanización de la justicia penal". Sin embargo, existen otras explicaciones desarrolladas a lo largo de esta investigación que permiten disentir de tal afirmación.

SEGUNDA: Son tres las razones fundamentales por las cuales se considera surgió la pena privativa de libertad:

1. Por la implementación de la prisión como sustitativa a los castigos corporales y a la pena de muerte que estaban siendo abolidos. La cual se adecuaba a los intereses hegemónicos del poder estatal y del poder económico en ascenso.

2. Porque era un medio idóneo para la explotación del potencial productivo humano, pues de acuerdo a las condiciones económicas imperantes de la época, la pena debía ser un instrumento favorable a la producción y servir a la consolidación del capitalismo. Lo cual demuestra de qué forma todo sistema económico "produce" su propio sistema punitivo.

3. Por convenir a la política disciplinaria del Estado (disciplina para el trabajo y sometimiento al orden jurídico), lo cual coadyuva al proceso disciplinario de la población.

TERCERA: Por cuanto a su institucionalización jurídica, la pena privativa de libertad se impone como sanción legal por primera vez en la última década del siglo XVIII, en Filadelfia, Estados Unidos de Norteamérica. Instrumentada a través del penitenciarismo, por los cuáqueros (secta ascética protes--

tante) de Pensilvania, en lo que se dio en llamar el régimen filadélfico, basado en el aislamiento celular, la reflexión y la penitencia - del reo, con objeto de alcanzar como fin de la pena la enmienda y corrección del sujeto.

CUARTA: En cuanto al fundamento del derecho a castigar se demostró que éste sólo es compatible con un modelo de Estado absolutista, en donde la justicia tiene una justificación teológica, metafísica y moralizante, que es base de la expiación y retribución penal.

QUINTA: Los fines de la pena han sido sustentados a partir de las teorías preventivas o utilitarias de la pena, también llamadas relativas, con las cuales se abandona todo tipo de justificaciones filosóficas, y se atribuyeron a la pena fines prácticos de utilidad social, que son cuatro, a saber: resocialización, inocuización, prevalecimiento del orden jurídico e intimidación.

SEXTA: La resocialización del delincuente a través de la pena privativa de libertad (tratamiento penitenciario), es ostensiblemente inalcanzable, mítico e ideológico.

SEPTIMA: El fin de inocuización sí cumple una función -

en la realidad social que puede ser verificada em  
píricamente en la práctica punitiva. Empero se -  
fundamenta en un saber tecnocrático dirigido a le  
gitimar la realidad existente, acreditando como -  
útiles y justas las funciones de la pena y; como-  
"normal" la arbitrariedad estatal que, en algunos  
casos desemboca en una "tecnología del terror".

OCTAVA: El prevailecimiento del orden jurídico, es también  
un fin atribuido a la pena que es susceptible de  
verificación fáctica en la realidad de los siste-  
mas punitivos. Este fin ha sido ampliamente desa-  
rrollado por las teorías de la prevención-integra-  
ción (en Alemania Federal).

NOVENA: La intimidación es igualmente un fin atribuido a-  
la pena privativa de libertad. Empero ningún es-  
tudio científico ha podido demostrar fehaciente-  
mente el verdadero alcance de los efectos disuasí-  
vos que ejerce la amenaza de la pena en el delin-  
cuente potencial. Así se ha podido evidenciar a-  
partir de los estudios realizados a la "cifra os-  
cura" de la delincuencia, "cifra dorada" y la de-  
lincuencia no denunciada; así mismo en todos los-  
sujetos que se encuentran en prisión en cuyos ca-  
sos no tuvo efecto la intimidación general. De -  
tal manera que las proposiciones encaminadas a --



sentido más amplio a la contención de la violencia en la sociedad.

**DECIMA:** Del estudio realizado en este trabajo, respecto al cuestionamiento de los fines de la pena, surge --- como proposición que sólo una teoría intimidatoria limitadora de la potestad punitiva estatal puede - ser fundamento del fin de la pena.

**DECIMO PRIMERA:** Los objetivos de la pena son plurales, es decir, la pena debe ser a la vez educativa, reparadora, preventiva y represiva, esto es, no puede ser - sólo educativa o sólo represiva. Debe ser personal, aplicada como consecuencia de hechos propios.

## B I B L I O G R A F I A

- ANDENAES, Johannes. La sanción y la prevención general. Prevención del delito. Autores varios. Textos para su estudio. Dirección de prevención del delito. Ministerio de Justicia. Tomo II, Caracas, 1971.
- BARATTA, Alessandro. Criminología Crítica y Política Penal Alternativa. Poligrafiado Instituto de Criminología L.U.Z.
- BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Edición crítica y bilingüe. Editorial Arayú, Buenos Aires, 1955.
- BERISTAIN, Antonio. La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1982.
- BERGALLI, Roberto. Crítica a la criminología. Editorial Temis, Bogotá, 1982.
- BUSTOS RAMIREZ, J. Bases críticas de un nuevo derecho penal. Editorial Temis, Bogotá, 1984.
- CARNELUTTI, Francisco. El problema de la pena. Ediciones Jurídicas Europa. Buenos Aires, 1947.
- CARRARA, Francesco. Programa del curso de derecho criminal. Parte General. Vol. II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- CENICEROS, José Angel. Derecho penal y criminología. Ediciones Criminalia. México, 1954.
- Trayectoria del derecho penal contemporáneo. Ediciones Botas, México, 1943.
- COSTA, Fausto. El delito, la pena en la historia -- de la filosofía. U.T.E.H.A. México, 1953.

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho penal. Novena Edición. Editorial Nacional. México, 1961.

La moderna penología. Editorial ---  
Bosch, Barcelona, 1958.

DELMAS MARTY, Mirellio. Modelos actuales de política criminal. Centro de Publicaciones. Secretaría General Técnica. Ministerio de Justicia, Madrid, 1986.

FOUCAULT, Michel. Vigilar y castigar, nacimiento de --  
la prisión. Editores Siglo XXI, Novena Edición, México, 1984.

GABALDON, Luis Gerardo. Control social y criminología. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1987.

GARCIA PABLOS DE M., Antonio. La supuesta función resocializadora del derecho penal: utopía, mito y eufemismo. Anuario de derecho penal y ciencias penales. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1979.

GARCIA RAMIREZ, Sergio. El artículo 18 constitucional. --  
U.N.A.M. México, 1967.

La reforma penal de 1971. Ediciones--  
Botas. México, 1971.

GAROFALO, Rafael. La criminología. Daniel Jorro Editor. Madrid 1912. Versión española de Pedro Borrajo.

JIMENEZ DE ASUA, Luis. La ley y el delito. Editorial Sudamericana. Décimo Primera Edición. Buenos Aires, 1980.

KURI BREÑA, Daniel. La filosofía del derecho en la antigüedad Cristiana. Tercera Edición. Manuales Universitarios, México, 1968.

LECLERK, Jacques. Derechos y deberes del hombre. Biblioteca Herder, Barcelona, 1965.

MACEDO, Miguel S. México y su evolución social. Primer -

- Tomo, Segundo Volumen, México, 1902.
- MAPELLI, B. Teoría de la pena. Editorial Copistería Minerva, S.A., Sevilla, 1987.
- MAUROIS, André. Historia de Inglaterra. Editorial Ercilla, Santiago de Chile, 1943.
- MELOSSI, Darío Pavarini Massimo. Cárcel y fábrica. Orígenes del penitenciarismo. Editores Siglo XXI. México, 1980.
- MORRIS, Norval. El futuro de las prisiones. Editores-Siglo XXI, Primera Edición en español, México, 1978.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal. Editorial Bosch, España, 1975.
- Derecho penal y control social. Editorial Fundación Universitaria de Jerez, España, 1984.
- Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles. La reforma penal. Autores Varios. Edita Instituto Alemán. Madrid, 1982.
- NEUMAN, Elías. Prisión abierta. Ediciones Depalma. - Buenos Aires, 1962.
- RANIERI, Silverio. Manual de Derecho penal. Parte General. Tomo II. Editorial Themis, Bogotá, 1975.
- RICO, José María. Crimen y justicia en América Latina.- Editorial Siglo XXI. Tercera Edición. México, 1985.
- SAN AGUSTIN. La Ciudad de Dios. Libro XX, Capítulo I.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Penología. Parte General. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1982.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipográfica- Editora Argentina, Buenos Aires, 1983.

- SZABO, Denis. Criminología y política en materia -- criminal. Editores Siglo XXI. México, 1980.
- VON HENTIG, Hans. La Pena. Editorial Espasa, Tomo II, - Madrid, 1967.
- ZARCO, Francisco. Historia del Congreso Extraordinario- Constituyente. Edición del Colegio de México. México, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho penal. Editorial Ediar. Buenos Aires, 1980.
- Política Criminal Latinoamericana. -- Editorial Hammurabi, Buenos Aires, -- 1982.
- Tratado de Derecho penal. Parte General. Tomo V, Ediciones Ediar. Buenos- Aires, 1983.

PARTIDA 7, Leyes 1 y 2.

- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Librería de Rosa Bouret. París, 1951.
- INSTITUTO DE INVESTI GACIONES JURIDICAS - DE LA U.N.A.M. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo V, México, 1984.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOL A. Diccionario de la Lengua Española. -- Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, -- 1956.

OTRAS FUENTES:

- BACIGALUPO, Enrique. La Moderna Política Criminal Latinoamericana. Revista de Iланud. Año 1. - No. 2, Agosto, 1978. San José de Costa Rica.
- BARATTA, Alessandro. Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la

ciencia penal. Papers, Revista de Sociología No. 3. Universidad Autónoma de Barcelona, 1980.

Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal. Capítulo criminológico No. 13. Órgano del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia. Octubre, 1985.

Integración Prevención. Editorial Depalma. Buenos Aires. Revista Doctrina Penal. No. 29. Año 8, Enero-Febrero de 1985.

Viejas y nuevas estrategias de legitimación del Derecho Penal. Poder y Control. Revista Hispano-Latinoamericana de disciplinas sobre control social. Editorial P.P.U.S.A. Autores Varios. Barcelona, 1986.

- BUENO ARUS, Francisco. La Dimensión Jurídica de la Pena de Prisión. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XL, Fascículo I. Enero-Abril, 1987. Madrid.
- DOMINGUEZ TREJO, Benjamín. Contingencias aplicables en el control de grupos institucionalizados "La Psicología de Hoy". Número 2. México, Abril, 1974.
- FERRAJOLI, Luigi. El Derecho Penal Mínimo. Poder y Control. Revista Hispano-Latinoamericana de disciplinas sobre control social. No. 0. Editorial Promociones y Publicaciones Universitarias. Barcelona, 1986.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. Las Nuevas Direcciones de Derecho Penal. Lecturas Jurídicas. Revista de la Universidad Autónoma de Chihuahua, Núm. 44, Julio, 1970.
- LUZON PEÑA, Diego Manuel. Anatomías Penales y Medición de la Pena. La reforma del Derecho Penal. Autores Varios. Seminario Hispano-Germánico. 1979. Barcelona, 1985.
- MIR PUIG, Santiago. Problemática de la pena y seguridad -

ciudadana. Anales internacionales de -  
criminología. Organó oficial de la so-  
ciedad internacional de criminología.-  
Revista, Vol. 21, No. 2, 1983. Colegio  
Internacional, Editorial Impremiere Ad-  
ministrative de Melun, Francia, 1984.

Función fundamentadora y función li-  
mitadora de la prevención general posi-  
tiva. Poder y control. Revista Hispano-  
Latinoamericana sobre el Control So-  
cial No. 0, Editorial Promociones y Pu-  
blicaciones Universitarias. Barcelona,  
1986.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. La resocialización del delincuente,-  
análisis y crítica de un mito. La re-  
forma penal. Seminario Hispano-Germáni-  
co, 1979. Editado en Barcelona, 1985.
- RUIZ FUNES, Mariano. Meditación actual sobre la pena. Cri-  
minalia. Año VII, Núm. 9. México, 1949.
- SANDOVAL HUERTAS, Emiro. Las funciones no declaradas de la -  
privación de la libertad. Revista del-  
Colegio de Abogados Penalistas del Va-  
lle, No. 4.1. Semestre. Cali, Colombia,  
1981.
- WOLF P. Esplendor y miseria de las teorías pre-  
ventivas de la pena. Poder y Control.-  
Revista Hispano-Latinoamericana sobre-  
Control Social. No. 0, Barcelona, 1986.