

206
2ej.

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" A R A G O N "**



**FINALIDAD DE LA PENA PRIVATIVA
DE LIBERTAD**

T E S I S

**PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :**

MALDONADO HUERTA JOSEFINA

**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.

INDICE.

INTRODUCCION.....	7
CAPITULO I	
LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DEVENIR HISTORICO.....	10
1.1. Etapa previa: Los castigos corporales.....	13
1.2. Antecedentes de la privación de libertad.....	18
1.2.1. El encierro y el aseguramiento como formas de - cuasi-prisión.....	19
1.2.2. Casa de Corrección-Fábrica-Cárcel.....	22
1.2.3. La humanización de las penas.....	26
1.3. Surgimiento de la prisión.....	32
CAPITULO II	
CONTROVERSIA EN LAS DOCTRINAS FILOSOFICAS-JURIDICAS DE LA JUSTIFICACION DE LA PENA.....	39
2.1. El derecho a cartigar.....	39
2.2. Los paradigmas filosóficos en la teoría de la pena....	56
2.3. La retribución.....	59
2.4. Prevención.....	68
CAPITULO III	
LA PENA.....	76
3.1. Concepto y elementos.....	78
3.2. Importancia de la pena en la sociedad.....	83

3.3. La pena y el delincuente.....	87
3.4. Sustitutivos de la prisión.....	90

CAPITULO IV

LA PREVENCIÓN DEL DELITO COMO FINALIDAD DE LA PENA.....	95
4.1. Los fines de la pena.....	95
4.2. Los fines de la prevención especial.....	99
4.3. Resocialización.....	103
4.4. La neutralización del delincuente.....	110
CONCLUSIONES.....	117
BIBLIOGRAFIA.....	121

INTRODUCCION.

En el ámbito de las ciencias sociales de la teoría de la pena hay una fuente indispensable del conocimiento, tan es así que en el ámbito del saber penal, la teoría, es proyección de jurisprudencia y punto de referencia de la norma.

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

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 realización de la justicia (retribución). Ahora se discute sobre cuáles son los fines de la utilidad social que deben alcanzar a través de la pena privativa de libertad (prevención).

En realidad hacer mención de los fines de la pena, es cotidiano en el ámbito de las ciencias penales y criminológicas, generalmente en los manuales y obras de estas áreas del ser

humano no se realiza un estudio profundo al respecto

El problema que abordamos 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 la última fase del derecho punitivo y en ella se encuentra se realización. No obstante con mucha frecuencia sabemos que se imponen penas al hombre y se ejecutan, autoacreditándolas justas y útiles, como si el sistema penal funcionará correctamente y se logran los fines atribuidos a la pena. Así podemos observar como el agente de la policía llámese preventivo o judicial, cuando se trate de delito flagrante persigue y detiene; el juzgador condena y el carcelero encierra y castiga y, por encima de ello el legislador estatuye la norma en nombre de la cual aquéllos actúan, aún cuando su función es castigar a los delincuentes, es sabido que hay personas inocentes.

Así las cosas, en el desarrollo del presente trabajo se dirige a un análisis del sentido y finalidad de la pena privativa de libertad, desde una posición crítica, teniendo como objetivos dar respuesta al ¿cómo?, ¿por qué?, y ¿para qué? el Estado castiga.

En el primer capítulo, efectuaremos un estudio socio-histórico-económico del surgimiento de la pena privativa de libertad, con la finalidad de ubicar el hecho en el momento histórico y, su institucionalización en una sanción jurídica

fundamental del sistema penal.

En el segundo capítulo, abordaremos a la pena privativa de libertad desde una perspectiva filosófica-política, para conocer cuáles han sido las justificaciones filosóficas, en que se fundamenta la pena.

En el tercer capítulo, se realiza un estudio de la pena así como la importancia de la misma dentro de la sociedad; manifestando también los sustitutivos de la prisión.

Nuestro último capítulo, esta dedicado al examen de los fines atribuidos a la pena, es decir, a la resocialización, la inoquización y la intimidación. Teniendo siempre en consideración las funciones que de hecho cumplen en la realidad social legal o extralegal.

CAPITULO I.

LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DEVENIR HISTORICO.

La pena privativa de libertad es un mal relativamente reciente en la historia humana. Pronto se cumplirán dos siglos del surgimiento de la sanción penal privativa de libertad, como instrumento de represión de la criminalidad y en nuestros días luce como la panacea universal contra la delincuencia. Asimismo se ha convertido en el eje del control social de cualquier sistema de gobierno.

La práctica punitiva del encierro fue utilizada también por el clero a través del enclaustramiento monástico. este aislamiento se imponía como penitencia a los pecadores para que les sirviera de reflexión y a su vez para expirar sus pecados. En similar sentido se utilizó por los monarcas, quienes encerraban a sus familiares descarriados en las torres de sus castillos por faltas o desobediencias.

Sin embargo, estas prácticas no son las principales formas de privación de libertad, que influyeron en el surgimiento de la prisión, sino que, son contingentes a otras de mayor relevancia surgidas del siglo XVI.

La explotación de la mano de obra para la producción, empieza a adquirir significación en la etapa mercantilista. Se

revalorizó la persona humana y a partir de entonces adquirió valor 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. se reclutaron entonces a los vagabundos, miserables y posteriormente a los delincuentes para incorporarlos al proceso productivo. Se dejó a un lado el carácter retributivo y expiatorio establecido en las legislaciones, y, en la praxis punitiva tiene sus inicios la explotación de la fuerza de trabajo del reo como finalidad de la pena.

Con el advenimiento de la Revolución Industrial varió la dimensión productiva del hombre, el proceso de industrialización y la aparición de la máquina desplazaron la fuerza productiva humana. El éxodo rural a los núcleos urbanos colmó las ciudades de inmigrantes campesinos quienes junto con los desempleados formaron la población desocupada. Muy pronto deambularon grandes masas miserables que apremiados 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.

Desde esta perspectiva socio-económico-histórica parece ser que 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. Pero existen otros enfoques del surgimiento de la prisión como sanción penal institucionalizada.

1.1. Etapa Previa: Los Castigos Corporales.

El derecho a castigar en la antigüedad tenía un carácter teológico y por ende la justicia es siempre administrada por el rey, representante de la divinidad en la tierra. Así lo establecían las leyes de las primeras sociedades humanas de Oriente, en China, el Emperador personificaba a la divinidad y sus leyes eran absolutas, les eran corporales, degradantes y feroces, podían dirigirse a cualquier objeto, incluso cadáveres. (1)

El Código de Manú en la India establecía penas cruentas y la responsabilidad era colectiva. El Código de Hammurabi de Babilonia revelaba cierto progreso en su concepción talional de la pena. (2)

En Grecia, el pueblo más culto de la época antigua, la pena era definida como "una medicina del alma", pero debía ser aplicada a través del dolor para lograr la corrección del individuo, y, en caso de delinquentes incorregibles éstos han de ser eliminados. (3)

Las XII Tablas, en Roma, seguían un criterio talional y emplearon como temas, la flagelación, con varas, azotes y la ruptura de miembros. En la República romana se aplica la marca a

(1) COSTA, Fausto. "El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía". Ed. Ethes. México. 1953. p. 3.

(2) *Idem.* p. 5.

(3) PLATÓN. "Las Leyes". citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal". Ed. Ediar. Buenos Aires. 1980. p. 198.

los calumniadores y con Diocleciano la mutilación (4). Muchas de las veces estas penas precedían a la pena de muerte, en el Derecho germánico existieron las mutilaciones, la fustigación y el arrancamiento del cuero cabelludo. (5)

Esta etapa se caracterizó por infringir un daño físico al individuo, un dolor vivo en la tortura de muy variadas formas, tantas como el ingenio del hombre creaba, fueran suficientes para ocasionar el más grave castigo que implicara sufrimiento. Sería una lista muy larga si pretendiéramos enunciar todas las formas corporales de castigar utilizadas en la antigüedad, solo podemos agregar que las penas más feroces y espantosas fueron puestas en práctica, siendo la base de todas las sociedades la pena de muerte. La ritualización del castigo ante la población sigue una tradición religiosa y ejemplarizante. (6)

En la más alta Edad Media la reacción contra el delito era la venganza privada por la parte agraviada, que consideraba a la agresión como una declaración de guerra y el agresor tenía que enfrentar una contienda de sangre. Había otra forma de resolución del conflicto, era la imposición de una pena pecuniaria que debía ser pagada a la víctima o a sus allegados; una asamblea de hombres libres efectuaban el juicio y obligaban al culpable al pago. La imposibilidad de pago a los delincuentes pobres los

(4) CUELLO CALON, Eugenio. "La Moderna Penología". Ed. Bosch. Barcelona. 1958. p. 247.

(5) *Ibidem.* p. 248.

(6) Cfr. CUELLO CALON, Eugenio. Op. cit. pp. 246, 247, y sigs.

conducía a sufrir penas de tipo corporal. El clásico talión "ojo por ojo, diente por diente". orienta el sentido de la pena. (7)

Con el transcurso del tiempo la venganza privada adquirió un carácter público y entonces la administración de justicia se depositó en órganos estatales. El principal motivo que impulsó la transformación de la venganza privada a función pública, radicaba en que la administración de justicia significaba una fuente de ingresos considerables, provenientes de las costas impuestas a quienes encontraban sometidos a procesos.

La situación económica y social de la Edad Media se caracterizó por una gran pobreza de las mayorías y la riqueza de muy pocos, de acuerdo a los cánones establecidos por el modo feudal de producción, el señor feudal poseía una gran propiedad de tierra que le permitía la explotación de los campesinos. (8)

Enorme diferenciación social existía entre terratenientes y ciervos en un sistema de producción agrícola condicionado a la fertilidad de la tierra y la benignidad del tiempo. Así también fue una época de grandes epidemias y mortandad por la peste, males que, sumados a la pobreza de los campesinos los abrumó, y sin otras alternativas de supervivencia emigraron a las urbes. De este modo la emigración del campo a la ciudad formó conglomerados hambrientos, dando origen por primera

(7) RUSCHE, George y KIRCHHEIMER, Ott. "Pena y Estructura Social". Ed. Temis. Bogotá. 1985. p. 9.

(8) NIKITIN, P. "Economía Política". Ediciones Ateneo. Bogotá. pp. 27 y 28.

vez, a un significativo excedente de mano de obra. el cual fue aprovechado por los manufactureros de la época para reducir a niveles mínimos los salarios, agravando de este modo la pobreza de las clases trabajadoras. (9)

En este esquema podemos ubicarnos para comprender de que manera, en la Edad Media (Siglo XV) todos esos miserables y desocupados, por su necesidad de subsistir cometieron actos de bandidaje. Cambió el sentido de la cualidad de criminal, las consideraciones morales y sociales se entremezclaron; la condición del responsable del hecho era lo determinante, de tal modo que si pertenecía a las clases sociales inferiores eran tratados rigurosamente. La pena pecuniaria era reservada para los ricos y las penas corporales se convierten en la forma punitiva de los pobres. (10)

Las penas corporales se incrementaron hasta convertirse en la forma del castigo normal, la pena de muerte se convirtió en un medio de exterminación de los individuos que constituían un peligro social. En esta época de barbarie, la crueldad casi inimaginable, de ningún respeto a la vida ni a la dignidad humana. En Alemania se aplicaron mutilaciones de manos, de pies y dedos, se cortaron las orejas, se sacaban los ojos, se castraba.

(9) HARRISMAN, Leo. "Los Bienes Terrenales del Hombre". Ed. Nuestro Tiempo. 17ª Edición. México. 1962. p. 22. En este sentido se afirma que "la tierra y sólo la tierra, era la llave de la fortuna de un hombre".

(10) SALERICH, Gustav. Citado por Rusche y Kirchhimer. Op. cit. p. 15.

se les azotaba y se les arrancaba la carne con tenazas candentes.

(11)

En Francia se aplicaron penas similares, también se cortaba y taladraba la lengua y se marcaba con hierro candente. A un mismo sujeto podría torturársele de varias formas, el primer día se le introducía el brazo en agua caliente, el segundo se le cortaba, el tercero se le atenazaban las tetillas y así infinidad de castigos hasta el estrangulamiento o el descuartizamiento por caballos; o la guillotina. Los castigos eran públicos y ejemplarizantes, el ritual debía desplegar su magnificencia ante los que concurrían a presenciar la ceremonia de la ejecución. El suplicio ritualizado cumple una función de operador político. (12)

Los medios punitivos utilizados en la Edad Media (Siglo XV) demuestran que no existía escasez de mano de obra, y, con la disminución del precio de la fuerza de trabajo se redujo el valor de la vida humana; de allí el mantenimiento de sanciones punitivas corporales y la desvalorización del hombre. (13)

(11) CUELLO CALON, E. Op. cit. p. 248.

(12) FOUCAULT, Michel. "Vigilar y Castigar". Nacimiento de la prisión. Siglo XXI Editores. 9ª Edición. México. p. 59.

(13) RUSCHE y KIRCHHEIMER. Op. cit. p. 21.

1.2. Antecedentes de la Privación de Libertad.

Recorrer minuciosamente la evolución de la prisión en el devenir histórico. implica un alto riesgo de omisiones. esenciales para otras áreas del saber humano. Así para la Psicología, la penología, la ciencia penitenciaria, tendrán relevancia e importancia en algunos acontecimientos de poca trascendencia para el saber jurídico, por lo tanto fijaremos algunas pautas no necesariamente restrictivas del conocimiento global de la prisión. Desde nuestra perspectiva enfocaremos tres etapas distintas de la función punitiva y dirigida a la privación de la libertad, estas son: etapa del encierro y aseguramiento como formas de cuasi-prisión; etapa de la explotación de la mano de obra; y la tercera etapa de la humanización de la justicia penal.

1.2.1. El encierro y el aseguramiento como formas de cuasi-prisión.

En la antigüedad no existió la prisión como pena propiamente y sólo se conoció el encierro en pozos aplicados por diversas razones. (14)

En Grecia y Roma se aplicaban por deudas de carácter civil no obstante, en la etapa 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 la pena de muerte. (15)

Cuando se aplicaba la tortura para averiguar la verdad, las casas de aseguramiento y las cámaras de tortura estaban unas al lado de otras. (16) 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. (17)

No constituía legalmente una sanción, ni se consideraba una pena, como acontece en nuestros días, que en las prisiones

(14) VON HENTIG, Hans. "La Pena". V. II Ed. Espasa-Calpe. Madrid 1968. p. 185.

(15) NELMAN, Elías. "Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Penitenciarios". Ed. Pannedille. Buenos Aires. 1971. p. 22.

(16) VON HENTIG, Hans. Op. cit. p. 189.

(17) NELMAN, Elías. Op. cit p. 21.

modernas la mayoría de los reclusos están en detención preventiva, es decir, actualmente pena privativa de libertad y detención preventiva, de hecho cumplen una misma función. Esta forma de detención no se puede considerar como principal antecedente de la prisión pero fue una práctica punitiva que inspiró la restricción de la libertad. (18)

La prisión destinada a los infractores de la ley penal heredó también algo de encierro monástico destinado a los pecadores. Es el enclaustramiento un vestigio poco significativo de la pena privativa de libertad; los religiosos instrumentaron el encierro para sancionar los actos pecaminosos, consistentes en el aislamiento total del sujeto a efecto de obligarlo a la meditación y a la penitencia para expiar su pecado. Su influencia al derecho secular se advierte en la penitencia del encierro a fin de compurgar 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, se llamaba también carcer o ergastulum. (19)

Del siglo X, eran pequeños aposentos subterráneos, sin puertas ni ventanas a las que se descendían por una escalera, semioscuro y sólo con luz suficiente para la lectura de los libros sagrados: el ayuno, el rezo y ocasionalmente la fustigación eran parte de la penitencia. En algunos conventos

(18) Cfr. VON HENTIG, *Hans. Op. cit.* p. 185.

(19) NELMAN, *Elias. Op. cit.* p. 28.

existieron cárceles tenebrosas dotadas de cadenas para sujetar a quienes perdían la razón. De esta manera el pensamiento eclesiástico fundamentó en la oración, el arrepentimiento y la contricción, y no en el castigo físico; la corrección del individuo. (20)

Han perdurado influjos de la celda monástica de tipo arquitectónico y psicológico: ejemplo de ello es el aislamiento celular y los efectos correccionalistas que se le han atribuido a la prisión moderna. (21)

(20) KRAUSS, citado por HENTIG. Op. cit. p. 200.

(21) VON HENTIG. Op. cit. p. 211.

1.2.2. Casa de Corrección-Fábrica-Cárcel.

Entre los siglos XVI y XVII en varios Estados europeos se aprovechó la mano de los sentenciados a muerte. El criterio anterior de aniquilar a los delincuentes en la mayoría de los casos varió para esta época en utilizar esa fuerza humana en diversos servicios. A partir de entonces se revalorizó la persona humana y adquirió significación su fuerza productiva.

Los países marítimos conmutaban la pena de muerte por las galeras, (22) servicio consistente en manejar los remos de las embarcaciones. Cuando se descubrió la fuerza motriz del vapor se obsoleteron las galeras y se transformó esta pena en presidio en los arsenales, y cuando los hombres ya no fueron útiles al servicio de la marina eran enviados al presidio militar para realizar trabajos en las armas o bien de fortificación. (23)

Pronto reprimieron a los vagabundos y miserables que deambulaban por las calles, la prostitución se castigó con trabajos forzados y los niños huérfanos fueron puestos a trabajar. Otra forma de conmutación de la pena de muerte era el destierro para colonizar los territorios conquistados en ultramar, los convictos fueron nuestros primeros colonizadores en América y sólo fueron sustituidos cuando tuvo auge la venta de esclavos. (24)

(22) NEUMAN. Op. cit. pp. 37, 38 y 39.

(23) RUSCHE y KIRCHHEIMER. Op. cit. pp. 67 y 68.

(24) *Ibidem*. p. 68.

Gran influencia, tuvo la religión luterana y calvinista en el surgimiento de las casas de trabajo para mendigos y vagabundos en Inglaterra y Holanda; basada en su filosofía del trabajo y del ahorro, que constituye un factor importante en el nacimiento del capitalismo. (25)

Con el deterioro general de las condiciones de vida se poblaron las ciudades con gente miserable y hubo necesidad de promulgarse leyes para el tratamiento de esa masa poblacional ociosa. Estas disposiciones preventivas que se dictaron tienen un parangón actual en la "Ley de Vagos y Maleantes", dirigida a los miserables modernos. Se reprimió la vagancia y la desocupación con trabajo y se incorporó a la producción de mano de obra barata que era aprovechada por los empresarios que arrendaban al Estado las casas de trabajo. (26)

Los salarios de estas casas eran tan bajos que los obreros preferían vivir de la caridad, la poca rentabilidad del trabajo obrero y la rápida emigración de los campesinos a las urbes trajo como consecuencia un exceso de población desocupada y miserable que al no tener alternativas de sobrevivencia se dedicaba al bandidaje. Se tomaron nuevas medidas para controlar a esa población desocupada y se empezó a obligar a los individuos aptos a trabajar, naciendo así en el siglo XVI las casas

(25) RUSCHE y KIRCHHEIMER. Op. cit. PP. 39-45.

(26) WEBER, Max. "La Ética Protestante y el Espíritu del Capitalismo". 3a Edición. Ed. Península. España. 1975. p. 59.

correccionales de Inglaterra (Bridewell en Londres, 1555, primera casa de corrección) y Amsterdam (Holanda desarrolló este tipo de trabajo, pues las condiciones de su capitalismo floreciente eran muy propicias para la explotación de la mano de obra). (27)

El "rasphuis" holandés del siglo XVII fue prototipo de las antiguas casas de corrección, cuya función fundamental fue enseñar la disciplina capitalista de producción. (28) Dentro del proceso manufacturero en las casas de corrección el dogma de 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". (29)

Cabe destacar que estas casas de corrección eran concesionadas por el Estado a empresarios particulares, por lo tanto éstos estaban interesados no en la corrección, sino en la explotación racional de la fuerza de trabajo; por esta razón aceptaron con beneplácito la mano de obra de los delincuentes, que, junto con los miserables y vagabundos conformaban la población laboral.

Con la revolución industrial variaron las condiciones

(27) J. COPELAND. Citado por Rusche y K. Op. cit. p. 47.

(28) MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. "Cárcel y Fábrica. Orígenes del Penitenciarismo". Siglo XXI Editores. México. 1980. pp. 35, 36, 37, 38, y 41.

(29) *Ibidem*. p. 42.

en el mercado de trabajo, el maquinismo desplazó al hombre y se derrumbaron los salarios, la oferta de mano de obra barata y el exceso de población de inmigrantes hacía muy difícil la situación de supervivencia de los pobres. (30)

La máquina transformó los sistemas de producción y sustituyó al hombre, para entonces (fines del siglo XVIII) ya no era costeable el mantenimiento de las casas de corrección. La fábrica reemplazó a la casa de corrección, la fuerza de trabajo libre redituaba mayores ingresos económicos. La casa de corrección cayó en decadencia por que otras formas de explotación fueron más rentables; sin embargo queda resolver la situación de esa gran masa de desocupados y de la creciente criminalidad. (31)

La clase dirigente se sintió tentada a retornar a los mecanismos más severos para controlar a la población. Había que buscar un método ideal para la contención de la criminalidad progresiva; no debe perderse de vista que en el ámbito jurídico-penal la pena tenía como finalidad la retribución fundamentada en la capacidad de culpabilidad del sujeto, que presume al libre albedrío. Entendida así la pena retributiva persigue la realización de la justicia y el orden social, sin embargo, como hemos visto la pena en esta prolongada etapa de la humanidad cumplió funciones diferentes a las asignadas por el Derecho.

(30) RUSCHE y K. Op. cit. p. 73.

(31) *Ibidem.* p. 111.

1.2.3. Humanización de las Penas.

El pensamiento de los hombres de la Ilustración inició en la transformación del saber jurídico y en la administración de justicia. El "Espíritu de las leyes" de Montesquieu publicado en 1748 es una base sólida de la construcción del moderno Derecho Penal. llegan al saber jurídico: la independencia del poder judicial respecto del ejecutivo; la colegiación de los jueces; la institucionalización 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. (32)

Alguna influencia tuvo también el "Plan de la legislación criminal" de Marat de 1779, señalando 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 a las penas de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza de las cosas, se deja de ver al hombre haciendo violencia al hombre. (33)

En 1764 la fecha de aparición del famoso libro "De los delitos y de las penas" del ilustre César Bonesana, marqués de Beccaria, reformador del Derecho Penal. Su obra se divulgó rápidamente e inspiró las legislaciones de la época. "Aun cuando

(32) MONTESQUIEU, *Esprit*. Citado por Costa, *Fuente*. Op. cit. p. 101.

(33) MARAT, *Jean Paul*. Citado por Foucault, *Nichel*. Op. cit. p. 109.

su obra era más política que científica influyó en las reformas penales de los déspotas ilustrados de su tiempo". (34)

Así concibió la pena: "Para que una persona produzca su efecto basta que con su mal de la pena exceda el bien que nace del delito." (35) Censuró la crueldad de las penas y de 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 lo 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 deshacer un delito ya cometido". (36)

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 de la pena de muerte, a la cual siempre se opuso asimismo, sostuvo que el freno para la comisión de los delitos no es la crueldad de las penas sino su infalibilidad. De esta manera el Derecho Penal comienza su período humanitario. (37)

Por esta misma época (fines del siglo XVIII) en Inglaterra se desarrollaban estudios de la prisión. John Howard

(34) ZUFFRANI, E. Op. cit. p. 219.

(35) BECCARIA, Cesare. "De los Delitos y de las Penas". Edición Crítica y Bilingüe. El Arayú. Buenos Aires. 1955. p 250.

(36) *Ibidem*. Op. cit. p. 148.

(37) *ibidem*. Op. cit. p. 176.

con actitud filantrópica dedicó gran parte de su vida a visitar las casas de corrección y de más 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 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 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: 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 aseveraba Howard. al mismo tiempo se deberían mejorar los establecimientos y la alimentación de los reclusos. (38)

Sus gestiones ante el gobierno inglés para la reforma de la prisión culminaron con la abolición del "Derecho de Carcelaja", suma que los encarcelados debían pagar a los carceleros; por su esforzada labor en la prisión, consiguió que el gobierno pagara a los guardias. Así mismo logró que se efectuaran transformaciones en la administración carcelaria. los

(38) NELSON, El *Yes*. Op. cit. p. 72.

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 penitenciarismo enfocado en la edificación de establecimientos destinados al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Howard y Beccaria fueron contemporáneos, (39) ambos conocieron sus obras; el autor de "El Estado de las Prisiones" (1776) se concretó a la humanización del régimen de las prisiones y su organización con finalidad correccional; la obra de Beccaria "De los Delitos y de las Penas" (1764) tuvo un sentido político y jurídico. La inspiración de ambos era humanización de la justicia penal. (40)

Jeremías Bentham, filósofo y jurisconsulto inglés, creador del utilitarismo; su concesión del orden jurídico lo llevó a sostener que no existían derechos subjetivos a la Constitución del Estado, siendo posible construir un orden normativo midiendo los dolores y placeres que serían para determinar la utilidad de las leyes. De esta forma emerge de su pensamiento utilitarista el concepto de pena, que es un mal porque no produce felicidad a quien se le aplica, pero es un bien desde el punto de vista de la utilidad pública. (41)

Publicó sus obras "Tratados de Legislación Civil y

(39) CUELLO CALON, Op. cit. p. 308.

(40) *Ibidem*, p. 308.

(41) COSTA, Fausto, Op. cit. p. 107.

Penal" (París 1802 y "Teoría de las Penas y las Recompensas" (París 1826) en donde expone detalladamente su pensamiento jurídico, que influyó en la reforma penal de su país y en las legislaciones del Código de Napoleón. Acorde a su filosofía y su actitud pragmática da a conocer el plan de su creación arquitectónica "El Panóptico", diseñado para la construcción de un edificio circular, cubierto de un gran techo de cristal, cuyas celdas estarían construidas de modo que formaran ellas mismas la circunferencia, con amplias ventanas de vista exterior al círculo y en donde se alojarían un máximo de cuatro 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 permitiría a un solo hombre vigilar al interior de todas las celdas sin ser visto. (42)

El panóptico estaba planeado para aplicarse a la construcción de casas corrección, prisiones, manicomios, fábricas, hospitales, escuelas y en general cualquier establecimiento similar. De este modo Bentham se convierte en el artífice de la arquitectura penitenciaria. (43)

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

(42) ZUFFARONI, E. *Op. cit.* p. 225.

(43) CUELLO CALON, E. *Op. cit.* p. 333.

importe un entrenamiento para forma de producción, toda vez que la enmienda del individuo se pretendía lograr por el trabajo.

(44)

Este período de humanización de la justicia penal, es el punto de ruptura del Derecho Penal de lágrimas y sangre y se señala el surgimiento del Derecho Penal moderno. El pensamiento de estos hombres humanitaristas influyó para que se proscribiera en las legislaciones penales los suplicios, la tortura y la pena de muerte; todos ellos dirigieron sus impulsos ha 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.

(45)

No es creación de ellos la prisión, su pensamiento humanitarista fue utilizado por la burguesía, en exceso, del siglo XVIII y por quienes dirigían la política represiva de la época (la aristocracia). Así, las autoridades y empresarios dejan a un lado la pena de muerte y las penas corporales que conmutan un "quantum de libertad". Estos fortalecieron las ideas de Beccaria, de Montesquieu, de Howrad; porque encontraron la coyuntura favorable para convencer al mundo de que la prisión era el medio de sanción más humano y atribuyeron a ellos la idea, que decoraron con los principios de legalidad y taxatividad.

(44) SANDOVAL HUERTAS, Eairo. "Penología". Parte General. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982, p. 94.

(45) Cfr. CUELLO CALÓN, E. Op. cit. pp. 335, 336 y sigs.

1.3. Surgimiento de la Prisión.

La privación de libertad como obstáculo para el desplazamiento y libre realización del hombre, se presenta desde los primeros tiempos de la historia humana, como ya hemos visto no era considerada un castigo importante pues existían muchas formas de reacción al delito y sólo adquiere relevancia cuando se descubre la explotación del hombre por el hombre.

Es la práctica punitiva estatal lo que da origen a la pena privativa de libertad, y es el poder político quien lo convierte en una figura central del derecho punitivo. En la última década del siglo XVIII surge como sanción penal institucionalizada.

La prisión no nace como un invento particular, sino que son varios los acontecimientos humanos concomitantes al surgimiento e institucionalización de esta forma de sanción penal. Las circunstancias que la rodean demuestran los múltiples factores intervinientes en su configuración.

Es a fines del siglo XVIII donde se ubica el nacimiento de la pena privativa de libertad. La Revolución Industrial estaba en su apogeo, y junto con ella la burguesía en ascenso que paulatinamente desplazaba a la nobleza de el poder; los intereses económicos del floreciente capitalismo invadían el ámbito político con pretensiones de consolidarse como clase hegemónica del poder estatal.

En el medio social había surgido un extracto humano marginal en los países con próspero desarrollo industrial: el proletariado. Las grandes urbes de la época se sobrepoblaron y excedían la oferta de mano de obra. La Revolución Francesa había hecho explosión en 1789: caía la monarquía y se constituía la República cuya soberanía residía en el pueblo: se proclama la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (26 de Agosto de 1789). La asamblea Nacional promulgó su Constitución (1791) y de ella emanó su legislación penal que establecía como sanción principal la pena privativa de libertad. (46)

El pensamiento de los hombres ilustres inspiraba la reformas sociales y su gran obra había trascendido en todos los ámbitos culturales. Los conocimientos de estos reformadores y sus ideas llegaron muy pronto a América, en el norte del continente: las 13 colonias inglesas habían logrado su independencia, que fue proclamada el 4 de julio de 1776 y adoptaron el nombre de Estados Unidos de Norte América, promulgando su Constitución el 17 de Septiembre de 1787.

Así las cosas, es evidente la influencia de estos acontecimientos con el surgimiento de la prisión por ello los escritores, los vinculan en sus estudios, haciendo más relevantes algunos y agregando otros, o bien omitiendo los que les parecen intrascendentes. (47)

(46) CHABROU, Citado por Foucault N. Op. cit. p. 21.

(47) SANDOVAL HUERTAS, Eairo. "Penología" Parte General. Ed. Universidad Externado de Colombia. 1982. p. 70.

La prisión no es creación de los iluministas porque ellos eran férreos defensores de la libertad, y solo la propusieron en casos excepcionales, como conmutación a la pena de muerte, pero jamás como la pena idónea por excelencia para sancionar todos los delitos. (48)

El desplazamiento de la monarquía del poder estatal no se produjo pacíficamente, sino como el caso francés, por medio de un movimiento social generalizado. Ante esta situación la nobleza vio con simpatía iluminista e introdujo reformas en sus legislaciones penales tendientes a la humanización de las penas; limitaron la pena de muerte y la tortura como medidas políticas y sociales, ya que, su permanencia en el poder estaba amenazada por la burguesía ascendente y la efervescencia revolucionaria.

Así lo demuestran las reformas llevadas a efecto por el Emperador José II de Austria, suprimiendo la pena de muerte para todos los delitos (1764). El Gran Duque de Toscana abolió de hecho la pena capital en 1765 y el Código Penal Toscano en 1786. (49)

Ambas reformas no respondían a exigencias de la opinión pública adversas a esta pena, sino a las peculiares convicciones políticas de estos soberanos. Que sin duda conocieron la obra de los iluministas liberales e implementaron

(48) REYES, E. Citado por Sandoval H. E. Op. cit. p. 71.

(49) CUELLO CALON, E. Op. cit. p. 119.

reformas penales para adherirse a este gran movimiento reformista. (50)

En Alemania, sube al trono en 1740, Federico el Grande y suprime para algunos delitos la pena de muerte, atenuando también la barbarie de las ejecuciones. También estas reformas a la ley penal alemana se le atribuyeron a las propias convicciones del rey. En Suecia, el rey Gustavo III, influenciado por el pensamiento humanista, abolió la tortura y la pena de muerte para todos los delitos, con excepción de la alta traición y el parricidio. En 1787, en Estados Unidos de Norteamérica, el influjo del pensamiento enciclopédico y la obra de Beccaria orientó la legislación punitiva y se abolió la pena capital excepto para el asesinato (muerte violenta, homicidio calificado). (51)

De las reflexiones precedentes se desprende que, en efecto, la filosofía humanista del liberalismo clásico animó a las clases hegemónicas a suavizar la justicia penal, pero, ¿acaso instituyeron la prisión basados en el humanitarismo de aquéllos hombres? no, la prisión se impuso por tres razones principales.

1.- La implementación de la prisión como pena sustitutiva a los castigos corporales y a la pena de muerte que estaban siendo abolidas.

(50) CUELLO CALON, E. Op. cit. p. 118.

(51) *Ibidem*, p. 121.

2.- Porque era un medio idóneo para la explotación del potencial productivo humano. Cuando fue necesaria la producción carcelaria, se contenía a ese contingente desempleado en la prisión, inhabilitándolo para la producción e inocuización de su potencial productivo; y.

3.- Para someter a los individuos a la política disciplinaria del Estado; disciplina para el trabajo y sometimiento al orden jurídico, en otras palabras, "volver a los individuos dóciles y útiles". (52)

Surge así en 1790, en Filadelfia capital del Estado de Pensilvania, Estados Unidos de Norteamérica, una prisión celular edificada en el jardín de una vieja cárcel, cuya forma de purgar la pena se fundaba en el aislamiento celular, la meditación, la oración y el absoluto silencio. (53)

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. Al consumarse su independencia promulgaron su Constitución y abolieron la pena de muerte y la tortura, y se encontraron con la búsqueda del paradigma punitivo. El desarrollo industrial del florecimiento capitalista marcaba las pautas en las reformas sociales, por lo que debía pensarse en la productividad, en el

(52) FOUCAULT, M. Op. cit. p. 233.

(53) NEGROSSI, Dario-PAVARINI, Massimo. Op. cit. p. 168.

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 mejor inversión, entonces no quedaba otra alternativa: reducir el costo económico de la institución y, con ello su desaparición. Es decir se presentó como alternativa la prisión, que en primer momento no incorporó el trabajo penitenciario. (54)

Así las cosas, son los cuáqueros de Pensilvania, una secta de religiosos protestantes quienes en 1790, revolucionan al penitenciarismo, dando origen con su obra a la primera institución destinada a purgar una pena de libertad. 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 tenía la convicción de que no era rentable. (55) De esta manera, la prisión viene a ser "un reinvento de los cuáqueros de norteamérica". (56)

Muy pronto esta institución 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 Masechusets, y en Beltimore, en Maryland; en 1803 en Windsor, en

(54) NELOSSI, Dario-PAVARINI, Massimo. Op. cit. p. 167.

(55) RUSCHE, George-KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit. p. 152.

(56) NORRIS, Norval. "El futuro de las prisiones". Siglo XXI Editores. 1ª Edición en español en México. 1978. p. 21.

el Estado de Vermont. (57)

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 argumento a favor que abolía parcialmente el aislamiento celular e incorporaba a los reclusos al sistema productivo. Estas prisiones fueron visitadas por eminentes personajes de la época y muy pronto el sistema penitenciario pensilvánico se difundió por el mundo entero.

En el año de 1846, en Francfort, Alemania, se llevó a cabo el 1º Congreso Internacional de Prisión, en donde la mayoría de los representantes de los países allí reunidos declinaron en favor del sistema pensilvánico. Queda de esta forma constituida la prisión como sanción penal por excelencia y muy pronto se incorporó a las legislaciones alemana, francesa, belga, holandesa y universalmente.

(57) MELOSSI, Dario- Favaroni, Massimo. Op. cit. p. 169.

CAPITULO II.

CONTROVERSIA EN LAS DOCTRINAS FILOSOFICAS JURIDICAS DE LA JUSTIFICACION DE LA PENA.

El capítulo anterior se dirigió a la búsqueda histórica de la pena privativa de la libertad. A continuación nos ocuparemos del estudio de su fundamentación filosófica.

2.1. El Derecho a Castigar.

Extensos son los fundamentos en que se ha querido sustentar el "ius puniendi", existen tantos estudios a este respecto que nos ocuparía otra investigación. no obstante la relevancia del tema, no lo abordaremos con detenimiento, pues no es, en este caso nuestra temática principal. Filósofos e intelectuales desde épocas muy antiguas han reflexionado acerca del derecho a castigar, las discusiones son abundantes, que bien podríamos afirmar, que se han constituido en una constante del ámbito cultural de cada época, que a menudo son contradictorias con respecto a algunas posiciones filosóficas.

El derecho a castigar supone la existencia de una autoridad para aplicarlo. Por esta razón Estado y Derecho tienen una historia común desde el surgimiento del Estado, que no se pueden separar.

El derecho a castigar es demasiado extenso e

importante, y el pretender abarcarlo todo en unas cuantas líneas sería una osadía de seriedad, además no tendría sentido alguno transcribir estudios elaborados en épocas préteritas que, sin duda nos conducirían por un mismo recorrido. No obstante, por su relevancia y directa vinculación con nuestro estudio de la pena, se hace indispensable su tratamiento, e ineludible, pues la pena está inserta en el núcleo mismo del derecho a castigar.

El Estado moderno tiene sus orígenes en el siglo XVI, es en la época del feudalismo donde surge el Estado absolutista que es precisamente el Estado originario. El concepto de Estado apareció en la lengua francesa en la época absolutista, esto es, hacia el siglo XVI y sería de uso generalizado desde el siglo XVIII. (58)

Ese prolongado período del feudalismo, cuyas características particulares se presentaron en casi todas las sociedades del mundo, resulta difícil delimitarlo, pues en algunos países como Inglaterra se prolongó hasta el siglo XVIII, en Francia hasta el siglo XVIII, y se asegura que en Rusia subsistió hasta el siglo XIX, algunos autores afirman que el Estado absoluto solo fue un Estado de transición que permitió el desarrollo de la burguesía y la gran acumulación del capital para dar origen al Estado liberal de derecho. (59)

(58) NIZALLE. Citado por EUSTOZ RAMÍREZ, J. "Estado y Control: la ideología del control y el control de la ideología". "El Pensamiento Criminológico II". Ed. Península Barcelona, 1963. Autores varios. p. 11.

(59) NIKITIN, P. Op. cit. p. 27.

En efecto, Poulantzas considera al Estado absolutista como un Estado de transición del feudalismo al capitalismo. sin embargo este período de transición, no se produce bruscamente sino como una articulación compleja de ambos modos de producción en un desplazamiento continuo, casi imperceptible en que un modo de producción predominó.

El surgimiento del Estado absolutista varía según las peculiaridades de cada nación, dependiendo de la duración del feudalismo: no obstante se puede fijar su nacimiento a mediados del siglo XV y se extiende hasta el siglo XVIII, la época de su consolidación.

Desde este particular enfoque que venimos realizando, sobre el derecho a castigar como facultad punitiva inherente al Estado, es necesario analizar la evolución y desarrollo histórico del Estado y su directa relación con la pena, entendida ésta como uno de los principales instrumentos del poder estatal para imponer el orden jurídico y mantener el control social por medio de la fuerza.

Lo que ahora nos interesa destacar en este punto del tema es la forma como se justificó el derecho a castigar en el Estado absolutista: el cual se caracteriza por el hecho de que el titular del poder estatal, por lo general es un monarca, él concentra en sus manos un poder incontrolable por las instituciones y cuyo ejercicio no es restringido por ninguna ley limitativa, ya

sea ésta de orden positivo o de orden natural divino. (60)

En este sentido, podemos resaltar como característica fundamental del Estado absolutista, la de presentar la unidad política de un poder centralizado en manos de un rey sobre una nación.

En el monarca se habían reunido todos los poderes, ya que como es sabido el rey era el representante de Dios en la tierra, lo cual le confería un poder ilimitado, sin embargo era necesario adecuar a este tipo de Estado un nuevo orden político, económico y social. En seguida mencionaremos lo que a este respecto dice Bustos Ramírez: "Es el Estado absoluto el que permitirá el acelerado ascenso y desarrollo de la burguesía y, consecuentemente, la necesaria gran acumulación de capital. Es este Estado el que permitió por una parte, la acumulación y, por otra, también la legitimación. La centralización permitía unir soberano con Dios, y a través de ello soberano con moral, derecho y justicia. Esta estructura vertical trascendental, de dependencia personal centralizada, permitió legitimar el orden social organizado vigente". (61)

De esta forma es de entenderse que todas las atribuciones del monarca le vienen dadas por la voluntad de Dios.

(60) FOLLANTZAS, Nicos. Op. cit. p. 204.

(61) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Pensamiento Criminológico II". Ediciones Península. Barcelona. Autores Varios. 1983. pp. 11 y 12.

creador del hombre y del universo, es decir la atribución de imponer penas provendría de la naturaleza misma de la sociedad humana, de un derecho natural. En este sentido supra-legal es donde encuentra fundamentación el derecho a castigar del Estado absoluto y su fuente de legitimidad parece ser la Epístola de San Pablo a los romanos en donde establece que: "Todos habéis de estar sometidos a las autoridades superiores, pues no hay autoridad sino por Dios...". "Porque los magistrados no son de temer para los que obran bien, sino para los que obran mal". "Es preciso someterse no sólo por el temor al castigo, sino por la conciencia". "... el que se revela contra las autoridades, se pone en contra del orden establecido por Dios...". (62)

Si en efecto, la relación del órgano Estatal para con el individuo es una dependencia personal total, el sujeto está subordinado al poder supremo del soberano. Por tal razón un pretendido derecho a castigar inherente al Estado es concebible en un Estado absolutista, desde hace muchísimo tiempo ya superado por la sociedad humana y no es un esquema del Estado moderno. (63)

A efecto de reafirmar esta posición hacemos nuestra la expresión de Novoa Monreal "un derecho a castigar encuentra

(62) NOVOA MONREAL, Eduardo. "¿Se justifica el derecho de castigar?". *Anales Internacionales de Criminología. Órgano Oficial de la Sociedad Internacional de Criminología*. 1963. V. 21. p. 175.

(63) Cfr. *Ibidem*. p. 170.

acogida únicamente en un Estado de organización conforme a ideas filosóficas-políticas ya superadas". (64)

En el Estado absolutista de origen divino, el soberano era representante de Dios y todo delito era expresión de rebeldía al monarca y a la divinidad por tanto debía infringirse una pena de carácter expiacionista cuyo fin era la purificación a través del castigo del cuerpo.

A todas luces hace falta una importante observación desde una referencia socio-económica. Como ya hemos visto en líneas anteriores el Estado absoluto tuvo una prolongada duración que podemos fijar desde el siglo XV hasta mediados del siglo XVII. en cuya época tuvo su consolidación, sin perder de vista su subsistencia en algunos países hasta el siglo XVIII y XIX. En esta larga historia se gestó embrionariamente el modo capitalista de producción: es la época del mercantilismo, la aparición de la burguesía, etc., como ha quedado asentado en el primer capítulo la pena se instrumentalizó como medio de explotación y su función se dirigió a castigar a los delincuentes, vagabundos y miserables, para alcanzar los objetivos de florecimiento del capitalismo. En ese sentido es de afirmarse que, el derecho a castigar del Estado absolutista tuvo como finalidad la acumulación del capital. (65)

(64) NOVQA MONREAL, E. Op. cit. p. 176.

(65) Cfr. NOVQA MONREAL, E. Op. cit. p. 181.

Desde luego la Revolución Industrial generó profundos cambios de tipo socio-económico que repercutieron terminantemente en el ámbito de la justicia penal. las transformaciones más significativas en esta área fueron: el paso de la forma de producción feudal a una relación de producción capitalista sobre la base de ficción de igualdad de todos los hombres, la producción deja de ser agrícola para pasar a ser manufacturada, ya no es el señor feudal el poderoso, sino el empresario, se produce un gran desplazamiento de la población rural hacia las urbes y surge así un estrato social marginal de desocupados, vagabundos y miserables que son vistos como peligrosos.

En esta etapa como ya hemos visto, la presente lucha por el poder político entre los sectores de la nobleza y la burguesía es constante, pues no debemos olvidar la importante forma de control social que representa el Derecho Penal, de ahí que debía tener una base sólida para ejercer dicho control. En medio de estas contradicciones por la hegemonía del poder, los manufactureros o capitalistas necesitaban el poder de la nobleza y sustraerse a su control social. Por otro lado, se veían amenazados por las masas de hambrientos desplazados del campo y concentradas en las ciudades, que cometían crímenes y ponían en peligro su riqueza, pero, por otro lado, un control social indiscriminado hacía esas masas le daban al Estado, en poder de la nobleza, una fuerza que la misma podía usar en su propia defensa contra ellos. De ahí que tuviesen que reclamar una medida

y para ello acudieron a la ideología del contrato social, como la solución de cualquier conflicto. (66)

En realidad para que el capitalista creciente pudiera continuar el proceso de acumulación, necesitaba un basamento ideológico que se hiciera compatible con la libertad e igualdad tan apetecidas y demandadas en la época. Así la fuente de la legitimación más adecuada fue el contrato social, que ponía de acuerdo entre iguales. "El Estado legitima en tanto que el Estado guardián, es decir su control, tiene que ser ejercido precisamente para que funcione el contrato social". Así pues, el Estado liberal o Estado guardián, en su carácter de depositario de todas las voluntades individuales se arrogaba el derecho a castigar, justificando esta facultad punitiva precisamente con la imposición de penas a todos los individuos que, con sus actos delictuosos se oponen al contrato social. Otro fenómeno interviniente en la transformación del Estado y, por supuesto el Derecho penal es la ilustración, este trascendente movimiento intelectual impregnó con sus ideas los ámbitos culturales. (67)

La razón y la ciencia desplazaron a la fe y a la religión. El movimiento intelectual iluminista da origen al denominado siglo de la razón, porque en efecto la razón se

(66) ZAFFRONI, Eugenio. *Op. cit.* pp. 207-210.

(67) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Op. cit.* p. 14.

convirtió en el Dios de los filósofos, estaban convencidos de que la mente puede aprender del universo y subordinarlo a las necesidades humanas, ésta corriente filosófica dirigió sus embates contra las instituciones irracionales que impedían al hombre su relación contra la superstición y el fanatismo, atacaron los privilegios de las clases feudales e hicieron de la crítica su mejor arma. (68)

En este estado de cosas surge la concepción del contractualismo, cuya ideología sirve para fundamentar al derecho a castigar ya que en lo sucesivo se castiga en nombre y para la conservación del contrato social.

El contractualismo sustentado por Rousseau parte de la idea de que la sociedad debe constituirse un una comunidad política en la que todos actúen como iguales y en donde la participación de los individuos sea directa. El problema a resolver por el contrato social sería "encontrar la forma de asociación que defienda y proteja, respecto de toda la fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado y en virtud de la cual cada uno, al unirse con todos, no obedece, sin embargo, sigue siendo tan libre como antes". (69)

De modo que a través de esta ficción del contrato

(68) ZEITLIN, I. "Ideología y Teoría Sociológica". Ed. Amarronto. 2ª Edición. Buenos Aires. Argentina. 1973. p. 14.

(69) ROUSSEAU, Jean Jacques. "Du contrat social", citado por CERRONI, Humberto. "MARX y el Derecho Moderno". Ed. Grijalvo. México. 1973. p. 259.

social el individuo entra en sociedad. "cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y todos nosotros recibimos a cada miembro como parte indivisible del todo". (70)

En virtud de esta teoría contractualista la voluntad del pueblo deposita en el Estado la facultad de ejecutar las leyes y mantener la libertad de los individuos. Surge así el Estado liberal de derecho como expresión soberana del pueblo. "La ciencia jurídica moderna nace cuando se complementa y se institucionaliza la distinción entre el derecho y la moral, pero fundamentalmente de la separación entre política y teología, y la fundamentación esencialmente moderna, de la concepción mundana del Estado basado en la soberanía popular". (71)

Llegando a este punto es conveniente precisar que: el Estado liberal de derecho se presenta ya no investido por la gracia de Dios sino por la voluntad del pueblo.

En el derecho penal liberal, se atribuyó a la pena una doble finalidad, la prevención de delitos y la retribución por el mal cometido, ambas en el marco del contrato social, desde una perspectiva de la prevención, la pena debía perseguir fines socialmente útiles, es decir, el Estado castiga para lograr

(70) *Ibidem*, p. 261.

(71) CERONI, Humberto. "Marx y el Derecho Moderno". Ed. Grijalbo, México, 1975, p. 28.

efectos disuasivos en los potenciales delincuentes y para el que ya delinquiró que no reincida; como es de observarse esta teoría declinó por la prevención general fundamentada en el supuesto carácter intimidatorio de la norma penal. no es esta teoría la más sólida sino que imperó la concepción de la pena retributiva de Kant y Hegel.

La pena ya no puede ser entendida por expiación, porque ya no existe la identificación de religión-Estado, moral-derecho, delito-pecado, este ha de ser reemplazado por la retribución, es decir, se castiga para retribuir un mal por el mal causado con el delito, que desde luego atenta contra el orden jurídico establecido por el contrato social.

Desde esta posición retribucionista se tiene una concepción absoluta de la pena, con ella se pretende la realización de la justicia, escuchemos una famosa expresión kantiana: "aún en el caso de que el Estado se disuelva voluntariamente, debe ser antes ejecutado el último asesino", para que no se lesione la justicia. Esta postura del retribucionista se fundamentó en el concepto de culpabilidad del sujeto ya que se tiene una concepción antropológica del libre albedrío. (72)

Según Hegel sólo la pena justa trata al hombre como un

(72) KANT, I. citado por BUSTOS RAMIREZ, J. Op. cit. p. 12.

ser racional y no como el palo al animal, para este filósofo liberal la pena es un bien que solo debe aplicarse al hombre libre, es decir, al hombre que ha alcanzado la autoconciencia y que actúa con libertad, por esta razón la pena se convierte en un derecho del delincuente. (73)

El Estado intervencionista o Estado de defensa social. Con el advenimiento del Estado intervencionista en el siglo XIX, se pretendieron resolver las contradicciones sociales ocasionadas por la consolidación del capitalismo, del maquinismo industrial y la aparición del proletariado, empero sustancialmente los antagonismos entre poseedores y no poseedores de los medios de producción, igualdad política y desigualdad económica, libertad y disciplina, etc., el Estado deja de ser guardián y se convierte en regulador de estas contradicciones sociales.

El Estado liberal cuya principal preocupación era defender la sociedad del Estado, mejor dicho, la exigencia del respeto a determinadas garantías por el poder público, es decir, marcar ciertos límites para asegurar la salvaguardia de las esferas de libertad formalmente reconocidas a los ciudadanos, en tanto que, el Estado intervencionista se convierte en el "motor activo de la vida social". (74) El Estado antes mencionado

(73) MIR FUIG, Santiago. "Política Criminal y Reformas del Derecho Penal".
Autores varios. Ed. Temis. Bogotá. 1982. p. 73.

(74) MIR FUIG, S. Op. cit. p. 70.

pretende hacer efectivas las garantías jurídicas formalmente establecidas. El Estado guardián de esas garantías con carácter de árbitro imparcial que no interfiere en el juego social, se pasa al Estado intervencionista.

Este modelo de Estado permite la fundamentación de un nuevo derecho penal, ahora se concibe un derecho penal preventivo y se le confiere a la pena el fin de prevención. De ahí que la función de la pena es la lucha contra el delito, la defensa social. Como podrá notarse que ya no encaja el derecho a castigar, toda vez que la finalidad de la pena no se fundamenta en un principio de justicia absoluta, expiacionista o retribucionista, sino que en un principio utilitario basado en la prevención de delitos.

De esta manera, el delito ya no es socialmente la contravención al orden jurídico u oposición al contrato social, sino principalmente es un daño social, y la sociedad debe defenderse de esos ataques. El delincuente es quien con su conducta ocasiona el daño a la sociedad, por lo tanto representa un peligro social, había que segregarlo del grupo, o bien si no era recuperable eliminarlo. Entonces el positivismo criminológico da su teoría sobre la base de que el delincuente era determinable científicamente: así la sociedad se dividió en normales y anormales, estos últimos por su inferioridad biológica eran los degenerados que constituían la clase social peligrosa. De ese modo la ideología positivista y, en particular la

criminología positiva con su teoría del delincuente nato al frente: fueron ideologías brutales que sirvieron para justificar el desprecio a los marginales, a los desposeídos, al indio, al negro, al mestizo y al mulato, que son los habitantes "naturales" de nuestras cárceles. Esta ideología del Estado intervencionista europeo del siglo XIX, rápidamente se traslada a América y, todo parece indicar que estas ideas campean los países latinoamericanos de la misma época. (75)

El Estado social de derecho o Estado de bienestar. Este modelo de Estado del siglo XX enfrenta los problemas de cómo hacer posible la acumulación, es decir, el desarrollo capitalista sin que se interponga a los intereses del bienestar en un marco de legitimidad.

Pues bien por lo que se refiere al Derecho penal y la pena, en el Estado de bienestar todavía se mantiene la ideología de la defensa social. Solamente que ahora se fundamenta la intervención estatal de la idea del consenso que viene a reemplazar la idea del contrato social.

Por cuanto a la pena se ha elaborado en la teoría de la prevención-integración, en donde el papel de la norma jurídica es la motivación del sujeto hacia el fortalecimiento del orden jurídico, es decir, esta teoría construye desde el concepto de

(75) ZAFFARONI, E. *Rev. Op. cit.* p. 241.

funcionalidad de la norma penal. De esta forma la pena se aplica a los individuos que han perturbado con su conducta el funcionamiento del orden jurídico.

Evidentemente, desde esta perspectiva la pena ya no es más castigo, sino que su fin es el de prevención. "Los límites que el fundamento impone al "ius puniendi", como el principio de su subsidiariedad del Derecho penal, éste ha de constituir la última ratio, el carácter fragmentario del mismo y la exclusiva protección de bienes jurídicos entendidos como bienes necesarios para la sociedad. No se debe acudir a la pena sino cuando sea inevitable". (76)

Así las cosas, cómo es posible justificar un derecho a castigar en una sociedad en donde sólo se castiga al pobre, al indio, al negro, etc., resulta contradictorio en un Estado democrático un Derecho penal clasista. "Es evidente que acciones realizadas por los desfavorecidos son merecedoras de castigo en tanto que acciones similares realizadas, no solo por los poderosos, sino por las mismas instituciones, resultan toleradas cuando no ensalzadas". (77)

Por ahora solo nos resta decir, como lo hemos venido sosteniendo, que ningún Derecho a castigar es compatible con el

(76) NER FUIG, S. Op. cit. p. 78.

(77) ANYAR DE CASTRO, Lola. "La búsqueda de la legitimación. Justicia participativa y derecho a castigar". *Anales Internacionales de Criminología. Órgano Oficial de la Sociedad Internacional de Criminología*. Vol. 21. Nº 2 autores Varios. Francia. 1983. p. 203.

Estado moderno. pues el castigo sólo se concibe en modelos de Estados ya superados.

El pensamiento marxista, ha dirigido con insistencia sus enfoques al ámbito jurídico, con mayor detenimiento al Derecho penal instrumento éste al servicio de los intereses de la clase dominante, que se ha constituido en el "brazo armado" del Estado para proteger los intereses de la hegemonía en el poder y a la vez importante mecanismo de dominación y control de los desposeídos. Estas son algunas de las razones por las cuales la teoría marxista rechaza el derecho a castigar del Estado capitalista, ya que ese poder "determina una relación específica de dominación y de subordinación de las prácticas de clases, asevera en este sentido Poulantzas refiriéndose a la relación de poseer en el seno de la lucha de clases se presenta como "la capacidad de una de las clases para realizar por su práctica sus intereses propios que están en oposición con la capacidad y los intereses de otras clases". (78)

De esta forma no es justificable el derecho de castigar del Estado capitalista, pues se fundamenta en una distribución desigual, en una concepción "integracionista" de la sociedad, de donde deriva el concepto de "participación" en las decisiones. (79)

(78) Poulantzas, Nicos. Op. cit. p. 126.

(79) *Ibidem*. p. 125.

Así pues el poder coactivo estatal puede entenderse como el empleo de una fuerza legítima, ejercida en el marco referencial de un mínimo de consentimiento por parte de aquéllos sobre quienes se ejerce el poder. (80)

(80) *Idem.* p. 127.

2.2. Los Paradigmas Filosóficos de la Teoría de la Pena.

Son dos las perspectivas filosóficas-jurídicas en que se ha sustentado la pena, salvo riesgo de concretizar demasiado, no ha existido ninguna otra forma de fundamentar la pena de no ser en principios de justicia absoluta basados en la retribución y en principios utilitarios dirigidos a alcanzar la prevención.

Asimismo retribución y prevención han sido siempre el núcleo en torno al cual construyeron y siguen construyendo las teorías de la pena.

La escuela clásica se identifica con las teorías absolutas de la pena, en donde se castiga al hombre porque ha delinquido, se tiene una concepción de la pena como el resultado del delito, es decir, sus efectos van dirigidos a un hecho del pasado; la escuela positiva por el contrario está vinculada a las teorías relativas. Con la aplicación de la pena se pretende evitar futuros delitos, se castiga para que no delinca; y las teorías mixtas o eclécticas, se identifican con todas aquellas doctrinas o escuelas que pretenden conciliar la justicia con la utilidad. (81)

Esta clasificación de las teorías de la pena fue elaborada por Berne. (82) y aun cuando, suele echarse mano frecuentemente de ella para estudiar a la pena, al parecer en

(81) COSTA, Fausto. Op. cit. p. 176.

(82) *Ibidem*. p. 175.

buena medida ha sido superada, toda vez que, con el surgimiento de otras escuelas se escindió su estructuración. Así ahora podemos referirnos a la escuela correccionalista, si es que se puede considerársele tal a la escuela penal humanista, la dogmática-jurídica, la técnico-jurídica, la defensa social, la política-criminal, etc., no obstante, el centro de todas ellas, principio fundamental de la pena, se encuentra en la retribución y la prevención, o ambas defensas; nosotros las llamaremos utilitarios, en torno a éstas dos tendencias del Derecho penal está agrupada en el mundo "en dos bloques formidables, más irreductibles que nunca". (83)

En esta misma obra efectúa el autor un estudio de Derecho positivo y de ello sostiene que son muchas las legislaciones totalmente retribucionistas, persistiendo no obstante las contradicciones en el ámbito teórico aún cuando las legislaciones sigan marcadamente algunas de las diferentes tendencias. Así podemos señalar, observando, comparando, algunas legislaciones penales en una u otra posición.

Retribucionistas son las legislaciones de Alemania, Austria, España, Suiza, Portugal, entre otras y entre las defensas preventivistas podemos mencionar la de Inglaterra, Estados Unidos, Suecia, Bélgica, Grecia, Cuba, etc. (84)

(83) BERISTAIN, Antonio. "La Pena-Retribución y las actuales concepciones criminológicas". Ed. Depalma. Buenos Aires. 1962. p. 3.

(84) *Ibidem*. p. 12.

Lo cierto es que en ambas teorías se da cabida a posiciones opuestas. Nos damos cuenta como las legislaciones retribucionistas aceptan medidas preventivas e incorporan en sus códigos; y, por otra parte las legislaciones preventivistas conservan instituciones de carácter retributivo, como finalidad la pena en la culpabilidad. No son solo éstas las contradicciones, si acaso las más evidentes, pero existen en el trasfondo en las modernas legislaciones fuerte tendencia al ecléctismo. (85)

(85) BERINSTAIN, Antonio. *Op. cit.* p. 13.

2.3. Retribución

El término retribución significa pago; en el concepto jurídico penal retribución es una categoría punitiva derivada de un principio filosófico de justicia absoluta. En este sentido: retribución es la causa de un mal por el mal causado con el delito.

Entendida así la retribución, es el castigo impuesto al delincuente por la comisión del delito el cual se atribuye por el mal que ha causado. De esta manera el sufrimiento impuesto al sujeto por el daño que causó con su conducta es justa.

La esencia retributiva de la pena es en razón de la culpabilidad del delincuente, de ahí que la idea de retribución exige que al delito le siga la aflicción de la pena para la realización de la justicia.

Expuesta de esta forma, pareciera que la retribución como la pena justa no tiene otra finalidad que la realización de la justicia, y de no ser así el devolver al culpable un mal por otro no se estaría realizando un ideal justo. No obstante quienes sustentan el carácter retributivo de la pena otorgan fines prácticos al castigo. Así lo expresa el penalista Cuello Calón "La pena es siempre retributiva no importa que aún sin pretender conseguirlo, produzca efectos preventivos que alejen del delito a los miembros de la colectividad, por miedo al mal que contiene". (86)

(86) Op. cit. pp. 16 y 19.

Pero no solamente se logran estos fines prácticos, sino que con la retribución se alcanzan otros fines "más amplios y elevados, mantener el orden y el equilibrio, son fundamentos de la vida moral y social, protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito". (87)

Para San Agustín la justicia se presenta en el mundo como retribución. Dios es quien retribuye lo justo con el mal de la pena. (88) "Con la misma medida que midáis seréis medidos", que puede entenderse como el principio clásico del talión "ojo por ojo y diente por diente", que es una regla general. Por supuesto el pensamiento agustiniano en el aspecto punitivo es mucho más amplio pero en este caso lo expuesto solo reseña una característica de la pena, es también enunciarse en la filosofía cristiana de San Agustín, que dominó casi a la primera etapa de la edad media.

Para la segunda parte del medievo surge la filosofía Tomista expuesta por Santo Tomás de Aquino, para esta filosofía la pena se aplica en base a una justicia conmutativa, es decir, la justicia que devuelve mal por el mal. Así era entendido el término "retribución" en la Edad Media y el pensamiento tomista sostuvo que la pena en sí misma es justa según el ejemplo divino considera en su aspecto racional, como medio para prevenir el fin moral. (89)

(87) CUELLO CALON, E. Op. cit. p 18.

(88) Cit. por COSTA, Fausto. Op. cit. pp. 43-45.

(89) Cit. por BERNSTAIN, Antonio. Op. cit. p. 45.

Santo Tomás también asignó un carácter de "intimidación" a la pena, afirmado que el temor de la pena mantiene a los hombres alejados del delito y los hace mejores: solo que esta utilidad de la pena representa un medio para alcanzar el fin moral y no como posteriormente se desarrollarían las doctrinas utilitarias.

Si bien es cierto que existen polémicas a la justificación y fines de la pena en la filosofía cristiana, resumidamente podríamos apoyarnos en la posición asumida por Berinstain para sostener que: "A pesar de esta insistente repulsa contra lo que signifique venganza, los teólogos sostienen en el aspecto retributivo de la pena". (90)

También en este sentido los teólogos-juristas discuten respecto a la exégesis bíblica de la retribución y se ha podido demostrar su posición de la siguiente forma "los teólogos negaban que la Sagrada Escritura prohíba la justicia retributiva". (91)

Por cuanto a los fines de la pena en la retribución divina algunos autores como Berinstain sostiene que el castigo impuesto no sólo persigue la realización de la justicia sino además la legítima defensa social y la restauración del orden jurídico violado. "Sin el ejercicio de la pena retributiva, la sociedad no podría cumplir sus obligaciones de proteger, conservar y restaurar el orden jurídico". su obligación en formar

(90) BERINSTAIN, Antonio. Op. cit. p. 34.

(91) *Ibidem.* p. 45.

y conformar los súbditos ante la ley. (92)

La transición de la Edad Media a la modernidad implicó variaciones en casi todos los ámbitos de la actividad humana. Primero el Renacimiento y más tarde el Iluminismo, influyeron enormemente en la transformación del derecho punitivo. Con el surgimiento del Estado, el castigo adquiere un carácter público, se encierra la equiparación delito-pecado; y pena-penitencia, y adquiere carácter autónomo la retribución.

Esta transformación del derecho punitivo la refiere Bengalli en la siguiente expresión: "Pues bien, la concepción de la pena (castigo) se desprende de su primera dimensión divina y entra en la fase de laicización asume para sí la categoría de la pena justa y su justificación queda centrada sobre la base ética de la retribución".(93)

Son Hugo Groccio y Tomás Hobbes los pioneros de la filosofía punitiva en una concepción seglar (pertenecientes a las costumbres del mundo). Groccio demostró que no es necesario deducir el derecho de un principio trascendente, puesto que posee su origen natural en un principio interior del hombre. (94) Este principio se deriva de la sociabilidad, pues, debido a su palabra e inteligencia el hombre es racional. En la sociabilidad humana se fundamenta el orden jurídico y en éste la retribución penal.

(92) BERNSTAIN, A. Op. cit. p. 46.

(93) BERGALLI, Roberto. "Justicia Formal, Justicia Participativa y Derecho a Castigar". *Anales Internacionales*. Vol. 27. 1983. p. 220.

(94) Citado por COSTA, Fausto. Op. cit. p. 68.

En este modo la pena es justa, porque su causa, en el derecho natural y, el principio que la rige es la retribución, igualdad entre el mal de la pena y el mal producido por el delito.

Después Groccio y su teoría del Derecho natural como producto de la sociabilidad consustancial al hombre, vinieron: Hobbes fundamentando el orden jurídico en el egoísmo, razón por la cual la pena ya no persigue un ideal de justicia absoluta ni una finalidad moral, sino hostilizar al delincuente con un mal para hacerlo obediente a la ley del Estado: para Puffendorfd el orden jurídico es producto de la razón humana, y siguiendo este criterio racional, la pena, no puede ser aplicada si con ésta no se obtiene ninguna utilidad. Puffendorf, abandona todo principio de justicia abstracta sostiene que el verdadero fin de la pena consiste en: "prevenir las injurias de los hombres que puedan tener a sus semejantes". Este fin se puede lograr de tres formas: con la corrección del delincuente, con la ejemplaridad de la pena y con la eliminación del peligro social. (95)

Es Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, el reformador del Derecho penal. Sus ideas tienen un basamento filosófico de contractualismo y utilitarismo; su famosa y única obra jurídica ("De los Delitos y de las Penas" 1764), con la que se consagró, tiene un sentido político más que jurídico y que él hace notoria

(95) Citado por COSTA, Fausto. Op. cit. p. 83.

su tendencia humanista. Por su concepción del orden jurídico su pensamiento se interpone a los contractualistas, y, con respecto a la pena sostuvo que éste tiene dos fines: impedir que el reo cometa otro delito y alejar a los demás de imitarlo.

En efecto Beccaria le asigna utilidad a la pena mediante la prevención del delito en dos sentidos: Primero, evitando la reincidencia, es decir, proyectando al individuo al respecto de las normas y valores imperantes en la sociedad (que no es otra cosa que la reeducación, readaptación, resocialización o corrección) esto se logra, obviamente, sólo con la ejecución de la pena, y, segundo con la intimidación del sujeto, a través de la amenaza legal y el ejemplo del castigo, que se pretende lograr con la conminación de la pena. Sin embargo, cuando distinguimos a las tres fases de la pena (conminación, imposición o determinación y ejecución) podemos observar que para determinar la pena Beccaria sigue un criterio de proporcionalidad ("basta con que el mal de la pena exceda el bien que nace del delito", un exceso mayor la haría ilegítima e inútil, lo cual evidentemente lo coloca en una concepción retribucionista, es decir, devolverle al reo un mal proporcional a su delito).

La influencia de los iluministas en la ideología forjadora del contractualismo social se extendió en el ámbito cultural de todas las ciencias. En el Derecho penal la ideología contractualista transformó la concepción de pena: si la sociedad y el orden jurídico establece por un contrato, quien viole el pacto

debe ser retribuido con un mal, por el mal injusto que ha causado. Pero, ¿cuál será ese mal en que se devuelve al delincuente por su delito? en el Derecho privado todo aquél que incumple un contrato, y que por ende, lo esta violando; debe reparar, e indemnizar el daño o se les ejecutan sus bienes. Y ¿cómo podrá pagar también quien viole el contrato social con el delito? Pues tendrán que pagar con su patrimonio, es decir, su potencial productivo, su capacidad de trabajo o su libertad. En este sentido Zaffaroni sostiene "que es la ideología que hace de la privación de libertad en una pena, era un modelo ideal para cuantificar la privación de libertad como las mercancías y la moneda, en forma análoga a las prácticas comerciales de esa época". (96)

Kant afirmó que todo cuanto conocemos a través de la razón se da en tiempo y espacio, no se puede conocer a las cosas en sí, no solo por su apariencia, los acontecimientos o fenómenos en forma trascendente. "El conocimiento racional puede relacionarse con esos objetos de dos maneras: simplemente para determinar éste y su concepto (que en otra parte debe haberse dado); o para realizarlo. El primero es un conocimiento teórico de la razón; el segundo es un conocimiento práctico". (97)

(96) ZAFFARONI, E. Op. cit. p. 211.

(97) "Crítica a la razón pura". Ed. Losada, S.A. 6ª edición. Buenos Aires, 1970. Traducción de José del Parejo, p. 128.

"Crítica de la razón pura" y "Crítica de la razón práctica" son sus dos grandes obras. La razón práctica es la que nos enseña los valores, es la que señala la conducta debida.

Para Kant la conducta debe ser moral, y lo es cuando responde a un deber de conciencia (no es una acción convenenciera, ni oportunista).

Todas las acciones conscientes que se alejan de otras valoraciones son los "imperativos categóricos", estos mandatos que derivan de la ley e imponen una conducta determinada. Kant sintetizó el "imperativo categórico" en los siguientes apotemas: "Obra según una máxima tal que pueda querer al mismo tiempo que se torne ley universal" y, "Nunca debe tratarse a nadie asimismo ni a los demás como simple medio, sino con fin en sí mismo". Si el imperativo categórico que deriva directamente de la ley; es observado y respetado por el sentimiento del deber, se tiene la moralidad y se tiene la legalidad cuando la observancia se produce por otro motivo. En esta segunda hipótesis se produce la transgresión, y como consecuencia declinable al castigo. (98)

De esta forma Kant separa la moral y el derecho, esta separación de la esfera ética y la esfera jurídica significa, la ruptura del derecho natural y el reconocimiento del derecho

(98) Citado por COSTA, Fausto. Op. cit. p. 130.

punitivo. tal ruptura con el ius naturalismo se expresa con el surgimiento de la ciencia jurídica moderna, es decir con el nacimiento del Estado de derecho y su ordenamiento como manifestaciones de soberanía popular no como manifestaciones teológicas o morales. "El problema jurídico se engulle al problema estrictamente político del mismo modo en que el problema de las garantías técnicas de Rechtstaat asimila y subordina al problema de la soberanía popular". (99)

(99) Cit. por CERRONI, Humberto. "Marx y el Derecho Moderno". Ed. Grijalbo. México, 1975, p. 257.

2.4. Prevención.

La prevención del delito ha sido preocupación del hombre asociativo de todos los tiempos, en el Derecho antiguo se conoció bajo otras formas diferentes a las de nuestros días. En todo caso podemos referirnos a un concepto de prevención del pueblo romano de la época de Séneca "la influencia anticriminal que uno supone sobre los ciudadanos en general por el hecho de que el código castiga ciertos comportamientos humanos y que de la fuerza pública ejecuta las penas ordenadas por la corte". (100) Es un antecedente remoto de la más alta antigüedad.

Así surgieron teorías de tipo utilitaristas como la de Bentham. "El valor del castigo no debe ser en ningún caso menor de lo que resulta para rebazar el beneficio que reporta el delito". (101) Desde este ángulo queda claro que la pena es un mal porque no produce felicidad a quien se le aplica; pero desde el punto de vista de la utilidad pública (suma de las felicidades individuales) es un bien, porque ahorra dolor mediante la prevención particular y general. (102)

Para éste la prevención se podría también estimular con el trabajo, las buenas costumbres, mejorando la educación.

(100) MARX, Ivone. "Prevención del Delito". Textos para su estudio. Autores Varios. Dirección de Prevención del Delito. Caracas. 1970. p. 14.

(101) "Principios de Moral y Legislación", citado por Gabaldon. Control Social y Criminología. Ed. Jurídica Venezolana. Caracas. 1978. p. 101.

(102) ZAFFARONI, E. "Manual de Derecho Penal". Parte General. 4ª Edición. Ed. Eliar. Buenos Aires. p. 225.

creando albergues etc. (103)

Para los hombres de la ciencia del siglo XVIII la pena tuvo diferentes interpretaciones, se argumentó sobre el derecho a castigar y así lo expresó Giandoménico Romagnosi "Toda la sociedad tiene derecho a castigar al delincuente; porque toda la sociedad tiene derecho a defenderse así mismo; de defender a sus miembros de los delitos de los malvados", pero también sostuvo que la pena debe tener como fin la prevención del delito por ello afirmó que la finalidad de la pena: "No es atormentar o afligir a un ser sensible; no es satisfacer un sentimiento de venganza, no es revocar del orden de las cosas un delito ya cometido, y expiarlo; sino antes infundir temor a todo delincuente, para que en el futuro no ofenda a la sociedad. Y éste es el único fin justo de la pena...". (104) "Por lo tanto es necesario para la conservación y para la tranquilidad social, que en el futuro el malvado tema; no solo los preliminares, sino también las consecuencias de su delito". (105) y agrega "... si el fin único y legítimo de las penas no pueden ser otro que prevenir los delitos; si el uso del derecho de castigar regula la necesidad; y si estos dos elementos combinados resulta que la necesidad de la pena no consiste en alguna manera en tener que castigar los delitos consumados, porque fueron cometidos, sino más bien para

(103) "Génesis del Derecho Penal", Ed. Temis, Bogotá, 1956, p. 372.

(104) ROMAGNOSI, Giandomenico. "Génesis del Derecho Penal". Ed. Temis, Bogotá, 1956, p. 107.

(105) *Ibidem*, p. 150.

que no se cometan nuevos; si esto es cierto, tenemos que concluir que los que ejercen la potestad de castigar, antes de emplear medios dolorosos, están obligados a prevenir los delitos con todos los medios adecuados y eficaces, que no sean nocivos; y a hechar mano de las penas como últimos recursos". (106)

Es Rogmagnosi el precursor de las teorías de la defensa social; pero consideramos que también el precursor del estudio de la prevención, ya que en su obra principal que hemos venido citando desarrolló toda su teoría para prevenir el delito. Resumidamente diríamos que para este autor la prevención del delito se puede lograr con el fortalecimiento jurídico-político de los derechos del hombre y de la moral.

Por su parte César Beccaria escribía en su famoso libro "De los Delitos y de las Penas" su concepción de la pena: "Para que una pena produzca efectos, basta con que el mal de la pena exceda al bien que nace del delito; y mediante este exceso de mal debe calcularse la infalibilidad de las penas y la pérdida del bien que produciría el delito". (107) "...el fin de las penas no es otro que el de impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos; y el de disuadir a los demás de hacer como hizo el delincuente"; (108) para Beccaria, se podían prevenir los delitos

(106) ROGMAGNOSI, G. Op. cit. p. 169.

(107) "De los Delitos y de las Penas". Edición Crítica y Bilingüe. Ed. Araya. Buenos Aires, Argentina. 1955. p. 250.

(108) *Ibidem*. p. 209.

haciendo que las leyes sean claras, que se defiendan con toda la fuerza de la nación, que las leyes favorezcan menos a las clases de los hombres, que los hombres mismos y que los hombres las teman.

No obstante, también se le otorga a la pena fines de prevención, tales fines eran: evitar en el futuro la comisión de delitos y disuadir a la colectividad para que no delinca y hagan uso de su libertad en un sentido justo. Por eso ellos recomendaron prudencias punitivas y con mayor fortalecimiento al trabajo; a la educación, a la vigilancia, a la subsistencia, a la justicia y que las leyes sean claras.

Parece ser que la inspiración de prevención se pretende lograr por el camino de la intimidación. Por lo tanto podemos considerar que se están refiriendo que debe surtir la amenaza del castigo en toda la sociedad; es decir que se pretende una prevención general.

Hasta entonces no se había hecho la diferenciación actual entre prevención general y prevención especial, y tal parece que fue Jeremy el primero en distinguir ambas modalidades de prevención, señala en su obra de "Teoría de las penas y recompensas" que la prevención de los delitos se divide en dos clases: una de ellas la prevención particular, se refiere a la persona del delincuente o tiende a eliminar el daño en que él pueda derivarse, y en especial si se refiere a terceros, que

pueden tener los mismos motivos para cometer el mismo delito.
(109)

Se comienza ya una teoría preventiva, cuando surgen diferentes teorías de la pena: en la actualidad se dividen en: teoría absoluta, relativa y ecléctica; las primeras son puramente retribucionistas; las segundas consideramos que el fin de las penas es el prevenir los delitos, a través de la prevención general y especial; y las teorías eclécticas que están en proceso teórico.

Todo cuanto hasta ahora se ha argumentado respecto de la prevención, es un recuento histórico que nos ha ilustrado al respecto; sin embargo es preciso dejar claro que la prevención es un concepto moderno que no podía coexistir con los precursores de la ciencia penal, ya que aún cuando consideran que es preferible evitar los delitos por otros medios antes de ejecutar la pena, ven en la retribución de la pena el mantenimiento del orden social, el equilibrio y la realización de la justicia, y por lo mismo justifican su existencia. De esta manera la prevención es un fin práctico derivado de la pena retributiva.

Así pues la escuela positiva italiana introdujo la medida de seguridad como sustitutivos de la pena. Pretendieron

(109) COSTA, F. Op. cit. p. 102.

inclusive que la pena por la culpabilidad desapareciera y cediera su lugar a la medida de seguridad fundamentada en la peligrosidad del individuo. En su enfrentamiento con la escuela clásica, negaron los postulados de aquella época, principalmente el principio de libre albedrío, que para los positivistas era indemostrable, pues su concepción antropológica de la proclividad humana del delito no les permitía concebir la facultad del hombre de elegir entre el bien y el mal.

Es conveniente destacar también que por su antropocentrismobiologinista ven en el hombre, individualmente considerado su determinación al delito. De ahí las teorías lombrosianas del delincuente nato; el peligrosísimo ferriano; y el atnocentrismo de Garófalo en considerar al delincuente un ser inferior y degenerado que debía ser eliminado de la sociedad o readaptarlo, si es que era regenerable. Es por ello que los positivistas no confiaron mucho en la pura intimidación dirigida a la sociedad a través de la amenaza legal, para contener o prevenir el delito (prevención general) sino que era necesario una medida para apartar de la mala vida a los peligrosos asegurándolos para que no delincan y readaptándolos para que no reincidan (prevención especial). Entendido así, la escuela positivista otorga como fin principal de la pena (medida) la prevención especial, aún cuando no lo haya explicitado, de su teoría emerge al sujeto peligroso en particular, de quien la sociedad tiene derecho a defenderse; como decía Ferri: "frente al hombre que está determinado el delito, la sociedad está

determinada a defenderse". (110)

Consideramos conveniente exponer qué entendemos por prevención. etimológicamente el concepto proviene del latín "proviniere" que significa anticipadamente a los acontecimientos. Aplicada esta definición al área del derecho penal se debe entender como la ejecución de acciones tendientes a evitar la consumación de delitos; y en el más amplio sentido del concepto entendemos la anticipación a la consumación de un mal o un peligro. Algunos autores consideran que la anticipación como tal es una actividad que se desarrolló en el campo de la medicina, surgiendo al efecto la medicina preventiva para custodiar la salud; a ello se debe la disminución de mortalidad cuando se logran controlar las epidemias y las grandes endemias que aquejan a la humanidad. (111)

(110) FERRI, E. citado por ZAFFARONI, E. Op. cit. p. 263.

(111) MAYORCA, Juan Manuel. "La Prevención del Delito". Autores Varios. Caracas, 1973. p. 15.

CAPITULO III.

LA PENA.

Etimológicamente a palabra deriva del latín que significa aflicción o sentimiento interior, grande tormento o sentimiento corporal.

El Código penal de 1929, sustituyó la palabra por sanción, explicándose que ésta comprende todas las medidas que sirven para garantizar los bienes jurídicos y es ajena a la idea de expiación; señala a la pena como fin para prevenir los delitos, neutralizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, aplicando a cada tipo criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado y la defensa social exigen.

De tal manera que borra los términos clásicos de la sanción fijada para cada tipo penal, estableciendo solo máximos y mínimos.

El Código penal vigente emplea indistintamente los vocablos pena y sanción por no encontrarlos inoperantes, traducen una real situación y por ser usual el primero en nuestro léxico, por lo cual en el presente trabajo hablaremos de pena y sanción como sinónimos, toda vez que su finalidad y conceptos son los mismos y que por la sola evolución del Derecho penal, ha venido a cambiar el vocablo, puesto que en el concepto en el fondo es el mismo.

La etimología de la pena indica que es el resultado del acto antisocial cometido. La pena es tradicionalmente el castigo impuesto por la autoridad legítima al que ha cometido una falta o delito, implicando también cuidado sufrimiento, aplicación y dolor.

3. 1. Concepto y Elemento de la Pena.

"La pena no es un fin en sí, sino el medio para un fin, la corrección y readaptación del delincuente para la defensa de la sociedad". (112)

"La sanción que infringe un daño al que la sufre o por lo menos que de suya puede infringirle impuesto o contraído por un pecado propio y pesado". (113)

"El castigo legalmente impuesto por el Estado al delincuente para conservar el orden jurídico". (114)

"El mal que el Juez penal infringe al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor". (115)

"Un mal jurídico conminado por la ley a todos los ciudadanos e infringiendo a aquéllos que delinquen, como retribución del delito, que cumple un fin de evitar hechos delictivos". (116)

"Que es un mal amenazado primero y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución consistente en la

(112) **CHARRANCA Y TRUJILLO**, Raúl. "Derecho penal mexicano". Parte General. Ed. Porrúa. México. 1977. p. 634.

(113) **TAVIRA y NORIEGA**, Juan Pablo. "Apuntes para una criminalidad mexicana". Trabajo de Stencil. México. 1975. p. 59.

(114) **CASTELLANOS TENA**, Fernando. "Lineamientos de Derecho Penal". Ed. Porrúa. México. 1971. p. 282.

(115) **VON LISZT**, Frank. "Tratados de Derecho Penal". Tomo III. Ed. Reus. Madrid, España. 1920. p. 197.

(116) **NOVOA NORONHA**, Eduardo. "Curso de Derecho Penal Chileno". Tomo II. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1967. p. 316.

disminución de un bien jurídico y cuyo fin es evitar los delitos". (117)

"El sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia al culpable de una infracción penal". (118)

"Privación o restricción de bienes jurídicos, establecida por la ley, impuesta por el órgano jurisdiccional competente al que ha cometido el delito". (119)

Fernando Castellanos al respecto dice: "La pena es el castigo penalmente impuesto por el Estado al delincuente, para conservar el orden jurídico". (120)

Después de haber visto los conceptos de pena por cada uno de los autores mencionados, encontramos que éstos se apegan a la realidad del tiempo en que se manifestaron; así como nuestro Código penal de 1929, ya empleaba vocablos como los de educación, adaptación o curación y no como un castigo para los delincuentes que cometían el delito. Por lo tanto me adhiero al siguiente concepto de pena, al que hace referencia al maestro Cuello Calón, por considerarlo aplicable a nuestro momento actual y a la realidad que vivimos. "Privación o retribución de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley por los órganos

(117) SOLER, Sebastián. "Derecho Penal Argentino". Tipografía Editora Argentina. Buenos Aires, Argentina. 1936. p. 369.

(118) CUELLO CALÓN, Eugenio. "Derecho Penal". Ed. Nacional México. 1973. p. 581.

(119) RODRIGUEZ DE VESA, José María. "Derecho Penal Español". Gráficas Carcas. Madrid. 1979. p. 812.

(120) Op. cit. p. 306.

jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal".

Esta noción comprende los caracteres fundamentales de la pena, la privación o restricción impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, vida, libertad, propiedad, etc., causan en el culpable el sufrimiento característico de la pena, toda pena, cualquiera que sea su fin, aún ejecutada con profundo sentido humanitario, como las modernas penas de prisión, siempre es un mal, siempre es causa de aflicción para el que la recibe.

La pena ha de ser establecida por la ley dentro de los límites fijados por la misma. El principio de legalidad de la pena, nulla poena sine lege, que hoy tiene hondas raíces exige que la pena en su clase y cuantía se le imponga de acuerdo a lo ordenado por la ley, así los preceptos de ésta la sustraen del arbitrio de los juzgadores y crean una importante garantía jurídica de la persona. Aún en el caso de las penas indeterminadas, su identificación establece y regula la misma ley.

Su imposición esta reservada a los delinquentes a los competentes órganos jurisdiccionales del Estado, los Tribunales de justicia que la aplican por razón del delito, para mantenimiento del orden jurídico y la protección de la ordenada vida social. No son penas por lo tanto, como las sanciones disciplinarias y otras medidas aplicadas por organismos no

judiciales que aspiran a la conservación de fines diferentes. Las penas habrán de imponerse con observancia de los dictados de la ley procesal y como consecuencia de un previo juicio penal. Solo pueden ser impuestas a los declarados culpables de una infracción penal. Sin culpabilidad y su declaración previa no se concibe la imposición de la pena (*nulla poena sine culpa*). deben recaer únicamente sobre la persona del culpable, de modo que nadie sea culpable por el hecho de otro. De aquí surge el principio de la individualización de la pena.

ELEMENTOS DE LA PENA.

a). La pena es una restricción y privación de derechos. Algunos autores consideran el carácter aflictivo de la pena; por esto es el mal que se le da al delincuente por el mal que él hizo y en este sentido podría pensarse en la ley del talión.

b). La pena debe ser necesaria. El problema del principio de la necesidad no se concreta al momento legislativo, en una buena técnica penológica, deben buscarse sistemas en las que la pena no sea estrictamente necesaria (por su mínima o máxima peligrosidad), sustituyéndola por otros medios.

c). La pena solo debe recaer en los sujetos responsables de una infracción penal y no puede ser trascendente. La pena trascendente es aquella que se aplica no solo al delincuente sino a personas inocentes también (familiares, amigos, etc.); actualmente las penas ya no son trascendentes.

d). La pena debe estar plenamente establecida en la ley. Esto significa que el Juez no puede inventar penas, tiene que atenerse al repertorio previsto.

e). Solamente la autoridad judicial debe imponer las penas. Es así como es facultad exclusiva del poder judicial imponer las sanciones penales.

f). A la pena nadie está obligado, hasta ser condenado. Este es el principio de defensa, en donde a nadie se le obliga a cumplir una pena mientras no exista una sentencia.

3.2. Importancia de la Pena en la Sociedad.

La pena cumple una función moral: responde al sentimiento innato de justicia que nos hace desear la recompensa del bien y el castigo del mal.

La conciencia social exige el castigo de la falta. Esta idea también antigua como el mundo y confirmada por la opinión pública ha inspirado tanto al legislador al promulgar las penalidades, como el juez al promulgar la sentencia.

Sin embargo, la conciencia social es versátil y no ha sido siempre un criterio seguro en la determinación de los autos que deben ser considerados como delitos o de las personas merecedoras de castigo.

Al considerar por otra parte, que la pena tiene por misión reafirmar y fortalecer la moral social, constituye únicamente una premisa, por petición del principio, dado a ese carácter relativo que el espacio y en el tiempo ocupa la moral. No podemos oponer el hecho vivido del sufrimiento a la idea abstracta representada por la moral social; si la moral es como acabamos de decir, relativa al sufrimiento como el hecho vivido, es un absoluto. El que sufre solo sabe que sufre, por esta razón, no se puede aceptar que este sufrimiento sea impuesto en nombre de un principio que nunca pudo afirmarse como un criterio invariable.

La sociedad jurídicamente establecida, es decir, el

Estado no puede substituir si no se protege la vida humana, su honor, su reputación, bienes, etc., por ello el Estado emplea una protección hasta donde sea humanamente posible hace que sean respetados: esa protección es la pena.

Si al hombre no se le protege la vida, honor y bienes, vivirá en un estado de continuo desasociado, de constante preocupación; la constante vigilia para su propia protección y la de su familia, no se dejaría tiempo para realizar su auténtico yo; y es la sociedad jurídicamente organizada, la que asegura, hasta donde sea posible, el respeto de los valores esenciales para la convivencia social.

Enrique Ferri señala, que todos los autores admiten que la función punitiva corresponde solo al Estado, que es la sociedad humana jurídica y organizada, que actúan mediante preceptos dotados de aquellas sanciones coercitivas que constituyen el carácter específico del derecho. El maestro italiano dice: "que son sanciones penales cuando el Estado imprime legalmente a un hecho del hombre el carácter de ilícito penal". Y agrega: "cuando el Estado considera en cada momento histórico de la vida de un pueblo, es para determinadas desviaciones de la conducta individual y colectiva al efecto de la conservación de las condiciones normales de existencia social no bastan las normas y sanciones morales, añade una sanción moral". (121)

(121) Citado por ALFACHE GONZALEZ, Juan. "El Orígenes de la Doctrina Positivista del Derecho Penal". México. Imprenta Universitaria. 1952. p. 78.

De todo lo anterior concluimos que: El fundamento de la sociedad se halla en la naturaleza del mismo hombre, inevitablemente porque todos los reclusos han delinquido.

No debería de sorprender que las actitudes favorables a la delincuencia se fortalezcan y se desarrollen habilidades y experiencias relacionadas con la delincuencia después de un período en una institución correctiva, las prisiones reúnen a personas al margen de la ley en grupos fuertemente segregados, les dan la oportunidad de enseñar a otros las habilidades y aptitudes de una carrera desviada, y frecuentemente los provocan a que empleen estas habilidades reforzando su sentido de ser diferentes al resto de la sociedad. (122)

Proporcionando evidencia que tiene alguna relación con la probabilidad de la adaptación con la comunidad prisionera para que reduzca la probabilidad de no delinquir después de la liberación.

Puede apreciarse que la conducta delictuosa inicial, querrela, investigación, arresto, juicio, declaración de culpabilidad y tipo de sentencia, existe una mayor posibilidad de que ciertos grupos sociales de la población prosiga a la siguiente etapa más que otros grupos. La composición final de que los que están bajo custodia estará en función tanto que los

(122) N. PHILIP, Feldman. "Comportamiento Criminal: Un Análisis Psicológico". Traducción Javier Hernández Padilla. El Fondo de Cultura Económica, pp. 154 y 156.

hechos delictuosos y de la detención como de la desviación sistemática selectiva que ocurre a cada etapa del proceso. Pero si bien atendemos, esto implica que el hombre es esencialmente sociable, porque la razón le induce a reunirse con otros por necesidades, de tal importancia (su naturaleza) que de no atenderlas se destruirían como hombre, quedando de él simple manifestaciones animales.

Para que sea posible la sociedad, hemos visto que necesita tener una regulación que consiste en normas morales, en convencionalismos sociales y normas jurídicas. Admitida ya la necesidad de la sociedad, se concluye fácilmente que la sociedad únicamente puede fundarse y perdurar por medio de una regulación.

3.3. La Pena y el Delincuente.

Al dictar una sentencia a un delincuente los juzgadores pueden elegir entre una gama que va desde la libertad condicional hasta un período de prisión que varía desde unos cuantos meses hasta cadena perpétua. La elección de tipo de sentencia y de severidad de la misma depende de varios factores.

En gran parte se espera que el delincuente cambie de tal manera que con la sentencia recibida no vuelva a delinquir, un efecto correctivo intencionado tiene más probabilidad de ser encontrado en las sentencias dadas a delincuentes y a adultos que delinquen por primera vez, para quienes se cree que un cambio de rehabilitación es más posible que para reincidentes mayores.

Un efecto de impedimento implica la esperanza de que la sentencia recibida será suficientemente desagradable como para impedir que el delincuente repita su conducta ilegal. La pena enmarca en la retribución más que en la conducta futura del delincuente puede ser evaluada sólo en términos de la satisfacción subjetiva de los integrantes de la sociedad.

Muchas de las conductas aprobadas por la sociedad en general, y por sus representantes, los oficiales de la prisión, pueden ser castigados por otros prisioneros, siendo también lo contrario cierto. En pocas palabras, el sistema de valores a los que los reclusos están expuestos es mayormente delictuoso que en el mundo exterior.

Los estudios sobre la pena y los delincuentes se apoyan con los estudios sobre la conducta humana en general. en ciertas suposiciones en lo referente a la población indica para el estudio y en ciertos modelos de referencia individual de la conducta humana. Es por tanto de importancia crucial establecer. tantas estrategias que los investigadores en este campo hayan adoptado. como los modelos de comportamiento humano que determinan su trabajo.

Los convictos de crímenes pueden ser sentenciados ya sea a prisión o alguna otra forma de detención. o un castigo de tipo de no reclusión. Muchos estudios de los delincuentes se han relacionado con el primer grupo. Aquí la estrategia de investigación hace la importante suposición de que solo los prisioneros son representantes en general. sino que también pertenecen sin cambio por su estancia de referencia. Esta suposición es particularmente importante para los estudios que comparan parámetros de personalidad de prisioneros y de no delincuentes.

Puede ser que los prisioneros permanezcan encubiertos en las características de personalidad que mostraron en su entrada. pero es más probable que los parámetros de personalidad tomados de los prisioneros sean afectados por experiencias especiales aportadas por el ambiente de la prisión. Así las puntuaciones designadas a la personalidad son un amalgama de las

influencias previamente al delito que condujo a una sentencia y a los efectos de la misma.

3.4. Sustitutivos de la Prisión.

Es necesario tener en cuenta que el reo no puede ser un individuo socialmente readaptado con una sola pena, ya que ello equivaldría a que todas las enfermedades podrían curarse con una sola medicina; y es necesario tener un amplio arsenal de penas y la posibilidad de que substituyan a la prisión.

No siempre la pena substituye a la prisión, ya que algunas por su propia naturaleza, serían más perjudiciales que la privación de libertad. Las penas que pueden substituir a la prisión de acuerdo con el artículo 70 del Código penal son:

- a) La multa.
- b) El trabajo en beneficio del Estado o en favor de la comunidad.
- c) Tratamiento en semi-libertad.
- d) Tratamiento en libertad.

a) La multa.

La multa es un desgajamiento patrimonial que se va a producir mediante la suma de dinero que fija la sentencia, consiste en la disminución patrimonial inferida al condenado como retribución por el mal que ha hecho. Debe ponerse de manifiesto que esta pena no tiene una eficacia intimidatoria, agotando con ella toda su problemática; no se le puede aplicar objetivo reformador, como lo poseen las privativas de libertad.

"La pena de multa se debe considerar como una obligación impuesta por el juez de pagar una suma de dinero por la violación de la ley represiva y tiene por objeto afectar al delincuente en su patrimonio". (123)

La multa es con la prisión, la más extensa y se ha considerado el substitutivo ideal de aquella; solo encontrando un adecuado sistema de multa podrá operarse como substitutivo adecuado. Se ha propuesto la aplicación del sistema día-multa, en el cual el reo debe pagar de acuerdo a sus ingresos diarios, pudiendo esto probarse fiscalmente.

"Darle al delincuente la oportunidad de elegir entre la multa y un período de prisión, es la negación de nuestra responsabilidad". (124)

b) El trabajo en beneficio del Estado o en favor de la comunidad.

El presupuesto para la admisión del trabajo exterior: se trata de un procesado que por la imposibilidad económica no puede cubrir el importe por la prima de su libertad provisional (bajo fianza o caución).

Sobre esta base, el Director del Instituto evalúa a los sujetos por su calidad personal ofrecen una adecuada garantía

(123) **BERNALDO DE QUIROZ**, Constancio. "Derecho Penal". El Cajico. Puebla, México, 1948. p. 183.

(124) **MORRIS NORVAL**, E. "La Evolución de la Prisión". (recopilación de la Rosa de Olmo) Universidad de Carabobo, Venezuela. 1972. p. 22.

para otorgar dicha autorización. Individualizando los empresarios que desean colaborar con este específico tratamiento ofreciendo desde luego adecuados puestos de trabajo, el Director decide la asignación del trabajo al exterior de su instituto con una orden de la cual asume la plena y exclusiva responsabilidad.

Esta medida será revocada cuando el interno deje de acudir a la reclusión nocturna o el patrón niegue, la constancia aludida o a pesar de ésta, y el dueño rehuse dar las facilidades que se hayan solicitado.

La crítica de este tipo de tratamiento va dirigida a poner en claro que en primer lugar se trata de una libertad discrecional que el legislador otorgó al Director del Instituto Preventivo, toda vez que éste último podrá o no ceder dicho permiso, no es una obligación en sí.

Deriva de ello la consecuencia negativa de estos directores a concederlo, ya que prefieren ellos mismos a pagar antes que nada la prima de fianza o el monto de la caución a que un interno se les fugue.

"La duración del trabajo en favor de la comunidad no podrá exceder del término de la prisión sustitutiva. La extensión de la jornada de trabajo será fijada por el juez tomando en cuenta la circunstancia del caso. Bajo ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o

humillante para el condenado". (125)

"El tratado obligatorio representa múltiples ventajas, pues el reo no pierde la continuidad de su vida familiar y social siendo barata y productiva". (126)

c) Tratamiento en semi-libertad.

El tratamiento en semi-libertad es una medida alternativa a la detención que consiste en la concesión que se hace a ciertos condenados-detenidos, para trascurrir parte del día fuera de la institución y participar en actividades laborales, escolares o cualquier otra actividad útil a su reincorporación social; con obligación de que regrese en la noche al establecimiento penitenciario, o bien con la concesión para trascurrir los fines de semana o días prefijados con sus familiares, pero con la obligación de permanecer en el instituto el resto de los días de la semana.

d) Tratamiento en libertad.

El tratamiento en libertad suspende el pronunciamiento de la condena o su ejecución, quedando el sujeto sometido a vigilancia y tratamiento igual que en la libertad bajo palabra, se concede como instituto de las penas cortas de prisión (privativas de libertad).

(125) CUELLO CALON, E. Op. cit. p. 596.

(126) RICO, José María. "Medidas Substitutivas de la Pena de Prisión". Cuadernos Panameños de Criminología. Universidad de Panamá, Panamá. 1975. p. 183.

Se basa primordialmente en la propuesta de falta de peligrosidad del delincuente y su responsabilidad de recuperación, por el cual debe hacercele un estudio previo de personalidad.

La finalidad principal es evitar que el delincuente caiga en el medio regularmente de la prisión.

CAPITULO IV.

LA PREVENCIÓN DEL DELITO COMO FINALIDAD DE LA PENA.

Debemos advertir que nuestro estudio se ha dirigido a la pena privativa de libertad, pues en realidad como ya lo hemos afirmado es ésta el eje de todo el sistema penal. Así mismo consideramos que todas las penas existentes en las legislaciones modernas relativas a la privación de libertad se unifican en una sola: La prisión.

4.1. Los Fines de la Pena.

Quienes abordan el tema de los fines de la pena van en busca de dar respuesta a dos preguntas ¿por qué se castiga? y ¿por qué se debe castigar?.

La primera pregunta es un problema de hecho que puede ser abordado empíricamente, es decir, pueden darse explicaciones de tipo sociohistóricas dirigidas a demostrar porque existe la pena, que pueden ser verdaderas o falsas.

La segunda es un problema de índole filosófico que admite respuesta filosófica-política, ética-filosófica, y ética-política, en donde se derivan proposiciones normativas que son axiológicamente consideradas, con más precisión, no pueden ser ni falsas ni verdaderas sino aceptables o inaceptables.

Ya hemos visto como las concepciones utilitarias de la

pena surgieron de la filosofía del liberalismo clásico. en donde se sostuvo la prevención general, no obstante en esta etapa del saber penal no se desarrollo una teoría de la prevención propiamente, sino que es el embrión para la construcción posterior de las teorías relativas de la pena. Estas teorías, en donde se da cabida a los fines de las penas surgieron con mucho auge a fines del siglo pasado en el esquema del Estado de defensa social, con un basamento epistemológico del positivismo.

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 políticas criminales en Alemania se encaminó la pena hacia fines preventivos especiales.

Siendo estas especies de la prevención, por medio de las cuales se pretenden alcanzar los fines de la pena, podemos claramente delimitarlos, según sea el destinatario principal a quien se dirija la pena o la amenaza de la pena. Así tenemos que la prevención general se dirige a la generalidad de los sujetos, es decir, su pretención es surtir determinadamente efectos en un grueso de la comunidad.

La prevención general, en consecuencia, se dirige a la colectividad y por medio de ella se intenta impedir que surjan delincuentes en la sociedad.

La prevención general se subdivide en la prevención

general positiva y general negativa. En estos dos sentidos se manifiesta dirigiéndose a la comunidad y reforzando con su confianza del derecho (positiva) y por la vía de la intimidación a través de la amenaza legal parra inhibir a los posibles delincuentes (negativa). (127)

Luego de esta exploración por la teoría relativa y una vez que hemos identificado sus vertientes fundamentales. retornamos a nuestro tema para apuntar cuales son los fines perseguidos. Así en síntesis, podemos afirmar que son los fines de prevención general (prevalcimiento del orden jurídico e intimidación).

TEORIA DE LA PENA.

PREVENCION GENERAL.

- a) POSITIVA: Prevalcimiento del orden jurídico.
- b) NEGATIVA: Intimidación.

Para abordar cada uno de los fines de la pena es preciso apoyar en algún derecho positivo, aún cuando somos sabedores de que el altísimo problema de la pena, no conoce límites nacionales o culturales.

(127) **LIBON PENA**, Diego Manuel. "Antinomias penales y medición de la pena". *La Reforma del Derecho Penal. Autores varios. Seminario Hispano-Germánico.* 1979. p. 194.

La confusión se presenta cuando surge la necesidad de distinguir entre fin y función (entre el deber ser y el ser de la pena). Así muchos autores usan ambos términos indiscriminadamente, confundiendo los significados de uno y otro.

Existe un vicio metodológico sostiene Ferrajoli que consiste en la confusión entre fin y función de la pena que deriva, a su vez, con la confusión de las justificaciones filosóficas como de las explicaciones descriptivas. (128)

Finalmente volveremos a reiterar la grave contradicción existente entre el código penal y la ley del régimen penitenciario por lo relativo a la pena: en el primero se impone la pena con base en la retribución y la segunda que se ejecute para lograr resocialización del penado. "como la ejecución de algo pudiera tener un fin distinto e incompatible con la del objeto que ejecuta". (129)

De cualquier modo el fin principal de la pena es la resocialización, así en base a esta realidad jurídica objeto de nuestro estudio.

(128) Citado por ZAFFARONI, Eugenio. "Política Criminal Latinoamericana". Ed. Hemusabi. Buenos Aires. 1982. p. 37.

(129) *Ibidem*. p. 36.

4.2. Los fines de la prevención especial.

Los fines de prevención especial y la ejecución penal. decía el ilustre jurista Francesco Carrara: "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 consiguiente ejecución efectiva del fallo. Esto lo entienden todos". (130)

Efectivamente la ejecución de la pena es el último estado en el sistema penal, de ella dependen en gran medida el prevalecimiento 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. Así, como bien lo sintetiza Carrara el sistema penal debe estar encaminado, coherentemente en sus etapas, a la ejecución de la sanción. Pero con ésta se deben perseguir fines de utilidad social.

La prevención especial tiene por objeto dirigir sus efectos al sujeto considerando 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

(130) "Programa del curso de Derecho Penal". Parte General. Vol II. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1944. p. 139.

creador.

Desde luego esta clasificación en la que se divide la prevención ha mantenido actualidad en la construcción de las modernas teorías, de ahí que su conocimiento y manejo apropiado es indispensable en el manejo de la pena pero no solo eso, sino que en realidad entre estas dos especies de la prevención se discierne la elaboración del derecho penal moderno. Escuchemos lo que dice al respecto Muñoz Conde. "El problema del actual derecho penal se encuentra en el conflicto existente entre prevención especial y prevención general, que traduce el eterno conflicto entre individuos y sociedad".(131)

Estas contradicciones de la prevención se reflejan en la realidad social toda vez que la sociedad 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 ya no quedar apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma.

Es evidente que nuestro mayor interés en manipular con precisión estas categorías es de tener presente siempre que el seno de ellas se escenifican el conflicto eterno entre sociedad e individuo.

La prevención especial incide sobre quien ya se ha

(131) "Derecho Penal y control social". Ed. Fundación de Jerez España. 1984. pp. 124 y 125.

delincuendo, con objeto de que el en especial no vuelva a hacerlo.

La prevención especial a su vez, se subdivide también en prevención especial positiva y prevención especial negativa. Ambas se dirigen al sujeto infractor; sus efectos tratan de incidir en el delincuente bien para resocializarlo o integrarlo a la comunidad (positiva) o bien para inocuizarlo apartándolo de la sociedad mediante el internamiento asegurativo pendiente a su neutralización (negativa). (132)

PREVENCIÓN ESPECIAL

POSITIVA: Resocialización

NEGATIVA: Inocuización

En este cuadro del paradigma preventivo, clasificaremos la teoría de prevención especial.

Ya señalábamos con anterioridad que el centro de la teoría de la prevención existen graves contradicciones derivadas de la incompatibilidad entre los fines preventivos generales y preventivos especiales, tal parece que desde su surgimiento y hasta nuestros días no ha existido una teoría de conciliación de

(132) LUCEN PERA, Diego Manuel. Op. cit. p. 204.

las ideologías que sustentan tal o cual posición. Esa es la razón por la cual a lo largo de la historia de la prevención se han elaborado teorías ya de un lado ya de otro, que pugnan por la supremacía de alguno de los fines en particular. Sin duda cada una de estas posiciones utilitarias responden al momento histórico en que han sido formuladas. Así primero fue la prevención general y luego la prevención especial, y tal parece en nuestros días retoma su vuelo la prevención general, desde luego, estas construcciones teóricas han sido substrato ideológico de las legislaciones penales.

En otro orden de ideas es incuestionable que las contradicciones en el derecho penal no solo surgen del enfrentamiento retribución-prevención, sino que dentro del paradigma preventivo existen antinomias, por el enfrentamiento entre las exigencias de prevención general y las exigencias de prevención especial. Sin embargo en lo posible se trata de armonizar tal disfuncionalidad entre las diferentes partes que integran el sistema del derecho penal. Estas contradicciones se presentan fundamentalmente desde el punto de vista de la antinomia de los fines de la pena, es decir, existen claros conflictos entre la mediación y ejecución de la pena.

4.3. Resocialización.

La resocialización como fin de la pena privativa de libertad, es un argumento que ya nadie puede sostener con cierto grado de credibilidad. Este fin atribuido a la pena esta altamente desacreditado, y no pueden ser de otra manera, porque a todas luces su realización tórnase poco menos que quimérica.

Desde la perspectiva crítica de nuestros análisis señalaremos las impugnaciones que se han formulado contra la resocialización. Realmente son abundantes las críticas a la resocialización, desde diferentes áreas del saber general se le ha 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, hasta develar la crisis por la que en estos días atraviesa.

Comenzaremos por conocer el significado de la palabra resocialización, este es un término espurio en nuestro idioma receptado del alemán "Resozialisierung" que aparece en la bibliografía alemana después de la primera guerra mundial para acompañar al de "Besserung" -mejora- que había sido acuñado por Franz von Liszt. Por la ambigüedad del concepto muy pocos saben qué es lo que realmente se quiere decir con ello y tal vez con esa imprecisión de su significado se ha vuelto parte principal del discurso oficial, así se puede decir mucho o nada sin riesgo

alguno. A este 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 con sinónimos. (133)

Actualmente las corrientes ideológicas dentro del derecho en que se sustenta la resocialización provienen de tres principales concepciones jurídicas: "Del antiretribucionismo dogmático" en donde se pueden ubicar a los impugnadores de la retribución; de una concepción "Asistencial" del derecho penal, aquí se incluyen a quienes dirigen su interés solo a la persona del autor para asistirlo y beneficiarlo; y del neoretribucionismo quienes invocan la resocialización como una medida de "política criminal" eficaz y racional para atajar a la criminalidad, siempre en nombre de la eficacia y del defensionismo. (134)

Todas estas concepciones tienen un rasgo en común que es su animadversión al retribucionismo, es decir pueden ser encajonadas dentro de la filosofía del utilitarismo penal.

En seguida podríamos dedicarnos al análisis de los múltiples problemas que enfrentan todo programa resocializador y la forma que se pretende llevar a cabo, empero este es un estudio

(133) GARCIA-PABLOS DE M., Antonio. "La supuesta función resocializadora del derecho penal: Utopía y Eufemismo". *Anuario de derecho penal y ciencias penales. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.* Madrid, 1979. p. 649.

(134) *Ibidem.* pp. 652-655.

que nos alejaría de nuestros propósitos. por lo mismo solo enunciaremos algunas consideraciones expuestas en nuestro sentido por García-Pablos. este autor señala los artificios contradictorios entre "fines de la pena" y "fines de ejecución de pena". Asimismo a punta de qué forma la resocialización es entendida como proceso natural de "adaptación" para lo cual se sirve de teorías como la de "resocialización". y la del "correccionalismo" y la "basserrugstheorie" (mejora del delincuente). También García-Pablos se preocupa por distinguir 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. en un segundo grado de "resocialización" como sinónimo de "respeto a la legalidad", por lo que no es otra cosa que una resocialización trunca. (135)

Finalmente distingue como último aspecto del problema de llevar a efecto la resocialización, los antagonismos entre la posición "defensista" (proteger a la sociedad del "peligrosos") y la "tutela" para lo cual el delincuente es en desvalido. Entre ambas posiciones ha surgido la Nueva Defensa Social férrea defensora del tratamiento.

Es común en nuestros días escuchar frases impugnadoras

de la resocialización, así se advierte que hay quienes la llaman "mito", "eufemismo", "ideología", etc., tal es el caso que, en un brillante estudio del asunto efectuado por Francisco Conde Muñoz, dice que la idea de la resocialización solo es una palabra de moda que se ha usado indiscriminadamente sin que nadie sepa muy bien lo que quiere decir con ello; y por cuanto el fin que se persigue con está es contradictorio toda vez que en una sociedad que produce ella misma la delincuencia "no es el delincuente, sino la sociedad la que debería ser objeto de resocialización". (136)

Si se parte que la pena es un "mal", y somos conscientes de que produce un efecto destructivo, el supuesto efecto resocializador, con que se recompensa al delincuente al ejecutar aquel mal parecen no poder ser, a lo sumo, más que un mito o un eufemismo.

La resocialización se sustenta en una teoría ideológica de la realidad social, tendiente a producir, consenso de la realidad 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 ámbito latinoamericano el autor colombiano Emiro Sandoval ha dicho: "De manera, pues, que la alusión a la sociedad

(136) CONDE MUÑOZ, F. "La resocialización del Delincuente, Análisis y crítica de un mito". *La Reforma Penal. Seminario Hispano-Germánico*, 1979. Editado en Barcelona, 1985. p. 52.

que aparece muchas de las expresiones actualmente empleadas para significar el objeto primordial de las sanciones penales (resocialización, readaptación social, reeducación social, etc.), no es más que una simple apariencia por cuanto a la acción continúa siendo encaminada, en forma exclusiva, hacia el individuo aisladamente considerado. (137)

Finalmente otra de las impugnaciones contra la resocialización, efectuada en nuestro medido, es lo que apunta Zaffaroni: "Esta absolutación 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". (138)

Esta última crítica dirigida a las legislaciones. Por nuestra parte entendemos que la "resocialización" supone la "resocialización" 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 se debe ser "resocializado", a través de la aplicación de un tratamiento compulsivo (penitenciario) privándolo de su libertad.

(137) "Penología", Parte General. Ed. Universidad Externo de Colombia. Bogotá. 1982. p. 106.

(138) ZAFFARONI, E. R. "Política Criminal" Latinoamericana. Ed. Hauserabi. Buenos Aires. 1982. p. 38.

Frente a este supuesto reflexionar, para ver si en efecto el individuo ha sido resocializado de acuerdo a las pautas y valores que se supone son comunes en la sociedad, sin embargo no podemos aceptar que dentro de la sociedad del individuo se resocializan de una manera standar, es decir, no creemos que exista un tipo de "hombre universal" y mucho menos en sociedades tan diferenciadas como las nuestras, en donde la cultura dominante subsume a las diversas manifestaciones culturales con la pretención de dominación.

Al no existir homogeneidad social y por lo mismo una socialización igual para todos no puede el tratamiento penitenciario (prisión) pretender "resocializar" lo que no ha sido "socializado". "Por que 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". (139)

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". (140)

Como en definitiva, desde el punto de vista moral no

(139) MUÑOZ CONDE, F. Op. cit. p. 52.

(140) HAPPEKE, Citado por Muñoz Conde, F. Op. cit. p. 57.

existe fundamento para pretender resocializar al sujeto, como la resocialización debe consistir en hacer aceptar al delincuente las normas básicas que rigen en 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.

En este último caso consideramos que el "respeto a la legalidad penal" es una resocialización trunca que se reduce solo a la reproducción del ordenamiento jurídico. En este sentido de dirigen a las teorías más recientes de la pena, y en el ámbito de las teorías alemanas se argumenta que la finalidad de la pena (prevención especial) es lograr que el individuo lleve en el futuro una vida sin delito.

En esta última afirmación coincidimos con lo expuesto por Muñoz Conde. "El delincuente que entra tiene, por lo menos, derecho a una cosa: a que cuando salga un día liberado tras haber cumplido su condena no salga peor que como entré y en peores condiciones para llevar una vida digna de libertad". (141)

(141) *Resocialización y tratamiento del delincuente en los establecimientos penitenciarios españoles*. La Reforma Penal. Autores varios. Edita Instituto Alemán. Madrid, 1982. p. 118.

4.4. La neutralización del delincuente.

El otro fin de la ejecución penal es la inocuización o neutralización del delincuente que se lleva a efecto desde el momento en que es apartado de la sociedad: ésta es la 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. Así junto a la advertencia (o también llamado intimidación especial dirigida solo al delincuente y no a la colectividad como la intimidación general).

Ciertamente el fin de neutralizar cumple una función 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 general consenso en torno a la normalidad del sistema penal.

Antes de continuar con la exposición de este punto es pertinente destacar que, 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 que momento, con la privación de libertad, se le está resocializando o solamente segregando de la sociedad al penado. Naturalmente hablando no existe una tajante separación entre

ambos fines de la pena. e inclusive podríamos tentativamente decir que en general con la pena privativa de libertad se pretende alcanzar todos los fines atribuidos a la pena, o sea, de carácter preventivo especial como general. Salvo, claro está, de la inclinación legislativa hasta el fortalecimiento de algunas de las perspectivas preventivas, en cuyo caso tiene prioridad algunos de los fines determinados.

A título ejemplificativo podemos orientar la opinión de Borja Mapelli, quien al referirse al contenido material del derecho penal preventivo dice: "Sus metas específicas son las de lograr un orden social abarcando tanto las pretensiones preventivo generales como especiales, pues ambas con mayor o menor intensidad afectan a las distintas fases del sistema penal y ambas se encuentran en última instancia aspiraciones comunes, suponiendo, desde luego, que no surgieron contradicciones irreconciliables" (142)

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. Por supuesto no hay que perder de vista que las teorías antropológicas del positivismo criminológico, sociológicas, y jurídico-penal, y que por lo relativo al fin de la inocuización del delincuente Liszt recoge todo de Garófalo, la idea de segregación o eliminación del incorregible, aún cuando de modo

(142) "Teoría de la pena". Ed. Copistería Minerva, S. A. Sevilla, 1987. p. 11.

más eufemístico. Por esta razón podemos considerar al positivista Rafael Garófalo como precursor en el derecho penal moderno, de una teoría preventivo-especial de la pena dirigida a la neutralización, cuando no eliminación del delincuente.

Como síntesis de su pensamiento etnocentrista y racista hacia el criminal, citaremos algunas de sus ideas respecto de la pena. "La reacción estatal consiste en la exclusión cuya adaptación a las condiciones del medio ambiente manifiesta incompleta o imposible". empero, esta separación del delincuente de la sociedad debería ser la exclusión absoluta del criminal de toda clase de relaciones sociales. De este modo 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 podían asegurar la exclusión total del criminal, ya que, en el caso de deportación el delincuente algún día podía encontrar otros grupos humanos, y por otro lado la reclusión perpetua dejaba al delincuente la esperanza de la fuga y el perdón; por tales motivos no podían existir otra forma de exclusión absoluta del criminal que la eliminación. "El único medio absoluto y completo de eliminación es la muerte". (143)

De cierto es de reconocerse que dicho fin se lleva a efecto en la realidad y que puede ser verificado empíricamente, es decir, cumple una función real. Siempre habría que preguntarse

(143) GARÓFALO, Rafael. "La Criminología". Daniel Jorro. Ed. Madrid. 1912. pp. 265, 267, 274 y 530.

si en verdad la prisión hace inofensivo al delincuente, o bien lo aparta del delito. Todo parece indicar que en nuestras cárceles no, así lo demuestra los altos índices de violencia y delincuencia infra-muros: son estos los rubros que han de tomarse en consideración para demostrar que las cárceles tampoco inocuizan a los delincuentes, entre otros podemos señalar principalmente, la falta de espacio físico, las condiciones arquitectónicas de lo inmuebles la precariedad tecnológica de vigilancia al interior del penal. (no se cuenta con el personal suficiente, uno por cada diez reclusos: ni capacitado para vigilar; tampoco recursos tecnológicos como los empleados en los centros de "máxima seguridad" los cuales por ser inhumanos, tampoco son deseables). el hacinamiento y la sobrepoblación carcelaria. Lo que si cabe sostener que la prisión como dice Lolita Aniyar es una bodega de hombres o bien, el basurero de una sociedad supuestamente igualitaria donde se aparta a lo feo, lo pobre y lo criminal.

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 cárcel.

Por otra parte desarrollando una idea del profesor Baratta, es verdad que el saber tecnocrático en que se fundamenta la prevención especial negativa ha servido como argumento a la

"tecnología del terror" del totalitarismos y autolitarismos para legitimar sus sistemas penales. En caso de América Latina principalmente América Central, 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, guerrilleros u opositores políticos y narcotraficantes).

Puestos ya en estos plano es importante distinguir entre la inocuización del delincuente o su aniquilamiento, que es en realidad la forma como funciona este fin de la pena. Todo parece indicar que ni el 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 como lo proponía Liszt, pero no a su eliminación.

Así con frecuencia se afirma que apartando de la sociedad al delincuente se le está neutralizando y, hay quienes aseguran como el profesor español Berinstain que tal neutralización es uno de los fines principales de la pena. "En realidad, hoy en día la inocuización y la prevención son casi los únicos que se tienen en cuenta en la administración de la justicia. Si existen cárceles y policías es, en términos lisztianos, para anunciar la fuerza física y moral de los

delincuente" (143)

Con respecto a esta exclusión o neutralización del desidente, es verdad lo que sostiene Emiro Sandoval en su innovador trabajo de "Las funciones no declaradas de la privación de libertad: al referirse a la modalidad de una de esas funciones llevadas a efecto en el nivel político. A la privación de libertad se le utiliza para someter a los que manifiestan su inconformidad con el sistema imperante y se pretende legitimar ese uso aduciendo la infracción de la ley penal. En realidad tal privación de libertad del enemigo político dentro del marco de la ley penal estaría dirigido a la neutralización de 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 ultra depresiva de eliminación y aniquilamiento del desidente. (144)

Para cerrar este subcapítulo cabe hacer esta última reflexión. Todo parece indicar que la ejecución de la pena privativa de libertad es el único fin que se pretende alcanzar con este: la inocuización del recluso, por lo que ya argumentamos, y porque cómo se explica en nuestras prisiones hay un altísimo porcentaje de procesados que están en detención

(143) BERINSTAIN, A. "La pena-retribución..." Op. cit. p. 103.

(144) SANDOVAL H., Emiro. "Las funciones no declaradas de la privación de libertad". Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle. No 4. 1º Semestre. Cali-Colombia. 1981. pp. 41-71.

preventiva, es decir, ni siquiera son legalmente delincuentes. Lo cual es evidencia que el único fin pretendido de la pena privativa de libertad es pura y simple neutralización o segregación del individuo de la sociedad y, no la resocialización, porque ésta sólo son objeto los penados y no los procesados.

Enseguida podría argumentarse que el fin de la detención preventiva es asegurar al juzgamiento del presunto delincuente, pero la respuesta es evidente, existen otras formas para garantizar el éxito del proceso y evitar el internamiento del individuo en prisión, sólo que éste no es el interés perseguido por el Estado sino precisamente lo contrario el aseguramiento del "peligroso", del "enemigo social".

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Son tres las razones fundamentales por las cuales consideramos que surgió la pena privativa de libertad:

a). Por la implementación de la prisión como sustitutiva de los castigos corporales y de la pena de muerte. Lo cual se adecua a los intereses del poder estatal y del poder económico en ascenso;

b). Por que era un medio idóneo para la explotación potencial productivo humano. de acuerdo con las condiciones económicas de la época la pena podía ser un instrumento favorable a la producción y a servir a la consolidación del capitalismo. Lo cual demuestra que todo sistema económico crea su propio sistema primitivo;

c). Por convenir a la política disciplinaria del Estado (para el trabajo y sometimiento al orden jurídico), lo cual ayuda al proceso de convivencia social de la población.

SEGUNDA.- Por cuanto a la 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) por medio del penitenciarismo, por los cuaqueros de pensilvania (secta ascéntrica protestante). Lo que se dio en llamar régimen

filadélfico, que era basado en el aislamiento celular, la reflexión y la penitencia del reo, con el objeto de alcanzar como fin de la pena la enmienda y corrección del sujeto.

TERCERA.- En cuando al fundamento al derecho castigar, esto es solo compatible con un modelo de estado absolutista, en donde la justicia tiene una justificación teleológica, metafísica y moralística, que es base de la expiación y retribución penal.

CUARTA.- Del análisis realizado del derecho a castigar desde la perspectiva filosófica-política se demostró que se sustenta en una concepción ideológica. Es congruente con los principios de estado donde se garantiza la igualdad y la libertad del ciudadano, por que la idea del castigo y el castigo mismo son incompatibles con los postulados del Estado moderno. Asimismo en el desarrollo de esta investigación se demostró, que el derecho a castigar, y el derecho penal en general tienen similares justificaciones de la pena como son: retribución y prevención.

QUINTA.- Con respecto a la pena, en nuestro país así como en los demás, es estricta su aplicación pero necesaria, sin embargo el estudio histórico de la pena nos demuestra que se ha humanizado a través del tiempo la aplicación de esta sanción, que no ha perdido el carácter aflictivo para los familiares quienes resultan víctimas inocentes y quienes sufren paralelamente al trasgresor de la ley.

SEXTA.- Las experiencias en la aplicación de las penas,

han dado como resultado en algunos casos, como los que delinquen por primera vez, resulta nociva esta sanción, porque la peligrosidad es mínima y cuyo delito no resulta grave, encontrándose con las siguientes consecuencias:

- a). Contaminación carcelaria:
- b). Sentimiento de angustia:
- c). Rechazo social;
- d). Posible pérdida del empleo:
- e). Desintegración familiar.

En el caso de los delincuentes multi-residentes que han hecho del delito un modus vivendi y resultan refractarios al tratamiento de normas mínimas, basando en el trabajo acatamiento y educación, que debían de ser considerados criminológicamente de alta peligrosidad.

SEPTIMA. - La resocialización del delincuente con la pena privativa de libertad, es increíblemente inalcanzable y contraria al fin pretendido produce los efectos diametralmente opuestos.

OCTAVA. - La inocuización si cumple una función en la realidad social por que puede ser verificada en la práctica punitiva.

NOVENA. - La intimidación es un fin atribuido a la pena privativa de la libertad, pero ninguna investigación científica

ha podido demostrar el verdadero alcance de los efectos disuasivos a que ejerce la amenaza de la pena en el delincuente potencial.

DECIMA.- Por lo que respecta a los fines de la pena estos han sido sustentados a partir de las teorías penitenciarias las cuales abandonan todo tipo de justificaciones filosóficas y se le atribuye a la pena fines prácticos de utilidad social.

BIBLIOGRAFIA.

- ALPUCHE GONZALEZ, Juan.** "El crepúsculo de la doctrina positiva del derecho penal". Imprenta Universitaria. México. 1952.
- BECCARIA, Cesare.** "De los delitos y de las penas". Edición Crítica y Bilingüe. Editorial Arayú. Buenos Aires. 1955.
- BERINSTAIN, Antonio** "La pena-retribución y las actuales concepciones criminológicas". Ed. Depalma. Buenos Aires. 1982.
- BERGALI, Roberto.** "Justicia Formal, Justicia Participativa, Derecho a Castigar". Anales Internacionales de Criminología. Órgano Oficial de la Sociedad Internacional de Criminología. 1983.
- BERNALDO DE QUIROZ, Constancio.** "Derecho Penal". Ed. Cajica. México. 1948.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan.** "Estado y control: La ideología del control y el control de la ideología". El pensamiento criminológico II. Ediciones Península. Barcelona. 1983.
- CARRARA, Francesco.** "Programa del Derecho Criminal". Parte General Vol. II. Editorial Temis-Depalma. Buenos Aires. 1986.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.** "Derecho Penal Mexicano". Parte General. Editorial Porrúa. México. 1977.
- CARNELUTTI, Francesco.** "El problema de la pena". Ediciones Jurídicas Europa. Buenos Aires. 1947.
- CASTELLANOS TENA, Fernando.** "Lineamientos del Derecho Penal". Editorial Porrúa. México. 1971.
- COSTA, Fausto.** "El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía". Editorial Uthea. México. 1953.
- CUELLO CALON, Eugenio.** "La Moderna Penología". Editorial Bosh. Barcelona. 1958.
- FOULCALT, Michel.** "Vigilar y Castigar". Nacimiento de la Prisión. Siglo XXI Editores. 9ª Edición. México. 1984.
- GARCIA-PABLOS, Antonio.** "La supuesta función resocializadora del Derecho Penal. utopía, mito, eufemismo". Anuario del Derecho Penal y Ciencias Penales. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid. 1969.
- GAROFALO, Rafael.** "La Criminología". Daniel Jorro. Madrid. 1912.

HUBERMAN, Leo. "Los Bienes Terrenales del Hombre". Editorial Nuestro Tiempo. 17ª Edición. México. 1982.

KANT, Manuel. "Crítica de la Razón Pura". Editorial Lossada. 6ª Edición. Buenos Aires. 1970.

LUZON PENA, Diego Manuel. "Antinomías Penales y Medición de la Pena". Seminario Hispano-Germánico. 1979. Autores Varios. Barcelona.

MARX, Ivonne. "¿Qué es la Prevención? Prevención del Delito". Textos para su estudio. Autores Varios. Caracas. 1970.

MELOSSI, Darío y PAVARINI, Massimo. "Cárcel y Fábricas". Orígenes del Penitenciarismo. Siglo XXI Editores. México. 1980.

MIR PUIG, Santiago. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho". Autores Varios. Editorial Temis. Bogotá. 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal y Control Social". Fundación Universitaria de Jerez, España. 1984.

NEUMAN, Elías. "Evolución de la Pena Privativa de Libertad y Regímenes Penitenciarios". Ediciones Pennedille. Buenos Aires. 1971.

NIKITIN, P. "Economía Política". Ediciones Ateneo. Bogotá. 1959.

NOVOA MONREAL, Eduardo. ¿Se justifica el derecho a castigar?. Anales Internacionales de Criminología. Órgano Oficial de la Sociedad Internacional de Criminología. Año 1983. Vol. 21. Nº 2 Autores Varios. Melun Francia. 1984.

PHILIP, Feldman. "Comportamiento Criminal: Un Análisis Psicológico". Traducción Javier Hernández Padilla. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1982.

POULANTZAS, Nicos. "Poder Político y Clases Sociales en el Estado Capitalista". Siglo XXI. Editores. 18ª Edición. México. 1979.

RICO, José María. "Medidas Substitutivas de la Pena de Prisión". Cuadernos Panameños de Criminología. Universidad de Panamá. 1975.

ROMAGNOSI, Gíandomúnico. Génesis del Derecho Penal". Editorial Temis. Bogotá. 1936.

RODRIGUEZ DE VESA, José María. "Derecho Penal Español". Gráficas Carosa. Madrid. 1979.

- RUSCHE, George y KICHEIMER, Otto. "Pena y Estructura Social". Editorial Depalma. Buenos Aires. 1983.
- SANDOVAL HUERTAS, Eniro. "Penología". Parte General. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1982.
- SOLER, Sebastian. "Derecho Penal Argentino". Tipografía Editorial Argentina. Buenos Aires. 1956.
- TAVIRA Y NORIEGA, Juan Pablo. "Apuntes para una criminalidad mexicana". Trabajo de Stencil. México. 1975.
- VON HENTIG, Hans. "La Pena". Vol. II. Editorial Espasa-Calpe. Madrid. 1978.
- VON LISZT, Frank. "Tratado de Derecho Penal". Tomo III. Editorial Reus. Madrid. España. 1920.
- WEBER, Max. "La Etica Protestante y el Espíritu del Capitalisamo". 3ª Edición. Ediciones Península. España. 1975.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal". Editorial Ediar. Buenos Aires. 1960.
- ZEITLIN, I. "Ideología y Teoría Sociológica". Editorial Amorronto. 2ª Edición. Buenos Aires. 1983.