



INSTITUTO UNIVERSITARIO NEZAHUALCÓYOTL

*INCORPORADO A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO.*

“FUNCIÓN DE LA PENA COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADA
EN DERECHO

PRESENTA

SELENE REBECA FERREYRA GONZALEZ.

ASESOR

LIC. RODOLFO CALVILLO POPOCA



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

*Demost gracias a los hombres
y a las mujeres que nos
hacen felices, ellos son los
encantadores jardineros que
hacen florecer a nuestros
espíritus.* ANONIMO.

AGRADECIMIENTOS.

A DIOS

Por ser creador de mi vida, y siempre ponerme los medios necesarios para salir adelante, escuchar mis plegarias y nunca dejarme caer, doy gracias por la fe que nunca me ha dejado perder.

A MI ABUELO FIDEL GONZÁLEZ GARCIA

Gracias por su apoyo, por todos los valores que me inculco para tratar de ser una mejor persona y aunque en este momento ya no se encuentre a mi lado, yo sé que estaría orgulloso de mi, le doy mil gracias por haber estado a mi lado en todo momento y por todo el amor que siempre me dio.

A MI PAPÁ ROGELIO FERRAYRA ALCANTAR

Te doy las gracias, por que si ti, no hubiera sacado las agallas, para continuar con mis estudios y finalmente verlos plasmados en este trabajo, así como en mi vida profesional, tu has sido el pilar fundamental para el desempeño de éste trabajo.

A MI MAMÁ ANA MARIA GONZALEZ GARCIA

Gracias por nunca dejarme sola y darme todo el apoyo que solo una madre sabe dar, gracias por todo tu amor, tu confianza y por todas aquellas noches de desvelo a mi lado, eres una gran madre, todo te lo debo a ti.

A MI HERMANA CINTHYA ITZEL FERREYRA GONZALEZ

Que éste trabajo te sirva como un ejemplo para que salgas adelante, las cosas no son fáciles, pero tu hay has visto que si se puede; gracias por estar a mi lado y colaborar conmigo incondicionalmente.

A LA FAMILIA GONZALEZ

Gracias a todos y cada uno de los integrantes de ésta familia, por que de alguna u otra manera contribuyeron durante mi desarrollo académico, por sus muestras de cariño y confianza.

A MI ESPOSO JOSE ALFREDO MEJIA RAMÍREZ

Gracias por todo el apoyo que me has brindado durante todos estos años, tu has sido una parte fundamental en mi desarrollo académico, gracias por todas tus enseñanzas, tu paciencia, de ti he aprendido mucho y has cambiado mi existencia.

A LA FAMILIA MEJIA RAMIREZ

Gracias por su apoyo y por la confianza que me han brindado, son una excelente familia y agradezco de todo corazón su cariño.

AL LIC. OCTAVIO CASTAÑO FONSECA

Gracias, por el apoyo, la paciencia, el tiempo, así como por la enorme y valiosa ayuda para la elaboración de éste trabajo, gracias por creer en mi y darme ánimos para salir adelante, así como por trasmitirme sus conocimientos y consejos para poder llegar a ser una buena profesionista.

AMIS AMIGAS: PALOMA GAMA BARRANCO, VERONICA MONDRAGON ALVAREZ, DIANA NORA VALDEZ MORALES, YOLANDA GARDUÑO YEPES

Por brindarme su amistad, apoyo y cariño, por estar presentes en momentos de felicidad y principalmente en los momentos más difíciles, gracias por ir de la mano conmigo, estar a mi lado y considerarme su amiga.

A MI AMIGO ENRIQUE SERRANO ZURITA

Por ser un gran amigo, por los grandes momentos que pasamos juntos, por su apoyo y su amistad sincera.

A MI ASESOR LICENCIADO RODOLFO CALVILLO POPOCA

Gracias por su paciencia y apoyo para el desarrollo de este trabajo de investigación y por su valioso tiempo que me dedico como asesor.

A MIS SINODALES: LICENCIADOS JOSE LUIS GUTIERRES DE LA ROSA, JOSÉ HERNÁNDEZ RAMÍREZ, FRANCISCO MOISES VÁZQUEZ R. Y GUADALUPE ISRAEL LANDIN F.

Por el tiempo que me concedieron, por su disponibilidad para la revisión de éste trabajo de investigación y sobre todo por todas y cada una de sus observaciones que me permitieron hacer de ésta una mejor tesis.

“Detrás de la realización de un sueño, siempre existe una transformación”

FUNCIÓN DE LA PENA COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL.

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO I: DERECHO PENAL.

1.1. Conceptualización.....	6
1.2. Norma Jurídico Penal.....	10
1.3. Derecho Penal Objetivo y Subjetivo.....	11
1.3.1. Derecho Penal Objetivo.....	11
1.3.2. Derecho Penal Subjetivo.....	13
1.3.2.1 <i>Ius Puniendi</i>	14
1.3.2.1.1. Fundamento Constitucional.....	16
1.3.2.1.2. Principios y límites del <i>Ius Puniendi</i>	16
1.4. Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo	19
1.4.1. Derecho Penal Sustantivo	19
1.4.2. Derecho Penal Adjetivo	20
1.5. Fin del Derecho Penal.....	21

CAPÍTULO II: CONTROL SOCIAL.

2.1. El control social como un fenómeno sociológico	26
2.1.1. Antecedentes Sociológicos.....	27

2.2. Concepto de Control Social.....	26
2.3. Ejercicio del Control Social.....	39
2.4. Tipos de Control Social.....	43
2.4.1. Control Social de Acción.....	43
2.4.2. Control Social de Reacción.....	44
2.5. El Derecho Penal como sistema de Control Social	45

CAPÍTULO III: TEORIA DE LA PENA.

3.1. Fundamento Filosófico de las Penas.....	52
3.2. Teorías de la Pena.....	58
3.2.1. Teoría Absoluta.....	60
3.2.2. Teorías Relativas.....	62
3.2.2.1. Las Teorías de la Prevención.....	62
3.2.3. Teoría Mixta.....	68

CAPÍTULO IV: FUNCIÓN DE LA PENA COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL.

4.1. Control Social y Castigo	76
4.2. Función de la Pena en los Diferentes Modelos de Estado.....	78
4.2.1. Estado Absolutista	78
4.2.2. Estado Liberal o Burgués	80
4.2.3. Estado intervencionista	83
4.2.4. El Estado Social del Derecho	84

4.3. El garantismo penal y la pena.....	86
4.4. La pena como medio de Control Social.....	95
CONCLUSIONES.....	97
PROPUESTAS.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	108

INTRODUCCIÓN.

La cuestión del “control social” ha sido abordada ampliamente por las ciencias sociales desde principios del siglo XX; comúnmente, estos abordajes se han realizado desde una perspectiva sociológica que trata esta cuestión sólo a lo interno de una sociedad determinada. Partiendo del concepto de sociabilidad, este artículo pretende generar una aproximación teórica al estudio del “control social” desde una perspectiva antropológica que dé cuenta de la amplia gama de posibilidades que genera su estudio, no sólo a lo interno de una sociedad o grupo social, sino al modo global del sistema mundial moderno a la luz del dominio hegemónico de la modernidad.

A pesar de la amplitud teórica y de las imprecisiones conceptuales acumuladas, el concepto de control social sigue siendo una herramienta sociológica muy válida para el análisis de no pocas problemáticas actuales. De hecho se está utilizando al elaborar proyectos sociológicos y para ejecutar planes políticos democratizadores de gran calado, e incluso distintas propuestas de participación ciudadana, como las que, precisamente, intentarían evitar la formación de una sociedad de control contrarrestando los modelos de control negativo (por ejemplo, el de los abusos policiales).

Al mismo tiempo que ha ido renaciendo el concepto de una forma pro-activa en el ámbito del pensamiento jurídico penalista, por otro lado, se siguen revisando y revitalizando las propuestas de la criminología radical y las sociologías del conflicto a través de la formulación de una sociología del control social penal. Esta última, pese a que huye del funcionalismo en cuanto que teoría social y filosófica, contempla de una forma metodológica el análisis de las funciones sociales que desarrollan distintas instancias de control formal, pero negando al mismo tiempo que puedan cumplir las funciones consensuales que les asigna el concepto clásico del control social

autorregulador: en concreto, el Derecho Penal cumpliría funciones de control social además de otras como la de una cierta orientación social, un tratamiento declarado de conflictos y una no menos importante función de legitimación del poder.

Por lo que respecta al pensamiento penalista y criminológico se puede observar que en el campo de la polémica existen dos grandes visiones: la más idealista del control social del consenso y el control jurídico-penal del Estado (es decir, aquel que se ejerce principalmente en términos normativo-coactivos a través de agencias de control punitivo como los cuerpos policiales, la jurisdicción, la administración penal y las instituciones penitenciarias).

Es importante señalar que a través del Derecho Penal el Estado busca, al igual que con el Derecho en general, que las personas se comporten de acuerdo a ciertos esquemas sociales; esto es, a forjar y consolidar en ellas cierta conciencia social. El sistema penal tiene la capacidad de inculcar en la población ciertos valores y juicios, los que a su vez se manifestarán en esquemas comunes de conducta moral, que constituyen una barrera contra las tendencias delictivas.

De ahí que el carácter sancionador del Derecho Penal es fundamental para la posibilidad del ejercicio de la coacción. La pena impuesta por el Derecho Penal tiene siempre una naturaleza coactiva que esta presente desde el primer momento; ya que aquella persona que delinque no suele hacerse responsable voluntariamente de la conducta que se le imputa, sino que es necesaria la intervención coercitiva del Estado y se le reserva al juez la capacidad de imponer la pena dentro del máximo y el mínimo que establece el Código Penal para cada delito.

Así, el Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos a realizarlos de cierta manera, para así lograr la aplicación de ciertos esquemas de vida social. Sólo cuando fracasa su tarea de evitar la

realización de los actos no deseados, intervienen las instancias respectivas para hacer efectiva la sanción penal, lo que se traduce en un acto de poder.

CAPÍTULO I: DERECHO PENAL

De la lectura de cualquier manual de Derecho Penal podremos deducir que la finalidad del mismo es la protección de bienes jurídicos a través de la sanción de las acciones humanas consideradas por el Legislador como delitos y de esa manera, procurar una ordenada convivencia social.

De esta noción surge que con el Derecho Penal se pretende proteger aquellos intereses que la sociedad considera relevantes de acuerdo a su idiosincrasia (vida, libertad, propiedad, orden y seguridad públicas, el normal y transparente desenvolvimiento de la Administración Pública, entre otros) a través de la represión, o sea, el castigo al infractor.

El Derecho Penal es esencialmente represivo. Actúa cuando el daño ocasionado por el delito ya está consumado.

Sin embargo, debemos considerar que sólo deben ser reprimidas penalmente las acciones que constituyen un atentado contra los bienes vitales para la convivencia en sociedad. En este sentido, sólo las acciones socialmente dañinas son merecedoras de represión penal; es decir, las que atentan contra un bien jurídico. Es por ello que se ha considerado que *“hablar de Derecho Penal es hablar, de un modo u otro, siempre de la violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupe el Derecho Penal (robo, asesinato, violación, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho Penal soluciona estos casos (cárcel, manicomio, suspensiones e inhabilitaciones de Derechos)”*¹.

¹ MUÑOZ Conde, Francisco. *“EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”*, Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2003. P. 14.

La presencia evidente e impositiva de esta supuesta protección brindada por la ley penal a los bienes jurídicos, ha determinado que la mayor parte de los juristas reconozcan en ella la tarea fundamental del Derecho Penal.

El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como Derecho-deber privado, incumbente a la parte ofendida y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión.

El segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando se produce una disociación entre juez y parte ofendida, y la justicia privada –las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas- no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe.

Bajo ese tenor de ideas, *“El Derecho Penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida-ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial”*².

A través del Derecho Penal el Estado busca, al igual que con el Derecho en general, que las personas se comporten de acuerdo a ciertos esquemas sociales; esto es, a forjar y consolidar en ellas cierta conciencia social. El sistema penal tiene la capacidad de inculcar en la población ciertos valores y juicios, los que a su vez se manifestarán en esquemas comunes de conducta moral, que constituyen una barrera contra las tendencias delictivas.

² FERRAJOLI Luigi. *“DERECHO Y RAZÓN”*. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. España, 2005. P. 333.

Debe añadirse que el Derecho Penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política.

El carácter sancionador del Derecho Penal es fundamental para la posibilidad del ejercicio de la coacción. La pena impuesta por el Derecho Penal tiene siempre una naturaleza coactiva que está presente desde el primer momento; ya que aquella persona que delinque no suele hacerse responsable voluntariamente de la conducta que se le imputa, sino que es necesaria la intervención coercitiva del Estado y se le reserva al juez la capacidad de imponer la pena dentro del máximo y el mínimo que establece el Código Penal para cada delito.

Por su parte, Zaffaroni, respecto de la Dogmática Penal refiere que *“la discusión en torno al carácter sancionatorio o fundamentador se vincula a la teoría de las normas, por lo que el delito, desde esta perspectiva, sería un acto contrario al deber impuesto por la norma. a la norma debe asignársele una función de sentido, como deducción que permita determinar el alcance de la prohibición contenida en el tipo legal”*³

El Estado espera, en primer lugar, orientar los comportamientos de los individuos, motivándolos a realizarlos de cierta manera, para así lograr la aplicación de ciertos esquemas de vida social. Sólo cuando fracasa su tarea de evitar la realización de los actos no deseados, intervienen las instancias respectivas para hacer efectiva la sanción penal, lo que se traduce en un acto de poder.

1.1 Conceptualización.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl y otros. *“DERECHO PENAL”*. Parte General. Editorial Porrúa. México, 2001. P. 93.

Como se puede inducir de las consideraciones hechas con anterioridad, de manera general, el Derecho Penal, se traduce en una herramienta de control social, encargada de mantener el orden y la seguridad social.

Bajo esos supuestos, podemos afirmar que el Derecho Penal es la materialización de la formalidad propia del sistema penal, lo que le reviste aún mayor importancia y trascendencia en la vida social.

De ello, que sea importante diferenciar las dos nociones que se tienen del Derecho Penal, en virtud de que éste puede ser estudiado como un conjunto de normas o de conceptos que estructuran al sistema penal y que, al mismo tiempo, es el medio para lograr sus objetivos, incidiendo en la realidad social de diversas maneras, ya sea, regulando conductas o privando de determinados Derechos; es decir como Derecho Penal en estricto sentido.

El Derecho Penal como conjunto de normas, está íntimamente ligado con la pena, por lo que hasta el siglo XVIII se le denominó entre otras formas como Derecho sancionador, Derecho represivo o Derecho de penas, sin embargo, a partir del siglo de referencia, toma el nombre de Derecho Penal.

Con su nueva acepción el jurista Franz Liszt lo definió como *“el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian al crimen como hecho, y la pena como su legítima consecuencia”*⁴.

En nuestro País, hacia 1931, el Célebre Tratadista Celestino porte Petit definió al Derecho Penal, como *“el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones bajo la amenaza de una sanción en*

⁴ LISZT, Franz Vön, *“TRATADO DE DERECHO PENAL”*. Tomo I Ed. Bosch, Barcelona 1940 p. 7

caso de violación a las mismas normas”⁵. Por su parte Carrancá y Trujillo señala que el Derecho Penal es “*el conjunto de leyes mediante las cuáles el Estado define los delitos, determina las penas imponibles a los delincuentes y regula la aplicación concreta de las mismas a los casos de incriminación*”⁶.

De las definiciones antes señaladas, es posible identificar que al Derecho Penal se le concibe como una mera herramienta represora de las conductas delictivas.

Sin embargo, esta forma de visualizarlo se modernizó con la evolución del Derecho mismo, y ya en los años 50’s, se reconstruyó y se definió de la siguiente, manera “*Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas de Derecho Público interno relativas a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tienen por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social*”⁷.

Es de resaltar la adhesión de un nuevo elemento al concepto tradicional del Derecho Penal y que es la inclusión del orden social como objeto del Derecho Penal.

Es dentro de la llamada Etapa de la Moderna Dogmática Jurídico-Penal cuando se vuelve a reestructurar y se gesta un nuevo objeto del Derecho Penal, en la que se incluye la protección de bienes jurídicos como un nuevo alcance de nuestra materia en estudio, así Zaffaroni lo señala como “*conjunto de leyes que traducen normas que pretenden tutelar bienes jurídicos que precisan el alcance de su tutela, cuya violación se llama delito, y aspira a que tenga como consecuencia una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar la comisión de nuevos delitos por parte del*

⁵ PORTE PETIT Candaudap, Celestino, “*APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL*”. Ed. Porrúa, México 1991, p 15.

⁶ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, “*DERECHO PENAL MEXICANO*”, Ed. Porrúa, México 1976 p.17

⁷ PAVÓN Vasconcelos, Francisco “*DERECHO PENAL MEXICANO*”. Parte General, Ed. Porrúa, México 1990 p. 17.

*autor*⁸, corriente que fuera robustecida por Moisés Moreno para quien el Derecho Penal como instrumento de control del Estado “*le compete proteger los bienes jurídicos de fundamental importancia para la vida ordenada en comunidad*”⁹.

En el ámbito europeo, es de resaltar la postura de Jescheck, quien explica al Derecho Penal como aquél que “*determina qué contravenciones del orden social constituyen delito, y señala la pena que ha de aplicarse como consecuencia jurídica del mismo*”¹⁰.

En una forma incipiente, a nuestra rama de estudio, también se le ha pretendido llamar como Derecho Penal Autoritario, sin embargo, denominarlo así, es de algún modo hablar de lo obvio, pues no hay un Derecho Penal que no sea “*autoritario*”; es más, el Derecho Penal es el más autoritario de todas las ramas del ordenamiento jurídico y probablemente de todos los sistemas formalizados de control social. El Derecho Penal tiene además otra característica que lo diferencia de otros sistemas de control más sutiles: es un sistema represivo en el que la violencia ocupa un lugar destacado tanto en los casos de los que se ocupa (homicidio, robo, violaciones, desapariciones), como en la forma en que se ocupa o pretende solucionar estos casos (cárcel, inhabilitaciones, pena de muerte todavía en muchos países).¹¹

De todas las consideraciones anteriores podemos concluir que el Derecho Penal es el conjunto de normas pertenecientes al Derecho Público que tiene por objeto, al delito, al delincuente, la pena, las medidas de seguridad y como objetivo, mantener el orden social, mediante el respeto a los bienes jurídicos tutelados por la ley.

⁸ ZAFFARONI Eugenio Raúl “*MANUAL DE DERECHO PENAL*”. Cárdenas Editor, México 1986 p. 42

⁹ MORENO Hernández Moisés, “*POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA PENAL*”. 1ª Edición, Editorial, Ius Poenale, México, 1999, p.458

¹⁰ JESCHECK Hans Heinrich “*TRATADO DE DERECHO PENAL*”. Parte General, Volumen Segundo, Ed. Bosch, Barcelona 1981 p.27.

¹¹ MUÑOZ Conde, Francisco, *Op. Cit.*, p. 9-10

El Derecho Penal supone una violencia legal necesaria contra la violencia que rompe con la convivencia del núcleo social; es decir, es un medio de control social formalizado por la norma penal y materializada por el sistema penal; lo cuál se traduce en una legitimación de la violencia y en un medio de contención del poder público que lo despliega.

En una segunda concepción, el Derecho Penal es concebido como un conjunto de postulados científicos metodológicos lo cuál es identificado con la ciencia del Derecho Penal.

El Derecho Penal, enfocado sobre una sola definición que sea considerada como Universalmente válida, resulta sumamente idealizado, sin embargo, llegar a la cúspide de ello, resulta sumamente idealizado y utópico, y no obstante que deba ser el objetivo de cualquier intento científico, debemos considerar que como toda creación humana, el conocimiento es imperfecto, por lo que siempre habremos de encontrar lagunas y deficiencias, lagunas y obscuridades, lo que se traduce en una interpretación compleja, de ahí que la labor del estudioso del Derecho sea buscar la manera de subsanar las problemáticas planteadas con un espíritu de mejora.

1.2 Norma Jurídico Penal.

La norma en sentido general, como lo aprecia Muñoz Conde "es *toda aquella regulación de conductas humanas en relación con la convivencia*"¹²; el Derecho Penal como un conjunto de normas, al actuar como factor de control social, debe básicamente controlar conductas que deterioran el orden.

¹² MUÑOZ Conde, Francisco, "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL". Editorial B de F, Buenos Aires, 2001 p.10.

La conducta desordenada es, a la vez, aquella que desobedece el precepto penal que el Legislador advierte en la ley penal con la imposición de una pena, surgiendo así la norma jurídico penal.

La norma jurídico penal, “es una norma jurídica en sentido lato, al ser una preposición lingüística en la que se describen las características generales de una conducta o situación a la cual se asocian consecuencias jurídicas”¹³, pero en sentido estricto, lo que diferencia a la penal de cualquier otro tipo de norma jurídica es la consecuencia jurídica que presupone y que se traduce en la sanción penal como lo más trascendente de todas.

La importancia de la norma jurídico penal, se observa de manera específica en el principio de legalidad que establece que sin norma penal es imposible encontrar tanto la descripción de la conducta calificada como delictiva ni la sanción aplicable; por lo tanto, delito y pena no pueden existir fuera de ella, siendo estrictamente indispensable para su existencia como para su aplicación.

1.3 Derecho Penal Objetivo y Subjetivo.

Las definiciones de Derecho Penal desarrolladas por diversos juristas, se han hecho en base a dos sentidos, el Objetivo y el Subjetivo, ya sea que se considere a dicho Derecho como el conjunto de normas jurídicas penales, o como parte del Derecho punitivo del Estado.

1.3.1 Derecho Penal Objetivo

¹³ DIAZ Aranda, Enrique “*DERECHO PENAL*”. Editorial Porrúa- UNAM, México, 2003, P.21

El Derecho Penal en sentido objetivo, parte de la idea que es ley o regla o una norma penal que nos manda, que nos permite o nos prohíbe; autores como Edmundo Mezger, quien es citado por Fernando Castellanos Tena, señala el Derecho Penal objetivo es “*el conjunto de reglas que norman el ejercicio del poder punitivo del Estado, conectando al delito como presupuesto a la pena como su consecuencia*”¹⁴.

El Derecho Penal Objetivo, considerado como tal, tiene tres elementos fundamentales que lo identifican bajo ese parámetro. El primero consiste en considerar al Derecho como un conjunto de normas o reglas jurídicas; en el entendido que dicho conjunto, está formado por cada una de las normas o reglas cuyo contenido es un supuesto de hecho, mismo que se refiere al segundo de sus elementos y que es el delito; y como consecuencia jurídica a los dos anteriores surge el tercero y que se identifica con la pena.

Es importante precisar que el estudio y las conclusiones antes señaladas únicamente tiene como objeto de estudio a las normas penales, en virtud de que éstas, a diferencia del resto de las normas jurídicas, son las únicas que tienen como consecuencia la imposición de una pena o medida de seguridad.

Históricamente hablando, el Derecho Penal objetivo se ha centrado en abarcar a la norma, al delito y a la pena, en razón de que los partidarios de esta corriente, identifican a estos tres elementos como los mínimos indispensables para regular la convivencia humana.

Sin embargo, hoy en día, la evolución del pensamiento jurídico ha pugnado por insertar dentro del campo de estudio del Derecho Penal Objetivo a las medidas de seguridad o rehabilitación, aunando además al estudio del delincuente; de forma tal,

¹⁴ MEZGER, Edmundo, *cit.pos.* Castellanos Tena Fernando en “*LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL*”. Ed. Porrúa, México, 1999 p.21.

que la pena ya no sea considerada como la única consecuencia jurídica, posición que podemos encontrar en el pensamiento de los tratadistas Jiménez de Asúa y Juan Bustos, quienes en sus definiciones de Derecho Penal incluyen las medidas de seguridad o medidas aseguradoras.

De manera concreta y quien ha sido un baluarte en ésta última posición, es el Doctrinario Enrique Díaz Randa, quien señala *“Es el sistema de normas emitidas por el Estado, a través de la ley para dar a conocer a los miembros de la sociedad las conductas consideradas como delictivas, por lesionar bienes fundamentales para la sociedad, con el fin de que eviten su comisión, indicando al Juez los presupuestos y sanción, sea pena de prisión o medida de seguridad a imponer a quienes la realizan”*¹⁵.

De la definición antes señalada, —y que dicho sea de paso, considero es la más acertada—, es posible observar una serie de elementos distintivos; en principio, ya no se habla de un conjunto, sino de un sistema de normas; es decir, ya no se considera al Derecho Penal como algo unido o contiguo a una cosa, sino como la presencia de reglas o principios entrelazados; sus elementos no sólo tienen características similares, sino que unos complementan a los otros. A pesar de la diferencia aludida, se sigue conservando al delito y su relación entre ambos, incluyendo, como ya se había dicho a las medidas de seguridad.

1.3.2 Derecho Penal Subjetivo.

Una vez superado el estudio del Derecho Penal desde el punto de vista Objetivo, entraremos al estudio del Derecho Penal Subjetivo; éste ha sido también conocido como *Ius Puniendi*, o Derecho a castigar, haciendo intrínsecamente referencia a la

¹⁵ Díaz Aranda, Enrique, *Op. Cit.*, p. 21.

potestad punitiva del Estado, por lo que se ha considerado como “la *capacidad de hacer o dejar de hacer una cosa*”¹⁶, facultad que presupone la existencia de un titular que la ejerza; en este caso, el Estado. Bajo esa óptica, el Derecho Penal Subjetivo atañe a la existencia de un titular, una facultad y un tercer obligado a respetar la voluntad del titular.

1.3.2.1 *Ius Puniendi*.

El *Ius Puniendi* es considerado un presupuesto indispensable para la existencia del Derecho Penal Objetivo, en virtud de que para que cobre eficacia éste, es indispensable la presencia de un poder subjetivo encarnado en determinada autoridad, quien en ejercicio de dicho poder, determine las normas y penas a aplicar.

Muchas son las teorías que han tratado de justificar el Derecho a castigar, dentro de éstas, encontramos con un fuerte peso tanto por su profundidad, como por su historicidad, a los filósofos. Platón, asimilaba a la pena como expiación en nombre de una comunidad y como necesaria consecuencia del delito; de igual forma, justificaba a ésta como un mal necesario para la existencia del Estado. El filósofo en mención señalaba que con la pena se evitaba la reincidencia de conductas lacerantes de la vida en sociedad, sin embargo, también consideraba que era necesario la rehabilitación del culpable a fin de que purificara el alma, pues creía que la pena se convertía en medicina del alma.

Otros filósofos como Ulpiano, Marciano y Cicerón, se referían a la pena como base de la ejemplaridad que ésta representaba.

¹⁶ JIMÉNEZ de Asúa, Luis “*LECCIONES DE DERECHO PENAL*”. Ed. Oxford, México, 1999, p.4.

Al enfatizarse la creencia de que el poder provenía de la divinidad, personajes de gran jerarquía, como San Agustín y Santo Tomás, justificaban que el Derecho a castigar era una delegación divina, encarnada en la figura del monarca, razonamiento con el que se justificaba al Estado Absolutista, cuya característica principal era el no conocer límites para la consecución de sus objetivos, argumentando su existencia y poder de castigar en el nombre de Dios.

En la etapa denominada Humanismo, se superó el origen divino del poder, apareciendo, autores como Hugo Grocio, quienes encontraron en la teoría contractualista el Derecho a punir, configurando a la pena, como una consecuencia natural del delito.

La teoría del contrato social, supone un acuerdo de cada uno de los miembros de la sociedad, partiendo de la base de que la sociedad misma deriva de un acto artificial y voluntario de los miembros, por lo que tienen la facultad de establecer las bases de su gobierno y por consiguiente los límites a seguir por éste.

El contrato social fue considerado la fuente legitimadora del *Ius Puniendi*, por lo tanto, el delito como el delincuente representan una fractura a dicho contrato que amerita un castigo; por ello, la justificación de la pena, es que ésta representa una respuesta ante la fractura del contrato social.

En contradicción con lo ya expuesto, Carlos Marx, estableció que el Derecho es la forma con que el grupo dominante en turno protege a sus intereses, de ahí que el Derecho Penal es considerado por ende como el Derecho de los desiguales.

A partir de esas ideas encontradas, surgieron posiciones eclécticas, quienes cobraron considerable importancia respecto de la utilidad social de la pena, y que de manera concreta señalan que el objeto de la imputación civil de castigar al

delincuente no es el tomar venganza del delito cometido, sino esforzarse para que en el futuro no se realicen otros delitos semejantes.

1.3.2.1.1 Fundamento constitucional.

En el Estado de Derecho, se ha considerado, que el *ius Puniendi* tiene su fundamento constitucional, tanto en el artículo 73 fracción XXI de nuestra *Norma Máxima*, que faculta al congreso para señalar los delitos y las penas, en correlación con el artículo 21 del mismo ordenamiento al darle la facultad exclusiva a la autoridad judicial para aplicar las penas; y, por último sirve también de fundamento lo preceptuado por el artículo 89 fracción XIV de la ley en comento que otorga al Poder Ejecutivo aspectos en el rubro de ejecución de penas.

Ha sido punto de convergencia por parte de los tratadistas el señalar que el *Ius puniendi* es un Derecho bipartita del Estado; por una parte, para determinar qué conductas serán consideradas como delitos, y por otra para imponer la pena correspondiente por haber actualizado los supuestos jurídicos.

No obstante lo anterior, el *Ius puniendi* también debe ser considerado como un poder del Estado, que le es conferido por la misma sociedad, quien le autoriza para que en su nombre ejerza ese Derecho a castigar, sustituyendo así el Derecho personal. Sin embargo, dicho poder del Estado, presupone el cumplimiento de un deber, puesto que el mismo Estado tiene la obligación para con la sociedad de hacer cumplir las normas y castigar en caso de que se flagelen.

1.3.2.1.2 Principios y límites del *Ius Puniendi*.

La potestad punitiva del Estado, es un poder que por necesidad misma, se encuentra limitada por la misma sociedad y sus necesidades, razón por la cual, se busca que

su ejercicio se haga conforme a una serie de principios, que no sólo limiten su actuar, sino también el contenido de sus actos.

Doctrinariamente se han manejado una serie de principios limitantes; algunos autores hablan limitantes de carácter material y limitantes formales.

— **Límites materiales;** representan la base de sustentación del *ius puniendi*, es decir, se refiere tanto a la creación, como a la aplicación de la norma, misma que debe hacerse sujetándose a los límites constitucionales, razón por la cuál, la limitante en comento, se dirige y ciñe al ente encargado de ejercer el *ius puniendi*; entre los límites que se acoplan al rubro que se estudia, podemos mencionar los siguientes:

a) Principio de la necesidad de intervención; Este principio determina que la intervención del Estado a través del ejercicio del *Ius Puniendi*, sólo se justifica, siempre que resulte necesario para el equilibrio social; dentro de éste mismo aspecto, podemos enunciar otros principios que vienen a complementarse.

☞ *Principio de Extrema Ratio y de Subsidiariedad;* es también conocido como el principio de intervención mínima o *última ratio*; y consiste en sostener que únicamente el Derecho Penal, debe ser ejercido cuando los demás medios de control social no hayan sido suficientes.

☞ *Principio fragmentario;* a razón de este principio, no puede considerarse delito ninguna conducta que no esté determinado como tal en la ley penal; es decir, no todas las conductas lesivas que tengan que ver con el bien jurídico tutelado, deben tener una respuesta penal; a efecto de lo cual, el Estado sólo debe reaccionar en contra de aquellas conductas consideradas específicamente como delitos y no por simple analogía o mayoría de razón.

Principio que ha sido recogido por nuestra *Constitución Federal* en el texto de su artículo 14.

☞ *Principio de Proporcionalidad*; Implica que la conducta considerada como delito, y la pena que se imponga por éste deben ser congruentes entre sí.

☞ *Principio de non bis idem*; tal principio responde a que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.

b) Principio de Protección de bienes jurídicos o de lesividad; este principio propone que la potestad punitiva del Estado, únicamente debe alcanzar a aquellas conductas lesivas que dañen exclusivamente bienes jurídicos tutelados de manera previa; así, si no hay lesión a dicho bien jurídico, por no existir la descripción de la conducta como delito, no se podrá ejercitar el *ius puniendi*.

c) Principio de dignidad de la Persona; refleja que la aplicación de la pena debe hacerse respetando en todo caso la dignidad humana, a través de la observancia de sus Derechos fundamentales.

— **Límites Formales**, pretenden proveerle al *ius puniendi* los requisitos para que tenga la validez formal, basándose principalmente en los principios de legalidad, de ejecución de la pena y del debido juicio legal.

a) Principio de legalidad, consiste en limitar y establecer con precisión los alcances de la autoridad por escrito, en este caso, la facultad punitiva del Estado, con ello recobrando importancia el principio de estado de Derecho que señala que el Estado, sólo puede hacer aquello que la ley expresamente le señale. En una doble concepción, se refiere a limitar con exactitud las conductas antisociales consideradas como delitos por el Estado.

b) Principio de debido juicio legal, Pretende resguardar cada una de las garantías penales dentro del proceso, con la finalidad de evitar que el actuar del Estado resulte arbitrario, asegurando además que previo a la imposición de una pena, exista un juicio legal seguido ante un tribunal, que haya cumplido con todas y cada una de las formalidades previamente establecidas.

c) Principio de la ejecución de la Pena; también conocido como el principio de ejecución legal, guarda una estrecha relación con el principio de dignidad de la persona, al señalar que toda pena debe ser aplicada con observancia a la dignidad de la persona, agregando además que el fin de la pena será en todo caso la readaptación social.

1.4 Derecho Penal Sustantivo y Derecho Penal Adjetivo.

Como es de explorado Derecho, cualquier rama del Derecho se compone de dos tipos de normas; por una parte, aquellas que establecen los supuestos jurídicos que serán consideradas la materia de las mismas y, por otra parte, aquellas normas jurídicas que tienen como finalidad reivindicar la norma jurídica, cuando ésta ha sido violada.

1.4.1 Derecho Penal Sustantivo.

Hablar de Derecho Penal sustantivo, es hablar de normas que determinan los delitos, penas y medidas de seguridad, conociendo así la sustancia del propio Derecho Penal.

Como ha quedado expuesto en líneas anteriores, el Derecho Penal se forma de normas jurídicas; en, tratándose del Derecho Penal sustantivo, la norma jurídica que

lo integra, se compone de dos elementos básicamente, el precepto y la sanción, al precepto se le denomina tipo y a la sanción se le asigna el nombre de punibilidad.

a) El tipo; como señalamos en líneas anteriores, el tipo hace referencia al precepto, es decir, *“el modelo de comportamiento humano que el legislador ha recogido de la realidad social y que rechaza como indebido”*¹⁷.

Etimológicamente, tipo significa modelo, ello aplicado a la materia jurídico penal, se refiere al *“modelo legal que prescribe las conductas delictivas”*¹⁸. El tipo es la configuración abstracta y descriptiva que realiza el legislador, en torno a una conducta calificándola como delictiva en la ley.

b) Punibilidad; es la abstracción legislativa en torno a la sanción que se prevé para cada tipo penal, es también llamada sanción y señala la naturaleza (calidad y cantidad) del castigo que ha de imponerse al responsable de haber realizado la conducta punible.

1.4.2 Derecho Penal Adjetivo.

El tener un Derecho sustantivo, necesariamente presupone la existencia de un conjunto de normas que regulen su aplicación. Dicho conjunto de normas constituyen el Derecho Penal adjetivo o Derecho Procesal penal, cuya función es *“regular las investigaciones y actividades que se han de practicar para descubrir y comprobar la comisión de los delitos así como la aplicación a los delincuentes las sanciones establecidas”*¹⁹.

¹⁷ REYES, Echandía, Alfonso *“DERECHO PENAL”*. Editorial Temis, Bogotá, 2002, P 45.

¹⁸ ORELLANO Wiarco Octavio Alberto, *“CURSO DE DERECHO PENAL”*. Editorial Porrúa, México, 1999 p. 216.

¹⁹ MARQUEZ Piñerio, Rafael *“DERECHO PENAL”*. Parte general. Editorial Trillas, México, 1990 p.16.

Es importante indicar que el Derecho Penal adjetivo no resulta menos importante que el Derecho Penal Sustantivo, porque en base al cuerpo normativo procesal o adjetivo, se limita tanto la procuración como la administración de justicia, a fin de evitar cualquier arbitrariedad en el proceso penal.

1.5. Fin del Derecho Penal.

El determinar el fin del Derecho Penal podría significar una tarea fácil, sin embargo, este concepto representa todo un debate entre distintos doctrinarios, debido a que se plantea una serie de conceptos que por su oposición dan un sentido fin diverso al Derecho Penal.

En nuestros días, el incremento de la delincuencia es motivo de gran preocupación, reclamando la opinión pública acciones del gobierno para controlar la criminalidad; exigiéndose que en la elaboración y ejecución de los complejos planes, que fundamentalmente se ocupan del desarrollo económico del país, se presente una mayor atención al fenómeno de la delincuencia, que tradicionalmente es considerado como una problema marginal.

Si aceptamos que la criminalidad como el fenómeno sociopolítico que surge y prevalece dentro de cualquier comunidad organizada, independientemente de su estructura económica, política y social, o del grado de desarrollo alcanzado, como un fenómeno que cambia constantemente, alterando el desarrollo normal de la sociedad, con facilidad podemos afirmar que la prevención del delito tiene una función marcadamente sociopolítica; por tanto, deberá atender primordialmente a establecerse una política criminal que contribuya a alcanzar un auténtico y equilibrado desarrollo nacional, lo que es factible cuando pueda determinarse en primer lugar, el volumen de criminalidad que un determinado país puede soportar en su proceso evolutivo sin ser seriamente perturbado en éste y en el orden y seguridad

inherentes al mismo; así la prevención del delito toma una nueva dimensión dejando atrás tesis positivistas y defensistas ya superadas, de carácter represivo para constituirse en un importante factor de desarrollo.

La idea de estructurar las categorías sustentadoras del Derecho Penal bajo aspectos político-criminales, permite hacer fructíferos para la Dogmática Penal postulados sociopolíticos, así como también hallazgos empíricos y datos criminológicos especiales, si se procede de esta manera, el sistema jurídico-penal deja de ser sólo un todo ordenado conceptualmente de conocimientos con validez general, y se abre al desarrollo social, desarrollo con el cual también tiene que ver la Criminología al explicar y controlar la delincuencia.

El Derecho Penal como instrumento de desarrollo nacional necesario para el mantenimiento del orden social dentro de las normas jurídicas que armonizan los Derechos de la sociedad y del individuo, aunque éste haya delinquirido, no debe ser estático, sino permanentemente revisado y actualizado para que aquellas disposiciones que no responden a la realidad del momento, sean modificadas, sustentándose en investigaciones ajustadas a la realidad, tratándose de la revisión de la legislación relacionada con la política criminal, que exige una alto sentido técnico y una marcada función social, debe realizarse por personas altamente calificadas en las ciencias sociales y jurídicas, familiarizadas con la planificación nacional integral para que la norma legal que propongan este apegada a las exigencias del Derecho Nacional pretendido.

Para poder establecer de manera eficaz la finalidad del Derecho Penal, es necesario indicar el alcance de la materia penal, misma que considerada en toda su amplitud, comprende cinco grandes ramas:

a) Una parte sustantiva que define los delitos, determinando la naturaleza, duración y cuantía de las penas y que proporciona las bases para su individualización, de los que en particular se ocupan los Códigos Penales y por excepción, las leyes especiales penales y los tratados internacionales de esta naturaleza.

b) La que corresponde a la función investigadora y persecutoria del delito que incumbe al Poder Ejecutivo que la ejerce a través del Ministerio Público, auxiliado por la policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

c) Aquella que corresponde a la función jurisdiccional ejercida por el Poder Judicial y que comprende el procedimiento que debe seguirse desde el ejercicio de la acción hasta el pronunciamiento de la sentencia, de lo que en particular se ocupan los códigos de procedimientos penales.

d) La función administrativa ejercitada por el Poder Ejecutivo Federal o por los poderes Ejecutivos de los Estados, tendiente a velar por el cumplimiento de las penas impuestas por los órganos jurisdiccionales y que comprende lo que es el Derecho Penitenciario; y

e) Aquellas que se ocupan de la estructura y funcionamiento de los tribunales, de la designación de los servidores encargados de la administración de justicia y de la responsabilidad en que puedan incurrir, en el desempeño de sus cargos, de lo que en particular nos habla se ocupan la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación o del Estado*.

De todo lo anterior, puede establecerse que por unanimidad se ha determinado como fin del Derecho Penal a la seguridad jurídica; sin embargo, algunos autores hacen referencia a que se trata de la defensa social.

Podemos entender a la seguridad jurídica en dos sentidos; en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, el primero se refiere a la protección de bienes jurídicos, es decir, el Derecho tiene la función de asegurar la existencia y por lo tanto la coexistencia del ser humano, mediante el establecimiento de un orden necesariamente coactivo que prevenga la violación a los bienes jurídicos fundamentales.

Con respecto al sentido subjetivo, la seguridad jurídica es entendida como la capacidad del Derecho Penal para asegurar el respeto a los bienes jurídicos por parte de cada uno de los miembros de la sociedad, a lo que suele llamarse sentimiento de seguridad jurídica.

De todo lo anterior, resulta más que evidente establecer que la defensa social es el fin del Derecho Penal, sin embargo y ante ello, es indispensable, señalar que es la defensa social, porque el Derecho Penal busca la protección de ciertos bienes vitales para la comunidad, como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio y otras, mediante ciertas consecuencias jurídicas.

En términos de lo antes expuesto, el Derecho Penal va a ser el encargado de tutelar los valores éticos, sociales, porque son la base de la convivencia humana. Estos valores refieren el respeto de la vida ajena, la salud, la libertad, y se traducen en los bastiones más importantes de la conciencia jurídica social, observable en una sociedad jurídicamente organizada.

Consecuentemente, la misión real del Derecho Penal no es en sí la protección de los bienes jurídicos tutelados en forma directa, porque normalmente, éste se activa una vez que ha sido afectado dicho bien, sino más bien, intenta fomentar y mantener los valores éticos sociales; es decir, la misión o función del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales y sólo por inclusión la protección de los jurídicos particulares.

De lo antes expuesto, se puede llegar a la conclusión de que el fin del Derecho Penal consiste en otorgar seguridad jurídica a la sociedad, mediante la protección de sus bienes jurídicos, evitando la inobservancia de los valores inculcados por la sociedad a través de la amenaza penal. Esto abarca, por un lado, el aspecto objetivo de la seguridad, ya que si afectan dichos valores se hará necesaria la pena, y por otro lado, se proporciona la inserción del sentimiento de seguridad que responde al aspecto subjetivo, pues el hecho de establecer que la violación a un bien jurídico implica una punición y de que ésta sea eficaz, con lo cual se reviste de certeza y confianza por parte de los gobernados a favor del Derecho Penal.

CAPÍTULO II: CONTROL SOCIAL.

La temática conocida como control social ha sido abordada ampliamente por las ciencias sociales desde principios del siglo XX; comúnmente ello se ha realizado desde una perspectiva sociológica que la trata sólo desde un enfoque interno de una sociedad determinada.

En nuestra realidad político jurídica aún cuando no es fácil detectar el sistema de control social en el cual estamos inmersos, pueden distinguirse los medios; de tal manera que el Derecho tiene como funciones la estabilidad social, la integración y la cohesión social por lo que debe valerse de la orientación de los comportamientos para intentar resolver conflictos, lo que se traduce en control social.

Tal como lo establece el tratadista Muñoz Conde *“en el moderno Estado de Derecho, la formalización del control social de los comportamientos que más gravemente afectan los valores fundamentales. Esta formalización se lleva a cabo a través de normas, de leyes inspiradas en principios y valores que constituyen el conjunto de los Derechos humanos que se caracterizan como Derechos fundamentales.”*²⁰

2.1 El control social como un fenómeno sociológico.

En su sentido genuino el concepto de control social es historiográficamente amorfo. Lo es cuando vamos más atrás de los modelos modernos de sociedad de clases y en cierto sentido incluso al sobrepasar el tiempo del paradigma demoliberal que ha acabado dominando el campo de las ideologías políticas en la modernidad tardía. Y aunque es cierto que esto mismo ocurre con otros tantos conceptos sociológicos (como el de diferenciación social o el de capital social), en el caso que nos ocupa la

²⁰ Muñoz Conde, Francisco, *Op. Cit*, p. 13.

falta de precisión no es tautológica porque su desdibujamiento deviene de la propia historia del concepto y las teorías sociológicas y filosóficas que, más que definirlo, lo han aplicado durante el siglo XX.

2.1.1 Antecedentes sociológicos.

Al margen de las supuestas generalizaciones sociales y políticas que plantea la noción de control social –entendido como teoría y política del consenso social o como herramienta para develar el fondo de dominación y conflicto en las relaciones sociales-, la verdad es que en principio la simple asociación de esos dos términos no otorga al concepto una evidente e inmediata aplicabilidad teórica y metodológica en la investigación histórica. Lógicamente, para que sea inteligible necesita ser individualizado y calificado de una forma crítica, además complementado con categorías propiamente historiográficas que al fin le otorguen verdadera historicidad.

La razón de la indeterminación historiográfica del control social está en la propia historia decadentista de un concepto indudablemente sociológico y de raíz positivista que, aunque previamente fue utilizado por Herbert Spencer, nació como tal a finales del siglo XIX a partir de la sociología integracionista de base durkheimiana, para cobrar fuerza a principios del siglo XX y llegar a ser considerado un concepto central en la teoría social, preocupada entonces por los efectos desintegradores del orden social que provocaban la expansión del capitalismo industrial y el desarrollo del imperialismo.

Tal y como expuso Morris Janowitz, *“semejante preocupación sociológica y política no era flor de un día, seguía la estela misma de la primera sociología de Augusto*

*Comte, la que a fin de cuentas había nacido para analizar los efectos de la industrialización en el “orden moral” de la sociedad*²¹.

A mediados del siglo XX, las primeras teorías que analizaban el control social y la desorganización social en el marco de la llamada Escuela de Chicago cedieron el paso a las teorías funcionalistas norteamericanas de Parsons y Merton, así como a la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann. Más tarde irían tomando cuerpo otras perspectivas del control social alternativas y muy diferentes, desde las teorías de la desviación social de un Sutherland a las de la reacción social y el etiquetaje de Lemert, Matza, Goffman, y las más radicales de la criminología crítica marxista y las teorías conflictuales.

Ahora bien, parece que por lo que toca a los estudios históricos tampoco podemos eludir que quizás sea el vacío teórico lo que mejor explique sus usos forzados y hasta contradictorios, más aún en obras colectivas que sin fundamento previo alguno se aventuran a usar expresamente la noción de control social como categoría historiográfica aplicable a la corta y a la larga duración, a sus dimensiones formal e informal y a sus niveles macro, medio y micro. Ciertamente, a veces se desconocen (y más aún cuando se obvian) los significados del concepto de control social. y en otras ocasiones se asume de una forma acrítica una noción formalista del control social que lo presenta como sinónimo de distintos controles materializados en una doble vertiente, bien como simples atributos que se añaden a categorías que definen mejor distintas situaciones de dominación social, política, económica, sociocultural o de género; o bien como varias instancias de un control formal siempre vigilante, sancionador, represivo o punitivo.

²¹ JANOWITZ, Morris, “ON SOCIAL ORGANIZATION AND SOCIAL CONTROL”. Ed The University of Chicago Press, Chicago, 1991, p.77.

El hecho mismo de haberse convertido en un concepto globalizado, un concepto comodín para la sociología que lo vio nacer, ha propiciado sus reduccionismos historiográficos. Eso es lo que ocurre cuando se ubica en el marco exclusivo de las coacciones y las violencias institucionales, pues en todo caso, lo teóricamente coherente sería analizar la actuación de distintas instancias de control formal en el contexto conflictual de las relaciones sociales y en la dinámica de los procesos de criminalización, represión y punición (penal y extra-penal), huyendo de las sobreentendidas y vagas nociones de control social que lo presentan o como respuestas mecánicas de defensa social frente a distintos sujetos estigmatizados como desviados, o como mera actuación de alguna que otra institución coactiva, disciplinaria o punitiva.

Con todo, tal y como proponemos más adelante, es el campo de los controles sociales punitivos el que ofrece más posibilidades de concreción a la vez que de contextualización.

No obstante los malos usos, esa superposición de procesos sociales –y más aún si se considera la relación sistémica entre control social y formas de castigo- se nos ofrece como un campo de investigación historiográfica sumamente significativo, a la vez complejo e inteligible, y muy atractivo, por sugerente y porque conecta con ciertas líneas de investigación de algunas ciencias sociales que al analizar la historia presente parecen deducir que el siglo XXI acaricia el sueño de un control científico de las poblaciones.

Pese a los fracasos operativos que se han ido contabilizando desde mucho antes del fatídico 11 de septiembre y del inicio de la llamada guerra preventiva contra el terrorismo en 2001 hasta nuestros días, *“se está extendiendo una cultura de la emergencia policial penal punitiva que expresa profundas transformaciones del*

Estado en la modernidad tardía"²². Una cultura punitiva muy alejada de los planteamientos del garantismo penal.

2.2. Concepto de Control Social.

Como ha quedado señalado, el control social, se ha identificado como un fenómeno sociológico, consecuentemente para buscar un concepto de éste último, es necesariamente partir de la sociabilidad, entendida ella como una capacidad natural y un medio cultural propio del ser humano que le otorgan a éste la posibilidad de relacionarse con sus semejantes y constituir un orden general de existencia; configura la totalidad de la vida social, creando un tejido complejo de prácticas y representaciones que clasifican y dotan de significado al mundo.

Dar sentido al mundo por parte de las sociedades, implica, en primer lugar, la organización de las relaciones entre los individuos que las conforman. De esta forma, la producción de cultura engendra una estructura de reglas y normas reguladas a través de contratos y leyes, con el fin de adecuar la conducta de los individuos. Estas normas y leyes fueron integradas por el sociólogo norteamericano Edward Ross, bajo la definición de control social *"es la influencia que surge directamente de los contactos y relaciones entre las personas y por la cual se presiona, de una manera racional o irracional, sobre los individuos, para que se comporten conforme a lo que la sociedad o el grupo espera de ellos"*²³.

En ese tenor de ideas, resulta importante señalar que la sociedad tiene para con sus individuos, una serie de requerimientos, que se encuentran signados por la

²² RIVERA Beiras, I. *"MITOLOGÍAS Y DISCURSOS SOBRE EL CASTIGO. HISTORIA DEL PRESENTE Y POSIBLES ESCENARIOS"*. Ed. Anthropos, Barcelona, 2004, p.23.

²³ ROSS Edward, *"CONTROL SOCIAL"*. Ed Macmillan Press. New York, 1908, p. 82.

particularidad de cada cultura y sociedad, y han sido formulados tantas veces como estudios antropológicos se han hecho. Se advierte entonces, la dificultad de generar una teoría antropológica del control social que pueda abarcar la particularidad de todas y cada una de las culturas.

Sin embargo, la contemporaneidad demuestra la amplia gama de relaciones que existen entre las diferentes sociedades que habitan el planeta y como éstas están interconectadas desde la fundación de la modernidad. La antropología, no obstante, ha tendido que estudiar a las sociedades como entidades cerradas e inconexas, creando como enuncia Eric Wolf, “*un modelo del mundo similar a una mesa de pool en el cual las sociedades giran una alrededor de la otra*”²⁴.

La diferencia cultural, es decir, las relaciones de alteridad, son procesos fundacionales de la identidad de cada sociedad, la autodefinición de una sociedad pasa por la construcción de una gran gama de relaciones interétnicas. Una cultura aislada y autopropulsada, no existe y nunca ha existido. Por lo tanto, y volviendo a nuestro problema anterior, enunciar un marco conceptual sobre el control social nos será posible si partimos de la existencia de la conexión entre culturas, que en la actualidad ha llegado a su punto máximo, con el advenimiento de las tecnologías de la información.

Aunque partimos de la existencia de un sistema mundial de relaciones, la noción de control social actúa a lo interno de las sociedades, en el sentido de que cada cultura produce los mecanismos que adecuarán la conducta de los individuos que la conforman. No obstante, los mecanismos de control social pueden ser producidos desde instancias externas a la sociedad que los utiliza, bien sea de manera impuesta

²⁴ WOLF, Eric. “*EUROPA Y LA GENTE SIN HISTORIA*”. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. 1993 p.19

por medio del uso de la violencia, o por la autoelección de modelos sociales externos al grupo, lo que nos colocaría en la dimensión de las relaciones de poder a nivel interétnico.

Para definir estos procesos, Guillermo Bonfil Batalla, ha acuñado el término de control cultural *“por control cultural entiendo el sistema según el cual se ejerce la capacidad social de decisión sobre los elementos culturales. Los elementos culturales son todos los componentes de una cultura que resulta necesario poner en juego para realizar todas y cada una de las acciones sociales: mantener la vida cotidiana, satisfacer necesidades, definir y solventar problemas, formular y tratar de cumplir aspiraciones”*²⁵

A partir de esta definición, Bonfil Batalla construye un cuadro que diferencia por una parte la utilización de elementos culturales propios/ajenos, y por la otra la toma de decisiones propias/ajenas, esta diferenciación produce categorías conceptuales que clasifican a las culturas; así, la utilización de elementos culturales propios y la toma de decisiones propias da origen a una cultura autónoma, el uso de elementos culturales propios y la toma de decisiones ajenas produce una cultura enajenada, el aprovechamiento de elementos culturales ajenos y la toma de decisiones propias genera una cultura apropiada, y finalmente el empleo de elementos culturales ajenos y la toma de decisiones ajenas engendra una cultura impuesta.

Las categorizaciones señaladas, y la noción de control cultural abren la posibilidad de que el control social o sus mecanismos estén determinados en mayor o menor grado por relaciones a lo externo de la sociedad. La dominación Británica en la India

²⁵ BONFIL Batalla, Guillermo. *“LA TEORÍA DEL CONTROL CULTURAL EN EL ESTUDIO DE PROCESOS ÉTNICOS”*. En: Revista “Arinsana”. N° 10, Caracas. p. 10.

impuso una forma de control social a la sociedad autóctona, desde un lugar de enunciación externo a la misma; esto no niega la producción de pautas de conducta a lo interno de la sociedad India, pero evidencia marcadas relaciones de poder en el ámbito de la relación transcultural, en este caso el conocido sistema colonial.

Las pautas de control social pueden ser definidas tanto por un vasto colectivo social como por un pequeño grupo de individuos. Es decir, el contrato social que rige las conductas de todos los individuos de la sociedad, puede haber sido adoptado de la forma más totalitaria o de la manera más democrática, estos extremos cubren, evidentemente, una amplia gama de posibilidades.

El control social no está conformado únicamente por mecanismos o pautas que encauzan la conducta de los individuos vigilados, implica a su vez, un diseño/construcción de un cuerpo social, que define cómo debe actuar y pensar el sujeto social para ser reconocido como ciudadano, utiliza para ello, una serie de discursos y prácticas que pueden ser caracterizados como disciplinarios. *“Puede decirse que la disciplina fabrica a partir de los cuerpos que controla cuatro tipos de individualidad, o más bien una individualidad que está dotada de cuatro características: es celular (por el juego de la distribución espacial), es orgánica (por el cifrado de las actividades), es genética (por la acumulación del tiempo), es combinatoria (por la composición de fuerzas)”*²⁶. Para ello utiliza cuatro grandes técnicas: construye cuadros; prescribe maniobras; impone ejercicios; en fin para garantizar la combinación de fuerzas, dispone tácticas. La táctica, arte de construir, con los cuerpos localizados, las actividades codificadas y las aptitudes formadas, unos aparatos donde el producto de las fuerzas diversas se encuentra aumentado por su combinación calculada, es sin duda la forma más elevada de la práctica disciplinaria.

²⁶ FOUCAULT, Michel. *“VIGILAR Y CASTIGAR”*. Siglo XXI Editores. México. D.F., 2001 p. 172.

El control social como diseño del cuerpo ciudadano a partir de las disciplinas, crea un orden general de existencia que regula la sociabilidad entre los individuos a través de un extenso sistema normativo de orden material e ideal, o de orden estructural y superestructural.

La dimensión material, está compuesta por reglas, disciplinas, prohibiciones y castigos, que representan cualquier tipo de prácticas que puedan adecuar la conducta del individuo a partir de enunciados preestablecidos de tipo punitivo con la amenaza de coacción física o moral. Estos enunciados descansan en tratados, leyes y constituciones que fungen como principios básicos del comportamiento ciudadano.

El universo ideal o superestructural, formado por símbolos, mitos e ideologías actúa como regulador de la sociabilidad de los individuos a través de estructuras cognitivas que establecen motivaciones y estados anímicos que mantienen las relaciones sociales establecidas: símbolos sagrados, señales, mitos de origen, relatos históricos, cosmovisiones, imaginarios colectivos, entre otras. Es importante este punto, *“porque tradicionalmente el poder ha sido entendido como lo que se ve, lo que se muestra, lo que se manifiesta, pero el poder puede, mediante su movilidad, hacerse invisible”*²⁷.

Estos elementos en conjunto, administran y resguardan el orden en las sociedades, diferenciando, clasificando y jerarquizando, trazando límites defendidos por prohibiciones. En ese marco quedan incluidos papeles y modelos de conducta. Ese orden de existencia puede ser embrollado, objeto de burla, invertido simbólicamente, a falta siempre de poder derrocarlo, *“su capacidad reside en sacarle provecho a tales amenazas, haciendo de ellas un instrumento con que fortalecerse”*²⁸

²⁷ *Ibid* p. 192.

²⁸ BALANDIER, G. *“EL PODER EN ESCENAS”*. Editorial Paidós, Barcelona. 1994, p. 45.

De esta manera, el control social posee dos características particulares que lo identifican. La primera es su naturalidad; basa su existencia en la configuración de una amplia gama de mitos y relatos históricos, que lo legitiman como el orden lógico de toda sociedad, así, las reglas y normas sociales son casi inobjetizables, desde las formas de parentesco y filiación hasta las maneras de producción de bienes materiales. Por lo tanto el control social, es una suerte de equilibrio naturalizado, producido culturalmente desde la oposición orden/caos. Como lo demuestran los mitos de origen de cada sociedad, remitiendo a un tiempo de los comienzos cuando nada existía o donde reinaba el caos, estos mitos no deben representar necesariamente la creación del mundo, pueden bien, atestiguar el origen del pueblo, la sociedad, la nación, la institución, a partir de un gran escape, una larga guerra o una revolución.

La otra característica particular del control social, proviene de la primera y reside en su capacidad para hacerse inobjetable; si como hemos visto, el orden social está naturalizado y es percibido como la forma más lógica y racional de existencia, las posibilidades de objetarlo y cuestionarlo son sumamente restringidas.

Las reglas tienen eficacia porque las personas a las que son aplicables creen que son correctas y porque esas personas llegan a concebirse a sí mismas tanto en términos de quién y qué es lo que el cumplimiento de ellas les permite ser como en términos de lo que la desviación implica que han llegado a ser. El sistema de sanción conexo a una regla es eficaz (en la medida en que lo es) porque proclama la medida en que un individuo ha llegado o no a realizar lo que él y los otros creen que debería ser y, en términos más abstractos proclama el cumplimiento o la desviación por el individuo respecto de las reglas en general.

La cuestión del control social es el dominio de la vida cotidiana, a través de la producción de normas sociales, y sus dos características: la naturalidad y la

inobjetabilidad le permiten restringir, regular e incluso configurar la sociabilidad de los individuos, sin recibir demasiadas protestas por parte de éstos.

Emile Durkheim definió al control social como la “*coacción por su capacidad de obstaculizar la libertad de acción de los individuos*”²⁹. De todas maneras, entender los mecanismos de control social como camisas de fuerza que imposibilitan la libertad humana sería caer en un error, no existen sociedades que no posean en su interior maneras de adecuar la conducta de sus miembros, la posibilidad de crear formas que encaucen el comportamiento de los individuos está íntimamente relacionada con la subsistencia de la sociedad.

En nuestra realidad político jurídica, aún cuando no es fácil detectar el sistema de control social en el cual estamos inmersos, pueden distinguirse los medios; de tal manera que el Derecho tiene como funciones la estabilidad social, la integración y la cohesión social por lo que debe valerse de la orientación de los comportamientos para intentar resolver conflictos, lo que se traduce en control social.

El control social constituye el elemento más importante de la autopoiesis de poder, puesto que la finalidad aparente del discurso del Derecho es el orden, a través de la inclusión de los que si cumplen los parámetros de normalidad y la exclusión de los que son considerados peligrosos para la sociedad.

Se puede decir que los sistemas sociales de la sociedad contemporánea, actúan ciegamente sin referente en la realidad exterior. Esto es, los sistemas se refieren a sí mismos.

²⁹ DURKHEIM, Emile. “*LA REGLAS DEL MÉTODO SOCIOLOGICO*”. Ediciones Morata. Madrid, 1993, p. 25.

El control se dirige a una selectividad, ya que no puede ser aplicado a todo el conglomerado social; de esta manera, la estructura jurídica reproducirá los principios del Derecho Penal obedeciendo el sistema de poder buscando una realidad utópica.

De esta manera, *“el control social no busca solamente la represión, sino también alcanzar de la sociedad civil el consentimiento espontáneo, que otorguen las mayorías a la orientación que imprime a la vida social el grupo social”*.³⁰

Tradicionalmente se ha distinguido en el control social, el formal, como aquel que deriva del mandato de la ley promulgada y el informal el que proviene de instancias ideológicas persuasivas.

Allanada a una relativa claridad de los significados, la distinción entre control social formal e informal apeló a la intencionalidad y al grado de institucionalización como criterios de demarcación entre una y otra práctica. En este sentido, tal distinción hacía referencia a una concepción de control claramente entendida como una estrategia de poder a su vez concebido como un atributo, utilizable por una parte de ciertas instituciones abstractas que podían ser objetivadas como Estado, como sistema social, como aparato ideológico, entre otras denominaciones, pero que en todo caso, hacían del control instrumento manipulador orientado a la imposición del consenso y a la represión de la disidencia.

Augusto Sánchez Sandoval cita que *“los sistemas de control social no siempre son puros, porque existe una gran cantidad de normas jurídicas espurias y otra gran cantidad de acciones de hecho que realizan servidores públicos encargados de ponerlas en práctica. Por eso en su interior se presenta ilegalidad y abuso de poder,*

³⁰ GONZÁLEZ Vidaurri, Alicia y otros. *“CONTROL SOCIAL EN MÉXICO”*. D.F. Criminalización primaria, secundaria y derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Estudios Profesionales Acatlán, México, 2004. P. 28.

*que al lograr perpetuarse dentro del mismo, constituyen subsistemas, donde lo antiético se convierte en lo común generalizado*³¹.

De lo anterior se deduce que el control social se ejerce en diversas y muy variadas formas y su ámbito no se determina por la soberanía de los estados sino que la dominación trasciende las fronteras extendiéndose internacionalmente; en donde el control informal espurio predomina a través de las detenciones arbitrarias, la desaparición forzada de personas, la tortura y otras muy variadas formas de violencia institucionalizada.

“Hoy día somos víctimas de esta práctica intervencionista y atentatoria a los Derechos Humanos que muestra un retraso preconcebido y cuyo fin es justificar aún más la represión y violencia del Estado”.³²

El control social se ejerce en diversas y variadas formas, de esta manera los medios de comunicación, la iglesia, la educación, el discurso jurídico, se convierten en instrumentos de dominación.

En criterio de la sustentante, el control social es un sistema complejo de procedimientos (prácticas y discursos) empleados por una sociedad, un grupo social, un estado, una institución o un sistema mundial, para conseguir que sus miembros se adecuen a una serie de pautas de comportamiento generalmente aceptadas. Mitos, símbolos, ideologías, leyes, castigos y disciplinas conforman algunos de los medios que de manera consciente o inconsciente se utilizan para mantener el orden. Así, estos procedimientos construyen un cuerpo social que define las decisiones (acciones y pensamientos) que los individuos del grupo pueden elegir.

³¹ SÁNCHEZ Sandoval, Augusto. “DERECHOS HUMANOS, SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD NACIONAL”. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2000, p. 177.

³² SÁNCHEZ Sandoval, Augusto y otros. “POLÍTICA CRIMINAL Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA”. UNAM. México, 1998. p. 43.

Es posible distinguir, en este punto, entre dos dimensiones en la actuación de los mecanismos o procedimientos de control social. El de las prácticas estaría encarnado por la coacción social, entendida como la posibilidad del uso de la violencia; mientras que los discursos se ubicarían en la persuasión como relatos argumentativos de carácter racional.

Estas dimensiones se presentan en las sociedades de forma análoga, produciéndose y reproduciéndose entre sí constantemente;

2.3. Ejercicio del Control Social.

Tal y como venimos abordando esta cuestión, al aterrizar en el campo propiamente historiográfico, se podría deducir que algunas nociones de control social se están refiriendo a casi todas las actuaciones que ha ido realizando el Estado moderno en los últimos siglos, lo cual sería doblemente impreciso y erróneo, entre otras cosas porque ampliaría el concepto hasta el absurdo y al mismo tiempo obviaría la interacción social y el cambio histórico.

Tras conocer la base teórico-conceptual deducimos que es preferible aplicarla a *controles* punitivos concretos relacionando su nivel micro-sociológico con procesos de cambio social. Efectivamente, el resultado suele ser positivo para la historia social cuando no se orienta en un sentido intrainstitucionalista sino en el devenir de esos mecanismos de control dentro de campos de interacción social medianamente delimitables, como respuestas hacia la desviación, el crimen, la trasgresión y el desorden social, y siempre definiendo esas expresiones, no como señales de disfunciones o patologías sociales sino por su relación conflictiva con procesos sociales, económicos, políticos o culturales que a su vez pueden estar relacionados entre sí.

El control social punitivo, se ha pretendido entender como respuestas organizadas. Y si vamos más allá en ese esfuerzo de concreción podríamos centrar la cuestión en respuestas organizadas dentro del marco de una legalidad concreta.

Para efectos del ejercicio del control social, entran en juego complejos procesos de estructuración conflictiva del orden social en los que intentaremos delimitar la actuación de los sistemas de control social punitivo o también la historia social de las instituciones de control punitivo.

Al hilo de esto último, los debates que se abrieron en la historia de hace unas décadas siguen abiertos. Por ejemplo, podemos admitir que en líneas generales el Estado liberal se fue apropiando del control social del delito desde el siglo XIX y que los cambios sociales se reflejaron igualmente en los comportamientos delincuenciales, pero la historia social continúa profundizando, revisando y matizando estas tesis. La polémica sigue abierta respecto de aquellas zonas que vivieron tempranos procesos de industrialización, urbanización y transición demográfica, zonas que, como Inglaterra, evolucionaron hacia una mayor y más rápida burocratización del control del orden a través de la implementación de los aparatos de control policial.

Pero igualmente se proyecta el debate a la hora de analizar estos fenómenos en procesos de capitalización agraria de sociedades ruralizadas, como las de América Latina y España.

Igualmente, compartimos la idea de que el Estado ejerció el control no sólo desarrollando una práctica judicial y de castigo penal sino produciendo todo un discurso sobre la defensa de la sociedad frente a los criminales, mediante la segregación, el tratamiento, la punición y la corrección, más tarde la resocialización, de los desviados.

O también podemos decir que se dieron procesos de expropiación del viejo control social comunitario del delito. Y que en ese camino, tal y como se ha demostrado que ocurrió en la Inglaterra de la primera mitad del siglo XIX., se utilizó el discurso estadístico para exagerar “*the problem of crime*” con el fin de presionar a favor de la creación de una policía permanente y retribuida.

Pero sería incorrecto aceptar que desaparecieron y no pervivieron o no se readaptaron tanto las viejas formas carcelarias como las antiguas expresiones informales de la vieja infrajusticia, desde las mil formas de la venganza y el duelo hasta las muchas maneras de la negociación y el acuerdo, con los padrinos, los árbitros y los hombres-buenos como mediadores. E igualmente conviene tener en cuenta la persistencia o la recurrencia de la *vindicta colectiva* y de las dificultades del Estado a la hora de apropiarse del *ius puniendi*, tal y como se ha demostrado en el caso de los linchamientos.

Es más, está igualmente claro que cualquier forma organizada de actuación no ha de asimilarse enteramente a subsistemas de control del Estado, excepto en la contra-utopía del Estado policial perfecto, en las pesadillas concentracionarias de cualquier totalitarismo y, por supuesto, también en la ficción, desde 1984.

Ciertamente, estudiar la realidad social e histórica de unos controles sociales bien identificados como organizados nos evitará la nebulosidad teórica de unos supuestos controles sociales indefinidos que funcionan autorregulando a la sociedad, y también nos ayudará a hacer de ellos una herramienta para el análisis de los conflictos sociales y las relaciones de poder. Pero aún así debemos considerar que los controles sociales organizados seguirán siendo una realidad poliédrica y dinámica con un alto nivel de informalidad.

Por un lado, la ampliación de la complejidad de las nociones del control social ayuda a reinterpretar de una forma menos mecanicista (y victimista) la relación de la desviación con la criminalización.

Pero en el orden metodológico se observa que la dificultad aumenta, porque la delimitación del concepto de control social no acaba ni siquiera por el hecho de situarlo en uno de sus marcos más inteligibles, el del control social formal y punitivo, el de las instancias de aplicación de las políticas de vigilancia y penalización (cuerpos de seguridad, administración de justicia e instituciones penitenciarias).

En ese campo de la relación social interactúan los controladores, los controlados, los mediadores, los observadores y algunos otros sujetos de la acción social (dependiendo de cada caso), es decir, todo un conjunto dinámico de actores, situaciones y procesos que constituyen el control social informal, lo cual encierra una gran complejidad y puede ilustrar muy bien el riesgo de la sobregeneralización.

Es verdad que la informalidad del control social hace mucho más difícil la delimitación conceptual del mismo, entre otras cosas porque las agencias que promueven los mecanismos informales de control en la consecución del orden social muchas veces demuestran que *“la división entre medidas formales e informales constituye un artificio ideológico que requiere una consideración teórica y metodológica más rigurosa”*³³.

El Estado y otros agentes de producción de discursos (y consensos) punitivos puede llegar a crear un lenguaje eufemístico con la intención de promocionar y modelar la participación ciudadana en el control del delito.

³³ ZVERIC, U.; Findlay, M., “*PARA UN ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS INFORMALES DE CONTROL SOCIAL*”. Poder y Control. Revista hispano-americana de disciplinas sobre el control social, nº 1, 1987, p. 21.

Pero como quiera que sea no podemos negar el hecho mismo de la informalidad, tampoco puede ser imposible su concreción, sobre todo en lo que respecta al control social del delito: las instituciones del control social de la criminalidad son de dos tipos, o reactivas o adaptativas, porque si bien es cierto que el control de la delincuencia cambia en función de la acción política y administrativa, esas decisiones se adaptan, a su vez, a la nueva estructura de relaciones sociales de la sociedad moderna, en la que se ha desarrollado un nuevo modelo de sensibilidades culturales

Concluimos comprendiendo la dificultad y la importancia del estudio de eso que se ha dado en llamar controles sociales informales. Valorar su alcance explicativo es un objetivo básico para la renovación del pensamiento crítico en las ciencias sociales y penales así como en nuestros enfoques históricos.

2.4 Tipos de Control Social.

Es innegable que el hombre es un ser social y político por naturaleza, lo cual explica su necesidad de agrupación y convivencia con otros seres humanos, y de los que requiere una convergencia de intereses y objetivos; sin embargo, la historia, nos ha indicado que dicha convivencia no ha sido de una forma pacífica, sino por el contrario, se torna egoísta, de ahí que las relaciones se tornen entre dominante y dominado, circunstancia que rompe con los esquemas primigenios de las comunidades humanas. De ahí que surja la necesidad de establecer la figura de la autoridad que se va a encargar de velar por las necesidades de los individuos pero también, de establecer los mecanismos de control social que busquen la excelstitud de su sociedad y su permanencia en el poder.

2.4.1 Control Social de Acción.

Se caracteriza por tener como finalidad la prevención de ciertas conductas a través de la interacción y conformidad del individuo frente a un conjunto de valores sociales o pautas de comportamiento sobre las cuales descansa la sociedad.

Dicha inserción consiste en que el individuo, tome como suyos ciertos parámetros de conductas y escalas de valores, lo que presupone la aceptación de determinado orden social de manera tácita, y un actuar determinado frente a los demás.

Es indispensable que dicha internación, se haga por medio de los mecanismos adecuados, independientemente del nombre con que se les designe, ya que éstos tienen como función que el individuo distinga y deseche de su realidad social las conductas descritas como desviadas o negativas y al mismo tiempo adopte las conductas que se esperan de él.

La importancia de este tipo de control social, es tal que *“las normas penales y por tanto las de Derecho Penal, de nada servirían, sin la existencia previas de otros mecanismos de motivación sobre el comportamiento humano”*³⁴

2.4.2. Control Social de Reacción.

El control social de reacción, también llamado de respuesta, es aquel que responde a la realización de conductas desviadas o negativas preestablecidas dentro de un orden social o jurídico, esta reacción puede establecerse a través de diversos mecanismos, siempre y cuando dicha conducta sea considerada por la sociedad como lesiva.

³⁴ Muñoz Conde Francisco, *Op. cit.*, p. 28

A diferencia del control social de acción, éste no busca que el individuo acepte mentalmente un sistema de valores o conjunto de parámetros a seguir, sino combatir la consumación de conductas que no debieron realizarse.

Las formas de reacción con las que cuenta una sociedad, pueden ser variadas, conforme a la conducta que se intente reprimir o sosegar.

2.5 El Derecho Penal como sistema de Control Social.

El Derecho Penal moderno se ha ido construyendo desde hace algo más de dos siglos dentro de un cuidadoso equilibrio entre la debida consideración del interés social en la protección de ciertos bienes fundamentales para la convivencia, y la persistente preocupación por evitar que ese logro conlleve una intromisión excesiva de los poderes públicos en los Derechos y libertades individuales de los ciudadanos.

Esa doble orientación ha originado que los modelos de intervención penal contemporáneos, cualesquiera que estos fueran, estuvieran siempre refrenados en su tutela de los intereses sociales por una nunca ausente desconfianza de la ciudadanía hacia la capacidad de los poderes públicos para hacer un uso moderado de las amplias posibilidades de actuación que les otorgaban los instrumentos de persecución delictiva y ejecución de penas. Esta falta de confianza se asienta, por lo demás, en una tradición pocas veces interrumpida en el Derecho Penal moderno.

Sin duda, es el elemento más característico del modelo de intervención garantista, pero también ha sido un componente destacado del modelo resocializador: Más allá de lo que pudiera mostrar una visión superficial de su funcionamiento, en él se adoptan las mismas cautelas, cuando no mayores, a la hora de establecer el ámbito legítimo de actuación de los poderes públicos encargados del descubrimiento y enjuiciamiento de las conductas delictivas.

Ha sido, por el contrario, la presencia de unas expectativas, que luego se han mostrado exageradas, en la capacidad de las ciencias del comportamiento para hacer el bien al delincuente lo que ha desencadenado los excesos en el campo de la ejecución penal,

Pero las actitudes sociales están experimentando en estos momentos un cambio que, a mi entender, no tiene antecedentes en las sociedades democráticas modernas. Es cierto que determinados periodos históricos con regímenes políticos autoritarios suscitaron en las masas sociales que los sustentaban, eliminados o acallados los vencidos o discrepantes, una crédula despreocupación por los métodos negadores de los Derechos y libertades individuales empleados por los poderes públicos para controlar la delincuencia.

Y también lo es que en regímenes democráticos se ha tenido demasiadas veces éxito en aislar y demonizar determinados ámbitos delincuenciales, de modo que en su persecución pudiera valer todo.

En el marco de sociedades democráticas, con un amplio elenco de libertades individuales legalmente reconocidas y efectivamente ejercidas, se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los Derechos individuales, a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito. Y esa disponibilidad no se confina a ámbitos criminales bien delimitados, sino que se extiende al control de la delincuencia en su totalidad, sin que la mayor visibilidad que, a no dudar, tiene la que hemos llamado delincuencia clásica deje fuera de este modo de proceder la delincuencia de cualquier signo.

Dicho de otra manera, los ciudadanos no delincuentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas, no se sienten directamente

concernidos por los excesos que con este fin puedan llevar a cabo. Y esto sí que es una alarmante novedad en las sociedades democráticas.

Esa progresiva falta de recelo hacia el uso del instrumental punitivo está permitiendo, en primer lugar, reformas impensables hace poco tiempo. Basten como ejemplo la paulatina generalización de la vigilancia de espacios y vías públicas mediante cámaras y otros artefactos de control visual y auditivo, la simplificación de los procedimientos de adopción de medidas cautelares penales y aun civiles, la facilitación de la prisión preventiva y la disminución del control judicial de los procedimientos penales mediante los juicios rápidos.

Y en segundo lugar, está prestigiando modos de operar jurídicamente en los que el debido respeto de los derechos y libertades individuales quedan en un segundo plano: En la policía, superado el distanciamiento popular que arrastraba desde los años de la dictadura, la eficacia y prontitud que se le demanda en la persecución del delito y descubrimiento de los culpables permite disculpar fácilmente actuaciones apresuradas que inciden sobre objetivos equivocados; el legislador ha de mostrar una clara disposición a convertir en delito cualquier problema social; los jueces han de ser capaces de sortear los obstáculos de Derecho material y procesal que puedan surgir, con tal de asegurar una justicia acorde en tiempo y forma a las demandas populares; y la principal misión de los funcionarios de ejecución de penas es garantizar en todo momento que el delincuente no sea tratado de un modo demasiado generoso.

El problema del orden social como propuesta pacificadora de las relaciones sociales siempre estuvo y estará ligado a la violencia, al ejercicio de la violencia que será caracterizada como aplicación y/o cumplimiento de la ley, o como violación de la ley. El Derecho, la paz como aspiración del orden social y el orden social mismo tiene que ser despojado de toda ontología y de toda metafísica para situarlo en la

artificialidad y en el resultado de un proceso de relaciones de fuerzas enfrentadas. Por ello el asombro ante la violencia es simplemente una cuestión amnésica de una historia de violencias y por ello el Derecho Penal expresa de modo más intenso que otras materias jurídicas la soberanía nacional, soberanía a la que sólo se renuncia con disgusto, aunque esta renuncia sea meramente parcial, y de este modo—al menos en amplios sectores—el Derecho Penal se presenta como un Derecho político.

Desde este cariz, es unánime el criterio que el fenómeno criminal no es algo puramente individual o social sino, en primer lugar, como una construcción desde el control.

Desde el punto de vista utilitarista, el control social encuentra en el Derecho Penal su mejor forma. Esta consideración de observación se dejaba venir ante la clarísima relación directa entre la forma de Estado y el carácter de la pena con la que se castigan a los ciudadanos, tanto es así que del concepto de pena que se tenga será la concepción del Derecho Penal a regir; así, la pena privativa de la libertad es imprescindible, por lo menos en el momento actual; no es posible imaginar una sociedad sin crimen, es la prístina realidad, tanto es así que el nivel cultural y la evolución de los pueblos se miden por la naturaleza y la severidad de los castigos, pues la penalidad suave o dura según la época, tiene por largo tiempo ocupado una posición de primer plano en cada aparato disciplinar.

El control y la prevención de estos nuevos riesgos se le encomienda al Estado y para ello el legislador en turno recurre al tipo penal de peligro abstracto, todo esto como consecuencia del desarrollo y del progreso científico y tecnológico, industrial y económico, en la sociedad actual que se aprecia compleja como hemos señalado a lo largo de estas páginas.

En efecto, esta complejidad social lleva a que se realicen una serie de actividades que originan nuevos riesgos, tales como las actividades relacionadas con la tecnología atómica, la informática, la genética, entre otras, y que se caracterizan por su indeterminación del número de personas a las que potencialmente amenaza, hasta el punto que casi todo el mundo se siente amenazado, con la resulta de una sensación de inseguridad, arrastrando a que el Estado cumpla con esta tarea y lo hace a través del mecanismo de control más violento, el Derecho Penal, criminalizando conductas que tienen cabida en estos nuevos riesgos.

Por esto, se critica que el miedo, de pronto, sea el que tales actividades, sobre todas las científicas, el saber es aún incierto, y por ende el Estado en su papel de intervención con el matiz social que la mayoría de las Constituciones le permite recurre al mecanismo mas expedito que tiene como forma de control social, el Derecho Penal, pues le queda más fácil criminalizar aún en contra del quebranto de garantías atendiendo a una exigida eficacia ante la fuerte demanda de esta sociedad compleja e insegura.

Aquí entra en contención, el Derecho Penal tradicional que tiene como fin la prevención de riesgos calculables y previsibles, y este nuevo Derecho Penal que se orienta a prevenir riesgos incalculables e imprevisibles que en a veces pueden llegar a no producirse.

CAPÍTULO III: TEORÍAS DE LA PENA.

Bajo el término general *Teoría de la pena*, la Dogmática Penal engloba y debate tradicionalmente tres cuestiones relacionadas con la pena, su concepto, su fin y su justificación³⁵, pero de ellas, la más controvertida, es, sin duda, la de los fines de la pena, llevando a la escisión de los tratadistas en diferentes tendencias sin que pueda alguno de ellos erigirse con argumentos suficientes que deje zanjados de una vez por todas los enconados debates. Por otra parte, ninguno vence su verificación o comprobación en la práctica social en razón a que, por ejemplo: la concepción retributiva se contrapone a la propia naturaleza del pensar humano: actuar siempre con arreglo a fines, es imposible que exista una sola institución creada por el hombre que no responda a un fin determinado por sus propias necesidades; la teoría de la prevención especial en su pretensión de resocialización del trasgresor entró en crisis frente a la desocialización que generan la gran mayoría de las cárceles hacinadas y, por su parte, las pretensiones preventivas que se expresan aumentando la pena ante el incremento del delito, en la práctica han acarreado más problemas de saturación del sistema penal que el desaliento a la trasgresión penal.

Tal y como quedara señalado en capítulos anteriores, el Derecho Penal representa el mecanismo selectivo de control social y representa la herramienta de control social más importante con que cuenta el Estado, en virtud de que desde el punto de vista de la función punitiva, es una técnica de control de los individuos; sin embargo, en cuanto al Derecho objetivo tiene una función de garantía del individuo y señala un límite al poder del Estado. En este sentido, el Estado posee el uso monopólico del Derecho Penal, pues resulta el único ente legitimado para seleccionar conductas humanas a las cuales se impondrá una sanción en forma coactiva, lo que se cumple

³⁵ PÉREZ Manzano Mercedes, “*CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*”. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p. 215.

a través de una actividad legislativa ajustada a la regulación constitucional. Asimismo, la selección de conductas a las cuales imponer una sanción se realiza por medio de una valoración negativa para la convivencia social que tiene por finalidad proteger de los ataques más graves los bienes más importantes del sistema de valores de la comunidad.

El Derecho Penal recoge un consenso social que busca el resguardo de esos bienes mediante la asignación de sanciones al autor que los ataca. Dichas sanciones consisten en la limitación de derechos individuales impuesta coactivamente por el Estado al individuo. Estrictamente, estas sanciones son las consecuencias jurídicas del delito y se traducen en la pena y la medida de seguridad. De allí la importancia de plantear constitucionalmente un programa para precisar el sentido, finalidad y condiciones que deban ser modeladas por ley, dándole contenido y limitaciones.

Sistemáticamente, la reacción frente al problema de la delincuencia se ha asumido a partir de dos posturas encontradas a saber; por una parte tenemos el sistema monista; deriva del positivismo italiano, en la cual el valor de la defensa social justificaba una única forma de intervención estatal, indistintamente llamada pena o medida de seguridad; frente al individuo que atacara un bien protegido penalmente, a quien se le cercenaba un Derecho en proporción a la peligrosidad que representara para la comunidad, buscando su readaptación.

El sistema dualista o binario implica una concepción diferenciada de pena y medida de seguridad en función de constituir la pena la respuesta al sujeto culpable por su delito, imponiéndole una aflicción en la medida del bien jurídico atacado con su hecho y su culpabilidad. Por su parte, la medida de seguridad –que presupone ausencia de culpabilidad- se fundamenta en la peligrosidad del autor y la necesidad de defensa social.

Durante mucho tiempo se combatió la criminalidad con aparatos represivos preventivos que, más de una vez, superaban la esfera estrictamente penal. Se propendía a una vigilancia del “*distinto*”, del “*anormal*”, del “*otro*”, en protección de “*los nuestros*”. A este tenor se instauraron regímenes policíacos, internamiento de enajenados irresponsables, aislamiento de vagos, mendigos, personas dedicadas a la prostitución, instituciones para la educación de los menores. Todos mecanismos arbitrados en beneficio de la colectividad, con un criterio de utilidad social ante la constatación de un estado peligroso en un individuo que podía darse sin la existencia de delito³⁶.

3.1. FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LAS PENAS.

Como ha quedado mencionado, en las líneas anteriores, la teoría de la pena necesariamente requiere de un sustento filosófico que le permita legitimar moralmente su aplicación.

El tema de la justificación moral del castigo (o, más sucintamente, el tema del castigo o de la pena) ha generado polémicas y controversias a lo largo de la historia, concitando el interés de filósofos y teóricos sociales.

Aceptada la necesidad del uso de la coacción por el Estado como herramienta de control social, surge entonces el problema del fundamento moral del castigo. “*Pese a no ser otra cosa que un desmembramiento específico del tronco común constituido por el problema de la justificación moral de las acciones en general*”,³⁷ dicha cuestión posee un interés intrínseco; siendo el castigo un mal infligido al delincuente, resulta

³⁶ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, “*LAS CONSECUECIAS JURÍDICAS DEL DELITO*”. Ed. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1976, pp. 153.

³⁷ Cfr. RABOSI, Eduardo A., “*LA JUSTIFICACIÓN MORAL DEL CASTIGO*”. Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1976.

necesario justificar por qué éste resulta moralmente correcto, a diferencia del mal causado por el agente culpable.

Podemos partir del hecho de que a la fecha han existido numerosas y muy diversas teorías y exposiciones respecto del tema en comento; sin embargo, hay que destacar que de su análisis (ya sea en sus planteos tradicionales como en otros más modernos), resulta que las mismas de manera general pueden ser encasilladas en dos posturas principales a saber, por una parte encontramos la tendencia retribucionista y por otra parte la tendencia utilitarista³⁸.

Recientemente ha sido desarrollada una teoría normativa consecuencialista que busca trascender los límites del debate acerca del castigo, dado que centra su atención no en forma exclusiva sobre éste sino, más genéricamente, sobre la justicia criminal como un sistema integral; por ello, tal enfoque resulta comprensivo.

Absteniéndome de efectuar un análisis histórico profundo del pensamiento teórico filosófico-político acerca del castigo, puede señalarse que, no obstante la profusión de exposiciones y planteamientos, tanto la tendencia retribucionista como la utilitarista constituyen las concepciones tradicionales en la materia.

Conforme a la primera de las teorías mencionadas, y sin perjuicio de la existencia de diversos matices puestos de relieve en la formulación de las distintas posturas, el castigo infligido a un individuo se encuentra moralmente justificado por el hecho de que dicho individuo en cuanto realiza una conducta delictiva merece ser castigado; pero sólo y cuando es culpable de haber cometido una ofensa al sistema normativo.

³⁸ Más adelante se verá que esta última categoría resulta una manifestación, junto a otras, de teorías consecuencialistas, las que jerarquizan las consecuencias futuras de las acciones por sobre la consideración de la pena como referencia a un hecho pasado.

Resulta importante destacar, por su parte, que los teóricos retribucionistas hacen especial hincapié en la circunstancia de que los inocentes merecen no ser castigados.

Para la teoría retributiva, la pena o el castigo constituyen un mal impuesto al delincuente por el incumplimiento del Derecho, mal que, por encontrarse desligado de consideraciones acerca de sus efectos, finalidades o consecuencias, constituye un valor intrínseco. Es por ello que dicho planteamiento es tributario de un pensamiento deontológico. La pena, entonces, mira hacia el pasado, tendiendo a reparar la infracción realizada.

Reconociendo la existencia de diferencias entre las distintas exposiciones, podemos distinguir tres diferentes enfoques retribucionistas conforme a los límites que a continuación se detallan y que cada vertiente acepte:

1. Sólo debe castigarse a aquellos individuos encontrados culpables de un crimen.
2. Cualquier individuo encontrado culpable de un crimen debe ser castigado por ello.
3. El castigo no debe ser de un grado mayor al crimen cometido y a la culpabilidad del criminal.
4. El castigo no debe ser de un grado menor al crimen cometido y a la culpabilidad del criminal.

Así, puede sostenerse que son retribucionistas negativos aquellos que aceptan los límites 1 y 3; positivos aquellos que lo hacen con los límites 2 y 4, y absolutos los que sostienen los cuatro.

Mientras que para los primeros la preocupación principal es no castigar en forma desmedida ni castigar a personas inocentes, para los segundos aquélla gira en torno

a la necesidad de castigar a todas las personas culpables, a un nivel que resulte consustancial a la falta cometida.

La posición retribucionista tradicional se encuentra representada por el pensamiento de Kant, para quien *“el castigo judicial nunca puede ser aplicado como un mero medio para promover otro bien, sea respecto del criminal mismo o de la sociedad civil, sino que en todos los casos tiene que ser aplicado al criminal únicamente porque ha cometido un delito”*³⁹.

Bajo la misma óptica, *“el hombre nunca debe ser tratado meramente como medio para las intenciones de otro, la ley penal es un imperativo categórico, y desdichado el que se arrastra por el tortuoso camino del eudemonismo, en busca de algo que, por la ventaja que promete, desligue al culpable, en todo o en parte, de la pena, conforme al farisaico principio selectivo”*⁴⁰

Por su lado, la concepción utilitarista, como teoría consecuencialista que es, parte del punto de considerar moralmente inadmisibles el castigo infligido a un individuo sobre la exclusiva base de haber cometido un delito. Para ella, el castigo es un mal en sí mismo, mal que no puede causarse a alguien por la sola referencia a un hecho pasado, desprovisto de consideraciones hacia el futuro.

El utilitarismo sostiene que la corrección moral de las acciones debe ser juzgada en virtud de la maximización de sus consecuencias intrínsecamente valiosas (por la contribución que realiza al aumento de la felicidad humana o a la disminución del sufrimiento).

³⁹ KANT, Emmanuel, *“FUNDAMENTOS DE LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES”*.. Editorial Eudeba, Buenos Aires Argentina. 1998, Libro II p 556.

⁴⁰ *Ibid*, p. 557

Uno de los argumentos más importantes de esta corriente se basa en el principio de utilidad que otorga la base o el criterio de lo moralmente bueno; correcto es en este sentido actuar u omitir de manera tal de maximizar tal principio. Ideología que es cobijada principalmente por Joseph Bentham, John Austin y John Stuart Mill ⁴¹. Según el primero, el castigo es un daño en sí mismo malo. De acuerdo con el principio de utilidad, si ha de admitirse el castigo, sólo habrá de serlo en tanto y en cuanto asegure la exclusión de algún mal mayor; en consecuencia, está claro que en los siguientes casos no debe infligirse castigo; cuando carece de fundamento; cuando va a ser ineficaz; cuando es improductivo o demasiado costoso y cuando es innecesario.

Paralelamente a la concepción utilitarista, se han propuesto otras versiones tributarias de un pensamiento consecuencialista o teleológico. Así, la teoría prevencionista, para la cual el bien perseguido no está constituido por la felicidad sino por el fin más restringido de la prevención del delito, o aquéllas que tienden a la rehabilitación del delincuente o a su incapacitación.

Comúnmente se utiliza, al hacer referencia al tema de la justificación moral del castigo, las expresiones “teorías de la pena” o “teorías del castigo”. Y es que, tradicionalmente, el debate a lo largo de la historia de la criminología se ha circunscripto al análisis de ellas, sin atender a otras áreas del sistema de justicia criminal.

La consecuencia más relevante que se deriva de la modificación del área de estudio resulta del quiebre o ruptura con la presunción plurisecular de que el castigo

⁴¹ Sin embargo, dentro del pensamiento utilitarista es necesario distinguir entre el *utilitarismo de actos* (o utilitarismo extremo), para el que las reglas morales son meros índices para la acción, simples guías que sugieren caminos por seguir sin constreñir a la realización de un acto si otro se revela como más útil o más valioso, y el *utilitarismo de reglas*, de acuerdo con el cual los preceptos (vigentes o ideales) imponen cierta obligación moral a los individuos.

constituye la forma más idónea de tratar con el delito. Esto así, se desprende de la opinión de los autores de la teoría en examen que el hecho de que la población vea al castigo como un mal necesario más que como un bien en sí mismo resulta un dato sumamente positivo. La construcción teórica debe estar diseñada de forma tal que haga posible brindar una respuesta adecuada a las conductas dañosas, respuesta que sólo ocasionalmente va a implicar un castigo.

Las consideraciones antes enunciadas encuentran parte de su base en las pretensiones que señalan que una sociedad que se siente moralmente cómoda enviando a miles de jóvenes aterrorizados a instituciones en las que son abusados, violados y brutalizados; en las que su libertad de expresión y de movimiento, así como su dignidad humana son negadas, tiene un muy dudoso compromiso con la libertad.

A la par de dicho enfoque comprensivo, y haciéndose cargo de las fundadas críticas realizadas al pensamiento utilitarista, la teoría republicana ofrece un acercamiento consecuencialista alternativo e innovador.

La nueva corriente encuentra sus orígenes en el resurgimiento del retribucionismo, que históricamente hablando podemos ubicarlo a partir de la década de '70 del presente siglo; forma de pensamiento que encontró un largo período de letargo a causa del estrepitoso fracaso de los planteos prevencionistas centrados en los postulados de la incapacitación y la rehabilitación, puesto en evidencia a raíz de la publicación de diversas investigaciones que dieron cuenta de la ineficacia de los programas de reeducación de delincuentes.

El énfasis puesto en la incapacitación del delincuente, e incluso en la disuasión o prevención (general o particular) tampoco resultó una salida plausible, ya que, por una parte, existe evidencia en el sentido de la imposibilidad de detener a la cantidad

de criminales necesaria para garantizar una reducción sustancial del crimen, y, por otra, aún de ser ello posible su costo excedería las posibilidades presupuestarias de cualquier país.

El enfoque planteado por la teoría republicana, entonces, haciéndose eco de los legítimos embates lanzados por los pensadores retribucionistas (los que como respuesta a estos excesos plantearon la necesidad de un castigo inexcusable, ineludible, proporcionado a las faltas cometidas), tiende a sortear las dificultades suscitadas por las exposiciones consecuencialistas tradicionales, ofreciendo, para sus autores, una opción aún superior al retribucionismo.

3.2. TEORÍAS DE LA PENA.

Se ha dicho que lo que caracteriza al Derecho Penal, son precisamente las teorías de la pena, por lo que cada teoría tiene sus propias raíces filosóficas y políticas, suelen tratarse conjuntamente, y suelen ser útiles, siempre que no se pierda de vista que cada una de ellas es una concepción del Derecho Penal mismo.

El desarrollo diferenciado y multiforme de las estrategias de la reacción social frente al comportamiento delictuoso, ha llevado a asumir un concepto amplio de lo que se entiende por sanción penal y la teoría que la estudia. Esta se encarga del estudio de las instituciones y categorías vinculadas a la reacción del sistema penal frente a la comisión de una infracción penal. Dentro de esta noción se comprenden, por tanto, instituciones tan disímiles como la pena, la medida de seguridad, la reparación civil y las denominadas consecuencias accesorias al delito. Esta fue también la concepción adoptada por el legislador cuando estructuró la sistemática de las consecuencias jurídicas del delito.

Las penas y medidas de seguridad constituyen el punto de contacto de todas las normas penales. Una disposición no tiene carácter penal porque regule la lesión de mandatos o prohibiciones - rasgo atribuible igualmente a las normas civiles o administrativas – sino porque dicha lesión se encuentra sancionada con una de dichas consecuencias jurídicas. Sin embargo, la diversificación de las estrategias de la política criminal ha conducido a la introducción de otras formas de reacción en el marco del Derecho Penal.

Con la evolución Histórica del pensamiento jurídico, se han ido desarrollando innumerables Teorías de la pena, que con sus adeptos y detractores, han ido buscando justificación y fundamento a la misma.

De manera general, podemos señalar que existen dos grandes grupos que pretenden legitimar el poder punitivo del Estado, ambas partes toman como punto de partida la misión que se otorga a la sanción penal. Por un lado, existe una corriente conformada por quienes ven el costado favorable de penar actuando sobre los que no han delinquido a través de su disuasión (prevención general negativa) y del reforzamiento del orden jurídico que actúa ante su infracción (prevención general positiva).

Por otro lado, se encuentran quienes pregonan las bondades de punir para actuar sobre quien ha delinquido. Ello se materializa a través de la neutralización del reo (prevención especial negativa) o por medio de su corrección y readaptación social (prevención especial positiva).

En las exposiciones doctrinales sobre el fin de la pena se suele distinguir las llamadas teorías absolutas de la pena y las llamadas teorías relativas de la pena. El criterio de esta distinción radica en que mientras las primeras ven la pena como un fin en si misma, las segundas la vinculan a necesidades de carácter social. Si bien

esta contraposición constituye una simplificación esquemática de posturas que se muestran en la práctica mucho más complejas y menos unilaterales, no puede negarse su utilidad pedagógica en la exposición de las ideas. Por esta razón, en este capítulo, el tratamiento de la teoría de las penas se orientará a las teorías de la pena a partir de esta tradicional diferenciación de posturas.

3.2.1. TEORÍA ABSOLUTA.

Las teorías absolutas se distanciaron de la noción de pena como venganza en tiempos de la Ilustración, durante el siglo XVIII. La pena debía restaurar la justicia, resarcir la culpa del transgresor y reestablecer el equilibrio roto por la perturbación del orden público. La concepción de que el Estado sería capaz de velar por la justicia en el ámbito terrenal sirvió de base para esta noción de retribución. Es, por así decirlo, el marco a través del cual ingresan diferentes representaciones de justicia, cuyas variedades y discrepancias culturales, religiosas e internacionales dificultan significativamente la formación de un consenso acerca de un grado justo de retribución.

Sostienen que la pena tiene su justificación en si misma (fin), sin que pueda considerarse un medio para fines ulteriores, en esta corriente, la pena carece de una finalidad práctica, se aplica por exigencia de la justicia absoluta, si el bien merece bien, el mal merece el mal. La pena es la negación de la negación del Derecho y sólo cumple un papel restaurador o retributivo.

Las teorías absolutas de la pena sostienen que la pena tiene la misión trascendental de realizar el valor Justicia. Por lo tanto, no se encuentran informadas por criterios de utilidad social. Este punto de partida es asumido por las llamadas teorías retributivas de la pena que la definen como retribución por una lesión culpable. En su versión subjetivo-idealista, Kant sostiene que la ley penal es un imperativo categórico que

impone la razón del sujeto individual sin atender a consideraciones de carácter utilitarista. El carácter estrictamente ideal de esta concepción de la pena se pone de manifiesto en el extendido ejemplo de la isla propuesta por el profesor de Königsberg, en donde llega a afirmar que si la sociedad de una isla decide disolverse, debe ejecutarse hasta el último asesino que se encuentre en prisión.

La idea central de esta concepción es que la pena debe ser impuesta por imperativos de la razón, aunque su ejecución no sea necesaria para la convivencia social.

En su versión objetiva-idealista, la teoría de la retribución de Hegel entiende que el Derecho, como objetividad de la voluntad, debe ser reestablecido ante la negación del delito (voluntad subjetiva del autor). Si bien la voluntad del autor, en tanto irracional, no podría afectar la objetividad del Derecho, la única forma de tratar al delincuente como un ser racional es darle a su voluntad subjetiva una pretensión de validez general. Es, en este contexto, en donde puede comprenderse la extendida afirmación de Hegel de que la pena honra al delincuente como un sujeto racional. La imposición de pena al negar la voluntad subjetiva del delincuente, reafirma la racionalidad general del sistema jurídico. Este proceso dialéctico se verificaría con independencia de las consecuencias empíricas que produciría.

No se trata, por tanto, de un reestablecimiento empírico, sino de un reestablecimiento de racionalidad del Derecho. Buscar el fin de la pena en el efecto motivatorio sobre el individuo sería tratar al sujeto como a un perro al que se le levanta un palo.

En la doctrina penal actual existe consenso en cuanto a rechazar las concepciones absolutas de la pena. Salvo algunas reminiscencias de la filosofía idealista como la teoría de la pena defendida por Köhler, la tendencia general está orientada a negar que la pena tenga una función ideal. Hay que precisar que la razón fundamental de este rechazo no es el cuestionamiento que pudiera hacerse a una filosofía de corte

idealista. El rechazo a las teorías absolutas de la pena se encuentra, más bien, en la opinión general de que la existencia del Derecho Penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho Penal desligado de su utilidad social. Si bien las teorías de la retribución pueden dar un criterio de referencia para la pena (culpabilidad), presuponen la necesidad de pena, por lo que no se encontrarían en posibilidad de explicar cuándo se tiene que penar. La necesidad de pena sólo podría determinarse atendiendo a los requerimientos del concreto sistema social.

3.2.2 .TEORÍAS RELATIVAS.

Toma a la pena como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad, asignando a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento, se concibe como un medio para la obtención de ulteriores objetivos.

La comprensión del Derecho Penal como fenómeno social nos lleva necesariamente a las teorías relativas de la pena, es decir, a aquellas teorías que entienden que la pena debe cumplir necesariamente una función social. El consenso doctrinal llega, sin embargo, sólo hasta este punto, comenzando a romperse cuando se tiene que determinar cuál es la función social. Si bien se suele reducir las teorías relativas a las que procuran fines de prevención, lo cierto es que cabe también otra orientación: las teorías de la reparación o reestabilización.

3.2.2.1. LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN.

Las teorías de la prevención sostienen que la función de la pena es motivar al delincuente o a los ciudadanos a no lesionar o poner en peligro bienes jurídicos penalmente protegidos. Como puede verse, la prestación social del Derecho Penal (la protección de bienes jurídicos) tiene una incidencia directa sobre el individuo a

través de la motivación. Este efecto motivatorio puede recaer sobre todos los ciudadanos en general o solamente sobre el sujeto delincuente. Con base en estas dos posibilidades, la doctrina ha diferenciado dos formas distintas de prevención: la prevención general y la prevención especial.

a) Prevención general.

Una tercera corriente estuvo dada por la *Teoría de la Prevención General*, en cuya concepción el fin de la pena es actuar generalmente sobre la comunidad. Exitosamente fue desarrollada por Paul Johann Anselm V. Feuerbach quien en su Teoría Psicológica de la Coacción, la teoría en comento posee una doble faz. El aspecto negativo está caracterizado por un concepto de intimidación a otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes. Su cara positiva es la conservación y refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del orden jurídico. Aparece la función de la pena de demostrar la inviolabilidad de la norma, en cuanto restablecimiento del orden jurídico. Su realización se pretende a través de tres efectos: aprendizaje, confianza, y pacificación.

La teoría de la prevención general establece que la función motivatoria del Derecho Penal se dirige a todos los ciudadanos. La forma cómo tiene lugar este proceso motivatorio es precisamente lo que diferencia las dos variantes que existen al interior de esta teoría: la prevención general negativa y la prevención general positiva.

-Prevención general negativa; la teoría prevención general negativa se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente protegidos. Este proceso de motivación a través de la intimidación puede verificarse en dos momentos distintos del sistema penal:

- *En la norma penal:* La prevención general negativa mediante la conminación penal contenida en la norma penal fue formulada originalmente por Feuerbach. Según este autor alemán, la pena debe ser un factor de inhibición psicológica para que los ciudadanos no se decidan a cometer un hecho delictivo. Este entendimiento de la función de la amenaza penal presupone que exista un vínculo psicológico entre el mensaje de la norma penal y los ciudadanos. Es aquí donde precisamente se presenta el primer cuestionamiento a esta concepción de la pena, pues se dice que la mencionada vinculación psicológica resulta muy difícil de sostener en gran parte de la población, pues sólo un número reducido de ciudadanos ha leído efectivamente el Código penal. Por ello, la versión moderna de esta teoría entiende que la vinculación entre la norma y los ciudadanos no tiene un carácter empírico, sino normativo, es decir, que parte del hecho de que este diálogo racional existe, aunque empíricamente no sea así: todos deben conocer las normas jurídico-penales.

La reformulación normativa de la teoría de la prevención general negativa no la libra, sin embargo, de otros puntos críticos. En primer lugar, se dice que existen determinados delitos en los que la amenaza de pena no puede ejercer su función motivatoria, como sucede en el caso de los delitos pasionales, pues la decisión de delinquir en estos casos no es producto de una evaluación racional de los pros y los contras de la acción. En este sentido, la función de prevención general negativa tendría que limitarse solamente a los delitos en los que el agente hace efectivamente una ponderación de costes y beneficios de su actuación.

Así las cosas, la aplicación de la teoría de la prevención general negativa se reduciría sólo a los delitos en los que el agente cumple el modelo de sujeto que actúa racionalmente, es decir, a los llamados delitos económicos.

Pero incluso en el ámbito de los delitos económicos se ha cuestionado la realidad del efecto intimidatorio de la amenaza penal. Se dice que para poder ajustar

adecuadamente la pena al proceso motivatorio es necesario fijar su cuantía de manera concreta y no general, pues la ponderación de costes y beneficios se hace siempre en cada caso concreto, cambiando las variables de caso en caso.

Si bien la pena prevista de manera general puede intimidar en determinados contextos (por ejemplo, cuando los beneficios sean mínimos), esta pena será incapaz de generar un efecto disuasorio en casos en los que se trate de ganar elevadísimas sumas de dinero. Por otra parte, puede ser que un delito no muy grave requiera, en determinados casos, una pena muy elevada para poder intimidar al delincuente (por ejemplo: un acto de denigración del competidor del que dependa la supervivencia de la empresa). En este sentido, la única manera de dar cierta fuerza intimidatoria a la pena sería hacerla legislativamente indeterminada para que el juez pueda ajustarla a las necesidades preventivas de cada caso concreto. No obstante, el grado de inseguridad al que llevaría semejante sistema penal resulta a todas luces inaceptable en un Estado de Derecho.

Los defensores de la prevención general negativa perciben los peligros de una perspectiva únicamente disuasoria de la pena, por lo que sus actuales formulaciones no se centran exclusivamente en la función intimidatoria de la pena, sino que intentan precisar criterios de limitación para evitar caer en situaciones de terror penal (el principio de culpabilidad, por ejemplo). El principal cuestionamiento que encuentran estas concepciones atemperadas de la prevención general negativa reside en la dificultad de fijar el punto de equilibrio entre los criterios de prevención y la limitación de la potestad punitiva. No puede dejar de aceptarse un cierto decisionismo a la hora de fijar la frontera entre lo que se puede motivar mediante una pena y los límites a esta motivación, lo que, por otra parte, lo hace muy sensible a situaciones emotivas o subjetivas de la comunidad. Una muestra clara de esta situación son los delitos que afectan la seguridad ciudadana.

En la ejecución penal: La prevención general negativa puede configurarse, por otra parte, en el plano de la ejecución de la pena. Esta variante de la prevención general negativa fue desarrollada por el filósofo inglés Bentham, quien coloca el efecto disuasorio de la pena en su ejecución. Una muestra clara de esta finalidad de la pena fue la ideación del denominado “panóptico”, el cual era un diseño especial de una cárcel que permitía a los ciudadanos ver desde fuera como los condenados cumplían sus penas. El principal cuestionamiento a esta visión de la prevención general negativa es la instrumentalización de la persona a la que se llega con fines preventivos. No obstante, en una filosofía utilitarista, como la angloamericana, este cuestionamiento no resulta tan relevante, en la medida que desde esa perspectiva filosófica el sufrimiento de uno puede justificarse si con ello se obtiene la felicidad de la mayoría. Esta finalidad preventivo-general negativa puede verse aún en la ejecución de las penas en los Estados Unidos de Norteamérica. Por el contrario, en una tradición jurídica deudora de los principios de tradición europea (como la no instrumentalización de la persona), un planteamiento como el esbozado resulta de difícil admisión como criterio general.

Prevención general positiva; la formulación original de la prevención general positiva se mantiene en la lógica de la motivación de los ciudadanos, pero cambia en el mecanismo de su realización. No es la intimidación a través de la amenaza penal la forma de motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos, sino el fortalecimiento que produce la pena en la convicción de la población sobre la intangibilidad de los bienes jurídicos. Desde esta lógica, la tarea del Derecho Penal consistirá en la protección de bienes jurídicos a través de la protección de valores ético-sociales elementales de acción, confirmando la pena al Derecho como orden ético. Por ello, esta visión de la pena superaría el peligro de un terror penal latente en una visión preventivo-general negativa, pues solamente la pena justa sería la necesaria para confirmar los valores éticos del Derecho.

La teoría de la prevención general positiva no está, sin embargo, libre de objeciones. Se le ha cuestionado realizar una labor pedagógica y educativa que penetra indebidamente en la esfera de autonomía atribuida jurídicamente al ciudadano. En este sentido, esta teoría tendría cierto corte autoritario, al imponer a los ciudadanos ciertos valores éticos-sociales de carácter elemental. Desde Kant el Derecho solamente puede exigir el cumplimiento externo de sus mandatos y prohibiciones, pero no procurar que el ciudadano asuma las razones de tales mandatos y prohibiciones. El reconocimiento actual del Derecho al libre desarrollo de la personalidad, haría poco viable una teoría de la prevención general positiva como la descrita en nuestro sistema jurídico.

b) Prevención especial.

La llamada teoría de la prevención especial parte también de la idea del efecto motivatorio de la pena, pero entiende que este efecto no se dirige a la colectividad, sino al delincuente. En este sentido, no sería una teoría de la norma penal, sino una teoría de la ejecución de la pena. La comprensión de la pena como prevención especial estuvo contenida en el proyecto político-criminal de von Liszt, contando con un amplio desarrollo por parte del positivismo italiano. Según esta teoría, la pena debe intimidar al delincuente para que no vuelva a cometer hechos delictivos. Si es que la pena impuesta al delincuente no le produce un efecto intimidante, la teoría de la prevención especial establece que, en estos casos, la pena tendrá que asumir la labor de corregir a este sujeto inintimidable. Si finalmente el sujeto inintimidable resulta además incorregible, no quedará otra solución que su inocuización, es decir, su eliminación como peligro futuro de realización de nuevos delitos.

Los esfuerzos de los representantes de la teoría de la prevención especial orientados a sustituir la toga del juez por la bata del médico no llegaron a imponerse plenamente en los sistemas penales, pues la pena siguió vinculada a la idea de injusto culpable.

Sin embargo, hay que reconocer que esta tesis logró abrir paso a una segunda vía del Derecho Penal, las llamadas medidas de seguridad, las cuales se asentaron sobre la lógica de la peligrosidad del autor y el tratamiento. En el plano propiamente de las penas, la prevención especial tuvo una fuerte influencia a través de la doctrina de la resocialización, la cual se desarrolló fuertemente en países escandinavos y en los Estados Unidos de Norteamérica en los años sesenta. No obstante, después de una década de gloria la doctrina de la resocialización ha sido duramente cuestionada. Se le criticó llevar a penas indeterminadas o muy severas, en la medida que la liberación del delincuente sólo podría tener lugar si se le ha conseguido resocializar, lo cual, en la situación actual de las cárceles, resulta casi un milagro. Pero, por otra parte, esta perspectiva de la pena legitimaría imponer al delincuente un determinado esquema de valores (el socialmente imperante), lo cual vulneraría el ámbito de autonomía constitucionalmente reconocido a las personas. Por todo lo dicho, el fin de resocialización de la pena se ha convertido, más bien, en una garantía del delincuente, es decir, en una posibilidad que se le ofrece para poder reinsertarse en la sociedad (artículo 18 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*). Si el delincuente aprovecha o no esta facilidad, quedará sometido a su absoluto criterio.

3.2.3. TEORÍA MIXTA.

Busca la conciliación de la justicia absoluta con una finalidad, casi siempre parten de la teoría absoluta y tratan de cubrir sus fallas, con teorías relativas

a) Teoría de la unión.

Los cuestionamientos que se les ha hecho a las teorías absolutas y a las diversas teorías de la prevención, han llevado, de alguna manera, a la formulación de teorías de corte ecléctico que buscan corregir los excesos a los que se llegaría con la

asunción de la perspectiva de sólo una de ellas. Es así que se han desarrollado teorías de la pena que combinan la perspectiva retributiva con los fines de prevención. Dentro de las teorías de corte ecléctico destaca especialmente la llamada teoría de la unión o unificadora, según la cual la pena cumpliría una función retributiva, preventivo-general y resocializadora. La idea central de esta formulación doctrinal es que todas las teorías de la pena contienen puntos de vista aprovechables, por lo que conviene aprovecharlos en una formulación conjunta.

Si bien podría pensarse que una teoría de la unión debería alcanzar fácil consenso, lo cierto es que se la ha sometido también a críticas muy severas. El reproche más duro que se le hace es crear niveles excesivos de discrecionalidad, en la medida que tanto el legislador como el juez podrían recurrir a cualquier teoría de la pena en función de la decisión que quisieran tomar. Por ejemplo: si se desea establecer una pena severa se podría recurrir a la prevención general negativa, mientras que para sustentar la falta de necesidad de imponer una pena privativa de libertad a un delincuente podría tenerse en consideración el fin de resocialización del reo. De esta forma, cualquier pena podría ser utilizada en el sistema penal, recurriendo para su legitimación a la teoría que mejor se ajuste a la pena deseada.

La arbitrariedad a la que podría llegarse con una teoría de la unión, ha traído como consecuencia el desarrollo de una metateoría que busque ordenar el recurso a los diversos fines de la pena. En esta línea discurre precisamente la llamada teoría dialéctica de la unión formulada por Roxin, quien se encarga de precisar la función que cumple la pena en cada momento de su existencia: en el momento de la norma penal la pena cumple una función de prevención general informada por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y subsidiariedad; en la imposición judicial de la pena los fines preventivos son limitados por la culpabilidad del autor (retribución); y en el momento de la ejecución penal adquieren preponderancia los fines de resocialización. Como puede verse, no se puede recurrir a cualquier fin de la

pena, sino que, dependiendo del momento en el que se está, resultan preponderantes unos fines sobre otros. En la misma línea, cabe destacar el planteamiento dialéctico de Silva Sánchez, quien recogiendo las exigencias garantistas como fines igualmente propios del Derecho Penal, sostiene que el fin legitimante del Derecho Penal resulta de la síntesis de las finalidades preventivas con la lógica utilitarista y garantista.

Los excesos a los que se podría llegar con la lógica de la prevención se limitarían, de esta forma, con consideraciones utilitaristas y garantistas.

b). La función de reestabilización de la pena.

Hasta ahora la exposición se ha centrado en las distintas variantes de las teorías preventivas de la pena o de teorías eclécticas que parten de la lógica de la prevención. Sin embargo, la función social de la pena puede configurarse de un modo distinto a como lo hacen las teorías de la prevención. En el escenario doctrinal ha aparecido el planteamiento de Jakobs. Si bien este mismo autor denomina a su comprensión de la pena, al igual que su maestro, "*prevención general positiva*", un análisis de su planteamiento muestra claras diferencias con la prevención general positiva de Welzel. Jakobs cuestiona que la función del Derecho Penal sea motivar a las personas a evitar lesiones a los bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho Penal aparece en escena, éstos se encuentran ya lesionados. Por otra parte, los bienes jurídicos resultan lesionados en diversas circunstancias sin que el Derecho Penal tenga que intervenir por ello (una persona muere por su avanzada edad o un automóvil se deteriora por el paso del tiempo), así como el Derecho Penal interviene muchas veces sin que se precise de la efectiva lesión de un bien jurídico (tentativa, por ejemplo. En consecuencia, la prohibición penal no es no lesionar bienes jurídicos, sino no realizar conductas que socialmente se consideren capaces de lesionar un bien jurídico. Como puede verse, el delito no se estructura sobre la

lesión sino sobre la defraudación de una expectativa social de no realizar conductas socialmente perturbadoras. En este contexto de ideas, la pena no protege bienes jurídicos, sino que devuelve la vigencia comunicativa-social a la norma infringida por el autor de una afectación al bien jurídico.

Como puede verse, en el planteamiento de Jakobs se destaca especialmente la necesidad de una vigencia segura de la norma, en tanto sólo así resulta posible una orientación en los contactos sociales. Si bien podría procederse cognitivamente frente a la decepción de expectativas en el marco de los contactos sociales, es decir, modificando el modelo de orientación de manera que no se vuelva a cometer el mismo error (no confiar más en la norma defraudada), esta forma de resolver la defraudación de las expectativas haría finalmente difícil la convivencia social basada en la confianza. Por consiguiente, la norma debe mantenerse a pesar de la defraudación, de manera que el error no se encuentre en los que confiaron en la norma, sino en el sujeto que la infringió. Pero como en estos casos no recae sobre el que defrauda la norma una *poena naturalis*, como sucedería en el mundo sujeto a leyes naturales, se requiere de un castigo que declare el fracaso en la orientación social de quien infringe la norma. Este castigo convencional es la pena.

En síntesis, podría decirse que para la concepción de Jakobs el Derecho Penal obtiene su legitimación material de la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas esenciales frente a aquellas conductas que expresan una máxima de comportamiento incompatible con la norma correspondiente. La reestabilización de las expectativas normativas esenciales se lleva a cabo mediante un acto (la pena) que niega comunicativamente la conducta defraudatoria, con la que se pone de manifiesto que la conducta del infractor no se corresponde con las expectativas normativas vigentes y que éstas siguen siendo modelo de orientación social. Como puede verse, la función de la pena no tiene una incidencia sobre el

individuo, sino sobre el sistema social. La pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad.

La concepción de Jakobs no se ha visto exenta de críticas. A la comprensión de la pena como comunicación se le ha cuestionado dejar de lado la naturaleza de la pena como un mal, de forma tal que podría llegarse a una pena que reestablezca la vigencia de la norma que necesariamente lleve aparejado un mal para el autor. Por lo tanto, si en algún momento la norma pudiera reestablecerse sólo con la declaración del carácter incorrecto del comportamiento, ya no sería necesario imponerle al autor un mal adicional (privación de la libertad, por ejemplo). Además de esta crítica, al planteamiento de Jakobs se le ha objetado centrar la función de la pena en la vigencia de la norma, con independencia de si ésta resulta legítima o no. Desde esta perspectiva, la pena cumpliría idéntica función tanto en un Estado de Derecho como en un Estado totalitario. En cierta forma, el planteamiento de Jakobs podría ajustarse también a un sistema no democrático.

A la primera de las críticas formuladas Jakobs responde señalando que la reacción frente al delito debe objetivarse en el mismo nivel que el propio hecho del autor, retirándosele los medios de interacción a través de la pena. En la medida de que este retiro de los medios de interacción requiere una base cognitiva del fracaso del autor, resulta necesario que la pena produzca una aflicción de dolor. La segunda crítica es vista por Jakobs no como una objeción, sino como una consecuencia lógica de su planteamiento, en tanto este autor entiende que al dogmático no le corresponde entrar en la legitimidad externa de las normas. Esta crítica resulta siendo extrasistemática, lo cual no afecta en lo absoluto el grado de coherencia al interior de su sistema. Por tanto, las discrepancias con dicho planteamiento solamente podrán discurrir en la corrección de sus puntos de partida.

Tomando en consideración que se han pasado por diferentes estadios, en los que se consideró a la pena como una forma retributiva, en la venganza privada, como una forma de expiar la culpa que provocó la comisión de una conducta antisocial en la edad media, para convertirse en una forma que tiene el estado para resocializar a los sujetos que contravinieron la norma jurídica.

De esta manera, contamos en los inicios de la llamada *Teoría de la Retribución*⁴². Entre sus principales exponentes se halla el maestro Kant con su idea de que el hombre no puede ser usado como medio para fines de otro u otros individuos y Hegel. La idea subyacente es que con la imposición de un mal se expía la culpabilidad. Es una teoría absoluta que no persigue ninguna finalidad.

La Teoría de la Prevención Especial busca la finalidad de la pena en hacer desistir al autor de futuros delitos. En esta teoría aparece una finalidad, que la torna relativa. Se persigue la prevención de delitos. Como exponente de la misma, Franz Vön Liszt a través de su Escuela jurídico penal sociológica, pregonó la prevención especial en tres formas: 1) para asegurar a la sociedad frente al reo; 2) para intimidar al autor; 3) para preservarlo de reincidir en búsqueda de su corrección. Aparece la idea de resocialización. El defecto de esta teoría es no proporcionar un parámetro para la pena.

En términos de lo antes mencionado, habría que retener al condenado hasta su reeducación. Otra cuestión no menor es la legitimidad de la injerencia del Estado en la educación y tratamiento de sus ciudadanos adultos. En esa tesitura, se presentó un problema de legitimidad con los ciudadanos no necesitados de resocialización,

⁴² Se sigue la clasificación propuesta por Claus ROXIN en “Fin y Justificación de las Penas y las Medidas de Seguridad”, en *Derecho Penal. Parte General*, 1994 versión original en alemán, primera edición en español en 1997, traducción de Luzón Peña, García Conlledo, Remesal, Madrid, Ed. Civitas S.A., 1997, pp. 78/107.

quienes por sus características endógenas o exógenas no cabrían en dicha reeducación, o en delitos graves en circunstancias históricas de difícil reproducción.

Expuestas las tres corrientes principales de los fines de la pena, como en todo el mundo jurídico, y a modo de conclusión por lo que hace al presente apartado, podemos señalar que han aparecido las posturas intermedias mixta o eclécticas, que las combinan. Tales la *Teorías unificadoras retributivas o preventivas*, con sus distintos matices, que hacen hincapié más en una u otra cuestión.

CAPÍTULO: IV.
FUNCIÓN DE LA PENA COMO MEDIO DE CONTROL SOCIAL.

Como consecuencia de lo que se ha plasmado en capítulos anteriores, podemos señalar que la pena no es una limitante de las garantías individuales y sociales de las que gozan los gobernados, por que va de la mano con la necesidad imperante de defender los bienes jurídicos o de propender por la conservación del ordenamiento social, en virtud de que ésta surge como medio de control para la sanción de la de un ilícito. Es así como las funciones; con las que ha sido revestida, han sido radicalmente marcadas por los distintos modelos de Estado, lo que a su vez ha matizado las propias legislaciones, otorgándole un aire particular a las mismas, desde el uso de la norma como intimidación hasta su empleo como un instrumento motivador.

Amén de lo anterior, el concepto de control social es empleado como justificante para que las distintas funciones asignadas a la pena se hagan efectivas, rayando en ocasiones en arbitrariedades y malos tratos, todo en pro de la permanencia de la armonía social, realidad que palpita a diario en nuestras cárceles.

No cabe duda que el alcance de la legitimidad de las penas impuestas por el ordenamiento penal ha sido uno de los temas de mayor discusión al interior de la dogmática y la jurisprudencia nacional e internacional. En efecto, la necesidad y pertinencia de las mismas han sido asuntos de capital importancia al interior de los Estados, desde el medieval hasta el Social de Derecho, sin embargo, y partiendo del marco legal y real del país, es vital tomar una posición definida en torno al significado que para nuestro régimen normativo, e incluso para occidente, tiene la aprobación de puniciones que van mucho más allá de un mecanismo de retribución, prevención y resocialización y que pasan a ser herramientas de abierta vindicación y violación de

las más elementales garantías inherentes al ser humano, siempre justificadas en una etérea necesidad de Control Social.

Por tal razón, se pretende hacer una revisión crítica de la ontología y la deontología de las funciones de la sanción penal, teniendo en cuenta la evolución que las mismas han tenido a lo largo de la historia y cómo éstas han sido radicalmente marcadas por los diversos modelos de régimen imperantes en la humanidad.

4.1. CONTROL SOCIAL Y CASTIGO.

La renuncia a la libertad absoluta del individuo a favor de la propia seguridad dio paso a la facultad de evitar y corregir determinados comportamientos que puedan atentar contra ese deseado *status* de bienestar común, autorizando para tal fin, el empleo de mecanismos de amenaza y limitación de los Derechos fundamentales a través de la imposición de las sanciones que para el caso analizado, se hayan contemplado.

Es un hecho irrefutable que la conducta humana se encuentra sometida al control social, entendiéndose por este los mecanismos que operan desde la definición hasta la supresión de comportamientos calificados como delictivos o desviados; “*La activación de agencias formales e informales con relación a conductas desaprobadas y la respuesta sancionatoria*”⁴³; implica una forma de castigo, en la medida en que llevan aparejado algún tipo de privación. Se ha sostenido que en el proceso de socialización se fijan la valoración de las conductas y los tipos de respuesta para graduar el castigo, lo cual sugiere alguna forma de estandarización de las conductas censurables y de los castigos en los procesos de control social.

⁴³ GABALDÓN, Luis Gerardo (1987) “*CONTROL SOCIAL Y CRIMINOLOGÍA*”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela, 1987 p. 11.

No cabe duda que la interacción social es premisa fundamental para ayudar a comprender el significado del castigo. Cuando se trata de instancias informales, existe mayor variabilidad de las definiciones y las respuestas en cuanto a la conducta inaceptable. En las familias, por ejemplo, hay distintas maneras de definir la permisividad de la diversión fuera de la casa, y de responder ante el desacato, por parte de los hijos, en cuanto a la hora de reingreso. Esta variabilidad es una de las propiedades de las agencias informales de control social. Por el contrario, uno de los rasgos de las instancias formales del control social es contar con tipologías de comportamiento preestablecidas y mantener reacciones estandarizadas frente a la desviación, usualmente previstas en normas de procedimiento.

Las definiciones y reacciones estandarizadas de las agencias formales de control social deberían hacer más previsibles las opciones de control social, tanto para los operadores del sistema de justicia penal como para los ciudadanos. En el Estado moderno el principio de legalidad exige normas formales para definir tipos delictivos y penas dentro de parámetros relativamente rígidos.

Las normas definen delitos y modalidades admisibles de sanción. El castigo, por consiguiente, debería estar vinculado a normas y reglas. Algunos autores, aún dentro de una perspectiva sociológica, vinculan el castigo legal a la respuesta frente a transgresiones de normas preestablecidas. Así, se dice que *“castigo es la imposición deliberada de dolor o privación por parte de una autoridad en respuesta a la trasgresión a una norma”*⁴⁴. El sociólogo Garland sostiene que *“el castigo es un procedimiento legal que sanciona y condena a los trasgresores del Derecho Penal, de acuerdo con categorías y procedimientos legales específicos”*⁴⁵.

⁴⁴ GRABOSKY, Peter. *“THE VARIABILITY OF PUNISHMENT”*, en Donald Black (editor) *Toward a General Theory of Social Control*. Vol 1. Orlando. Academic Press, 1984 pp. 163-183

⁴⁵ GARLAND, David; *“CASTIGO Y SOCIEDAD MODERNA”*. Editorial Siglo XXI, México, 1999, P. 330.

La respuesta que se manifiesta en represión autorizada de acuerdo con procedimientos específicos del Estado, hace referencia a titulares específicos de dicho poder, lo cual se encuentra reglamentado. La actividad de castigar es selectiva, por cuanto las agencias de control social formal no se activan con la misma prestancia frente a cualquier infracción, ni la respuesta es equivalente para todas las situaciones normativamente equivalentes. En todo caso, dentro del sistema moderno de la legalidad, la potestad de castigo corresponde al poder jurisdiccional, con base al reconocimiento de los principios de la división de poderes y del aseguramiento de las garantías individuales.

4.2. Función de la pena en los diferentes modelos de estado.

No es posible analizar la función y la finalidad que tendrá la pena sin definir en qué sistema estatal se ha impuesto, porque de la naturaleza de éste dependerá la delimitación y ejecución de aquella.

4.2.1. Estado Absolutista.

Surgió al occidente del continente europeo. Europa posterior al régimen feudal imperante en el Medioevo. Inicialmente se centró el sistema de dominación semifeudal, donde el Estado y el soberano constituían una sola persona, con marcada influencia religiosa hasta el punto en que era confundida con el Derecho y la ley y puesto que el rey era la voz de Dios, la ley de la tierra era igual a la ley de los cielos.

El control del poder era total e ilimitado y recaía en cabeza de una sola persona, con un ejército por él dirigido, organización jerárquica, un sólo orden jurídico, tributación excesiva y unilateral -lo que implicó el surgimiento de una burocracia administrativa con funciones amplísimas- y completa dependencia del individuo con el Estado,

reforzada con un contrato por cada vasallo, con negación de sus libertades y Derechos en pro de la conservación de la seguridad y estabilidad soberana.

La Iglesia se encontraba totalmente subordinada a los intereses del monarca. Así mismo, el soberano no sólo era el legislador, sino que también hacía cumplir la norma y administraba justicia, el pago de impuestos

La sociedad estaba distribuida por estamentos y se estratificaba de la siguiente manera:

a. Los nobles: Conformado por la aristocracia de la época, familias con dinero, abolengo (títulos reales) y posición social. Suscribían un convenio con el soberano consistente en la entrega del poder que ostentaban, a cambio de seguridad, tierras y riquezas. Ocupaban altos cargos, políticos, religiosos y militares y no pagaban impuestos.

b. El clero: Gozaban de múltiples privilegios e influencia, no pagaban impuestos y poseían gran cantidad de bienes. Cambiaban seguridad y riqueza para favorecer y apoyar los intereses del monarca.

c. La burguesía: En su mayoría estaba constituida por comerciantes e intelectuales que no gozaban de privilegios, salvo los adquiridos por matrimonio o compra de títulos nobiliarios.

d. El campesinado: Conformaban la mayor parte del grupo social, no tenían prebendas ni libertades, eran maltratados y componían la base económica del Estado.

En el Estado Absolutista, la pena sólo tenía una función, castigar la comisión de un pecado, *“imponer un mal para retribuir una ofensa directa a Dios, porque quien*

*trasgredía las normas del rey, trasgredía los mandatos divinos*⁴⁶. El soberano está facultado para imponer las sanciones puesto que él, como representante de Dios en la tierra -hecho a su imagen y semejanza, está en la obligación de reprender las conductas que atenten contra el Señor, de modo que lo que se castiga es su rebelión en contra del Estado y del rey, de Dios en último término.

Posteriormente fungió como Estado de transición, con un desarrollo acelerado del comercio y el ascenso de las clases medias y trabajadoras, evolución que llevó al mercado capitalismo y a una fuerte interrelación entre las penas a imponer y las tendencias socio-económicas, siendo determinante al momento de definir los castigos que generalmente consistían en trabajo físico en las minas y los centros de producción agrícola y manufacturera, explotación de mano de obra sin ningún costo para el soberano ni la burguesía, impulsando así la economía de la nación pero desnaturalizando a su vez, la legitimidad y eficacia de la misma pena.

La Ilustración mermó la autoridad tradicional, planteando nuevas teorías de gobierno y desestabilizando el sistema vigente. Este evento ocasionó que poco a poco fuese desapareciendo la identidad entre Dios, soberano y ley, cimentando el Estado Liberal Burgués.

4.2.2. Estado Liberal o Burgués.

El Estado Liberal surgió después de la Revolución Francesa en 1789, como respuesta al inconformismo existente frente al Sistema de Monarquía Absoluta, y en parte gracias al trabajo de pensadores de la Ilustración como Juan Jacobo Rousseau

⁴⁶BERGALLI, R.; Bustos Ramírez, J., González Zorrilla, C., Miralles, T y De Sola, A. *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá Colombia, 1983, Editorial Temis, pp. 11.

y Montesquieu, quienes criticaron la sociedad vigente e impulsaron una transformación política y social, coincidente con la Revolución Industrial.

El Estado Liberal se caracterizó por la definida separación entre el concepto de Estado y el de Sociedad, concibiéndolos como esquemas independientes y autónomos, claramente limitados entre sí. Mientras la sociedad es de creación propia y natural (auto-origen), el nacimiento del Estado es artificial, estriba en la razón y decisión de otro, es el poseedor del control necesario para que la primera no se destruya. Por otro lado, las necesidades que el comercio presentaba en esa época, hizo forzosa la adopción de políticas de libre mercado en que la mano de obra era el pilar fundamental que sostenía el sistema, propendiendo siempre por explorar mecanismos que permitieran multiplicar el trabajo manual.

Una vez superado el absolutismo, la burguesía contaba con las herramientas indispensables para el crecimiento de la economía, propendiendo por el aumento de los bienes de producción: tierra, trabajo, capital. Sin embargo, para acordar la manera en que los mismos operarían, se hizo preciso asegurar a los propietarios de la mano de obra -los trabajadores- contaban con las garantías suficientes por parte de los dueños de la riqueza, enmarcados en un contexto de libertad y equidad. Construidas con base en las ideas de libertad, propiedad y seguridad, las garantías fundamentales eran consideradas como inalienables e inherentes al ser humano y delimitaron el marco de acción del poder estatal ante eventuales arbitrariedades de su parte. Surge así una conciencia del respeto por los Derechos y las prerrogativas de los ciudadanos y la obligación del Estado de salvaguardarlos y limitar su poder, lo que sólo podía suceder dentro del margen de un contrato social común a todos.

El Estado burgués liberal es por excelencia el dominio político que la sociedad capitalista encabezó, dirigiendo las fuentes de producción y propendiendo por el respeto a la propiedad privada y a la libre - y sin abuso- competencia mercantil,

respetando la propiedad privada. Sin embargo, fue criticado por su concepción de Gendarme, un policía que se dedicaba únicamente a vigilar el cumplimiento de las leyes del mercado, sin intervenir en su evolución ni en su trasgresión.

Otro de los pilares que sostienen al Estado Liberal es el principio de la división de poderes, con Charles-Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, como vocero. La única manera de controlar el poder absoluto, es acudir a otro poder de igual extensión y naturaleza y por lo tanto, este tiene que dividirse en tres poderes, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, que además ejercen "freno y contrapeso" entre sí, desempeñando su función en el marco de la reserva legal y el imperio de la ley, la autonomía de los funcionarios judiciales y el debido proceso.

Como consecuencia de la evolución comercial y el mercado matiz mercantil que adquirió el Estado Burgués, donde el trabajo pasó a ser el elemento de producción por excelencia, las penas impuestas debían ir en consonancia con la tendencia de la época. Es así como -y con una notable influencia de los pensadores de la Ilustración-, el aspecto sancionatorio empezó a recaer sobre el alma, la mente, el espíritu, sobre el valor de las fuerzas de trabajo como ingrediente fundamental del sistema que se había constituido, sobre las desventajas que implicaba el dejar de recibir un sustento.

En efecto, la labor diaria era considerada el bien más valioso porque se constituye como lo único que con seguridad se puede ofrecer en el mercado, de modo que si el individuo era privado de la libertad, no podría desempeñar un oficio y, por lo tanto, no estaría en condición de recibir una contraprestación por el mismo. Esta modalidad de pena había sido ensayada en el Estado Absolutista de transición, al asilar a los reos en casas de trabajo, granjas, fábricas y minas. Inclusive, Jeremías Bentham así lo indicó en su momento al sostener que la pena debía representar un valor de cambio, la relación existente entre costos y beneficios equivalentes al paralelo entre el tiempo de privación y la pérdida de la remuneración debida.

En otras palabras, si el delincuente es consciente que si incurre en conducta penalmente sancionable será exiliado de la sociedad, confinado a un centro, aislado del comercio, no tendrá la posibilidad de ejecutar una tarea que en alguna forma le será redituable y, por lo tanto, el delito dejará de ser atractivo para él. Así las cosas, puede observarse que la única función que tenía la pena en el Estado Liberal -Burgués era el de la prevención general y especial negativa, recurriendo al terror y al miedo, a la intimidación.

4.2.3. Estado Intervencionista.

Surge tras los diversos conflictos generados por la actitud pasiva que el Estado asumió ante las tensiones sociales, políticas y económicas, entre los dueños de los tres factores de producción imperantes en el régimen burgués, conflictos que se tornaron muy difíciles de resolver y que por el contrario, empeoraron con el paso del tiempo. Desigualdad, abuso del poder y pobreza desencadenaron una serie de disfunciones que obligó al Estado a cambiar su posición de guardián e intervenir el comercio con la finalidad de proteger la estabilidad económica del momento y la seguridad monetaria de sus gobernados. *"Hubo una mayor distinción entre el proceso de acumulación y reproducción de las fuerzas de trabajo (lo económico) y el problema de legitimación (lo político)"⁴⁷.*

Nace un régimen basado en la disciplina y el orden, institucionalizando la teoría que según Bustos Ramírez se denominó "Defensa Social", la cual justificó y reguló la labor interventora estatal y el control ejercido sobre el sistema económico y político de la época.

Derivado del reciente papel de vigilante, el Estado empezó a adoptar una tendencia nueva en torno a la caracterización y comportamiento del delincuente, separándolos

⁴⁷ *Íbid*, p. 16.

en peligrosos, potencialmente peligrosos y no peligrosos y con la tarea de defender a la sociedad de estos "seres", resocializándolos o neutralizándolos desde el nacimiento y partiendo del entorno familiar, razón por la cual dejaron de ser tratados como iguales y se empezó a examinar en forma individual los posibles casos de "desviación".

La concepción reinante fue la del delincuente nato, donde unos habían llegado al mundo para -indefectiblemente- ser criminales, y otros para ser seres perfectamente sociales. Por ende, la función de la pena fue anular al reo y proteger a la comunidad. Dicho comportamiento fue duramente criticado porque se considera, dio lugar a un retorno al Estado totalitario y crió el fascista.

4.2.4. El Estado Social de Derecho.

Ante las consecuencias nocivas que se precipitaron con la adopción del Estado intervencionista, brota la necesidad de un régimen igualitario y garantista, que defendiera la dignidad y las libertades de los ciudadanos. Reconoce que la única vía para superar el retroceso sufrido en la era anterior consistía en la afirmación y tutela de Derechos individuales, colectivos y económicos que permitieran nuevamente el desarrollo de los medios de producción vistos en el Estado Liberal - Burgués.

Emerge entonces la "teoría del consenso", donde el pronunciamiento popular y la elección de un soberano se muestra como la solución. Esta legitima la intervención estatal en la vida particular porque mediante tal acuerdo, la sociedad le delegó esa facultad-poder; además permite diferenciar quienes están dentro y fuera del mismo, lo que facilita el control social

La pena privativa de la libertad entra en crisis y surgen sanciones alternativas que, además, no desgasten el aparato judicial y reconozcan los Derechos y garantías de

los involucrados, los que pasan a ser la prioridad en las políticas penales postmodernas.

La antigua concepción del dolor -imposición del mal ante un mal causado- empieza a ser dejada de lado y nacen nuevos caminos que pretenden tener en cuenta no sólo al sindicado, sino a la víctima quien pasa a ser una figura activa al interior del sistema.

La nueva función de la pena es la de conservación de la vigencia de la norma y del sistema y el respeto de las expectativas -Jakobs y la prevención general positiva-, resocializar al individuo, reinsertar al reo, proteger a la comunidad, prevenir el delito, atemorizar al sujeto; estas últimas materia de evolución en los diferentes modelos de Estado estudiados.

Para finalizar, es pertinente traer a colación el pensamiento de la tratadista Pilar González Rivero, para quien "*la fundamentación y finalidad de la pena se unifican en el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social, de la identidad normativa de la sociedad*"⁴⁸.

En conclusión, una pena no es legítima si no se enmarca dentro del principio de legalidad y está plenamente justificada, tiene que ser respetuosa de las libertades personales y, por supuesto, debe conseguir el resultado esperado y para el cual fue creada -según la función que se le asigne-, es decir, debe ser eficaz.

A diferencia de lo que sucedía en Sistemas Totalitarios y Absolutista, el Estado Social de Derecho debe justificar la imposición de una pena, o más bien, la limitación

⁴⁸ GONZÁLEZ Rivero, Pilar. "EL FUNDAMENTO DE LAS PENAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD". *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs: El funcionalismo en el Derecho Penal*. Coordinado por Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá Colombia 2003. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Primera Edición, p. 61.

o restricción de las libertades que tanto dice garantizar y es aquí donde la naturaleza de cada bien jurídico protegido cobra vital importancia y surge una relación de interdependencia que viene a indicar hasta donde podrá llegar la mano sancionadora. Así las cosas, y por lo menos idealmente, cada intervención del ordenamiento deberá ir en consonancia con el alcance de cada bien jurídico. De esta forma, el sistema penal estará legitimado cuando todas y cada una de sus intervenciones lo estén.

4.3. El garantismo penal y la pena.

Conocido con diferentes denominaciones, con sus orígenes en acontecimientos sociales tan importantes como la Revolución Francesa y al principio de legalidad⁴⁹ como uno de sus primeros pilares limitando el poder del Estado, en su sentido más duro y estricto, en que éste no pueda actuar ilimitadamente en perjuicio de sus gobernados.

El garantismo lo podríamos clasificar y caracterizar por ser un Derecho Penal demasiado formal y con cierta rigidez en su actuar, es decir, autolimitado en su esencia, la concepción clásica del garantismo es que ciertamente es un modelo violento de represión, pero también un instrumento de garantía de la libertad ciudadana, y como tal es indispensable para asegurar la convivencia; lo que no quiere decir que sea autónomo, sino un eslabón de la cadena; como ultima ratio para la solución de los problemas sociales.

Partimos de que el fin general del Derecho Penal, consiste en impedir la razón construida, es decir en la minimización de la violencia en la sociedad. Es razón

⁴⁹ Principio constitucional por el cual los órganos de gobierno no pueden actuar más allá de lo que la *Constitución* y la ley les permiten. En la materia penal, este principio equivale a una garantía individual del acusado, consistente en la necesidad de la existencia de una ley previa al castigo. Este principio se expresa de la siguiente manera: *Nullum crimen nulla poena sine lege*, significando que no hay delito ni pena sin que antes lo determine así la ley penal

construida el delito. Es razón construida la venganza. En ambos casos se verifica un conflicto violento, resuelto por la fuerza; por la fuerza del delincuente en el primer caso, por la de la parte ofendida en el segundo. Mas la fuerza es en las dos situaciones casi arbitraria e incontrolada; pero no sólo, como es obvio, en la ofensa, sino también en la venganza, que por naturaleza es incierta, desproporcionada, no regulada, dirigida a veces contra el inocente. La ley penal está dirigida a minimizar esta doble violencia, previniendo mediante su parte punitiva la razón construida, expresada por la venganza o por otras posibles razones informales.

Es claro que, entendido de esta manera, el fin del Derecho Penal no puede reducirse a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte, tanto del débil ofendido o amenazado por el delito, como del débil ofendido o amenazado por las venganzas; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos con ella solidarios. Precisamente -monopolizando la fuerza, delimitando los presupuestos y las modalidades e impidiendo el ejercicio arbitrario por parte de los sujetos no autorizados- la prohibición y la amenaza de las penas protegen a los reos contra las venganzas u otras reacciones más severas. En ambos aspectos, la ley penal se justifica en cuanto ley del más débil, orientada hacia la tutela de sus Derechos contra las violencias arbitrarias del más fuerte. De este modo, los Derechos fundamentales constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como bienes, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las puciones.

Sólo concibiendo de esta manera el fin del Derecho Penal es posible formular una adecuada doctrina de justificación, como asimismo de los vínculos y de los límites –y, por lo tanto, de los criterios de deslegitimación- de la potestad punitiva del Estado.

Un sistema penal está justificado únicamente si la suma de la violencia que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas. Naturalmente, un cálculo de este género es imposible. Se puede decir, no obstante, que la pena está justificada como mal menor.

El garantismo penal parte de la atribución de una eficacia limitada del Estado a sus genuinos instrumentos de intervención: la norma y la sanción penales. Éstos sólo desarrollarían efectos sociales perceptibles en la medida en que se encuadrarán en un contexto más amplio, el del control social en general. Sólo en tanto en cuanto el subsistema de control penal coincidiera en sus objetivos con los pretendidos por el resto de los subsistemas de control social -familia, escuela, vinculaciones comunitarias, medio laboral, relaciones sociales, opinión pública y en la medida en que interaccionara recíprocamente con ellos, habría garantías de que la intervención penal pudiera condicionar los comportamientos sociales. De ahí que se desconsiderara su posible uso como ariete promotor de transformaciones en los valores sociales vigentes.

El modelo en comento, obedece a una reducción del ámbito del Derecho Punitivo en su actuación tuteladora de los presupuestos más esenciales para la convivencia social. Frente a las tendencias expansivas de otros sectores del ordenamiento jurídico, singularmente del Derecho administrativo, el Derecho Penal garantista considera una virtud, además de un signo inequívoco de una sociedad bien integrada, que su área de intervención sea la mínima imprescindible. En esa actitud ha jugado usualmente un papel importante la constatación de la naturaleza especialmente aflictiva de las sanciones que le son propias, que estima superior a la de cualquier otro medio de intervención social, lo que justificaría un empleo muy comedido de ellas.

Bajo esa óptica el Derecho Penal sólo debe actuar frente a las infracciones más graves a los bienes más importantes, y ello sólo cuando no existan otros medios sociales más eficaces. Ello conlleva el olvido de todo tipo de pretensiones encaminadas a salvaguardar a través del Derecho Penal determinadas opciones morales o ideológicas en detrimento de otras.

La tendencia garantista deviene de una profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos. El Derecho Penal de este modelo se sigue declarando orgullosamente heredero del liberalismo político, y en consecuencia estima una de sus principales tareas la de defender al ciudadano, delincuente o no, de los posibles abusos y arbitrariedad del estado punitivo. De ahí que coloque la protección del delincuente, o del ciudadano potencial o presuntamente delincuente, en el mismo plano que la tutela de esos presupuestos esenciales para la convivencia acabados de aludir. Ello explicará las estrictas exigencias a satisfacer por los poderes públicos al establecer los comportamientos delictivos y las penas para ellos previstas, a la hora de verificar la concurrencia de unos y otros.

Como hemos señalado, ante el delito, el Derecho Penal responde con la pena, siendo la más grave la pena de prisión, que comprende la pérdida temporal de la libertad del condenado a través de su encierro en un establecimiento penitenciario.

Se ha sustentado que *“un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”*⁵⁰, ello significa, que el ordenamiento jurídico no sólo debe preocuparse de establecer las consecuencias jurídicas para aquellas personas que vulneran bienes jurídicos, sino también de

⁵⁰ **ROXIN**, Claus, *Derecho Penal Parte General*, Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, T. I , Civitas, Madrid, España, 1997, p. 137.

establecer los límites al empleo de la potestad punitiva del Estado, en busca de que el justiciable no quede desprotegido ante probables abusos estatales. En ese sentido, el Estado de Derecho brinda a sus habitantes las llamadas garantías constitucionales como instrumentos de protección.

En términos generales, la teoría Garantista está basada en un utilitarismo penal reformado según el cual, la pena debe contener una doble significación, esto es, que la pena no sólo debe asumir como finalidad la prevención de los injustos delitos, sino igualmente la finalidad de prevenir las injustas penas, es decir, minimizar la reacción violenta hacia el delito.

Tal fundamentación del Derecho a castigar merece el siguiente cuestionamiento: Desde la perspectiva garantista, la pena no representa para la víctima un resarcimiento del daño causado sino que implica una garantía de protección que otorga el Estado al ofensor, pero que en última instancia conlleva un mal que coercitivamente se inflinge a quien ha causado un daño. Si se toma en cuenta que esta propuesta sobre los fines de la pena se concreta sobre una negación de la venganza.

Resulta innegable —a pesar de que el garantismo toma el Derecho Penal como un sistema formado por axiomas y reglas que puede legitimarse por una congruencia interna— que la necesidad de su validación como forma de control social no puede explicarse recurriendo únicamente a la metáfora de la pacificación de los conflictos para prevenir la barbarización de la sociedad, sin tomar en consideración las expectativas legítimas de quienes se ven eventualmente afectados por una agresión.

De tal forma, la doctrina de justificación penal garantista se enfrenta a la paradoja de aceptar un carácter vindicativo de la pena en cuanto sugiere que la aflicción impuesta dentro de ciertos límites “pacifica” las expectativas de la mayoría no desviada

mediante la satisfacción de la venganza sin resolver el cuestionamiento sobre la naturalidad del castigo o de admitir, que el sustrato histórico por el que se legitima la existencia del Derecho Penal es simplemente un recurso teórico que poco tiene que ver con la realidad. En este sentido, otras propuestas como la del Abolicionismo, parecieran satisfacer con mayor pertinencia las premisas de deslegitimación de la intervención pública penal, mediante su sustitución por un sistema de compensaciones y la privatización del conflicto delictivo. Sin embargo, tales propuestas comportan el peligro de una latente desproporción de las reacciones, la incertidumbre de las definiciones extralegales y la extensión de la vigilancia social.

Por otra parte, en cuanto la deslegitimación del sistema penal supone, tanto la incongruencia de los fines declarados con sus funciones reales y la perversión de sus mecanismos, como el cuestionamiento de los criterios de “normalidad” que definen las desviaciones; es de considerar que su abolición estaría condicionada a la transformación de la sociedad hacia estadios de igualdad en los que emerja una normalidad alternativa y, consecuentemente, a la extinción del Estado, lo cual se enmarca en una utopía, que si bien es considerada por las teorías críticas sobre la sociedad y el Estado y que sin dejar de ser valiosa para la comprensión y la explicación de los conflictos sociales, resulta incierta, especialmente si es impulsada únicamente en función del cuestionamiento del control social formal y de la construcción de modelos alternativos de justicia penal.

En este sentido, dejando a salvo las críticas hechas a la justificación de la pena de la teoría Garantista, no podemos obviar que la realidad histórica concreta nos obliga a reconocer la existencia del Estado y del monopolio del poder punitivo, que no por azar está sometido a una serie de límites impuestos como garantías de la libertad ciudadana. Tomando en consideración que la delimitación del poder penal comienza a sostenerse a partir de la modernidad, desde un punto de vista normativo, adquiriendo el *status* de Derecho monopolizado por el poder público y regulado

mediante los principios demoliberales recogidos en las legislaciones positivas, generalmente con rango constitucional.

Esta circunstancia no ha garantizado su racionalidad, pero sí comporta la posibilidad de identificar los sistemas penales paralelos y de adecuar la función punitiva a la sujeción de dichas regulaciones. En este sentido, es de considerar que la teoría Garantista asume su carácter inevitablemente ideológico como una doctrina que es impuesta por su correspondencia humanista pero que es siempre contingente; es decir, que necesariamente, para lograr su legitimidad, el Derecho Penal debe proveer a los sistemas penales concretos la posibilidad de adaptación a criterios cada vez más cerrados de intervención punitiva frente a las agresiones a bienes jurídicos, especialmente desde el punto de vista de la definición de los delitos; y contraer la pena a sus postulados minimizantes.

Como lo señala Zaffaroni *“la referencia jurídica de la pena y los límites del Derecho a castigar, se deben vincular entonces tomando como concepto central a la pena en su sentido negativo: como todo acto de poder que implica la inflicción de un dolor fundado en el Derecho vigente o realizado fuera de él por agencias del poder público o por iniciativas privadas”*⁵¹. De tal forma, que frente a la expansión de mecanismos informales o subterráneos o abiertamente contrarios a las garantías y Derechos ciudadanos, pueda activarse la normativa limitadora del Derecho Penal y argumentarse la irracionalidad de aquellas reacciones.

Por lo tanto, más allá de tomar el Estado de Derecho como una cubierta ideológica que se legitima a sí mismo, es preciso valorarlo como un programa normativo

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *“DERECHO PENAL. PARTE GENERAL”*. Editorial Ediar. Buenos Aires. Argentina. 2000, p.176.

fundamental y concreto, útil para alcanzar la vigencia efectiva de los Derechos humanos.

Lo anterior es pertinente, tomando en cuenta que además del sistema de garantías que se imponen como obligaciones del Estado, la introducción de los Derechos sociales, económicos y culturales en las constituciones contemporáneas, impone igualmente obligaciones de actuación en la distribución equitativa de bienes y servicios.

No obstante, no es posible desconocer la persistencia de las desigualdades materiales ni pretender que el camino para superarlas se agota en las expresiones formales de la ley, por lo que, si bien el modelo penal garantista constituye una referencia ética y política para una interpretación más racional de las funciones y fines del Derecho Penal, así como del ejercicio del poder punitivo, su relación con el modelo analítico crítico involucra su inserción dentro de un esquema de control social que abarque también aquellas políticas e iniciativas que se relacionen con toda intervención social de distribución de la seguridad.

Lo dicho se justifica en el triple sentido de la máxima reducción cuantitativa de la intervención penal, de la más amplia extensión de sus vínculos y límites garantistas y de la rígida exclusión de otros métodos de intervención coercitiva. Esto depende de la aceptación como fin del Derecho Penal, no sólo de la máxima ventaja de los no desviados a través de su defensa contra los delitos, sino también del mínimo daño de los desviados por medio de su defensa frente a daños más graves; ello corresponde a un aspecto del problema penal a menudo abandonado, que redundaría en el del costo social de las penas y, más en general, de los medios de prevención de los delitos, que puede ser superior al mismo costo de las violencias que aquéllos tienen el fin de prevenir. La seguridad y la libertad de los ciudadanos no son en efecto amenazadas únicamente por los delitos, sino también, y habitualmente en mayor medida, por las

penas excesivas y despóticas, por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores.

La primera consecuencia de la adopción de un semejante esquema justificativo de tipo garantista es la de que él no suministra una justificación en abstracto del Derecho Penal, sino que únicamente consiente justificaciones de los sistemas penales concretos, en modo diverso según su mayor o menor adhesión al modelo de Derecho Penal mínimo y garantista aquí esbozado. Por lo tanto, este modelo no vale solamente como parámetro de justificación, sino también -y sobre todo- como criterio de deslegitimación.

La segunda consecuencia consiste en que toda justificación es histórica y espacialmente relativa, estando condicionada por el nivel de civilización de los ordenamientos de los cuales se habla. En una sociedad bárbara, en la que la tasa de violencia es elevada, ya sea por lo que se refiere a las ofensas como por lo que atiende a la propensión hacia la venganza, será relativamente alta también la violencia institucional y la intolerancia por los delitos; mientras tanto, en una sociedad desarrollada y tolerante, en la cual la tasa de violencia social sea baja, no se justifica un Derecho Penal particularmente severo.

La suavidad de las penas, decía Montesquieu, va en concordancia con las sociedades civilizadas.

La tercera consecuencia trae consigo que este modelo permita no sólo y no tanto justificaciones globales, sino justificaciones y deslegitimaciones parciales y diferenciadas, para particulares normas o institutos o prácticas de cada ordenamiento. Su interés reposa, en cambio, no ya en el criterio de justificación global, sino en los criterios de justificación y de deslegitimación parcial por él sugeridos. Estos criterios consisten, como se ha dicho, en las distintas garantías

penales contra el arbitrio, los excesos y los errores. Su elaboración teórica es la tarea principal de una teoría garantista del Derecho Penal, la cual, entonces, puede ser considerada como una doctrina normativa de justificación y al mismo tiempo de deslegitimación de los sistemas penales concretos

4.4. La Pena como medio de control Social.

No obstante de la necesidad de las penas, éstas no pueden ser mecanismos sin razón que arrasen con el ser humano para lograr un bien final, una meta social definida o una armonía comunitaria. El ser humano no puede ser homologado con una cosa, como un experimento para enseñar a la comunidad que la norma no puede ignorarse, la pena es un fin en si misma; de forma tal que la pena jurídica no puede aplicarse como un mero medio de procurar otro bien, ni aun en beneficio del culpable o de la sociedad, sino que debe siempre serlo porque jamás un hombre puede ser tomado como instrumento de los designios de otro ni ser contado en un número de las cosas como objeto de Derecho real, ya que su personalidad natural innata la protege contra tal ultraje, aun cuando puede ser condenado a perder la personalidad civil; *“la pena no puede ser simplemente un mal con el cual la ley amenaza la realización de un hecho y que se impone cuando al hecho ha tenido realización”*⁵²

La naturaleza de la función que debe desempeñar el Derecho Penal encuentra asidero en el proceso psicológico que realiza el sujeto en que crea conciencia de la importancia del respeto a los bienes jurídicos, o por lo menos en que asume que de atentar o poner en peligro alguno de estos, posiblemente le será impuesta una pena

⁵² ARBOLEDA Ripoll, Fernando. (2003). *“FUNCIONES DE LA PENA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN. PUBLICADO EN DERECHO PENAL” Contemporáneo: Revista Internacional. N° 2, enero a marzo de 2003, Colombia, 2003, p. 21.*

por parte del Estado. Ese proceso es conocido como motivación del ser humano, basado en la coacción, en el temor al dolor y la desazón.

La posibilidad de la imposición y ejecución coactiva de una sanción determinada por la ley, es suficiente para disuadir a la sociedad con el fin que no incurra en cualquier conducta punible tipificada por la norma vigente. El control social es ejercido, no necesariamente con la aplicación de la pena, por lo general basta el poder intimidatorio de ésta, sin embargo, claro está que el poder sugerente que tiene la ley radica en la capacidad que tiene el ordenamiento de imponerla cuando el comportamiento lesivo o peligroso se materialice, siempre con una meta clara: mantener el orden jurídico imperante. Pero dicha estabilidad en ocasiones cobra precios muy altos, precios que desnaturalizan por completo el espíritu de la norma que impone al ordenamiento la obligación de generar penas acordes, justas y dignas.

Mucho se ha hablado en torno a la verdadera función del Derecho Penal, asignándole, en la mayoría de los casos, una relativización de la misma según el modelo de pena -y de medida de seguridad- que se adopte, ya que las mismas son las formas de expresión por excelencia, que tiene un Estado para ejercer su labor de control social. Y es así como a pesar de las distintas teorías de los fines de la pena, la meta que se busca alcanzar siempre será mantener adecuada, vigilada y limitada la conducta del individuo y la sociedad, sea pagando su falta con base en la consabida *ley del talión*, buscando una discutida expiación de las culpas, intimidando a la sociedad, aislando al criminal para proteger a la comunidad que lesionó o pudo dañar, o por el contrario reeducándolo para la vida en común, en un ambiente propicio y en una forma justa.

CONCLUSIONES.

1.- Al abordar el estudio del Derecho Penal desde una perspectiva sociológica, su busca tener un enfoque específico sobre una sociedad determinada; pues las transformaciones sociales trascienden para plasmarse en la norma jurídica aplicable; por lo tanto, para tipificar una conducta delictiva y asignarle una sanción, se requiere previamente el análisis de las condiciones de esa sociedad, pues ello contribuye al control social como finalidad del Derecho Penal y de la Pena.

Cuando se aborda el estudio de la pena como un medio de control social, no se trata simplemente de considerar a ésta como el sufrimiento impuesto por el Estado al responsable de un delito; pues ello sería solamente un acto meramente represivo; por el contrario, se trata de atender a las condiciones específicas de la sociedad y del delincuente y, de esta forma, adecuar las conductas de los individuos a los requerimientos de la sociedad.

2.- El Derecho Penal es considerado como la “*ultima ratio*”, es la alternativa final que tiene el Estado para controlar el orden social, cuando éste ha sido trasgredido; por lo tanto, a través del Derecho Penal, el Estado tiene la facultad de aplicar las penas a todo aquel que ha violentado el orden público, de tal suerte que quien delinque debe hacerse responsable de la conducta que se le imputa y, por ende, sufrirá el castigo por el mal causado. Toda esta función controladora se realiza a través de la intervención coercitiva del Estado, el cual, a su vez, deposita esta facultad en el órgano jurisdiccional, quien tiene la facultad irrestricta de imponer penas, éste órgano se personaliza en el Juez, que es la persona investida por el Estado de autoridad para individualizar la aplicación de una pena, dentro del mínimo y máximo que establece el código penal. Por lo tanto considero que el Derecho Penal es una herramienta fundamental que sirve como medio de control social.

3.- El Derecho Penal como rama del Derecho público tiene un contenido extenso, y en cuanto al tema en estudio, es menester resaltar que resulta indispensable para todo jurista conocer todo lo relacionado con la organización, estructura y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, así como la designación de los servidores públicos que los integran, todo ello con el fin de conocer de manera cercana la realidad en cómo se aplican las penas en los casos concretos, ya que es de esta forma en como el estado cumple con la función resocializadora para todos aquellos sujetos que han contravenido el orden social establecido; por lo tanto, a través de la imposición de las penas, el Derecho Penal, se convierte en un medio de control socialitario.

4.- El Derecho por sí mismo es considerado como un medio de control social; es decir, una de sus finalidades es que la sociedad se comporte de acuerdo a ciertos esquemas sociales valiéndose de la orientación para la solución de conflictos. Ahora bien, tratándose del Derecho Penal, a través de éste, por su potestad sancionadora, inhibe a los individuos a las tendencias delictivas, función que es desempeñada primordialmente por el Estado.

5.- Si bien es cierto, el control social que se ejerce a través del Derecho Penal es aplicado de un modo mucho más enérgico e impositivo que en cualquier otra rama del Derecho y este rigor se materializa al momento de la aplicación de la pena; también lo es, que en la actualidad han entrado en vigor diversas reformas a las leyes penales que permiten otorgar mayores beneficios a aquellos que son considerados como delincuentes primarios y que por sus características no representan un riesgo grave para la sociedad.

6.- Se considera de vital importancia la necesidad de realizar estudios constantes acerca de los comportamientos y conflictos que se van desarrollando paulatinamente dentro de nuestra sociedad, pues con ello se permitiría que aquellos encargados de

la Política Criminal y del control social, tengan una visión mas clara de los cambios permanentes que se viven día con día en el ambiente en donde nos desarrollamos; ello en virtud de que, hablar de control social es hablar de un fenómeno meramente sociológico, por medio del cual se busca analizar la capacidad natural y cultural del ser humano, que le otorga la posibilidad de relacionarse con sus semejantes y así poder llevar a cabo un orden general de existencia; de esta forma se van generando reglas y normas jurídicas que van adecuando la conducta de los individuos.

7.- El control social se va formando y estructurando mediante una amplia gama de mitos y sucesos históricos producto de la oposición orden/caos de una sociedad, que va buscando culturalmente como crear disciplinas que regulen la sociabilidad entre los individuos a través de reglas y normas; el orden social está naturalizado y es percibido como la forma más lógica y racional de existencia. Asimismo, el control social, busca el dominio de la vida cotidiana a través de la creación de normas; por tanto, la integración y la cohesión social deben valerse de los comportamientos para intentar resolver conflictos, para poder traducirlo en control social.

8.- El control social que se ejerce a través de la norma penal, no busca de ninguna manera la represión; por el contrario, busca alcanzar de la sociedad civil el consentimiento espontáneo de un orden que surja de la aceptación de la mayoría, por lo que es importante que constantemente se efectúen diversos estudios sociológicos, culturales y políticos, para así poder entender de manera más cercana los movimientos que frecuentemente va teniendo verificativo dentro de la sociedad, ya que estos, giran en torno a los cambios políticos y económicos que se suscitan en ella. Por ende, es de suma importancia un estudio previo del comportamiento humano antes de poder crear cualquier tipo de norma y en especial las normas de Derecho Penal.

9.- Como ya he señalado, el Derecho Penal representa el medio de control social mas importante y eficaz con que cuenta el Estado desde el punto de vista de la función punitiva y coactiva, pues resulta la única forma legítima para seleccionar conductas humanas que son consideradas como indebidas, a las cuales se les impondrá una sanción y de las mismas se buscará evitar su reiteración. Estrictamente estas son las consecuencias jurídicas del delito y se traduce en los delitos, las penas y las medidas de seguridad.

10.- Las penas y medidas de seguridad constituyen el punto de contacto de todas las normas penales. La pena sólo cumple un papel restaurador o retributivo.

11.- El Derecho Penal depende de la existencia de la sociedad, de manera que resulta imposible imaginar un Derecho Penal desligado de su utilidad social. Por tanto, la necesidad de la pena sólo podría determinarse atendiendo a los requerimientos del concreto sistema social.

12.- Es importante señalar que el fin de la pena no es precisamente intimidar al delincuente o que existan penas indeterminadas que el Juez pueda ajustar a las necesidades preventivas de cada caso. Lo importante es que la pena asuma la labor de prevenir y corregir los comportamientos de ciertos grupos sociales, ya que si bien es cierto, en la mayoría de los casos los delincuentes no logran alcanzar una resocialización, también lo es, que sí se retribuye al Estado del daño causado, pero lo más importante es que la sociedad pueda ver reflejada esa retribución con la aplicación de la pena, es decir, la pena debe imponerse para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad.

PROPUESTAS.

PRIMERA: No se pueden perder de vista los procesos historiográficos encaminados a la búsqueda de control social como un medio de fortalecimiento y supervivencia de la sociedad; sin embargo, debido a las costumbres y cambios en las conformaciones sociales, las penas han perdido en buena parte su eficacia y muchas de las veces no cumplen con las expectativas originarias; por lo tanto, la pena no debe encontrarse dirigida únicamente a sancionar al responsable de un delito; sino debe buscar sobre todo la readaptación social del sentenciado y trascender hacía la víctima; quien en todo caso tiene derecho a que se le satisfaga en su totalidad la reparación del daño.

SEGUNDA: Para que la pena funcione como un medio de control social, es necesario crear nuevas alternativas para su aplicación, desde la etapa del proceso; para tal efecto, durante el desarrollo del juicio, el inculpado que se encuentre desempleado o que no tenga una actividad lícita remunerada, en colaboración con las instituciones que al efecto se determinen, el Juez le asignará una actividad, arte, industria, oficio o profesión, dentro del territorio donde se cometió el ilícito, sin ser privado de su libertad, y de los ingresos que obtenga por su actividad, una parte se depositen en una cuenta específica a disposición del juzgado donde se desarrolla su proceso, para que una vez que se dicte sentencia de condena, ó bien absolutoria, los recursos captados se apliquen al pago de multa, a la reparación del daño, o en el segundo caso, esas percepciones el inculpado las deberá recibir de manera íntegra en el caso que resulte inocente. Con ello se busca una resocialización del procesado, quien al verse y sentirse útil con una actividad de la cual va a recibir ingresos, lo toma como un aliciente que le motive a no cometer algún otro ilícito; con esto, a su vez se pretende que el inculpado no represente una carga para el Estado, ya que al no encontrarse recluido en una prisión, se evitaría, en primer lugar, que el sujeto adquiriera mayores vicios; en segundo lugar, el Estado no hace erogaciones para su manutención durante su internamiento y, en tercer lugar, el probable responsable se

vé integrado a una sociedad, desempeñándose en una vida útil y productiva en servicio de la sociedad y del Estado. Es importante mencionar que esta medida sólo sería aplicable para aquellos delitos que no se encuentren contemplados como graves. Considero que esta propuesta de ninguna manera es violatoria de las garantías individuales, en específico de la contemplada en su artículo 5to Constitucional, sobre la libertad para obtener un empleo, arte u oficio, en virtud de que al imponerle al justiciable que desempeñe una actividad laboral, es a consecuencia de haber violado la normatividad penal, por tanto se encuentra a las formalidades procesales e incluso a la restricción de derechos, que no queda al arbitrio del probable responsable, además que al desempeñar la actividad que le fuera impuesta por el juzgador durante el proceso que se sigue en su contra, obtiene el benéfico de encontrar un empleo que al final, si resulta culpable le servirá para pagar el daño ocasionado a la víctima y si por el contrario resultare inocente, ya habrá encontrado una actividad en la cual desempeñarse y la cantidad obtenida le será restituida en su totalidad, cumpliéndose en todo momento la finalidad del control social.

TERCERA: Tratándose de aquellos individuos que ya están cumpliendo una sentencia en los Centros Preventivos y de Readaptación Social y que obtengan los beneficios de preliberación, el Estado debe proporcionarles alternativas que permitan la reinserción del individuo que ya se encuentra readaptado socialmente; es decir, una vez que el interno ha cumplido su pena, se entiende que ya recibió su castigo y además ha logrado readaptarse socialmente; por lo tanto, el Estado en colaboración con la Secretaría del Trabajo, Desarrollo Social o convenio con empresas particulares, deberá ofrecer a los individuos externados, oportunidades de trabajo que les permita resocializarse nuevamente y tener otra perspectiva de vida, que involucre no sólo al que sale de prisión; sino a todos aquellos que integran su entorno social, lo que obviamente se va a reflejar en la sociedad en general, pues con esto el externado ya no va a ser un individuo marginado y rechazado

socialmente, por haberse encontrado recluso; sino un sujeto que si bien cometió un delito, cumplió con su pena y en consecuencia tiene el Derecho de integrarse nuevamente a una sociedad, recuperar sus Derechos y obligaciones. Con lo anterior se pretende cumplir cabalmente con la función de la pena, que lo es, lograr la readaptación social del delincuente, prevenir la comisión de nuevos delitos y como consecuencia el restablecimiento del orden externo de la sociedad y mantener el control social.

CUARTA: Una de las funciones principales de la pena es buscar que sea justa esto es proporcional al hecho delictivo y resocializante; que el autor del delito se encuentre consiente de la pena a recibir; por lo tanto resulta indispensable analizar todos elementos necesarios que permitan emitir una sentencia en la cual se encuentre no solo legal; sino razonadamente la aplicación de la pena. Durante el desarrollo del proceso, se deben allegar al Juez los estudios que permitan analizar minuciosamente el comportamiento y evolución del inculpaado durante la resolución; siendo además necesario, analizar sus antecedentes en cuanto al entorno social en que se desarrolló antes de delinquir, sus antecedentes familiares, nivel socioeconómico, antecedentes laborales, etcétera. Todo ello con el fin de conocer integralmente al individuo que va a ser sujeto a la aplicación de una pena y por ende, conocer los métodos pueden ser los mas acertados para su resocialización. Una vez conociendo estos antecedentes, se podrá saber con exactitud y hasta qué punto el comportamiento individual puede ser controlado de modo específico y determinar cuál es el factor que esta afectando su desarrollo dentro de una sociedad.

QUINTA: La pena como mecanismo de control social tiene el efecto de obligación y prohibición, lo cual debe de utilizarse en la creación de procesos socializadores en donde el individuo se vaya adhiriendo a programas, conceptos o símbolos (medios de comunicación) que lo vayan integrando al campo social creando un recinto de seguridad. Lo que fundamentalmente se busca es la relación orden-obediencia, es el

espacio de seguridad creado por el proceso de incorporación en los individuos, la aplicación de la pena y su cumplimiento se debe materializar mediante la creación de programas que impliquen sanciones preventivas o reactivas aplicadas por instancias centralizadas del poder. Es urgente que el Estado se apoye de todas las instancias sociales que le sean posibles para aplicar las estrategias necesarias que aspiren a obtener la conformidad de los comportamientos humanos respecto de las normas protegidas penalmente.

SEXTA: La Dirección General de Prevención y Readaptación social es la instancia encargada, a través del consejo técnico interdisciplinario, de revisar el comportamiento y avances que se va presentando en la rehabilitación de los internos; sin embargo, la carga de trabajo que representa controlar un Centro Preventivo y, más aún, analizar caso por caso para otorgar el beneficio de preliberación resulta en la actualidad muy tardado, aún y cuando sesionan una vez por semana o bien tienen sesiones extraordinarias; por lo tanto, resulta conveniente que el Ejecutivo descentralice esa actividad creando una comisión especializada que se enfoque única y exclusivamente al estudio minucioso de aquellos que ya se encuentren en posibilidades de obtener un beneficio preliberacional, ello en conjunto con los jueces ejecutores de sentencia, así como con la ayuda y colaboración de los especialistas en sociología, pedagogía, psicología, sociología, criminología, quienes determinarán qué casos son los que ya se encuentran en posibilidad para obtener dicho beneficio. Asimismo es importante resaltar que no solo se deben revisar los expedientes de aquellos que ya tengan tres quintas partes de su condena cumplida, sino de los que desde el inicio del proceso y hasta la sentencia hayan demostrado un comportamiento adecuado y que, no obstante de haber resultado culpables, puedan ser considerados candidatos para reinsertarse socialmente en cualquier momento de su condena y que, por lo tanto, pueden ser personas ya rehabilitadas para desenvolverse de mejor manera en la vida social externa.

SÉPTIMA: El consejo técnico interdisciplinario deberá rendir informes periódicos ante el órgano jurisdiccional donde se encuentre ventilando el proceso del interno, con la finalidad de que el juez de la causa conozca a desarrollo de su comportamiento, estado de salud física y mental, situación emocional, elementos psicosocriminológicos, el grado inicial de instrucción así como el progreso y sus calificaciones obtenidas durante su internamiento, el grado de aptitud para el trabajo, las labores desempeñadas y grado de capacitación para el mismo, y la situación sociocriminológica del interno. Con ello se podrá fijar un diagnóstico sobre el avance del interno al tratamiento aplicado, y, al momento de que el juez dicte su sentencia, no sólo valorará los medios de prueba aportados durante el proceso, sino también dará un valor preponderante al momento de emitir su resolución, pues con ello podrá conocer integralmente al inculcado, lo que tendrá que tomar en cuenta al momento de la aplicación de la pena.

Por último y a manera de reforzar la presente investigación, considero importante mencionar, que visité la **PENITENCIARIA MODELO “DR. GUILLERMO COLIN SÁNCHEZ”**; ubicada en calle Poniente Diez s/n, entre Norte Uno y Norte Dos, Colonia Reforma, Sección la Perla, Municipio de Nezahualcóyotl, Estado de México; con el fin de conocer el innovador sistema implementado en la Readaptación Social, para que una vez que el reo cumpla su sentencia, puede integrarse nuevamente a la sociedad.

Tuve la fortuna de obtener dicha visita por medio del C. Juez Tercero Penal de Primera Instancia, del Distrito Judicial de Nezahualcóyotl, Estado de México, Licenciado Octavio Castaño Fonseca, ya que por su conducto me permitieron el acceso a sus instalaciones y pude tener la oportunidad de entrevistarme con el C. Director Licenciado Gilberto Trinidad Gutiérrez, quien muy amablemente, me condujo al interior de la penitenciaría y me informo lo siguiente:

Es la primera penitenciaria modelo del país, y de América Latina, fue creada el diez de noviembre del año dos mil seis, con una capacidad de 350 sentenciados, fue puesta en marcha con la ocupación de 50 internos que se sometieron a un novedoso sistema de rehabilitación que los mantendrá ocupados al cien por ciento, pero, a su vez, no tendrán castigos, sobrepoblación, podrán tomar clases y terapias en las áreas que están al aire libre, comprarán en la tienda utilizando su huella digital, y disfrutarán de espacios multiusos que harán las veces de comedor, gozan de los beneficios de ver televisión, ahí también cuentan con dormitorios amplios y confortables.

Fue creada para los internos que están en la tercera etapa de su reclusión (uno a dos años antes de cumplir con su pena) por delitos no graves, todos sus internos cuentan con actividades laborales y educativas.

Cuentan con los rastreadores "sniffer", como un semáforo detector colocado a la entrada que enciende aleatoriamente para efectuar revisiones a los visitantes, todo ello tendiente a garantizar el respeto absoluto a los derechos humanos.

Existe una área digna destinada para la visita conyugal, una cocina debidamente equipada, a cargo de personal completamente independiente a la penitenciaria, su alimentación consiste en frutas, verduras y carnes de buena calidad y con el aseo e higiene necesaria. El uniforme es un pants y sudadera de color gris oxford y tenis.

La pequeña tienda cuenta con una computadora y un sistema donde sólo colocan su dedo y a través de su huella digital aparece su saldo que no debe ser mayor de 200 pesos, que es la cantidad límite que les pueden depositar sus familiares semanalmente. La tienda no maneja efectivo y ya no expenden los internos, sino personal administrativo, lo que viene acabar con la corrupción. Ahí mismo se les da su ticket de compra y se les precisa cuánto dinero les queda.

Se instalaron palapas, donde los internos toman su terapia psicológica, salones de clases y talleres, área de computación, su actividad laboral consiste en la fabricación de pinzas de ropa, por la cual reciben una remuneración.

Los dormitorios se observan con limpieza extrema, se componen de literas con dos y hasta tres camas, los espacios se encuentran divididos por enormes cristales que dan vista al área multiusos, donde se instalaron mesas y sillas, que a la vez, se convierten en espacios de convivencia, pues cuentan con dos televisores que les permiten encender en determinados horarios.

En caso de indisciplina se les regresa a la cárcel de donde fue trasladados.

Actualmente los internos que se encuentran en rehabilitación proceden de penales como Neza-Bordo, Neza-Sur, Ecatepec y Barrientos, principalmente.

Este centro de readaptación contará con una capacidad máxima para 360 internos; ahí se les asignará trabajo y se impartirá educación, deporte, recreación, talleres de cómputo, de forma obligatoria pero con una ventaja para el recluso. Cabe destacar que de acuerdo a sus estadísticas no se han presentado casos de reincidencia de los sentenciados que han sido externados.

La nueva penitenciaria modelo cumple con un método importante para lograr la reinserción del interno, observando los beneficios que la ley confiere y con base en el respeto irrestricto a los derechos humanos de las personas, lo que permite “el fortalecimiento de la credibilidad de las instituciones encargadas del sistema penitenciario mexiquense”.

BIBLIOGRAFÍA.

BALANDIER, G. "EL PODER EN ESCENAS". Editorial Paidós, Barcelona, 1994, p. 45

BERGALLI, Roberto. "HISTORIA IDEOLÓGICA DEL CONTROL SOCIAL". Colección Sociedad-Estado. Barcelona, 1992.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl, "DERECHO PENAL MEXICANO", Ed. Porrúa, México, 1976, p.17

DIAZ Aranda Enrique "DERECHO PENAL" Editorial Porrúa- UNAM, México, 2003, p, 21.

DURKHEIM, Emile. "LA REGLAS DEL MÉTODO SOCIOLÓGICO". Ediciones Morata. Madrid, 1993, p. 25.

FERRAJOLI Luigi. "DERECHO Y RAZÓN". Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta. España, 2005. p. 333.

FOUCAULT, Michel. "VIGILAR Y CASTIGAR". EL NACIMIENTO DE LA PRISIÓN. Edit. Siglo XXI. México, 2001.

GARLAND, David; "CASTIGO Y SOCIEDAD MODERNA". Editorial Siglo XXI México, 1999, p. 330.

GONZÁLEZ Rivero, Pilar. "EL FUNDAMENTO DE LAS PENAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD". Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs: El funcionalismo en el Derecho Penal. Coordinado por Eduardo Montealegre Lynett, Bogotá Colombia 2003. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Primera Edición, p. 61.

GONZÁLEZ Vidaurri, Alicia y otros. "CONTROL SOCIAL EN MÉXICO", D. F. Criminalización primaria, secundaria y Derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Estudios Profesionales Acatlán. México, 2004. p. 28

GRABOSKY, Peter. "THE VARIABILITY OF PUNISHMENT", EN DONALD BLACK (EDITOR) TOWARD A GENERAL THEORY OF SOCIAL CONTROL". Vol. 1. Orlando. Academic Press, 1984 pp. 163-183

JANOWITZ, Morris, "*ON SOCIAL ORGANIZATION AND SOCIAL CONTROL*", Ed The University of Chicago Press, Chicago, 1991, p.77.

JESCHECK Hans Heinrich "*TRATADO DE DERECHO PENAL*" *Parte General* Volumen Segundo, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, p.27.

JIMÉNEZ de Asúa Luis "*LECCIONES DE DERECHO PENAL*" Ed. Oxford, México 1999, p.4

KANT, Emmanuel, "*FUNDAMENTOS DE LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES*", Editorial Eudeba, Buenos aires Argentina. 1998, Libro II p 556

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, "*LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DELITO*", ed. Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1976, pp. 153.

LISZT, Franz Vön, "*TRATADO DE DERECHO PENAL*", Tomo I Ed. Bosch, Barcelona, 1940, p. 7

MARQUEZ Piñerio Rafael "*DERECHO PENAL*" Parte general, Editorial Trillas México 1990 p.16.

MEZGER Edmundo, citado por Castellanos Tena Fernando en "*LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL*", Ed. Porrúa, México, 1999 p.21

MORENO Hernández Moisés, "*POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA PENAL*", 1ª Edición Editorial *Ius Poenale*, México, 1999, p.458

MUÑOZ Conde, Francisco. "*EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO*". Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2003. P. 14.

ORELLANO Wiarco, Octavio Alberto, "*CURSO DE DERECHO PENAL*", Editorial Porrúa, México, 1999, p. 216

PAVÓN Vasconcelos, Francisco "*DERECHO PENAL MEXICANO*" *Parte General* Ed. Porrúa, México, 1990, p. 17.

PÉREZ Manzano Mercedes, "*CULPABILIDAD Y PREVENCIÓN: LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA Y DE LA PENA*" Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p. 215

PORTE PETIT Candaudap, Celestino, "*APUNTAMIENTO DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL*", Ed Porrúa, México, 1991, p. 15.

RABOSI, Eduardo A., *LA JUSTIFICACIÓN MORAL DEL CASTIGO*, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1976.

REYES Echandía, Alfonso "*DERECHO PENAL*", Editorial Temis, Bogotá, 2002, p 45.

RIVERA Beiras, I. "*MITOLOGÍAS Y DISCURSOS SOBRE EL CASTIGO. HISTORIA DEL PRESENTE Y POSIBLES ESCENARIOS*" Ed. Anthropos Barcelona, 2004, p.23.

ROSS Edward, "*CONTROL SOCIAL*", Ed Macmillan Press, New York, 1908, p. 82.

ROXIN, Claus, "*DERECHO PENAL PARTE GENERAL*", Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, T. I, Civitas, Madrid, España1997, p. 137

SÁNCHEZ Sandoval Augusto. "*DERECHOS HUMANOS, SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD NACIONAL*". Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2000. P. 177.

SÁNCHEZ Sandoval Augusto y otros. "*POLÍTICA CRIMINAL Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA*". UNAM. México, 1998. P. 43

WOLF, Eric. "*EUROPA Y LA GENTE SIN HISTORIA*". Fondo de Cultura Económica, México D. F.1993 p.19

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y otro. "*DERECHO PENAL*". Parte General. Editorial Porrúa. México, 2001.

ZAFFARONI Eugenio Raúl "*MANUAL DE DERECHO PENAL*" Cárdenas Editor, México, 1986 p. 42.

HEMEROGRAFÍA.

ARBOLEDA Ripoll, Fernando. (2003). "*FUNCIONES DE LA PENA EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN*". Publicado en *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*. N°2, enero a marzo de 2003, Colombia, 2003, p. 21

BONFIL Batalla, Guillermo. "*LA TEORÍA DEL CONTROL CULTURAL EN EL ESTUDIO DE PROCESOS ÉTNICOS*" En: *Revista "Arinsana"*. N°10, Caracas. p. 10.

ZVERIC, U.; Findlay, M., *“PARA UN ANÁLISIS DE LOS MECANISMOS INFORMALES DE CONTROL SOCIAL”*, Poder y Control. Revista hispano-americana de disciplinas sobre el control social, nº 1, 1987, p. 21.