

**ANÁLISIS DEL SURGIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE
LIBERTAD Y SU INSTITUCIONALIZACIÓN
COMO SANCIÓN JURÍDICA ESENCIAL DEL SISTEMA PENAL**

**ANALYSIS OF THE EMERGENCE OF THE PRIVATE
PENALTY OF FREEDOM AND
ITS INSTITUTIONALIZATION AS A SANCTION
ESSENTIAL LEGAL LAW OF THE CRIMINAL SYSTEM**

Xóchitl Aline MÉZQUITA LEANA

Doctoranda en Derecho Penal. Maestra en Sistema de Justicia Penal. Profesora de la Universidad Autónoma de Yucatán. xochitl.mezquita@correo.uady.mx

Recibido: 26 de septiembre de 2023 / Aceptado: 12 de octubre de 2023

RESUMEN:

Al abordarse el estudio de la reconstrucción histórica de las teorías de la pena y el subsecuente surgimiento de la pena privativa de libertad observamos su institucionalización como sanción jurídica esencial del sistema penal; la prisión como institución se propone disciplinar para el trabajo y reproducir la fuerza de trabajo, lo que se puede englobar en una pretensión utilitarista no declarada pero sí latente. Los fines declarados solo eran una forma diferente de utilitarismo insertados en postulados como el de readaptación social, de estas pretensiones utilitaristas declaradas permanecían también como fuente de legitimación los postulados retribucionistas aferrados en la idea de castigo y expiación.

Palabras clave: Pena privativa de libertad. Teorías de la pena. Funciones y fines de la pena.

ABSTRACT:

When addressing the study of the historical reconstruction of the theories of punishment and the subsequent emergence of the custodial sentence, we observe its institutionalization as an essential sanction of the penal system, the emerge of the prison as an institution aims to discipline work and reproduce the workforce, which can be encompassed in an underdeclared but latent utilitarian pretension. The declared purposes were only a different form of utilitarianism anchored in the idea of punishment and exposure also remained as a source of legitimation.

Keywords: Imprisonment, Theories of penalti, Functions and purposes of penalty.

SUMARIO: I. Introducción. II. Fundamento de la pena privativa de libertad. III. Surgimiento de la prisión. IV. Teoría de la Retribución. V. Utilitarismo. VI. La ideología de la Defensa Social. VII. Conclusiones. VIII Referencias.

SUMMARY: I. Introduction. II. Basis of the imprisonment. III. Emergence of prison. IV. Theory of Retribution. V. Utilitarianism. VI.

I INTRODUCCIÓN.

El castigo ha sido una institución social que contempla fines y funciones implícitas en un momento histórico determinado, ha sido utilizado como un instrumento de control social y para mantenimiento del orden; el entorno determina las penalidades y viceversa; es decir la respuesta del Estado y del sistema de justicia del mismo intentarán dar respuesta y solución a las problemáticas concretas, un compromiso con el contexto histórico existente.¹

En el devenir de la historia la concepción del llamado mal que se inflige como respuesta al delito, tiene diferentes connotaciones, es en los pasados doscientos años que se pugnaba por una definición de delito como una mala acción, como un detrimento injusto y culpable de aquel llamado bien jurídico que el Derecho penal protegía, llamándolo acto disvalioso el cual creaba una correspondencia de responsabilidad jurídica del hecho, por parte del autor del delito. Es a final del siglo pasado que Jakobs retomando la filosofía Hegeliana, concibe al delito como –expresión de sentido, es decir como un “cuestionamiento de la vigencia de la norma de acuerdo a Jakobs, y recuperando la idea de Hegel del delito como la negación del Derecho”.²

Esta última definición de delito incluye o hace comulgar dos aspectos, el primero es el aspecto jurídico del acto, así como de su dimensión social, el énfasis no se dirige al bien jurídico protegido sino al ordenamiento jurídico, entonces la pena es una respuesta que confirma la norma en cuanto a su vigencia, que ha sido contradicha por el delito, en este orden de ideas se pretende comprobar la eficacia de la imposición de la pena, ya que la negación del derecho por el acto delictuoso debe recibir una réplica con firme intención de restaurar la vigencia del Derecho. La naturaleza del Derecho penal como Derecho público, exige que la pena sea la reacción ante las violaciones del Derecho, por la voluntad de la sociedad ya que aquel está comprometido a intervenir a favor del interés público. Para mejor comprensión de las teorías de la pena que coexisten en las épocas Moderna y contemporánea se hace imperante analizar la evolución del concepto de delito, desde un enfoque filosófico y moral.³

II FUNDAMENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

A partir de las primeras formas de Estado se conoció la privación de libertad como medida aplicable al cometedor de conductas sancionables. Su objetivo era que dicho autor no escapase de la sanción vindicativa, mas no representar un instrumento de venganza.⁴ El contexto histórico del crimen dará la pauta para la severidad o laxitud de la pena a aplicar; en el entendido que la pena es en palabras de Lardizábal, “... el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que hizo con malicia, o por culpa, cumpliendo los principios, no hay pena sin ley, no hay ley sin legislador, ni legislador sin superioridad”.⁵ Como base de la autoridad del estado

1 Mir Puig, Santiago, Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho, España, Bosch, 1982, p. 26.

2 Feijoo Sánchez, Bernardo, Retribución y prevención general, Argentina, IBDF, 2017, p. 54.

3 Idem, p. 9.

4 Enríquez Rubio Hernández, Herlinda, “Breve reseña histórica y conceptual de la prisión”, en Ciencia Jurídica, Núm. 1-2, México, 2012, p. 12.

5 Lardizábal y Uribe, “Discurso sobre las penas”, Biblioteca virtual universal, Editorial del Cardo,

y de las leyes se encuentra el contrato social, el cual tiene como propósito el resguardo de la coexistencia de los intereses individualizados en el Estado civil, la medida de la pena es el mínimo sacrificio necesario de la libertad individual que ella implica; “el contrato social representa el límite lógico de todo legítimo sacrificio de la libertad individual mediante la acción del Estado, y en particular del ejercicio de la potestad punitiva del Estado mismo”.⁶

Desde el ámbito jurídico se afirma que la pena privativa de libertad es fruto de la intención de humanizar el derecho penal. Es de esta manera que se trata de hacer de lado los siglos de pena de muerte y tortura para poner en su lugar otras maneras de pena menos lesivas. En la obra de César Bonesana, marqués de Beccaria “De los delitos y de las penas” se expone la crueldad de las prácticas punitivas de su época así mismo propone una imposición de penas con el objetivo de lograr un fin útil y una justicia penal más humana, la influencia de este autor fue tan significativa que se abolió la pena de muerte en algunas legislaciones de esa época.⁷ El Derecho penal y la pena conciben en la escuela clásica no como una vía para cambiar al delincuente, sino como un medio legal para defender a la sociedad del crimen, edificando en contraposición a éste, de la manera que fuera, un disuasivo o lo que es igual, una contramotivación. Las limitantes de la aplicación de aquella sanción penal tanto como de las variantes del *ius puniendi*, potestad punitiva del Estado, se determinan por la utilidad o necesidad de la pena y de la misma manera del principio de legalidad.⁸

Las escuelas liberales clásicas tienen una postura crítica hacia la práctica penal del *ancien régime*, pretendiendo sustituirla por la política criminal con principios diametralmente opuestos, siendo estos el principio de humanidad, el principio de legalidad y el principio de igualdad. Baratta menciona que esta fase del pensamiento penal en Italia, la define como exquisita debido al tratado *Dei delitti e delle pene*, cuyo autor Cesare Beccaria, a la cual menciona como la expresión de una ideología en la cual converge toda la filosofía política del Iluminismo europeo, y en primer plano el francés; teniendo esta obra una repercusión para la historia de la ciencia penal, fue “la programación programática de los presupuestos de una teoría jurídica del delito y de la pena, de la misma manera del proceso penal, con un marco de principio utilitarista de la máxima felicidad para el máximo número, y del contrato social y división de poderes”.⁹

La pena privativa de libertad a través de la reclusión es presentada como una opción alternativa y humanizante. La cárcel no fue diseñada con el propósito de infligir un castigo, sino para mantener en resguardo a los reos; pero como hemos visto con antelación, en ocasiones se imponía como pena para aquellos delitos llamados de bagatela. Debido a la privación de libertad, los inconvenientes y dificultades inherentes a la reclusión, se le considera una pena afflictiva, y por lo tanto se clasifica como una de las más graves, por las tropelías y brutalidades a las que son sometidos los que

2003, p. 1.

6 Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Argentina, Euros, 2004, p. 26.

7 Becaria, Cesar. *Tratado de los delitos y de las penas*, Edit. Cajica, México, 1967. p. 45.

8 Baratta, Alessandro, *op. cit.*, p. 23.

9 *Idem*, p. 25.

se encuentran encerrados.¹⁰

Las reglamentaciones penales tomaban en cuenta sanciones que, privaban al infractor de algunos de sus bienes, tales como las penas pecuniarias, las penas corporales y la pena de muerte, pero que no habían conceptuado privar de la libertad por algún lapso como un castigo adecuado para el criminal, la pérdida de libertad en ese entonces no se consideraba como un mal o suplicio.¹¹ Es entonces que las penas corporales son una forma de castigo normal, y la pena de muerte es utilizada para la eliminación de las personas que eran consideradas un peligro para la sociedad. Este tipo de castigo y tortura era para infundir terror, para intimidar a la población, sin tener un objetivo utilitario de prevención del delito, sino que consistía en un martirio a manera de ritual público que servía como operador político.¹²

III SURGIMIENTO DE LA PRISIÓN.

El advenimiento del sistema de producción capitalista da origen al posicionamiento de la cárcel como sitio destinado para la ejecución o aplicación de una pena que consiste en la privación de la libertad, esta manera de sancionar concibe la realización total de la filosofía retributiva de la pena, misma que se deriva directamente de la esencia contractualista del derecho penal burgés. “La libertad medida en el tiempo constituye de hecho la forma más simple del valor de cambio”.¹³ Las aplicaciones selectivas de las sanciones penales que han sido señaladas, como las de la cárcel, forman parte de una base sólida para el equilibrio de la sociedad. De manera especial pero también negativa, influyen en el estatus social de las personas que constituyen los sectores más bajos; impidiendo su ascenso social. En segundo lugar y como una de las funciones simbólicas de la pena, se encuentra la sanción de los comportamientos ilegales que busca cubrir un número más extenso de actos ilícitos inmunes al proceso de criminalización. La aplicación selectiva del derecho penal pretende, así pues, proteger ideológicamente esta misma muestra.¹⁴

Al existir en el panorama una sanción que posibilita aprestar de manera autoritaria a la persona infractora por un lapso determinado, permitía o planteaba la ocasión para “ejercer sobre ellos un poder disciplinar, o sea aquella práctica pedagógica de educación del desviado según las necesidades del proceso productivo”.¹⁵ Actualmente, la función de la cárcel en la producción de personas desiguales no posee menos importancia. La cárcel produce un sector de marginalidad social que ha sido cualificado por la intervención ofensiva del sistema punitivo del Estado y por las relaciones de aquellos procesos que son impulsados por la pena y ayudan a perpetrar el efecto marginalizador y reductor, al nivel de la interacción social y de la opinión pública y reclutan-

10 Lardizábal y Uribe, Manuel, *Discurso sobre las penas*, Biblioteca Virtual Universal, 2003, p. 55, <http://www.biblioteca.org.ar/libros/70806.pdf>

11 Pavarini, Massimo, *Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, México, Siglo XXI, 1999, p. 36.

12 Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, Argentina, Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 248.

13 Pavarini, Massimo, op. cit., p. 37

14 Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Argentina, Euros, 2004, pp. 364 y 365.

15 Pavarini, Massimo, op. cit., p. 38.

do principalmente en las zonas más bajas de la sociedad..¹⁶

El delincuente no se considera en esta escuela como un ente diverso al resto, no comparte el postulado de que la base de la ciencia tenga como punto fijo y eje una investigación etiológica sobre criminalidad, por el contrario, se focaliza en el delito concebido como concepto jurídico, esto es como una transgresión al Derecho, así como al pacto social localizado en la base del estado y el Derecho, según la filosofía política del liberalismo clásico.¹⁷

La filosofía humanista del liberalismo clásico, influye en los grupos predominantes, de tal forma que las penas son atenuadas, sin embargo, no son los iluministas quienes instituyen la prisión, Foucault afirma que fueron tres argumentos que dan origen a la prisión, en primer lugar la abolición de la pena de muerte, y la implementación de la prisión como pena sustitutiva a los castigos corporales, en segundo lugar, por tener la cualidad de explotar el potencial humano, esto es al hacerlos producir por medio de la producción carcelaria (explotación activa) y al existir excesiva mano de obra, del universo de gente sin empleo se iniciaba su potencial productivo (explotación activa) y tercero, para lograr el sometimiento de las personas a la política disciplinaria del Estado y al orden jurídico, así como la disciplina para el trabajo, con el objetivo de volver a los ciudadanos sumisos, manejables y rentables y eficaces.¹⁸

En el año de 1846, se lleva a cabo el 1er Congreso Internacional de prisión, donde por mayoría se decide aplicar el sistema pensilvánico, de esta manera se instituye la prisión como sanción penal por excelencia y pronto se incorporó en las legislaciones alemana, francesa, belga, holandesa y en general de manera global. Así pues, la cárcel se convierte en la forma de sanción penal por antonomasia y a través del concepto de readaptación se justifica su concepto de utilidad social; la cura de la desadaptación de un grupo de personas respecto de las inercias o maneras de organización social radicaba en un proceso que los volviera útiles para la sociedad.¹⁹ Fue en el derecho canónico en el que surgió la prisión, se crearon sitios para que los culpables reflexionaran sobre su culpa, en carácter de penitencia y para su arrepentimiento. Tales sitios eran pozos, tumbas, castillos, fortalezas, torres, conventos, palacios, calabozos, mazmorras, edificios abandonados, barcos, cárceles flotantes o galeras, reclusorios y penitenciarías.²⁰

La pena privativa legítima, de esta manera, la readaptación social. La justicia penal cifra sumotivo de existencia en la cárcel, no obstante, su poco éxito en la readaptación de los internos como consecuencia de la sobrepoblación carcelaria, así como de las constantes violaciones a los derechos humanos, se ha hecho evidente su decadencia.²¹ Al enfocarse la prisión en ejecutar la pena privativa de libertad, se con-

16 Baratta, Alessandro, *op. cit.*, pp. 365 y 366.

17 *Ibidem*, p. 23.

18 Foucault, Michel, *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, Argentina, Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 233.

19 Zamora Grant, José, *Justicia penal y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 66.

20 Salcedo Flores, Alfredo, "La prisión preventiva, ¿condena anticipada?", en *Alegatos*, Núm. 98, México, 2018, p. 34.

21 Zamora Grant, José, *op.cit.*, p. 66.

vierte en la última instancia de los órganos de control que administran la justicia dentro de los aparatos del Estado. Esto quiere decir que, aunque su implementación pueda cubrir un objetivo de castigo o de resocialización, siempre demostrará un carácter político; y, además, su papel se encuentra registrado en la trayectoria común de aquellos que conforman las instancias de control. En síntesis, la cárcel tiene como función revestir las mismas premisas ideológicas que se comunican con las otras instancias; ya sean formales o informales. Luego entonces, la cárcel involucra las pautas de actuación seguidas por las mencionadas instancias, y su ideología pertenece a las normas del consenso como opción política de corte liberal-autoritario [...].²²

Las bases del Estado y del Derecho de la modernidad tienen su cimiento en la filosofía de la Ilustración que en su momento transformó su entorno político, esta influencia fundó las bases en las cuales las instituciones públicas corresponderán a los principios que conforman el Estado Moderno, de la misma manera las instituciones se estudiarán a la luz de la ideología política en uso, sin embargo la modernidad se manifiesta en los países del mundo de tal manera que es forzoso un análisis minucioso de cada forma de Estado moderno así como hacer mención de la muy particular tradición jurídica de cada país a las que sus instituciones reaccionan.²³ La función de la pena es un tema a debate, sobre todo en cuanto a la función que el Estado le asigna, la pena es uno de los instrumentos característicos con los que cuenta el Estado para el cumplimiento de la normatividad jurídica.²⁴

Al intentar encontrar un concepto aceptable por la mayoría de la función de la pena, nos encontramos con la primera dificultad que es la relativización de la problemática de la pena y condicionarla a la filosofía política que se adopte. Una óptica que puede reconocer y así resolver este problema es señalar la vinculación axiológica expresada entre la función de la pena y la función del Estado. Mir Puig apunta “la incidencia que tenía la fundamentación política del Derecho penal, a partir de la trilogía para la función de la pena, esta útil cuestión eje del sistema, la resolvió sobre la base, entonces única y firme desde el prisma del Derecho positivo, del Código penal, y, en especial, del Reglamento del servicio de prisiones. Desde luego en el momento en que se funda constitucionalmente la función de la pena, también la teoría del delito puede orientarse, y es conveniente que así suceda en base al mismo fundamento constitucional, por lo que la teoría general del delito establece, los presupuestos mínimos de lo punible, delimita lo que se puede castigar con una pena, y esto dependerá de la función que la Constitución permita atribuir a la pena”.²⁵

IV LA TEORÍA DE LA RETRIBUCIÓN.

22 Miralles, Teresa, “El control formal: la cárcel”, Bergalli, Roberto, Bustos Ramírez, Juan, González Zorrilla, Carlos, Miralles, Teresa, y De Sola, Ángel, *EL PENSAMIENTO CRIMINOLÓGICO*, Vol. 2, Colombia, TEMIS, 1983, p. 95.

23 Zamora Grant, José, “*Justicia penal y derechos fundamentales*”, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, p. 16.

24 Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, España, Bosch, 1982, p. 15.

25 *Ibidem*, p. 15.

La pena ha tenido a lo largo de la historia del hombre variados fines tales como: la expiación, retribución, utilitarismo, prevención, inocuización o retención, resarcimiento o compensación a la víctima, de igual manera se ha propuesto la restitución al estado anterior al daño que motiva esta obligación del Estado para represión por medio del Derecho penal. Podemos mencionar distintos fines se pueden mencionar en las teorías: la teoría de la retribución, la teoría de la prevención general, utilitarismo, la teoría de la resocialización de la defensa social. Las teorías absolutas se han venido caracterizando básicamente porque consideran que la justificación de la pena es ajena a sus consecuencias, desligando, a partir de este punto de partida, la legitimidad del castigo de la finalidad que se persiga con él. Lo más destacado de estas teorías es que resaltan el carácter esencialmente retributivo de la pena. Aunque todavía teoría retributiva no es una teoría absoluta, sí que las teorías absolutas han sido siempre retributivas, derivándose de ahí ciertas visiones erróneas sobre la retribución que se pretende combatir en este trabajo.²⁶

Los principios de proporcionalidad, individualización y determinación de las penas, derivados de las teorías antes descritas dan con ello seguridad al sentenciado. En cuanto a las teorías relativas, pena útil, la pena es un medio para alcanzar determinados fines trascendentes. Asimismo, la pena es un medio para la prevención, busca una utilidad al imponer la pena; por lo que la pena solo se justifica si tiende al logro de un fin. Para las teorías relativas la pena es una medida para lograr la readaptación social del delincuente, y niegan la posibilidad de considerarla una retribución justa del daño ocasionado por la comisión del delito. La concepción liberal clásica se refiere a la tendencia tradicional de las penas, la cual refuerza la teoría de la retribución y de la prevención; predominan los aspectos de la prevención como fin de la ley penal y la proporcionalidad, la retribución y la ejemplaridad de las penas; la concepción positivista estudia al hombre con relación con el delito; el delito se identifica como un hecho normal en cualquier sociedad; el delincuente es el resultado de su entorno social; las penas deben orientarse sobre la base de la peligrosidad del delincuente; la política criminal debe basarse en la prevención social y al delincuente se le debe aislar de la sociedad mediante la aplicación de una medida de seguridad y reincorporarlo cuando se haya readaptado.²⁷

La llamada teoría de la justicia o teoría retributiva, que tuvo un auge con la antigua Ley del Tali3n, fue adecuada durante los siglos XVIII y principios del XIX por el idealismo alem3n de Kant y Hegel, con el prop3sito de equiparar el castigo impuesto con la gravedad del delito o infracci3n, es por eso su definici3n como teor3a de la justicia; al tener como su objetivo equilibrar el castigo al crimen que se ha cometido, es entonces que la pena aparece como una retribuci3n compensatoria. De suerte que propone una categor3a de valores o bienes jur3dicos en un orden o rango que identifica la gravedad de los delitos, de conformidad con las valoraciones de lo que es considerado por la comunidad en referencia a la bondad y la maldad. La retribuci3n lleva a cabo un juicio que esta edificado con base en la conducta delictuosa siempre en la b3squeda de la compensaci3n del mal que se ocasion3, y ello se puede obtener

26 Feijoo S3nchez, Bernardo, “Retribuci3n y prevenci3n general”, Argentina, IBDF, 2017, p. 63.

27 Jim3nez de As3a, Luis, Lecciones de derecho penal, M3xico, Pedag3gica Iberoamericana, 1995, pp. 24 y 25.

siempre y cuando exista justa proporción con la gravedad del hecho.²⁸

La teoría de la retribución es la manera de conceptualizar la pena que más arraigo tiene en la sociedad, y prevalece en la actualidad a pesar de los múltiples detractores, la retribución es la definición por antonomasia de la pena y sigue vigente hasta nuestros días. Es la respuesta a la firme idea de que el castigo para el culpable debe ser la consecuencia del mal que ha realizado, esta respuesta tiene como base los argumentos éticos, morales religiosas e incluso legales, y al corresponder a las teorías llamadas absolutas, se refiere a la conducta antijurídica llevada a cabo; sus argumentos no están relacionados con algún presupuesto subjetivo sino están basados en la correspondencia objetiva entre el delito y la pena. En esta teoría encontramos cierta proporcionalidad que se sustenta en la idea de justicia como un logro en cuanto a sus aportaciones a la cultura jurídica, como hemos observado no es una teoría derivada de alguna otra teoría de la pena, asimismo en nuestros días se señala como una manifestación de seguridad jurídica, es decir en la práctica se presenta como un dogma del Estado de Derecho. No obstante, esta concepción de pena como un castigo adecuado o justo obtiene fines de la prevención o resocialización aún de manera indirecta, siendo una consecuencia ineludible.²⁹

El retribucionismo que tiene sus antecedentes en Kant y en Hegel, vincula las nociones de pena o castigo al merecimiento; en la actualidad los autores que defienden esta posición consideran que el castigo es un mecanismo adecuado para restaurar una situación de desequilibrio en el reparto de las cargas sociales provocado por la introducción del delito. No obstante, lo dicho, el argumento más popular, y no necesariamente el más sólido y profundo para justificar la pena, descansa en entender que las penas reducen la criminalidad en una sociedad determinada o, también, que con ellas se logra restituir la afectación que las víctimas sufren por la infracción al bien jurídico tutelado por el sistema penal.³⁰ La “teoría de la prevención-integración” o de la “prevención positiva”, deja entrever una nueva manera de fundamentar el sistema penal, empleando la idea de Luhman de la estabilización social a través del Derecho, institucionalizando sus anhelos. El concepto Luhmanniano sobre la confianza en las instituciones, se comprende como una manera de integración social en la que aquellas maneras de seguridad recíproca entre las personas son sustituidas por estructuras artificiales que no corresponden a una organización básica.³¹

Una de las características de los sistemas sociales básicos y de aquellas estructuras jurídicas fundamentales, es la congruencia entre las relaciones simples de confianza recíproca y el derecho. Es claro que, en los sistemas complejos y diversas maneras distintivas del Derecho, esta congruencia no se encuentra presente. El Derecho institucionaliza las expectativas de comportamiento con el propósito asegurar un modo de confianza potencial en aquellos sistemas sociales complejos, es así como el ordenamiento jurídico, a partir de sus normas abstractas y sus relaciones imperso-

28 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Retribución y prevención general*, Argentina, IBDF, 2017, p. 9.

29 *Ibidem*, p. 51.

30 Cárdenas Gracia, Jaime, *Introducción al estudio del derecho*, México, Nostra Ediciones, 2009, p. 209.

31 Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Argentina, Euros, 2004, p. 2.

nales, sustituye la confianza personal por la institucional.³² A pesar de estabilizar aquellas expectativas, asegurándolas de manera esencial de orientación de la acción, su función resulta, sin embargo, muy aislado del contenido específico de las normas.³³

La reeducación del autor de la infracción, esto es, la prevención especial, no es del todo la función principal de la pena, sin embargo, si es el efecto deseado y factible como resultado de la aplicación de la pena. “Lo que importa en la valoración negativa del comportamiento delictivo y en la adscripción de responsabilidad penal a una persona, no es tanto la producción consciente y voluntaria de un hecho lesivo de bienes o intereses dignos de tutela, sino el grado de intolerabilidad funcional hacia la expresión simbólica de infidelidad en relación con los valores consagrados por el ordenamiento positivo”.³⁴

Al prescindir del retribucionismo liberal, se pone un límite a la pena, evitando que el castigo al delincuente supere la gravedad del hecho cometido, ahora bien, este acotamiento de garantía para la persona no deja de lado la exigencia de la prevención penal.³⁵

La teoría del valor intrínseco del retribucionismo, sostiene que la pena debería estar basada, únicamente, en las intuiciones acerca de la reprochabilidad de los crímenes del delincuente. Incluso si es informado por una teoría del valor construida desde tales intuiciones, la concepción económica de la prevención podría, en principio, generar penas diferentes de aquellas a las que esas sociedades llegarían, si aplicaran directamente sus intuiciones comunes. Imagínese que los asesinos racistas se enfrentan a una probabilidad substancialmente alta de ser atrapados, y que obtienen una utilidad psíquica substancialmente menor al matar, que la que tendría la madre que mata al acosador de menores. Bajo tales circunstancias, la concepción económica de la prevención podría justificar el castigo de la venganza de la madre con más severidad que el homicidio del asesino racista, incluso si la sociedad fija menos valor a prevenir los homicidios de los acosadores de menores, que a prevenir los homicidios de personas inocentes que son afroamericanos.³⁶

[...] para el retribucionismo, del cual la concepción kantiana es sólo una versión, la pena no se justifica como medio para minimizar los males sociales futuros, sino como una respuesta a un mal del pasado, cualesquiera que sean las consecuencias que esa pena puede tener. Esta justificación exige que: a) el destinatario de la pena sea responsable por el mal que la pena atribuye, y b) el mal implícito en la pena sea proporcional al mal que ella retribuye (de allí la ley del talión) y al grado de responsabilidad del agente.³⁷

Sobre la retribución penal y la justicia absoluta, definiendo la retribución como pago, pero aclarando que en el ámbito jurídico penal la retribución es una cat-

32 N. Luhmann, 1973, p. 84, 97; 1981, p. 118, citados por Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Argentina, Euros, 2004, p. 2

33 N. Luhmann, 1981, 113 y ss.; 1983, 207 y ss., citados por Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Argentina, Euros, 2004, p. 2.

34 G. Jakobs, 1983, 383, 394 y ss.; 1976, 32 y ss.; C. Roxin, 1974, 181 y ss.; H. Otto, 1982, 561 y ss., citados por Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Argentina, Euros, 2004, pp. 3 y 4.

35 Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, España, Bosch, 1982, p. 27

36 Kahan, Dan M. y Martínez Sánchez, Wilson Alejandro, “La teoría del dilema del valor: Una crítica del análisis económico del derecho penal”, en *Letras Jurídicas*, Núm. 6, México, 2008, s/p.

37 Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., Argentina, Editorial Astrea, 2003, p. 429.

egoría punitiva que proviene del principio de justicia absoluta, es decir “retribución de la pena es la causación de un mal por el malcausado por el delito”; se castiga al delincuente por el mal que ha ocasionado, así el sufrimiento infligido a la persona es justicia; es por lo anterior que con la aplicación de la pena ésta se justifica en sí misma al realizarse la justicia por su mera aplicación. Tenemos entonces la impresión de que la pena en el sentido de la retribución tiene la única finalidad de la realización de la justicia, al restituir al culpable el mal que el mismo causó se hablaría de un ideal justo.

³⁸La visión de las teorías absolutas es constantemente hacia el pasado, es decir al hecho antijurídico realizado, en otras teorías relativas tienen la mira en el futuro, la pena está entendida como vía para impedir delictivo con el objetivo de reeducación, es así como la pena se relaciona más con los fines que se pretenden con la imposición de esta o los efectos que de ella pueden derivarse, que con el hecho ilícito.³⁹

V UTILITARISMO

En la ética de las consecuencias, Bentham considera que el principio más amplio de la moralidad es el de extender la utilidad social; entendiendo este concepto como aquello que produce felicidad y evita el sufrimiento. Mill -por su parte- trata de enlazar el utilitarismo a los derechos humanos, al argumentar que el respeto a la libertad individual permite que la utilidad social se maximice a largo plazo. Por lo cual, al defender la libertad deben tomarse principios que busquen compatibilizar el utilitarismo con el respeto a los derechos individuales, la promoción de la libertad individual y los grandes valores de la humanidad.⁴⁰ Grandes pensadores de la historia hablan del utilitarismo como el fin último del ser humano en el avance económico o en la línea de la producción, pero pocos dicen si ese utilitarismo se preocupa por que las personas se encuentren satisfechos con las actividades que desempeñan en ese proceso de producción, y no pronuncian idea alguna sobre la idealización del ser humano, sobre sus inquietudes, sus metas, sus aspiraciones vitales.⁴¹

Las dos vías que ha tomado la prevención encauzan sus propósitos en impedir la comisión de delitos, mediante estrategias de disuasión intimidación, resocialización y neutralización dirigidas a quien no ha delinquido o quien ya lo ha hecho. En cuanto a la prevención general positiva el derecho intenta legitimar el argumento y el propósito de la resocialización utilizando como medio la cárcel. Por otra parte, la prevención especial negativa, se propone la neutralización del delincuente. La prisión tiene un papel preponderante en el marco de la prevención general negativa debido a su connotación intimidante y disuasiva. En contraste a las anteriores propuestas o anhelos de la prevención no se han verificado de manera tangible los resultados esperados. Concluyendo la idea conceptual de la prevención general se sostiene con un proceso de disuasión, educación moral y desarrollo de actitudes y prácticas en quien

38 Ortiz Ortiz, Serafín, *Los fines de la pena*, Instituto de capacitación de la Procuraduría General de la República, México, 1993, p. 110 .

39 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Retribución y prevención general*, IBDF, Argentina, 2017, p. 122.

40 Gómez Romo de Vivar, Guillermo Rafael, “La ética y la justicia, fundamentos científicos de Carlos Obregón”, en

Ciencia Jurídica, Núm. 3-5, México, 2014, p. 134.

41 Huerta Reyes, Yadira Aideé, “Problemática de la educación jurídica en México”, en *Revista el Mundo del Abogado*, Núm. 197, México, 2015, p. 19.

recaiga⁴².

Las teorías relativas cumplen una función utilitaria, son diversas teorías preventivas que comparten una sola idea principal la prevención del delito, o intentando contenerlo para lograr la guarda de los intereses jurídicos; con la meta anterior además de los propósitos específicos que se pretenden lograr, se edifica la pena. Con esta finalidad de prevención se intenta dar utilidad y legitimación a la pena, toda vez que es la réplica a un requerimiento aprobado por la sociedad.⁴³

Feuerbach en su postura sobre la teoría de la pena dicta que la prevención general, está enfocada a la sociedad que no ha delinquido, esto es a la sociedad que respeta la norma y cumple el ordenamiento jurídico; la prevención general posee dos inflexiones, la prevención positiva y la negativa.⁴⁴La prevención general positiva estructura la pena como aquella confirmación de la norma jurídica que lesionó, de tal suerte que lograría en este supuesto recobrar la confianza de la sociedad en el Derecho, acrecentando la confianza social y reponiendo la vigencia del ordenamiento. Esta teoría de evitación de futuros delitos y anhelo de concordia social se lleva a cabo por medio de un aleccionamiento social, es toral pues el aspecto psicológico o sociológico, ya que se plantea preconciendo al miembro de la sociedad como una persona que razona, concibe y es afín a las dualidades de bien-mal, permitido-prohibido, incentivo-desincentivo. Las inconsistencias están en teorías sociológicas y criminológicas que proponen firmemente la limitación de las penas, lo cual puede llevarnos a incongruencias tales como las sanciones más enérgicas para los delitos más comunes pero que no son graves, ya que al ser más constantes este tipo de delitos siguiendo la finalidad de esta teoría, se requerirá una fuerza punitiva más que confirme la vigencia de dicha norma que dicta un castigo y prohíbe la comisión del delito, Es por lo anteriormente detallado que esta teoría tiende a legitimar penas y sanciones demasiado rígidas incluso promover abusos punitivos.⁴⁵

La prevención general negativa, tienen un objetivo diferente, presuponer a la sociedad como infractores en potencia, tan es así que debemos disuadir a ese conjunto de personas mediante la amenaza de la pena. Es un método de intimidación para la gran mayoría que no delinque, siendo la pena una confirmación de la amenaza para el infractor, utilizando la coacción psicológica para evitar la delincuencia; de esta manera se espera que el instinto natural de las personas les haga tomar la decisión de no cometer delito alguno, debido a la consecuencia negativa que conlleva, por la imposición de la pena, y no por la cualidad de ilicitud de este.

Es objetable a todas luces este sistema, ya que de la misma manera que la teoría preventivo-general, no limita la pena, porque pueden justificarse penas excesivas si la amenaza lo requiere pidiendo ocasionar una excesiva desproporción entre la gravedad del delito y la pena que se aplica, toda vez que la imposición de la pena va en atención al mensaje que se quiere mandar a la sociedad y no se dirige al hecho, esta advertencia que se quiere transmitir a la sociedad pretende disuadirla de la comisión de delitos. Es

42 Zamora Grant, José, Justicia penal y derechos fundamentales, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, pp. 97 y 98.

43 Ibidem, p. 123.

44 ídem, p. 129.

45 Ídem, p. 264

por lo anterior que esta teoría llega a permitir una autorización para de venganza hacia la persona que infringe la norma. En la teoría preventiva general, se concibe a la pena tal como una advertencia que se difunde a la sociedad, y que requiere se garantice su materialización cuando la norma que dicta la pena es transgredida, de esta manera la función de la pena sería el castigo, el Derecho acepta imponer este castigo por el fracaso de la amenaza o conminación de la pena. Es por lo antes descrito que la norma se debe garantizar, de otra manera la falta de fuerza coercitiva o punitiva del Derecho se diluiría con el transcurso del tiempo.⁴⁶

En estudio de la teoría preventiva especial, defendida por Séneca, Platón, y los filósofos de la ilustración y Franz von Liszt, el preponderante y más moderno teórico, recuperamos la cita o sentencia que se atribuye a Platón y Séneca menciona: “Ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido (*quia peccatum est*), sino para que no se peque (*ne peccetur*)”. De tal suerte, que ante la incapacidad de no evitar lo que aconteció en el pasado, la meta de la pena es la evitación, el detener o impedir lo que en futuro pudiera ocurrir, es decir prevenir la reincidencia del delito. Estas propuestas están focalizadas hacia los delincuentes con el propósito firme de no repetir sus transgresiones, de ella surgen dos vertientes: la positiva y la negativa.⁴⁷ La teoría preventiva especial positiva, persigue resocializar al delincuente, aquel que ha violado la norma, con el fin de reintegrarlo a la comunidad ya con una nueva actitud de civismo, es decir como un ciudadano reformado. Esta teoría pretende lograr recuperar la actitud de civismo, por medio de reeducar a la persona, por lo tanto, la pena se aplicará con este propósito: infundir en la persona la responsabilidad social necesaria para evitar la reincidencia delictiva. Podemos encontrar en esta teoría indicios de rescate de los principios de dignidad humana y del Estado social, ya que el fin que persigue le devuelve a la persona infractora la cualidad de recuperable y con la oportunidad de ser reintegrado a la comunidad. Sin embargo, las demás teorías promueven la desocialización de la persona ya que inducen su segregación. Esta teoría encuentra detractores, con base en la pena indeterminada que es producto de una inercia de resocialización, ya que los fines que persigue se rigen por criterios subjetivos, hace de lado la gravedad del delito teniendo como único propósito la resocialización del delincuente, resultando sin razón o argumento sólido dando como resultado una gran inseguridad jurídica, careciendo de la cualidad de temporalidad en el cumplimiento de la pena. No podemos dejar de señalar la vulneración de los principios del Estado de Derecho, por ejemplo; al ordenar el confinamiento de una persona apelando solo a la amenaza que supone, sin antes haber probado su culpabilidad en delito alguno o establecerse pena excesiva por un delito de bagatela que con el propósito de reeducar al criminal sea necesario un período prolongado para el logro de esta meta.⁴⁸ El anhelo de la reeducación entra en conflicto con el principio de libertad individual y violenta el libre desarrollo de la personalidad, por lo que resulta imposible permitir al Estado la imposición de una manera específica de educación a la sociedad. Igualmente, esta utopía de mejorar las maneras de conducirse solo puede rendir frutos si existe el factor volitivo por parte de la persona, de ninguna manera podría obligar a la persona, resulta ineficiente este tratamiento para las personas que se consideran a sí mismos

46 Zamora Grant, José, Justicia penal y derechos fundamentales, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 135.

47 Feijoo Sánchez, Bernardo, Retribución y prevención general, IBDF, Argentina, 2017, p. 3.

48 Ídem, p. 186.

inocentes o para los que son infractores por firme convicción; debemos tomar muy en cuenta la cuestión del aislamiento social ya que no resulta favorable una resocialización en tales condiciones, por no decir incongruente.⁴⁹

Concluimos además que esta teoría no resulta oportuna o puntual es decir operante en caso de infractores que comenten delitos en casos excepcionales, o han sido delitos ocasionales e irrepetibles, estos delincuentes que no necesitan resocialización, ya que la conducta en la que incurrir pudo ser consecuencia del desconocimiento o falta de entendimiento o de igual manera la óptica moral y ética de esta o de carencia de convicción en ella.⁵⁰

En su célebre Programa de Marburgo (1882) Von Liszt habla de que “el derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal”, adjudicando a la pena un fin preventivo especial, rechazando el retribucionismo. Siendo preponderante la aparición de esta postura, ya que a ella se adjudica el avance acelerado de la ciencia del derecho penal.⁵¹

La teoría de prevención especial negativa señala tres vertientes con fines a lograr, lo cual responderá a la clasificación del delincuente que pretende impactar. El número uno es la de los delincuentes considerados incorregibles que reinciden, que no son receptivos a ningún tratamiento reeducativo, es entonces que el estado opta por la inocuización, esto implica la rendición del Estado conceptualizando la pena como un recurso de contención del delincuente por el lapso de la condena. El número dos, se da a la intimidación, dirigida al delincuente de ocasión, que no necesariamente requiere la resocialización, ya que se tiene por entendido que tiene la consciencia y conocimiento de los que se consideran en su comunidad como valores morales. En tercer y último lugar está señalada la rehabilitación o la corrección, dirigida a aquel delincuente habitual pero que se considera corregible, y este objetivo se pretende lograr por medio de un tratamiento terapéutico para esta persona capaz y necesitada de corrección.⁵² La inocuización y la rehabilitación pueden concluir en una intimidación e invasión del libre desarrollo de la personalidad y de la autodeterminación o autonomía personal, puntos clave para la crítica a este planteamiento; y es oportuno mencionar que no predispone una temporalidad de tiempo para la imposición de las penas ya que en el caso de la inocuización, ésta carece de argumentos para su limitación, ya que en este supuesto la persona que ha delinquido resulta peligroso y de ser necesaria su rehabilitación ésta tendría que extenderse por el tiempo necesario para su corrección, de no realizarse de esta forma, se integraría a la comunidad una propensión a la reincidencia.⁵³

VI LA IDEOLOGÍA DE LA DEFENSA SOCIAL

El movimiento de Defensa Social, posguerra Mundial en 1947, tiene como meta el logro de la reinserción pacífica del delincuente en la sociedad. Las ideas de

49 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Retribución y prevención general*, IBDF, Argentina, 2017, pp. 193-196.

50 Ídem, p. 193-196.

51 Ortiz Govea, Rafael, “Génesis del derecho penal”, en *Revista Trilogía*, Núm. 3, México, 2007, s/p.

52 Feijoo Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, pp. 193-196.

53 *Ibidem*, p. 193-196.

defensa social se originan con el positivismo científico propuesto y defendido por Augusto Comte, y su desarrollo en materia penal se debe a las aportaciones de Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Rafael Garófalo a finales del siglo XX. Supone una protección a la sociedad contra las actividades criminales; pretende realizar una protección de la sociedad mediante medidas extrapenales, sean curativas o educativas; busca dar preeminencia a la prevención individual sobre la prevención social, el respeto de los derechos humanos debe estar presente en los tratamientos resocializadores del delincuente; el Estado no tiene el derecho de castigar, sino el deber de resocializar y por último la defensa social es la negación junto con la pena del derecho de castigar, es además, un sustituto del derecho penal y no parte del mismo.⁵⁴ La defensa social se constituye en el fundamento de penar, a reforma social es el primer deber del estado en la lucha contra la delincuencia, se niega el libre albedrío, se distinguen entre imputables e inimputables, y se introduce la teoría de la coacción síquica como condicionante de la pena, con el propósito de que resulte adecuada la pena, la persona debe estar en posibilidad de desarrollar el sentimiento de culpabilidad.⁵⁵

En la postura de la defensa social, el centro de análisis y estudio es la personalidad del delincuente. Inicia lo que se denomina el principio de Pena flexible en donde surgen instituciones como la dispensa de la pena, sustitución de la pena, suspensión de la ejecución, libertad condicional. Es decir, se flexibiliza el castigo y se crean los denominados “Beneficios Pre- liberacionales”. “Tan relevante es la gravedad del hecho cometido como las posibilidades del condenado a resocializarse”. De ahí surgieron conceptos tan entrelazados desde la ONU como: Programas de prevención del delito y Tratamiento del Delincuente, Normas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de 1957. Normas Penitenciarias Europeas en 1987. Sus principales críticas son que no se han cumplido con la función resocializadora por tanto no está justificada la pena. No podemos dejar a los técnicos penitenciarios la facultad de determinar la duración definitiva de la pena.⁵⁶

La ideología de la defensa social, es el punto de convergencia entre la escuela clásica y la escuela positiva, ambas escuelas, la escuela clásica y las positivas, llevan a cabo un modelo de ciencia penal integrada donde la concepción general del hombre y la ciencia jurídica se hallan fuertemente enlazadas, a pesar de que sus conceptos distintos acerca del hombre, en las dos escuelas podemos encontrar, la confirmación de una ideología de Defensa Social como núcleo teórico y político elemental del sistema científico.⁵⁷ El objetivo de la ideología de la Defensa social surge de manera simultánea a la revolución burguesa, predominando como elemento primordial en la codificación penal; las escuelas positivistas incluyen la Defensa social al haberla tomado después de la escuela clásica, de igual manera las adecua de las exigencias políticas que se encuentran en el meollo de la evolución de la sociedad burguesa, del paso del estado liberal clásico al estado social.

El concepto de Defensa Social, es el sumario o resumen de los mayores avances

54 Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del Delito, México, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011 p. 196.

55 Ibidem, pp. 24 y 25.

56 Organización de las Naciones Unidas, Resolución 2856/XXVI.

57 Baratta, Alessandro, Criminología y sistema penal, Argentina, Euros, 2004, p. 445.

es realizado por el Derecho penal moderno; no es solamente un componente técnico del sistema legislativo y dogmático sino, más aún posee una función justificante y racionalizadora respecto de éstos. En otro tenor, el concepto de Defensa social, mencionado anteriormente, es el lugar de destino de una prolongada evolución del pensamiento penitenciario y penal, mismo que es el reflejo de su adelanto y avance.⁵⁸ La ideología de la Defensa social en relación con el sistema penal desarrolla una función legitimadora. El atraso de la ciencia jurídica respecto al pensamiento criminológico sincrónico de avanzada es de tal magnitud que no se podría restaurar en estos días de esta crítica a la ciencia jurídica, lo que implica llevar a cabo un análisis crítico del estado concomitante de la ciencia penal.

La divergencia derivada de las propuestas sugeridas de las escuelas positivas en Italia, con Lombroso y Ferri y por la escuela sociológica en Alemania, con Von Listz, la cual es predominante hasta los años treinta, fue puesta en jaque debido a la importancia adquirida desde ese momento por la técnica jurídica en Italia con Rocco y en Alemania con Beling, que hasta este momento tiene gran influencia en la ciencia penal de la Europa continental. La desunión que se acrecentó en ese momento entre la dogmática jurídica y las ciencias sociales y criminológicas por otra parte se favoreció por la reticencia emanada de la política cultural fascista tanto en Italia como en Alemania, no se ha podido superar.⁵⁹

La pena privativa de la libertad deja de lado al castigo y a la retribución, encontrando así la forma de utilidad en la misma sanción, asimismo construye su legitimidad en un modelo político y ya sin utilidad económica, pretende encontrar utilidad social; el Derecho intenta reaccionar contra los actos, de tal manera que disipa los hechos y entonces prejuzga a las personas, incidiendo en la definición de derecho penal de autor, y es así como la prevención delictiva es la base de sus expectativas. Volver a la influencia del positivismo criminológico, es decir, de la llamada escuela positiva en el derecho penal de autor se traduce en un retroceso en la implementación de procedimientos de tintes inquisitivos con tendencias represivas que transgreden o violentan las conquistas clásicas de derechos. De esta forma, el fin de la pena se enfoca nuevamente más en el castigo y en la supresión del delincuente al cual se considera nacido como tal e incapaz de toda convivencia social.⁶⁰

58 Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal*, Argentina, Euros, 2004, p. 38.

59 Ídem, p. 40.

60 Zamora Grant, José, *Justicia penal y derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 65.

VII CONCLUSIONES

En la modernidad y hasta el día de hoy, está anclado el utilitarismo como punto focal del Derecho Penal; aunque con tintes que difieren en función del dinamismo y la innovación del mencionado Derecho Penal; con base en la filosofía de la prevención delictiva y haciendo de lado el positivismo penal, toma como eje la prevención del delito con el propósito de disuasión y corrección a través del despliegue de la justicia penal.⁶¹

Al abordar el estudio de la reconstrucción histórica de las teorías de la pena y el subsecuente surgimiento de la pena privativa de libertad, así como de su institucionalización como sanción jurídica esencial del sistema penal. Hemos analizado de igual manera el origen y fundamento de la pena privativa de libertad con el propósito de identificar los postulados teóricos, así como los argumentos y razones que pretendieron legitimar la pena privativa de libertad, igualmente analizamos el concepto de pena desde las más primitivas a través de la proposición de una breve reconstrucción socio histórica de las teorías de la pena y de la naturaleza de la pena en general, al analizar las diversas acepciones en el devenir histórico observamos el incesante empeño de legitimar la pena latente en las estructuras sociales; de igual manera indagamos sobre las razones del surgimiento de la pena privativa de libertad, así como sus orígenes. Hemos podido constatar el devenir de la pena desde la etapa de venganza privada, que no es más que el impulso de defensa, que más adelante tomará un carácter público estudiamos y analizamos el origen de la casa de corrección, la fábrica, la cárcel y la consecuente explotación del trabajo humano, es en este tenor que situamos el surgimiento de la prisión como institución.

Descubrimos que las casas de trabajo y las cárceles han servido a propósitos distintos a los teleológicamente formulados, esto es, disciplinar para el trabajo y reproducir la fuerza de trabajo lo que se puede englobar en una pretensión utilitarista no declarada pero sí latente. Los fines declarados solo eran una forma diferente de utilitarismo anclado en postulados como el de readaptación social. Los fines atribuidos a la pena privativa de libertad pretendieron y encontraron legitimación, esto es, aceptación por las personas como una pretensión válida, viable y por tanto legítima. De la mano de estas pretensiones utilitaristas declaradas permanecía también como fuente de legitimación los postulados retribucionistas anclados en la idea de castigo y expiación, por el mal causado.

La teoría de la retribución impera en la actualidad aún en contra de múltiples detractores porque su concepción de pena es la respuesta a la idea de que el culpable debe ser castigado por el mal que ha realizado, teniendo como base la correspondencia objetiva entre el delito y la pena. En este orden de ideas podemos apreciar que los autores que defienden esta posición consideran que el castigo es un mecanismo adecuado para restaurar una situación de desequilibrio en el reparto de las cargas sociales provocado por la introducción del delito. El argumento más popular, y no necesariamente el más sólido y profundo para justificar la pena, descansa en entender que las penas reducen la criminalidad en una sociedad determinada o, también, que con ellas se logra restituir la afectación que las víctimas sufren por la infracción al bien jurídico

61 *Íbidem*, p. 97.

tutelado por el sistema penal.

La eliminación de los señalados como indeseables o disidentes, así como de aquellos que pierden la razón, son las conjeturas propuestas por las teorías positivas de la pena; en este orden de ideas observamos su coincidencia en remedar las relaciones sociales de producción. En este sentido son evidentes los resultados significativos en temas pragmáticos que las funciones latentes de la pena obtienen sin dejar de señalar su permanencia en la esfera de lo teórico. La cohesión de cierto grupo con el propósito de combatir al otro es acuñada en la propuesta de prevención general positiva evidenciando los límites mínimos del sistema punitivo contra aquel que es señalado como persona; esto trae como consecuencia la permanente práctica relativa a la exclusión de los indeseables.⁶²

La propuesta de la prevención general positiva, con una apariencia imparcial disimula la falacia naturalista de las ideas resocializadoras e incapacitantes; la pena, para estos teóricos, tiene a su cargo el propósito sustantivo de la prevención del delito el cual es representado por un grupo disímil respecto a la sociedad que lo ha etiquetado, y por tanto sujeto a la intimidación que es punta de lanza contra el delito.⁶³ “La integración depende de la existencia de la intimidación, es un hecho que se verifica como consecuencia de la amenaza penal como finalidad atribuida al castigo enunciado en las leyes”.⁶⁴

Las sociedades tienden a exigir como solución a la inseguridad, y como herramienta frente al delito el incremento de la fuerza intimidatoria del estado frente al individuo, que deriva en sociedades con índices de violencia más elevados y por consiguiente con individuos que desarrollan insensibilidad a los mismos. En este sentido podemos observar que esta postura solo proporciona una impresión de seguridad subjetiva a los ciudadanos que es inclusive de corta duración.⁶⁵

En este orden de ideas, analizamos los fines que la pena privativa de libertad, focalizando la atención en las principales corrientes sobre la teoría de la pena, el retribucionismo y el utilitarismo, así mismo notamos una evolución comprometida con el momento histórico, esto es, la fenomenología social que envuelve las reacciones del Estado con el propósito de mantener la concordia y la paz social, en su intento de reducir al mínimo la violencia inherente a los conflictos sociales derivados de la vida en comunidad.

Con respecto a los fines de la pena privativa de libertad, observamos como primera intención la imposición de un castigo, más adelante se pugnó por la abolición de las sanciones corporales y de la pena de muerte, en un intento de humanizar el derecho penal; esto nos condujo a situarnos en el surgimiento del Estado al gobernarse por un principio rector como el intervencionismo, tuvo la inclinación a preponderar la efi-

62 Tenorio Tagle, Fernando, El crimen y el control del delito: la irracionalidad declarada y la racionalidad material de las políticas en materia criminal (Crime and Its Control: the Declared Irrationality and the Material Rationality Criminal Policies) Enero/junio 2011 *Crítica Jurídica* No. 31. pp. 164-167.

63 Pavarini, Massimo, Perez Carrillo, Agustín A. y Tenorio Tagle Fernando, *Seguridad pública. Tres puntos de vista convergentes*, México, Ediciones Coyoacán S.A. de C.V. p. 284

64 Pavarini, Massimo, Perez Carrillo, Agustín A. y Tenorio Tagle Fernando, *Seguridad pública. Tres puntos de vista convergentes*, México, Ediciones Coyoacán S.A. de C.V. p. 284

65 Ídem. p. 285

cacia de sí mismo que al servicio de la ciudadanía, dando un uso a la pena como arma del Estado con el propósito de intimidar para disuadir bajo la idea de ejemplaridad.

El Estado intervencionista crearía mecanismos de intervención sobre la vida de social, lo cual debería entonces tener una repercusión en el ámbito penal, así es como se le atribuye a la pena un propósito de combate hacia el delito, dando inicio a un nuevo sentido de batalla contra la delincuencia como fenómeno tangible de la sociedad. Proteger al bien sociedad del mal delito.⁶⁶

66 En este sentido, Alessandro Baratta. *Criminología crítica y crítica al derecho penal*. Editorial Siglo XXI, México 1993. P. 36

VIII REFERENCIAS.

Baratta, Alessandro, Criminología y sistema penal, Argentina, Euros, 2004. Beccaria, Cesar. Tratado de los delitos y de las penas, Edit. Cajica, México, 1967.

Cárdenas Gracia, Jaime, Introducción al estudio del derecho, México, Nostra Ediciones, 2009.

Enríquez Rubio Hernández, Herlinda, “Breve reseña histórica y conceptual de la prisión”, en Ciencia Jurídica, Núm. 1-2, México, 2012.

Feijoo Sánchez, Bernardo, “Retribución y prevención general”, Argentina, IBDF, 2017. Foucault, Michel, Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión, Argentina, Siglo XXI Editores Argentina.

Gómez Romo de Vivar, Guillermo Rafael, “La ética y la justicia, fundamentos científicos de Carlos Obregón”, en Ciencia Jurídica, Núm. 3-5, México, 2014.

Huerta Reyes, Yadira Aideé, “Problemática de la educación jurídica en México”, en Revista el Mundo del Abogado, Núm. 197, México, 2015.

Jiménez de Asúa, Luis, Lecciones de derecho penal, México, Pedagógica Iberoamericana, 1995.

Kahan, Dan M. y Martínez Sánchez, Wilson Alejandro, “La teoría del dilema del valor: Una crítica del análisis económico del derecho penal”, en Letras Jurídicas, Núm. 6, México, 2008.

Lardizábal y Uribe, Manuel, Discurso sobre las penas, México, Porrúa, 2005.

Miralles, Teresa, “El control formal: la cárcel”, Bergalli, Roberto, Bustos Ramírez, Juan, González Zorrilla, Carlos, Miralles, Teresa, y De Sola, Ángel, El Pensamiento Criminológico, Vol. 2, Colombia, TEMIS, 1983, p. 95-120.

Mir Puig, Santiago, Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho, España, Bosch, 1982.

Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del derecho, 2a. ed., Argentina, Editorial Astrea, 2003, p. 429.

Ortiz Govea, Rafael, “Génesis del derecho penal”, en Revista Trilogía, Núm. 3, México, 2007.

Ortiz Ortiz, Serafín, Los fines de la pena, México, Instituto de capacitación de la Procuraduría General de la República, 1993.

Pavarini, Massimo, Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, México, Siglo XXI, 1999.

Pavarini, Massimo, Perez Carrillo, Agustín A. y Tenorio Tagle Fernando, Seguridad pública.

Tres puntos de vista convergentes, México, Ediciones Coyoacán S.A. de C.V.

Plascencia Villanueva, Raúl, Teoría del Delito, México, Universidad Autónoma de Méxi-

co, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Salcedo Flores, Alfredo, “La prisión preventiva, ¿condena anticipada?”, en Alegatos, Núm.98, México, 2018.

Tenorio Tagle, F. (2013). El crimen y el control del delito: la irracionalidad declarada y la racionalidad material de las políticas en materia criminal. *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana De Política, Filosofía Y Derecho*, (31). <https://doi.org/10.22201/ceiich.01883968p.2011.31.35413>

Tenorio Tagle, Fernando, “Seguridad pública y conveniencias políticas”, en Alegatos, revista del Departamento de Derecho de la UAM-A, Núm., 34 México, 1995. <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/1335>

Zamora Grant, José, Justicia penal y derechos fundamentales, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.