

Discurso y garantismo: consideraciones acerca de los fines de la pena*

Luisa Leal Suárez

*Investigadora del Instituto de Criminología
"Dra. Lolita Aniyar de Castro"*

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia

Adela García Pirela

*Asistente de Investigación del Instituto de Criminología
"Dra. Lolita Aniyar de Castro"*

*Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad del Zulia
Maracaibo-Venezuela*

Resumen

Desde un punto de vista jurídico-criminológico, el presente artículo analiza algunos aspectos centrales de la justificación del derecho a castigar, tomando como punto de referencia el ejercicio del poder penal y su coherencia (o no) con el discurso generado en la reflexión jurídico-filosófica en torno a los fines y funciones adjudicados a la pena pública. En este sentido, la metodología utilizada corresponde al análisis e interpretación teórica de fuentes primarias y secundarias. Igualmente se toman en consideración las implicaciones de las justificaciones penales en materia de política criminal, y su correspondencia con el modelo garantista de derecho penal, con el objetivo de subrayar la defensa de los derechos

* El presente artículo es un avance del programa de investigación "Modernización y Reforma del Control Social Formal en Venezuela. Parte II, financiado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (CONDES).

y garantías individuales como el máximo criterio de racionalidad del derecho penal dentro del marco político-jurídico del Estado de Derecho.

Palabras clave: Derecho a castigar, fines de la pena, discurso penal, garantismo, derecho penal mínimo.

Discourse and Guarantees. Consideration as to the Purpose of Punishment

Abstract

From a judicial-criminological point of view, the present article analyzes certain central aspects of the justification for the right to punish, taking as a reference point the exercise of penal power and its coherence (or not) with the discourse generated in judicial-philosophical reflection in reference to the purpose and function adjudicated to public punishment. In this vein the methodology utilized was theoretic interpretation and analysis of primary and secondary bibliographical sources. Likewise the implications of these penal justifications in criminal policy were considered, and their correspondence with the guarantee model of penal law, for the purpose of underlining the defense of individual rights and guarantees as the prime rational criteria in penal law within the political-legal framework rights and a statute of rights.

Key words: Right to punish, objective of punishment, penal discourse, guarantees, minimum penal rights.

1. Derecho Penal y Poder Penal

Democracia y Estado de Derecho, son dos términos que en el plano jurídico se asocian a la idea de garantismo. Democracia, en términos muy generales, alude al fundamento político de la mayoría, como expresión del poder y voluntad del pueblo (Ferrajoli, 1999). Estado de Derecho, por su parte, se refiere al sistema de principios, normas, derechos y deberes que componen e informan la organización política y social de una nación determinada.

Ambos términos se concretan en lo que se denomina el pacto constitucional (Ferrajoli, 1999 y 1997; Baratta, 1998) y constituyen a la vez, presupuesto y finalidad del garantismo jurídico.

Por lo tanto, el sentido de la democracia no puede circunscribirse a la voluntad política de la mayoría, debe complementarse con fundamentos valorativos y presupuestos humanistas, que permitan dar contenido a los principios democráticos, especialmente en lo que se refiere al ámbito penal, o sea a la justificación del *ius puniendi*. Esto es así, porque la sola expresión de la voluntad de la mayoría es incapaz de racionalizar la intervención del Estado en la resolución de los conflictos producto de la desviación delictiva.

En este sentido, la justificación del *ius puniendi* y los fundamentos sobre el fin de la pena, en un Estado de Derecho democrático, tienen como condición el asumir una correspondencia axiológica con el garantismo jurídico. Dicha correspondencia solo es posible en la medida en que la justificación de la potestad penal trascienda de los postulados sobre la defensa social, en los que se asume únicamente como deber legítimo del Estado la protección de las mayorías.

Derivado de estas nociones, el derecho penal supone la regulación del *ius puniendi* del Estado, el establecimiento de límites sobre ese derecho a castigar frente a la igualdad formal y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por otra parte, el cuestionamiento sobre la legitimidad del poder punitivo del Estado se ha vinculado históricamente al cuestionamiento sobre la legitimidad del poder político, en este sentido, la evolución de la pena es estudiada a través de la evolución del Estado.

El desarrollo teórico de la ciencia penal, sin embargo, ha quedado rezagado con relación al avance estatal en el ejercicio del control social formal. Hasta el momento, la ciencia penal no ha logrado un acercamiento con el poder penal que permita su adecua-

ción en la realidad a un modelo de estado garantista; tal como expresa Binder:

(...) la ciencia penal ha mantenido una relación de lejanía, en el mejor de los casos de proximidad tangencial, con el poder penal. Así el poder penal no ha sido suficientemente racionalizado por la ciencia penal; se le puede considerar como un poder sin suficiente control científico o sea, un poder usado sin adecuada regulación, funcionando en condiciones desconocidas u ocultas, y sin apropiados límites (1997:25).

La ciencia penal se ocupó mas profusamente por desarrollar una teoría del delito antes que una teoría de la pena, y no es hasta el Iluminismo del siglo XVIII, cuando se advierte sobre la inhumanidad de las penas y sobre la necesidad de adecuar las consecuencias prácticas del poder penal a la lógica racional instituida por el derecho penal liberal (Binder, Ob.Cit.; Ferrajoli, 1997).

La idea del pacto social promueve nuevas concepciones acerca del ejercicio del poder político, estimulando el cambio de los postulados filosóficos al interior del derecho penal, que se sitúan a la pena en el centro de la reflexión jurídico – penal. Tal discusión tiene su inicio en el planteamiento de Beccaria sobre los principios del derecho penal y la crítica al ejercicio del poder penal en su época, cuyas repercusiones llevan a un replanteo sobre la justificación del poder de castigar.

El cuestionamiento del rigor de los castigos corporales y de la pena de muerte, el principio de legalidad, la proporcionalidad de la pena en relación a los delitos y el principio de necesidad, son algunos de los aspectos desarrollados por el derecho penal clásico como límites del derecho a castigar del Estado frente al individuo, que influyeron sobre las políticas criminales de los incipientes Estados liberales y llevaron a la consideración del encierro como la forma idónea de castigo. No obstante, y a pesar de que puede afirmarse que mediante los principios humanizadores del sistema penal se le confiere racionalidad moderna al poder

de castigar, esto no constituyó una contención verdadera de ese poder (Santos, 1987).

Al respecto, Foucault (1980) explica que la reformulación del derecho a castigar responde no solo a nuevos parámetros en la concepción jurídica del derecho penal, a partir de supuestos principios equitativos, sino a la necesidad histórica de establecer una nueva economía del poder de castigar, a asegurar una mejor distribución de éste, plausible de ejercerse de manera continua a través de todo el cuerpo social.

Así, según Foucault, el fundamento filosófico del derecho penal, trasladado de la venganza del soberano a la defensa social, inicia una nueva política de represión punitiva, que necesita de una vigilancia expandida. Al cargar el acento sobre la defensa de la sociedad, el criminal aparece como enemigo de la sociedad entera, por un lado; por otro, la instaurada necesidad de defensa social, ameritaba una reorganización del poder de castigar, en el diseño e implantación de tácticas de intervención sobre los criminales actuales o eventuales.

La reforma del derecho criminal debe sé leída como una estrategia para el reacondicionamiento del poder de castigar(...) la reforma propiamente dicha, tal como se formula a través de las teorías del derecho o tal como se esquematiza en los proyectos, es la prolongación política y filosófica de esta estrategia, con sus objetivos primeros: hacer del castigo una función regular (...) castigar con una severidad atenuada quizá, pero castigar con mas universalidad y necesidad (Ibíd.: 83-86).

En este sentido, las teorías sobre el fin de la pena como medio de defensa social, traídas por Bentham, Shopenhauer y Feuerbach, si bien inspiradas en la filosofía liberal, han servido para justificar modelos correccionalistas de derecho penal máximo (Ferrajoli, 1997: 262).

La teoría de la defensa social es llevada hasta sus últimas consecuencias por Franz Von Litz, quien consideraba que la justi-

ficación del derecho penal no era posible si éste no se asentaba en el conocimiento científico de la conducta criminal, y por lo tanto, se hacía necesario unificar la ciencia y la filosofía penal con las ciencias sociales y la política criminal, con lo que se daría objetividad y racionalidad al poder punitivo del Estado, en tanto según esta concepción, el fin del derecho penal consistía en buscar las vías mediante las cuales la pena pueda ser mas eficaz en la defensa y preservación de la sociedad (Santos, 1987).

Este planteamiento pareciera indicar un acercamiento del derecho hacia el poder penal, no obstante, el abandono que se produce al interior de la ciencia penal de los postulados liberales, inducen a negar cualquier contenido ético del derecho, lo que generó una objetivación tanto del delito como del delincuente; el delito ya no se consideraba una conducta moralmente reprobable, consumada por una voluntad libre y castigado según el daño realizado concretamente ⁽¹⁾; sino como un acto determinado por una serie de condiciones inherentes a estados individuales patológicos, dañoso a la sociedad en forma general.

De aquí, que la relación de poder, subyacente bajo el ejercicio del castigo, se subsume a una relación de objeto, en la cual se encuentran inmersos no sólo el delito como hecho que se prohíbe según unas normas comunes, sino el delincuente como un individuo a quien se conoce según unos criterios específicos (Ibíd.: 106); a partir de lo cual no es posible lograr una aproximación teórica que justifique el derecho a castigar en función de la sujeción del poder penal.

En este punto tiene especial relevancia la consolidación de la prisión como la pena por excelencia, como forma de neutralizar los comportamientos indeseables. La prisión aislaría al individuo del cuerpo social, con lo que además de proteger a aquel, sería posible estudiarlo para identificar las causas de su conducta, presentada como anormal.

De tal manera que el acercamiento se produce, no hacia el poder punitivo y su contención, sino hacia el delito y el criminal. Con ello se da inicio a la influencia de la Criminología Antropológica en el Derecho Penal, que deja de lado los principios clásicos liberales como la legalidad, la tipicidad y la culpabilidad (la idea del determinismo criminal abandona igualmente la noción del libre albedrío), lo cual traerá consecuencias importantes en cuanto a la determinación de los delitos y las penas, generando un poder amplísimo de punición.

La concepción patológica del hombre delincuente traída por la ciencia criminológica, influyó notablemente en la elaboración teórica del derecho penal y en las políticas criminales a finales del siglo XIX. Al introducir el concepto de locura criminal, la teoría sobre la responsabilidad penal cambia su contenido ético por el elemento subjetivo, es decir por las características propias del individuo. El origen morbo del comportamiento criminal opone la idea de peligrosidad a la de culpabilidad moral; lo cual tiene una importante repercusión en el ámbito de la política criminal y de la difusión en la colectividad del estereotipo del delincuente (Santos, 1987).

El principio de legalidad ya no constituirá el pilar fundamental para determinar el uso de la coerción penal; con el triunfo del cientificismo positivista, será la naturaleza anormal del individuo, asociada a rasgos anatómicos y fisiológicos, lo que tomará preeminencia en las políticas punitivas.

Es necesario advertir, que más recientemente, la reflexión jurídica – penal gira en torno a un replanteamiento de la teoría de la pena, sobre criterios de orden garantista. A esto ha contribuido, en gran medida, el acercamiento a la realidad del ejercicio del poder penal, efectuado por las investigaciones de la Criminología de la Reacción Social y la Criminología Radical y/o Crítica. En tal sentido, los estudios sobre la cifra negra de la delincuencia, los delitos de cuello blanco, la selectividad del sistema penal, los ilegalismos del Estado, los abusos de poder y en especial todo el mo-

vimiento teórico que se desarrolla a partir del fracaso de la función resocializadora de la pena (Cfr. Stanley Cohen, 1988; Pavarini, S/f), son algunos de los aspectos que evidencian la irracionalidad del aparato punitivo del Estado y que cuestionan fuertemente el discurso justificante del *ius puniendi*.

Así, este acercamiento se desarrolla fundamentalmente mediante el análisis de la violencia institucional y sus consecuencias. Los estudios de la Criminología Crítica indican como las prácticas de política criminal, es decir, el ejercicio de los mecanismos de control social formal en el plano de la realidad, se encuentran en una recurrente contradicción con los supuestos jurídicos constitucionales que consagran las garantías individuales en el Estado de Derecho; y con ello, la advertencia sobre las funciones reales de la pena ⁽²⁾. A partir de lo cual, ha sido posible develar también, la irracionalidad de los propios postulados sobre los fines de la coerción penal. En este sentido, las tendencias teóricas de Derecho Penal Mínimo realizan un esfuerzo por retomar los criterios del liberalismo penal clásico, con el objeto de adecuar la potestad punitiva tanto a principios intra sistemáticos de racionalidad jurídica, como a justificaciones externas que no impliquen la negación de la humanidad individual.

Al respecto, se ha desarrollado una metodología en la que se esquematizan los criterios según los cuales se desarrollan los modelos punitivos, que permite acreditar las concepciones garantistas del derecho penal:

2. Modelos teóricos de Derecho Penal

En teoría, los sistemas y ordenamientos jurídicos penales supeditados a un Estado de Derecho, corresponden a sistemas de garantías mediante los que se limita la actividad punitiva del estado en procura de la tutela de los derechos individuales.

En la realidad, las instituciones penales no siempre se ajustan a este sistema de garantías. Así, todo sistema penal positivo

presenta no una adecuación exacta, sino grados de garantía, por lo que se afirma que todo sistema penal posee algún elemento de irracionalidad, propio del estado de policía en contraposición al Estado de Derecho (Ferrajoli, 1997: 103, Binder, 1997: 37-40).

En tal sentido, es posible identificar dos grandes modelos teóricos de derecho penal que representan los dos extremos en los que oscilan las normas y prácticas penales en un momento determinado, según lo cual puede determinarse el carácter condicionado o incondicionado (limitado o ilimitado) del poder punitivo, estos son, los modelos de derecho penal mínimo y derecho penal máximo.

El modelo de derecho penal mínimo o garantista, está representado por una serie de axiomas que constituyen condiciones del arbitrio penal; éstas pueden resumirse en las siguientes:

- *nulla poena sine crimine* (principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito)
- *nullum crime sine lege* (principio de legalidad en sentido lato y en sentido estricto)
- *nulla lex poenali sine necessitate* (principio de necesidad o de economía del derecho penal)
- *nulla necessitas sine inuiriā* (principio de lesividad del acto)
- *nulla inuiriā sine actione* (principio de materialidad o exterioridad de la acción)
- *nulla actio sine culpa* (principio de culpabilidad o responsabilidad personal)
- *nulla culpa sine iudicio* (principio de jurisdiccionalidad en sentido lato y estricto)
- *nullum iudicium sine accutatione* (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación)

- *nulla accusatio sine probatione* (principio de la carga de la prueba o de la verificación)
- *nulla probatio sine defensione* (principio del contradictorio o de la defensa)

Los anteriores principios constituyen la fundamentación del derecho penal, y corresponden a una elaboración *iusnaturalista*, como directrices políticas, morales o naturales, de limitación del poder absoluto en los siglos XVII y XVIII, luego incorporadas a las constituciones modernas y contemporáneas, en forma mas o menos completa (Ferrajoli, 1997:103).

Según el modelo garantista, el poder punitivo del Estado será ejercido legítimamente en cuanto: no se admita ninguna imposición de pena sin que se produzca la comisión de un delito, su previsión en la ley como tal, la necesidad de su prohibición y punición (principio de estricta legalidad), sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior y material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor; y su prueba empírica mediante un juicio iniciado por una acusación ante un juez imparcial, en un proceso público y contradictorio, mediante procedimientos previamente establecidos por la ley y con garantía de defensa del reo (Ibíd.: 104).

El otro modelo teórico de derecho penal corresponde al modelo de derecho penal máximo que por el contrario, constituye el extremo de una amplia potestad punitiva, carente de parámetros ciertos y racionales, caracterizado por la incertidumbre e imprevisibilidad de las penas y las condenas.

En este modelo la estricta legalidad se sustituye por la potestad sustancialista de la autoridad, donde delito, condena y pena dependen de los criterios subjetivos del juez o de la autoridad administrativa, a la vez que los principios acusatorio y contradictorio del juicio, son afectados por la inquisición procesal, lo que permite la máxima expansión de la intervención punitiva (Ibíd.: 105).

Este modelo sirve para configurar sistemas de control penal propios del Estado absoluto o totalitario, y caracteriza en muchas formas las nociones peligrosistas de derecho penal de autor.

Como ya se ha advertido, los modelos anteriores constituyen extremos teóricos, de ahí que entre uno y otro existan sistemas intermedios sustentados por la ciencia penal; y por otra parte, tampoco se concretan en forma pura en la realidad, sea porque el primero correspondería a una evolución social y política aun no alcanzada, sea porque el segundo significaría el mantenimiento de las relaciones de poder en función del ejercicio puro de la fuerza, lo que históricamente nunca ha sucedido (Aniyar, 1987).

Por estas razones, al momento de caracterizar las instituciones penales o los ordenamientos concretos, resulta más apropiado referirse a las tendencias hacia el derecho penal mínimo o las tendencias al derecho penal máximo; estas tendencias a su vez se traducen en grados de garantismo asumidos por los sistemas penales positivos:

En los ordenamientos de los modernos estados de derecho caracterizados por la diferenciación en varios niveles de normas, estas dos tendencias opuestas conviven entre sí, caracterizando una [derecho penal mínimo] a los niveles superiores y la otra [derecho penal máximo] a los niveles normativos inferiores, dando lugar a una inefectividad tendencial de los segundos (Ferrajoli, 1997: 104).

En efecto, las normas superiores como la constitucional o los tratados internacionales, consagran las garantías, derechos y preceptos que protegen al individuo de la acción arbitraria del estado, éstas normas generalmente no son observadas en forma rigurosa por los códigos penales, leyes especiales e incluso reglamentos de carácter administrativo, llegando muchas veces a contradecir los preceptos constitucionales, piénsese en Venezuela en la ley de Vagos y Maleantes vigente hasta 1999.

En todo caso, el derecho penal mínimo constituye un sistema ideal, probablemente utópico, al que sin embargo, es necesario

aproximarse teniendo en consideración el extremo opuesto, en el sentido de que tanto la construcción teórica como la realidad jurídica, tiendan cada vez mas a un alejamiento de las nociones de derecho penal máximo.

Correlativamente, las teorías sobre el fin de la pena asumen una coherencia funcional sobre los modelos intermedios, de acuerdo al grado de garantismo o tendencia. Aunque bien podría afirmarse que cualquiera de las teorías tradicionales sobre la pena consigue identificarse con sistemas penales con un mínimo de garantismo. Desde el retribucionismo hasta la resocialización del condenado, las teorías de la pena han dejado de lado la contención de las reacciones punitivas con relación a los destinatarios de la pena, tomando solo en consideración a los destinatarios de la ofensa, lo que en mayor o menor medida permite referencias de auto legitimación y desarrollos autoritarios de modelos cercanos al derecho penal máximo (Ibíd.: 263).

Esto se observa claramente en las teorías utilitaristas de la pena basadas en la defensa social, donde la pena se justifica en función de la máxima utilidad para el mayor número; así, el grado de certeza penal radica en que ningún culpable resulte impune a costa de la incertidumbre de que algún inocente pueda ser castigado, en aras de la defensa del grupo social o del orden social establecido (Ibíd.: 106).

Al respecto, la teoría de la prevención especial positiva le atribuye a la pena la función de corregir al reo para su resocialización, es decir para su adhesión al sistema de valores y normas establecido; la teoría de la prevención especial negativa la de eliminarlo o neutralizarlo dado el peligro que representa para la sociedad; la teoría de la prevención general positiva o integración, le asigna a la pena la función de reforzar la fidelidad de los asociados al orden constituido; y finalmente, la teoría de la prevención general negativa, la de disuadir a los ciudadanos mediante el ejemplo o la amenaza de la pena. En todas ellas, sea en forma ex-

plícita o implícita, la pena tiene como inmediatez a la sociedad y como mediatez al individuo, en el sentido de que el hombre es usado como el medio para garantizar los intereses del grupo.

De aquí que estas teorías no puedan ser sostenidas en relación con principios iushumanistas, y por lo tanto resulten incoherentes con un modelo de derecho penal garantista, propio del estado de derecho; ya que al considerar al hombre como un medio (objeción moral kantiana) niegan su condición de fin absoluto (Ibíd.: 264).

3. El fin de la defensa social y las teorías sobre las funciones de la pena. Evolución material y teórica de la pena

El discurso sobre la humanización de las penas, que se enlaza con el fin utilitarista penal de la defensa social, constituyeron las ideas más importantes para la expansión del castigo, que llevaron a la institucionalización y consolidación de un modelo exclusivo y estigmatizante de control social.

En este orden de ideas, las teorías de la pena se presentan como un discurso que ha justificado el ejercicio programado de la violencia por parte del Estado, sin lograr establecer verdaderos límites en torno a la dignidad humana, por dos razones: en primer lugar, porque la mayoría de las teorías contienen un grado de elaboración abstracto que no permite su conexión con la realidad del poder penal (Binder, 1997: 26) y en segundo lugar, porque casi todas las doctrinas sobre el fin de la pena expresan una adhesión al criterio de máxima utilidad de la pena para el mayor número de no desviados (sin tomar en consideración el criterio de menor sufrimiento a infligir en la minoría desviada); por lo que resultan incapaces para sugerir criterios de efectiva delimitación y minimización del derecho penal. Tal como expresa Ferrajoli:

Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la histo-

ria ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos (1997: 387).

En efecto, haciendo un recorrido por las fases de evolución de la pena y sus concepciones teórica-filosóficas, es posible identificar como el derecho penal ha sido instituido en función de principios limitantes humanistas, que posteriormente se han desvirtuado dada su operacionalización parcial, únicamente en función de la protección de las mayorías, como bien puede observarse en los siguientes cuadros:

3.1. Evolución histórica de la pena

Fase Vindicativa	<p>Reacción primaria que predominó como función admitida en los llamados pueblos primitivos.</p> <p>Vindicta privada que gradualmente asume un carácter público.</p> <p>La retaliación del perjudicado prevalece como primer objetivo ante ciertas conductas.</p> <p>Es característica de aquellas agrupaciones humanas cuya complejidad social y desarrollo institucional no requieren de especiales racionalizaciones o elaboraciones teóricas para justificar el castigo, bastando el sentimiento primario de venganza.</p>
Modelo Teórico	<p>La titularidad de la acción punitiva radica en el particular ofendido.</p> <p>La acción sancionadora era potestad del ofendido o su grupo, quienes podían ejercerla o abstenerse de hacerlo. Si bien en ciertos pueblos era obligatoria. El criterio con que se ejecutaba atendía al daño causado, de hecho preterito consumado (quia peccatur)</p>

Instituciones Características	<p>El tali3n: figura antigua y elemental, que se refiere a la proporcionalidad de la sanci3n penal, restringi3 la entidad de las reacciones vindicativas al mismo perjuicio recibido.</p> <p>Compositio: estableci3 la posibilidad de realizar transacciones econ3micas sobre el derecho de tomar venganza que posea el ofendido</p> <p>Durante la fase vindicativa, en especial cuando los grupos ya haba3n alcanzado un cierto grado de complejidad y desarrollo social, tambi3n se conoci3 la privaci3n de libertad como medida de precauci3n para que el ofensor no eludiese el castigo.</p>
--	--

Fase Expiacionista o Retribucionista	<p>En la sociedad precapitalista, las ideas religiosas que justificaban el poder pol3tico, legitimaban tambi3n las imposici3n de sanciones penales. El derecho a castigar se presenta siempre como una emanaci3n de la divinidad.</p> <p>Por otra parte, desde el siglo XV, donde se inicia la fase de acumulaci3n del capital, se acudi3 al usufructo del trabajo de los sentenciados. La redenci3n se alcanzaría a trav3s del trabajo, pues con el lucro que 3ste generaba se compensarí el da3o causado al grupo social con la conducta delictiva. Esta noci3n recibe el nombre de retribuci3n, de lo que puede apreciarse que su significado original tiene un contenido claramente econ3mico.</p> <p>La finalidad de la retribuci3n es el mismo argumento religioso de expiaci3n, pero sin la connotaci3n econ3mica, el individuo deba pagar por sus pecados.</p>
---	--

<p>Modelo Teórico</p>	<p>El criterio de ejecución continuó atendiendo al daño producido por la conducta delictiva.</p> <p>El titular de la potestad punitiva fue sustituido por la institución religiosa si se trataba de un pecado, y por la organización política si la actividad era considerada delictiva.</p> <p>La innovación mas importante fue que el sentenciado como autor de un hecho punitivo recibe un beneficio a través de la ejecución de la pena, y por ende, él mismo posee interés en que la sanción se haga efectiva. Tal suposición se desprende de la creencia de que solo tras su reconciliación con la divinidad o con la colectividad podría el sentenciado gozar de tranquilidad espiritual.</p> <p>En este modelo los beneficiarios del castigo son el sentenciado, junto al ser supremo y al grupo social.</p>
<p>Instituciones Características</p>	<p>Se mantienen los castigos corporales y la pena de muerte, pero aparecen otras formas de castigos:</p> <p>Galeras: era una nave movida a remo por los sentenciados, tiene carácter de explotación económica</p> <p>Presidios: orientados a usufructuar el trabajo de los penados. Eran usados principalmente con carácter militar y de obras públicas.</p> <p>Establecimientos correccionales o casas de trabajo: constituyeron la modalidad de reacción institucional característica de la transición entre el período del poder político de la aristocracia y la burguesía. Su finalidad principal fue la explotación de la fuerza de trabajo de los condenados; era administrada por particulares con fines comerciales privados.</p>

<p>Fase Correccionalista (Nacimiento de la prisión)</p>	<p>La burguesía como clase social que ascendía hacia el poder político, se posesiona de los distintos sectores de la vida social, entre ellos los establecimientos correccionales. Con la revolución francesa y de Norteamérica, a finales del siglo XVIII, las legislaciones penales se desarrollaron con fundamento en la ideología liberal, y aparece la pena privativa de libertad como sanción en sí misma, de acuerdo a las concepciones de humanización de los castigos y los fines utilitarios de la pena.</p>
<p>Modelo Teórico</p>	<p>La función correccionalista tiene su substrato en la condición de efecto futuro del castigo (ne peccetur) si bien prevalece el criterio del efecto pasado (quia peccatum) para la determinación de la pena.</p> <p>La gran innovación que se introduce en los principios de imposición y ejecución de las sanciones penales de esta época, muestra que el criterio que debía tomarse en cuenta para justificar el castigo, no era el daño pasado causado por la conducta, sino el comportamiento futuro, en cuanto prevención general de la colectividad, intimidación general, y paralelamente el comportamiento futuro del condenado, finalidad especial correccionalista.</p> <p>Paulatinamente, se introduce el concepto de fundamento curativo del régimen penitenciario.</p> <p>La organización Política y el estado se reafirmó como titular único de la potestad punitiva, ante los comportamientos delictivos.</p> <p>Se mantiene la idea del beneficio de la colectividad con la aplicación del castigo, la pena es una especie de profilaxis social, así el fin de la pena es la defensa social.</p>

<p>Instituciones Características</p>	<p>La institucionalización de la privación de libertad como principal forma de sanción penal.</p> <p>Regímenes de reclusión filadélfico y pensilvánico: aislamiento o segregación celular permanente, prohibición de trabajar, educación religiosa, silencio absoluto</p> <p>Régimen auburniano: aislamiento celular nocturno, trabajo en común, disciplina severa, silencio absoluto, establecimientos tipo panóptico.</p>
<p>Fase Resocializante</p>	<p>El argumento resocializador se impone como principal legitimación de las sanciones penales, aproximadamente desde las tres últimas décadas del siglo XIX, cuando los estudios sobre los fenómenos sociales (entre ellos el delito) comienzan a adoptar principios positivistas de las ciencias naturales. Tiene también influencia el fracaso de los regímenes norteamericanos para corregir a los sentenciados.</p> <p>En este momento las modificaciones operadas al interior del modelo de estado liberal hacia modelos de bienestar, contribuyen a los procesos de reforma en materia penitenciaria. El fin resocializador tiene un importante eco en las políticas de tratamiento desarrolladas por el estado, dado el avance de los derechos sociales y económicos.</p>

Modelo Teórico	<p>Se introduce el comportamiento futuro como criterio para imponer y se mantiene como criterio ejecutar sanciones penales.</p> <p>Se traslada el concepto del método de las ciencias sociales al ámbito penal, la función de la pena es entonces el tratamiento de la ciencia médica.</p> <p>Surge todo un movimiento teórico de reforma carcelaria, se crean los servicios sociales y psicológicos de asistencia en las cárceles y fuera de ella: se crean instituciones de carácter social, con fines humanitarios, participa la colectividad en el control.</p> <p>Aunque predomina la idea de la prevención especial positiva, mediante la resocialización e integración del condenado, se mantiene el substrato de la defensa social como fin de la pena.</p>
Instituciones Características	<p>Regímenes progresivos de cumplimiento de condena.</p> <p>Establecimientos de reclusión con espacios para trabajo al aire libre.</p> <p>Prisión abierta, correspondiente a la última fase del régimen progresivo.</p> <p>Se comienzan a establecer medidas alternativas a la prisión como la probación.</p>

3.2. Evolución de las concepciones jurídicas de la pena

Fines	Teorías absolutas de la pena. (Retribucionismo)
Ubicación Histórica	Sociedad precapitalista, con gran influencia del poder religioso (S. XV hasta entrado el S. XVIII)
Presupuestos Teóricos	<p>Consideran la pena como un fin en sí misma, se castiga porque se ha delinquido.</p> <p>Teoría de la reparación: el delito ocasiona un daño, tanto a la colectividad como al individuo que lo comete, ese daño debe ser reparado con el dolor que la pena produce.</p> <p>Teoría de la retribución moral (Kant): la pena es un imperativo categórico, que debe ejecutarse para lograr la justicia. La pena es el castigo necesario con el que se retribuye el mal ocasionado, en aras de la justicia absoluta.</p> <p>Teoría de la retribución jurídica (Hegel): el delito es la negación del orden jurídico, y la pena es la negación de esa negación, por lo tanto la pena es la afirmación del orden jurídico. La pena es necesaria porque solo así se reafirma el orden jurídico alterado por el delito.</p> <p>La escuela liberal clásica admitió algunas ideas de las teorías retribucionistas por su vinculación con el concepto de responsabilidad moral y por su asiento en el principio kantiano del hombre como fin absoluto.</p>
Representantes	Kant; Hegel; Binding; Carrara
Fines	Teorías Relativas Intimidación general (prevención general)

Ubicación Histórica	<p>Siglo XVII y comienzos del XIX. Iluminismo.</p> <p>Discurso sobre la humanización de las penas y la necesidad de asignarle un carácter utilitario.</p> <p>La filosofía liberal sostiene la idea del ejemplo intimidador, la pena debe intimidar a quienes no han realizado un hecho punible para no llegar a hacerlo.</p>
Presupuestos Teóricos	<p>La titularidad de la imposición y ejecución de las sanciones penales radicaría en el estado, el beneficiario e interesado en que se castigue sería el cuerpo social. Esto tiene su base en la idea del contrato social. Se establece el principio de legalidad y de judicialidad, el delito es una acción producto del libre albedrío del hombre; la pena es la defensa inmediata de la sociedad, pero debe ser ejecutada en base a su necesidad y como la menor de las aflicciones posibles, en este sentido se establecen los principios jurídicos garantistas, que configuran límites de la acción del estado frente al individuo.</p>
Representantes	<p>Beccaria; Bentham; Shopenhauer; Feuerbach</p>
Fines	<p>Teorías relativas</p> <p>Prevención especial</p>
Ubicación Histórica	<p>Los planteamientos de la prevención especial son de muy antigua data (hay quienes le atribuyen a Platón su introducción), y aparecen también entre los autores iluministas.</p> <p>Pero es importante destacar que su aparición dentro del estado de derecho, como posición sistemática y con clara influencia en la legislación, es posterior tanto al retribucionismo como a la prevención general. La prevención especial es característica de los modelos de estado social y de bienestar.</p>

<p>Presupuestos Teóricos</p>	<p>La pena se dirige directamente al individuo, e implica la defensa mediata de la sociedad. Esta teoría exige no solo la existencia de la pena, sino también la de medidas de seguridad. Tiene como idea central la rehabilitación personal del reo, así, la sociedad protege al criminal en cuanto este es un individuo que amerita tratamiento y cura. La prevención especial es extremada por el derecho penal peligrosista y tiene consecuencias negativas en el principio de legalidad.</p> <p>La pena por otra parte protege a la sociedad, ya que separa al delincuente en forma definitiva o temporal de acuerdo al nivel de su enfermedad.</p> <p>Esta teoría tiene dos vertientes: la prevención especial positiva, que agrega a la idea de tratamiento la de integración; y la prevención especial negativa, que tiene como objetivo la neutralización del individuo en forma exclusiva.</p>
<p>Representantes</p>	<p>Escuela positiva italiana</p> <p>Franz Von Litz, quien crea la Dirección de Política criminal en Alemania.</p> <p>Dorado Montero en España.</p>

Fuentes: Berinstain, A. La Pena. Retribución y las actuales concepciones criminológicas. 1982. Ediciones De palma; Fernández Carrasquilla, J. Derecho Penal Fundamental. 1998. Editorial Temis; Reyes Echandía, A. Derecho Penal. Parte General. 1989. Editorial Temis; Sandoval Huerta, E. Penología. Parte General.

Tal como se ha resumido anteriormente, la evolución material de la pena corresponde a modelos políticos determinados en el curso de la historia, de donde se derivan formas de Política criminal y tipos penales característicos y funcionales al ejercicio del poder ; tales medidas han tenido de alguna manera, una sustentación teórica que ha atendido primordialmente a una concepción defensiva

del derecho penal, es decir, a la justificación meta jurídica del derecho penal como una herramienta necesaria para la protección de la sociedad de aquellas conductas catalogadas como dañosas.

Como afirma Redondo (s/f), las justificaciones del derecho a castigar han seguido a través de la historia un sentido pendular entre dos extremos: el retribucionismo y el utilitarismo, este último marcado fuertemente por las teorías resocializadoras de la pena privativa de libertad, sobre las que se han desarrollado los procesos reformistas y humanizadores de la cárcel.

Este movimiento pendular caracteriza las políticas de represión al delito, haciéndose mas duras cuando se acerca al retribucionismo y mas blandas cuando se aproxima al utilitarismo; y puede observarse en tres niveles: el de la opinión pública, el jurídico y el político (Redondo, S/f: 142, Baratta, 1985). En este orden, la percepción social del delito, la actividad legislativa y judicial y las políticas criminales en general, se debatirán entre la idea del castigo y la de la resocialización de acuerdo a las condiciones y al momento sociopolítico determinados.

Por consiguiente, las teorías retribucionistas que proponen el castigo del delincuente como retribución del daño causado, por una parte y las teorías utilitaristas que plantean la resocialización del individuo, por otra, servirán para justificar racionalmente el tipo de castigo y la aplicación de la pena, según el péndulo se incline en una u otra dirección.

Un claro ejemplo de esto lo constituye la situación actual venezolana en materia de política criminal. Así, observamos que por un lado en las recientes reformas constitucional y procesal penal se proyecta un discurso resocializante y de protección de los derechos humanos, que establece el marco de actuación del Estado frente a los ciudadanos, discurso ligado directamente con el proceso de profundización democrática y modernización del Estado, visualizándose un importante avance en la justicia penal venezolana.

De hecho, la Constitución Bolivariana de Venezuela, señala la función resocializadora de la pena y el Código Orgánico Procesal Penal conjuntamente con la Ley de reforma Parcial de Régimen Penitenciario, procuran aplicar con mayor garantismo jurídico la pena privativa de libertad a través de la judicialización de la ejecución penal, en cuanto al otorgamiento de beneficios y la mayor celeridad de los procesos judiciales (Leal, 2001).

Pero por otro lado, se observa un retroceso en materia de política criminal producto de la opinión generalizada de inseguridad y de endurecimiento de las estrategias de control de la criminalidad. El estado de indefensión sentido por el ciudadano común demanda la implementación de medidas que implican mayor autoridad, mayor control, pero también el desarrollo de prácticas que están al margen de la ley, tales como los linchamientos o ajusticiamientos (Ibid.).

En este sentido, la percepción de las reformas penales de corte garantista en el ámbito de la opinión pública, se basan en la creencia de tales normas como “blandas”, que promueven la impunidad de los delitos, y que protegen al delincuente en detrimento del ciudadano común y de las víctimas.

En el plano jurídico-político esto se manifiesta en una escalada represiva de las políticas públicas en materia de seguridad (Leal y otros, 1999: 396) y en la promulgación de leyes donde se observa una tendencia de criminalización y penalización de conductas en aumento (reforma parcial del Código Orgánico Procesal Penal, Ley de Robo de Vehículos, tipos penales en leyes administrativas y fiscales, etc.).

En materia de políticas penitenciarias vemos que éstas también han operado en forma pendular. Si bien las tendencias reformistas de la cárcel no se han llevado a cabo en la realidad nacional como en otros países de Europa y Norteamérica, las reformas legislativas en materia carcelaria surgen esporádicamente, acompañadas de un discurso humanizador y generalmente como

una válvula de escape a la violencia carcelaria, como un recurso para descongestionar el hacinamiento de la población carcelaria (Jiménez, 1994).

Esto influye directamente en las condiciones, tanto jurídicas como sociológicas, en las que se ejerce el poder punitivo del Estado, ya que al asumir la resocialización como la función de la pena, el poder de castigar encuentra su justificación en una supuesta recuperación social del delincuente: las orientaciones de las teorías de la prevención especial (y dentro de éstas la de la resocialización) se ocupan no de los hechos sino de sus autores y desarrollan programas eticistas, deterministas o pragmáticos, en los cuales el derecho penal tiene como fin, además de la prevención de los delitos, en el mejor de los casos (prevención especial positiva) la transformación de las personalidades desviadas de acuerdo a proyectos autoritarios de homologación o en el peor de los casos (prevención especial negativa), la neutralización del individuo mediante técnicas de amputación y saneamiento social (Ferrajoli, 1997: 265).

La Constitución venezolana en su reciente reforma establece los principios que sirven de base al derecho penal como garantía, es decir, la manera de intervenir el Estado en la esfera del individuo que tendrá repercusiones en la imposición y ejecución de la pena. El nuevo marco axiológico plasmado en la Constitución Bolivariana de Venezuela, sienta los fundamentos genéricos de la justicia cuando recoge todos los principios garantizados bajo criterios de igualdad del ciudadano, al señalar en su artículo 2:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propaga como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la prominencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

De esta manera, la justicia se constituye en un valor de orden social y político garantizado y reconocido por el Estado de Derecho, que dependerá de la medida en que se cumplan todos aquellos axiomas que traducen ideales democráticos.

Por otra parte, el nuevo marco jurídico constitucional presenta por primera vez en la historia constitucional venezolana, una consideración expresa en relación a la función de la pena privativa de libertad. En efecto, el artículo 272 señala: “El estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto de sus derechos humanos (...)”; en concordancia con la Ley de Reforma de Régimen Penitenciario, que en su artículo 2 expresa: “La reinserción social del penado constituye el objetivo fundamental del período de cumplimiento de la pena”.

Sin embargo, la referida directriz constitucional presenta una problemática en los niveles conceptuales y prácticos que es preciso señalar: desde el punto de vista teórico y tal como se ha hecho referencia, la matriz de pensamiento desarrollado en las últimas décadas respecto a la pena y sus funciones, coloca en tela de juicio la función reeducativa y socialmente readaptadora de la pena privativa de libertad (Leal, 2001).

De alguna manera, todas las investigaciones coinciden en que resulta imposible educar para la libertad, quitando la libertad; y demuestran a su vez los efectos negativos de la vida en prisión, de los procesos de estigmatización y del desarrollo de culturas criminales (Ibid).

Es indudable que la concepción constitucional venezolana, obedece a los aportes de la doctrina penal que ha estado influenciada por la consideración de la pena con fines utilitaristas reeducativos, en detrimento de su aspecto aflictivo basado en las teorías retribucionistas, complementándose con consideraciones humanitarias en torno a la prisión y con el respeto a los derechos humanos. Sin embargo, al momento de confrontar ésta concepción

con los principios que informan un derecho penal garantista, las fundadas críticas sobre los efectos perjudiciales y los costos sociales consiguientes a la pena privativa de libertad, así como el análisis crítico al que las ideas de resocialización, rehabilitación o reinserción social han sido sometidas; tal fundamentación pierde su sentido lógico-racional, convirtiéndose en una mera declaración de buenas intenciones.

En el nivel práctico, la finalidad resocializadora implica la implementación de un tratamiento dentro de un régimen penitenciario, esto lleva a dos objeciones; la primera se relaciona con las condiciones materiales disponibles para llevar a cabo dicho tratamiento, la segunda, con los supuestos jurídico penales involucrados en el cumplimiento de la condena (Ibid).

En el caso específico venezolano, el sistema penitenciario atraviesa por una descomunal crisis a la cual han contribuido entre otros factores, el retardo procesal y la deshumanización de las cárceles del país.

En cuanto a los supuestos jurídico penales, es necesario tomar en consideración que las relaciones entre régimen penitenciario y tratamiento deben estar coordinadas sobre la base del principio de individualización científica, que implica no solo la subordinación del penado al régimen de tratamiento impuesto, para lograr la progresividad de la condena, sino también la subordinación del cumplimiento de la pena y su consecuente ascenso a los beneficios de la progresividad, a criterios de derecho penal de autor, que contradicen las garantías jurídicas de legalidad e igualdad formal, afectando igualmente el principio de judicialidad, tomando en cuenta, que si bien las decisiones sobre los beneficios otorgados en función de la progresividad son decisión de los jueces de ejecución, los avances del tratamiento son valorados por funcionarios administrativos y éstos constituyen informes sobre los cuales se basa la autoridad judicial para su decisión.

De este modo, las condiciones de la función resocializadora, lejos de ser un mecanismo favorable al cambio de la institución carcelaria y de racionalización del castigo público, se encuentra apoyando aquellas ideologías conservadoras que legitiman la intervención punitiva y magnifican la capacidad de la pena privativa de libertad como el mecanismo idóneo para la defensa social, sin entrar a considerar los límites jurídico-axiológicos referidos al destinatario de la pena, que se derivan de una concreción racional del poder penal en un Estado de Derecho.

4. Los fines de la pena según el modelo de derecho penal mínimo

Como ya se ha referido, dentro de las recientes construcciones teóricas sobre la pena, es necesario citar aquellas que revelan una posición crítica hacia el poder punitivo y sus justificaciones jurídico-penales; las mismas corresponden a una corriente de pensamiento desarrollada en Europa y Latinoamérica desde finales de 1970, preocupada fundamentalmente por establecer un piso teórico a la primacía de los derechos humanos sobre el carácter eficientista del derecho penal, en la búsqueda por superar la violencia desmedida ejercida por el Estado.

Para ello, ha sido necesario efectuar un desmontaje de toda la tradición teórica penal y el replanteo de sus principios y postulados.

Esta corriente de pensamiento, representada por filósofos como A. Baratta y L. Ferrajoli en Europa, y E. Zaffaroni en Latinoamérica, se caracteriza por la propuesta de mantener el derecho penal mínimo, retomando el principio liberal de ultima ratio, pero bajo el criterio de "mínimo sufrimiento necesario que haya que infligir a la minoría formada por los desviados" (Ferrajoli, 1997: 261) De tal manera, que se transforme el eficientismo penal por una eficiencia del pacto constitucional, es decir de las condiciones políticas, económicas y sociales de convivencia que se expresan en las Constituciones.

El pacto constitucional es el pacto social que corresponde a las sociedades contemporáneas (Baratta, 1998: 26) En este sentido, la condición de validez y eficacia del pacto constitucional es la eliminación de la violencia, gracias al monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte de un Estado imparcial.

Sin embargo, el resultado histórico demuestra que el derecho moderno, en el intento de contener la violencia ha terminado por encubrirla, debido a que en el interior de los procesos de regulación de los conflictos, la seguridad de los ciudadanos constituye la promesa central del Estado, excluyendo del pacto a los sujetos débiles (Ibíd.).

El pacto constitucional supone entonces la garantía de seguridad de los ciudadanos, pero no mediante el uso excesivo de la violencia estatal, sino mediante la pacificación de los conflictos. Sobre este último punto, es importante destacar que la tendencia penal efficientista, presente en muchos países, y caracterizada por un derecho penal de la emergencia, ha sido debatida por esta corriente de pensamiento, especialmente por el hecho de que produce una "barbarización" de los conflictos sociales. Con el derecho penal de emergencia se ha pretendido controlar la violencia social sin tomar en consideración la interrelación entre conflictividad social y política, procesos institucionales e informales de criminalización, desigualdad y represión y violencia estructural y penal (Baratta, 1998).

El desarrollo de este tipo de derecho penal, influye de tal manera en la reproducción de la violencia, que establece un círculo vicioso en el cual la violencia de los conflictos barbariza al derecho penal y recíprocamente, la violencia punitiva fuera de los límites y reglas del estado de derecho, barbariza los conflictos (Ibíd.: 33).

En este orden de ideas, la propuesta de un derecho penal mínimo, basado en la eficacia del pacto constitucional, constituye igualmente un programa de pacificación de la conflictividad social.

La versión jurídica progresista sobre el fin y justificación de la pena, está basada en un utilitarismo penal reformado (Ferrajo-

li, 1997); según el cual la pena debe contener una doble significación, esto es, que la pena no solo 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 (Ibíd.).

Dicha concepción es derivada de la tradición jurídica ilustrada, que relaciona el origen histórico del derecho penal con la civilización, a partir de la idea iusnaturalista y contractualista de la sociedad y el estado. De acuerdo a lo cual, las penas son el producto de la socialización y estatalización de la venganza privada; correspondiendo esta última al estadio salvaje del hombre, donde la venganza es tomada como una expresión del derecho natural de defensa, que correspondía a cada hombre para su conservación (Ibíd.: 333).

Bajo esta misma premisa, pero analizada en un sentido distinto, se perfila el fundamento histórico de la referida doctrina sobre el fin de la pena: mientras que en la concepción tradicional clásica, la superación de la fase vindicativa de la reacción penal fue interpretada como la apropiación del derecho natural de defensa por el Estado, es decir, como una continuación de la venganza, la corriente del derecho penal mínimo, la interpreta como una negación: al asumir el Estado la resolución del conflicto no se pretende asumir la venganza del particular, sino establecer una ruptura con tal práctica, la discontinuidad y negación de la misma. De acuerdo a lo cual, el derecho penal se justifica históricamente en tanto y en cuanto surge no con el fin de garantizar la venganza, sino con el fin de impedirle (Ibíd.).

Esta tesis se asienta en dos hechos histórico-políticos importantes: en primer lugar, la regulación de la venganza en el derecho primitivo como derecho-deber privado de la parte ofendida y su grupo de parentesco, de acuerdo a los principios de la venganza de la sangre y la ley del Talión; y en segundo lugar, la sustitución posterior de la relación bilateral parte ofendida / ofensor por la rela-

ción trilateral parte ofendida / juez / ofensor. Esta sustitución es el momento mas importante para el nacimiento del derecho penal, ya que origina simultáneamente una disociación entre juez / parte ofendida y la justicia privada, al imponerse el juez como una figura imparcial y autónoma de la relación ofendido / ofensor.

Sobre estas dos razones, se interpreta entonces el origen del derecho penal como un instrumento minimizador de la violencia en la sociedad, que tiende a prevenir las penas arbitrarias y desproporcionadas propias de la venganza privada.

En relación a la prevención general de los delitos como un fin también atribuible a la pena pública, se establece que tal finalidad es esencial del derecho penal, pero mas directamente en cuanto a las prohibiciones penales, por cuanto éstas están dirigidas a la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos en contra de las agresiones de otros coasociados (Ibíd.: 334) y por consiguiente, la prohibición y la amenaza penales protegen a los posibles ofendidos contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de penas, protege al reo (y a los inocentes de quienes se sospecha culpables de un delito), contra reacciones severas como la venganza, el linchamiento, ajusticiamientos, etc.

El fin de prevención general reflejaría entonces el interés de la mayoría no desviada, que se traduce en el límite mínimo de aflicción penal, y que tiene su antecedente teórico en el principio beccariano de la "mayor felicidad repartida entre todos"; y la prevención especial de las penas arbitrarias, marcaría el límite máximo de aflicción de las penas, que se traduce en el principio de la mínima aflicción penal repartida entre la minoría desviada.

Bajo estas consideraciones, el derecho penal garantista equivale a la ley del mas débil. La doble finalidad atribuida a la pena desde esta perspectiva, supera el paradigma de la mera defensa social al considerar en forma no exclusiva la protección de la mayoría. Así, su justificación estaría dada, por la contención de la violencia de los delitos mediante la parte prohibitiva, momento en

el cual el débil jurídico de la relación es la eventual parte ofendida; y por la protección de la minoría desviada, mediante la parte punitiva, cuando el ofensor se constituye en el débil de la relación, sobre el cual está latente la violencia desproporcionada de la venganza privada u otras reacciones informales.

Conclusiones

De acuerdo al análisis anterior, es posible indicar las siguientes conclusiones:

- Las justificaciones del derecho a castigar del Estado han legitimado el ejercicio arbitrario de la pena. En este sentido, tiene especial relevancia el énfasis otorgado a la defensa social a través de todas las teorías utilitaristas sobre los fines y funciones de la pena, desde su introducción por los filósofos penales del Iluminismo hasta su extremo desarrollo por la escuela positivista italiana. Por otra parte, las teorías sobre la pena han estado en gran medida distanciadas del ejercicio del poder penal, dado su nivel de abstracción o su adhesión al criterio de máxima utilidad penal, con lo que se ha desvirtuado el principio de mínima intervención o aflicción necesaria, traído por los teóricos de la ilustración. Si bien la doctrina liberal sobre la defensa social está basada en los ideales de libertad e igualdad, y se acompaña del discurso humanizador de las penas; estas circunstancias han permitido el desarrollo de modelos penales de máxima seguridad o de derecho penal máximo, que encuentran en el discurso de la defensa social, la legitimidad necesaria para expandir el ejercicio de la violencia penal, específicamente la privación de libertad, como forma de control social por excelencia.
- Las funciones asignadas a la pena por la teoría jurídico penal, igualmente consiguen un substrato en la defensa social, y en tanto dichas funciones de prevención (sean de prevención general o especial) conciben la pena como el

medio idóneo para garantizar la seguridad del grupo social, son objetables en base a argumentos humanistas, (independientemente de otros argumentos de gran peso, como serían los costos sociales y materiales de la pena privativa de libertad, su fracaso como instrumento de intimidación, la selectividad del derecho penal, etc.).

- En Venezuela, la Constitución Nacional al establecer la función de rehabilitación del penado a la pena privativa de libertad, si bien pareciera que logra una coherencia con el principio de humanidad que se consagra en el mismo texto, incurre en el equívoco anterior, por una parte, y por otra, contradice los principios garantistas de legalidad y judicialidad, al darle sustento constitucional a la teoría resocializadora o rehabilitadora que se informa según los principios de derecho penal de autor, propios de un derecho penal máximo.
- El derecho penal dentro de un Estado de Derecho democrático solo puede mantenerse legítimamente en función de un modelo garantista, este modelo es el denominado derecho penal mínimo. Tal modelo supone una serie de principios que limitan la acción punitiva del Estado frente a los particulares, dentro de los cuales el principio de necesidad de las penas es emblemático.
- En el modelo de derecho penal mínimo no se desestima la legitimidad del Estado en la protección de los intereses de la mayoría, pero se sostiene, como necesaria para limitar la violencia de la reacción al delito, la protección de la minoría desviada frente a la severidad o desproporcionalidad de las penas, bajo el criterio de la mínima aflicción penal. Al proponer una doble justificación del *ius puniendi* se le restituye al Derecho Penal su carácter pacificador del conflicto en la sociedad, lo que resulta inalcanzable mediante la sola sustentación de la defensa social, por

cuanto los espacios de punición a partir de este único supuesto pueden llegar a ser ilimitados, y por otra parte, la mediación del individuo, que subyace en las teorías utilitaristas de la defensa social consigue superarse a través de la protección de las minorías expresada mediante la prevención de penas excesivas. Este doble fundamento otorga racionalidad al derecho de castigar del Estado en coherencia con las garantías del Estado de Derecho Democrático.

Notas

1. Sobre este punto es importante aclarar que si bien para los penalistas clásicos liberales la pena debía tener un fin utilitarista, es decir que atendiera al criterio *ne peccetur*, la determinación de la misma debía atender obligatoriamente al daño ocasionado por el delito, el cual se operacionaliza según el principio de legalidad y de proporcionalidad de las penas, que atienden al criterio pretérito del *quia peccatum*. En este sentido, generalmente se cae en el equívoco teórico de adjudicarle a algunos penalistas clásicos la retribución como fin de la pena, en virtud de la insistente preocupación garantista de fundamentar la pena en un delito pasado, ya que lo contrario comprometería el postulado garantista *nulla poena sine crimine*. Cfr. Ferrajoli. (1997: 255-258).
2. Las funciones reales de la pena privativa de libertad están avaladas por una amplísima literatura e investigaciones sociológicas que coinciden en la indicación de los efectos de marginalización social que produce la cárcel y su incapacidad estructural para cumplir con las funciones de reeducación y resocialización que le han sido asignadas. Para una visión general de estos trabajos Cfr. S. Cohen (1988). Por otra parte, el nexo histórico entre cárcel y fábrica ha sido establecido por dos trabajos clásicos: Rusche y Kikheimer. (1939) *Pena y Estructura Social*; Melossi y Pavarini. (1980) *Cárcel y Fábrica*.

Lista de Referencias

- ANIYAR DE CASTRO, L. **Criminología de la Liberación**. Vicerrectorado Académico, Universidad del Zulia, Maracaibo, 1987.
- BARATTA, A. **Los Problemas sociales y la percepción de la criminalidad**. Tesis Mimeografiada. Instituto de Criminología Universidad del Zulia, 1985.
- BARATTA, A. "Política Criminal y el Derecho Penal de la Constitución. Nuevas reflexiones sobre el Modelo Integrado de las ciencias penales". **Capítulo Criminológico**, No. 26-2, 1998, pp. 11-41.
- BERINSTEIN, Antonio. **La pena. Retribución y las Actuales concepciones criminológicas**. Ediciones De Palma, 1982.
- BINDER, Alberto. **Política Criminal. De la formulación a la praxis**. Ediciones Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- COHEN, Stanley. **Visiones del Control Social**. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.
- CÓRDOVA RODA, Juan. "La pena y sus fines en la Constitución Española de 1978". En **Papers**. Revista de Sociología. Sociedad y Delito. Ediciones Península, Barcelona, 1980.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. **Derecho Penal fundamental**. Vol. 2. (2da. Edición). Editorial Temis, 1998.
- FERRAJOLI, Luis. **Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal**. Editorial Trotta, Madrid, 1997.
- FERRAJOLI, Luis. "La pena en una sociedad democrática". En **Garantismo y Democracia**. Mauricio Martínez Compilador. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- JIMÉNEZ, María Angélica. "La cárcel latinoamericana en las tres últimas décadas". En: **Capítulo Criminológico**, No. 22. 1994.
- LEAL, Luisa y otros. "La inseguridad ciudadana. Opiniones y demandas para combatirla". **Capítulo Criminológico**, No. 27-1. Universidad del Zulia, 1999.
- LEAL, Luisa. **La pena privativa de libertad en el marco de la reforma de la justicia penal venezolana**. Tesis Mimeografiada, Universidad del Zulia, 2001.

PAVARINI, Massimo. **Fueras de los muros de la cárcel. La distorsión de la obsesión correccional.** Tesis. *s/f.*

REDONDO, Santiago. **Algunas razones por las que vale la pena seguir teniendo el ideal de la rehabilitación en las prisiones.** Tesis. *s/f.*

REYES ECHANDÍA, Alfonso. **Derecho Penal. Parte general.** (11va. Edición). Editorial Temis, 1989.

SANDOVAL HUERTA, Emiro. **Penología. Parte General.** Editorial Temis, 1982.

SANTOS ALVINS, Tamara. **Control y Punición de la Delincuencia. Estrategias Sociológicas.** Ediluz. Universidad del Zulia, 1987.

Leyes

CONSTITUCIÓN NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. 1999.

LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE RÉGIMEN PENITENCIARIO. 2000.