

Estado, constitución y pena. Desde la perspectiva del garantismo penal*

Luisa Leal Suárez**
Adela García Pirela***

Resumen

En el presente artículo se analizan someramente las condiciones que exige el Estado de Derecho Democrático consagradas en la Constitución venezolana para sostener legítimamente el monopolio de la violencia y se plantea la relación que existe entre Democracia y Derecho Penal, en tanto dicho monopolio constituye uno de los fines del Estado como garante de la convivencia pacífica. En este sentido destacamos como el garantismo penal nos presenta una construcción teórica sobre los principios que limitan el poder punitivo en torno al régimen de libertades establecido por el pacto constitucional.

Palabras clave: Estado, constitución, democracia, pena y seguridad.

* El presente trabajo constituye un avance del Programa de Investigación "Modernización y Reforma del Control Social en Venezuela. Parte II". Financiado por CONDES.

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

*** Asistente de Investigación.

State, Constitution and Crime from the Perspective of Penal Guarantees

Abstract

This article briefly analyzes the conditions that are required for a Democratic State of Rights and which are guaranteed in the Venezuelan Constitution in order to legitimately sustain the monopoly of violence. This state of rights supposes the existence of a relation between Democracy and Penal Law in that this legal monopoly is one of the purposes of the State as a guarantee for peaceful co-existence. In this sense we emphasize the manner in which this penal guarantee is presented in a theoretical construction based on the principles that limit punitive power in a regimen of liberty established by the constitutional document.

Key words: State, constitution, democracy, punishment and security.

Introducción

El derecho penal ha sido sometido a fuertes críticas, provenientes tanto del sector conservador como del sector progresista del pensamiento penal – criminológico, las cuales se han orientado hacia su deslegitimación sea porque no haya cumplido con las funciones declaradas para controlar el problema delictivo, como por la provocación de desbordamientos represivos en su carácter legitimante de la violencia institucional que reproduce las desigualdades sociales.

De estos sectores han surgido posiciones radicales como el abolicionismo, que propone la sustitución del Derecho Penal por un sistema alternativo de soluciones de conflictos, o las corrientes neorrealistas que se basan en los criterios de “cero tolerancia” y la retribución como fin de la pena. Una propuesta más céntrica y de mayor solidez científica y política, es la que proviene de la Teoría del Garantismo Penal, que tiene como premisa fundamental la intervención mínima del Derecho Penal en los conflictos sociales, y que se asienta en el programa penal de la Constitución y en los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos.

Para su estudio, presentamos un breve análisis del derecho a castigar en la Constitución venezolana y su correspondencia política y axio-

lógica con el garantismo penal, como fundamentos que legitiman la intervención estatal.

1. Garantismo y Democracia

La noción de Estado de Derecho, en términos muy simples, alude a dos dimensiones: la política y la jurídica, la primera de éstas se relaciona con un sistema de gobierno basado en la voluntad de la mayoría, la segunda, a la forma y contenido que se asumen dentro de un grupo social en cuanto a la fijación de las reglas comunes de convivencia y muy especialmente en el establecimiento de límites al ejercicio del poder público frente a los derechos y libertades de los individuos.

Este último aspecto de la dimensión jurídica¹ es lo que se conoce como garantías, cuya función primordial es la salvaguarda del individuo de la arbitrariedad del Estado, lo que supone un orden político - social sometido a los ciudadanos (con todos sus derechos) y en procura de la satisfacción de sus necesidades existenciales.

En tal sentido, cuando hablamos de la justificación del ius puniendi a partir de la democracia, la relación que se establece está necesariamente asociada a la idea del garantismo, que engloba los fundamentos valorativos y presupuestos humanistas que dan contenido a sus principios elementales, especialmente en lo que se refiere al ámbito penal en el cual el presupuesto político de la voluntad de la mayoría podría resultar contrario a la contención de la violencia social, maximizando la respuesta penal, tal como lo muestra el dato histórico de la evolución de las reacciones sociales² ante la desviación delictiva.

De aquí, que la justificación del derecho penal y los fundamentos sobre los fines de la pena en un Estado Democrático sólo puedan ser sostenidos bajo la correspondencia axiológica con el garantismo jurídico, que permite delimitar propiamente las facultades sancionadoras

1 La disección de la democracia en dos dimensiones ha sido establecida por Ferrajoli (1997) quien designa una dimensión política y una sustancial.

2 Al respecto la venganza privada como primera forma de reacción punitiva, característica de las sociedades primitivas, se antepone a la racionalidad del castigo bajo la consideración del estado de barbarie que ella suponía (Cfr.).

asignadas al Estado y al mismo tiempo diseñar formas de intervención susceptibles de satisfacer las expectativas de igualdad y libertad.

Por otra parte, en los Estados de Derecho contemporáneos, el consenso se encuentra representado por el pacto constitucional; al respecto, una de las condiciones de validez de dicho pacto es la minimización de la violencia gracias al monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte de un Estado imparcial, condición establecida en la base de la justificación del derecho penal.

El pacto constitucional involucra la garantía de seguridad de los ciudadanos, en razón de la pacificación de los conflictos a través del desarrollo de políticas sociales y la intervención punitiva sometida a los principios regulatorios del derecho penal.

El anterior planteamiento merece la atención en dos aspectos importantes: en primer lugar, en el establecimiento de una teoría de los fines y funciones de la pena consistente con los principios que se consagran en la Constitución y en la definición de una noción de seguridad que trascienda las connotaciones meramente represivas de orden público y defensa social, ya que éstas sólo han servido para reducir los espacios de libertad de los individuos y por consiguiente para expandir los ámbitos de intervención punitiva (Cfr. PROVEA. 2001).

1.1. Legitimación doctrinaria del derecho a castigar. De la defensa social al derecho penal mínimo

Si se toma en consideración la evolución material de la pena, es posible observar una correspondencia entre los modelos políticos determinados en el curso de la historia y las formas de política criminal, que en cada caso han sido característicos y funcionales con el ejercicio del poder: el carácter expiatorio de la pena en las etapas místico – religiosas, el fin retributivo y ejemplarizante en los Estados absolutistas, y el carácter utilitarista (prevención general y/o individual) sostenido desde la instauración del Estado moderno (Cfr. Sandoval Huerta, 1982).

La sustentación teórica de tales modelos ha descansado básicamente en una concepción defensiva del derecho penal, es decir, en la justificación meta jurídica del derecho penal como herramienta necesaria para la protección de la sociedad de aquellas conductas y de aquellos individuos catalogados dañosos para el bienestar social.

En este sentido, las teorías sobre el fin de la pena, sean retributivas o utilitaristas, se han estructurado en función del principio de la protección de las mayorías, tomando en cuenta únicamente las consecuencias derivadas de la ofensa, dejando de lado la contención de las reacciones punitivas con relación a los destinatarios de la pena, lo que en mayor o en menor medida ha permitido referencias de autolegitimación y el desarrollo de modelos autoritaristas o en el mejor de los casos, exclusivistas de derecho penal.

En este sentido, los fines generales del derecho penal se transfieren a la función de la pena de manera perversa, ya que el discurso de la defensa social justifica cualquier tipo de acciones presentadas como necesarias para lograr combatir el delito frente a la sociedad, con lo cual además de crear una naturalización del castigo, se diluye el sentido limitante del Derecho penal.

El énfasis puesto en la defensa social ha permitido, en gran medida, la flexibilización de las garantías individuales cuando se trata del problema delictivo y su contención, en tanto que el paradigma de la seguridad ha sido un concepto maniqueo que sólo beneficia a aquellos ciudadanos considerados “respetables”, produciéndose de alguna manera una exclusión, como sujetos susceptibles de derechos y garantías, de las minorías consideradas desviadas (Baratta, 2001).

Desde esta perspectiva, si bien el derecho penal constituye en principio la racionalidad del ejercicio del poder penal, el resultado histórico demuestra que el derecho penal en el intento de contener la violencia ha terminado por encubrirlo, debido a que en el interior de los procesos de regulación de los conflictos, la seguridad de los ciudadanos es entendida como una determinación selectiva de los sujetos y las situaciones de riesgo (Ferrajoli, 1997: 321 – 338).

Las distintas justificaciones de la gestión política de los castigos mantenidas sobre dicho criterio, han sido cuestionadas ya desde los años '50 del pasado siglo XX por la Sociología del Conflicto, al señalar que toda sociedad se encuentra dividida en grupos antagónicos y su equilibrio se mantiene, no por el consenso, sino en virtud de la coacción y la presión de un grupo que logra imponer sus reglas mediante el sacrificio de los intereses de otros grupos menos poderosos. Posteriormente, (desde 1970 en adelante) y partiendo de una reflexión similar, las teorías criminológicas de la Reacción Social y la Crítica o Radical se avocaron al

estudio del control social y el ejercicio de la violencia institucional. Dichas investigaciones trajeron a la discusión problemas tales como la cifra negra de la delincuencia, la selectividad del sistema penal, las prácticas de castigos extrajudiciales (informales y subterráneos), y en especial, todo un trabajo empírico en relación a las funciones reales de la pena en la sociedad y el fracaso de la función resocializadora de la cárcel, que deslegitiman el derecho penal desde sus cimientos³.

Los resultados de estas investigaciones, conjuntamente con la confrontación del modelo político del consenso, conducen a una reducción ideológica de los planteamientos de las teorías de la defensa social, principalmente porque éstas no designan la situación de riesgo de todas las personas dentro de un mismo espacio y porque se derivan de un modo de pensar también selectivo que traslada el conflicto social al derecho penal, presentando el delito como la ruptura de un orden que supone una sociedad totalmente integrada (Baratta, 1998).

Las críticas a este paradigma han promovido también todo un movimiento intelectual en el campo de la teoría y filosofía jurídico – penal, que ha sentado las bases de un derecho penal alternativo, de última ratio o mínima intervención, planteando la justificación del derecho penal y de la pena en un doble sentido: la prevención general de los delitos, dirigida a tutelar los derechos fundamentales de los ciudadanos contra agresiones por parte de otros asociados; y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas, dirigida a proteger al delincuente o reo de reacciones informales y a establecer un límite máximo en la actividad punitiva del Estado (Ferrajoli, Ob. Cit.: 334).

Esta corriente de pensamiento propone la implementación de un Derecho Penal Mínimo, cuyos antecedentes se encuentran en los principios del derecho penal liberal del siglo XVIII, pero se estructura de acuerdo a una correspondencia con el sistema político democrático derivada, no del consentimiento de la mayoría como ya ha quedado indicado, sino del sistema de garantías que aquél consagra.

3 Deslegitimación que tiene como punto fundamental el desconocimiento del delito como un ente con sustrato natural propio, ya que de acuerdo a las teorías del conflicto el delito se produce como una construcción artificial del conflicto social.

Asimismo, la teoría del derecho penal mínimo propone un modelo normativo que se legitima en razón del pacto constitucional. Como bien expresa Ferrajoli:

“Las dos finalidades preventivas (...) están conectadas sobre esta base: legitiman conjuntamente la necesidad política del derecho penal como un instrumento de tutela de los derechos fundamentales, definiendo éstos normativamente los ámbitos y límites de aquél, en cuanto bienes que no está justificado lesionar ni con los delitos ni con los castigos” (Ob. Cit.: 335).

La pena, dentro de este modelo garantista, responde a una serie de principios, que se encuentran consagrados en los pactos y reglamentos internacionales. Dichos principios, según el esquema propuesto por Ferrajoli, se ajustan a dos niveles del problema sancionador: el cuándo castigar, que corresponde al sistema de principios propios de la teoría del delito y principalmente a los principios de legalidad (*nullum crime nulla poena sine lege*), retributividad (*nulla poena sine crimine*) y culpabilidad (*nulla actio sine culpa*); y el cómo castigar, que se establece en un nivel de principios convencionales establecidos para la minimización del arbitrio penal en cuanto a la calidad y cantidad de la sanción, en relación a los criterios utilitaristas y humanistas de la pena:

- El principio de necesidad, fundamentado en que la pena debe ser la mínima de las posibles respecto al fin de prevención de nuevos delitos, así, la necesidad estaría establecida de acuerdo a la utilidad que el castigo representa.
- El respeto a la persona o principio de humanidad de las penas, basado en un criterio moral, el cual fue enunciado por Kant y Beccaria mediante la máxima de que ningún hombre y por consiguiente tampoco el condenado, debe ser tratado como un medio o una cosa, sino como un fin en si mismo y siempre como persona. (Idem: 395) Así, el valor de la persona se impone como la limitación fundamental para la proscripción de penas crueles e infamantes.
- El principio de proporcionalidad. Su significado en el derecho penal moderno y contemporáneo es consecuencia de la evolución de las penas corporales hacia el advenimiento de las penas como privación de derechos (pena privativa de libertad y pecuniarias), que admiten la posibilidad de graduación y medición, es decir que logran llenar el presupuesto técnico de la cuantificación de la pena imposi-

ble de lograr en las penas aflictivas dada su indivisibilidad. La proporcionalidad de las penas, sin embargo, no constituye en sí un criterio objetivo de ponderación, ya que no existe una relación natural de causa efecto entre el delito y la pena. La valoración que se realiza en torno a este problema es por el contrario de carácter ético – político, que, por otra parte, no ha sido suficientemente tratada al interior de la ciencia penal. En la actualidad existen al respecto dos criterios en los que se fundamenta tal cuantificación: el principio de lesividad de la conducta y el principio de culpabilidad que miden la gravedad del delito y el grado de responsabilidad. Según la teoría penal garantista, ambos criterios deben tomarse en cuenta para las predeterminaciones de los límites máximo y mínimo de la pena legal y en el mismo sentido para la fundamentación judicial de la pena en concreto; no obstante, es necesario, para lograr la consistencia de la proporcionalidad penal con los lineamientos garantistas, mantener en perspectiva que, en ningún caso, la pena debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas mas o menos organizadas.

- El principio de la certeza de las penas. Ligado al principio de proporcionalidad de la pena, este principio implica la no modificación del término de la pena, en función de sistemas de cumplimiento o ejecución, supeditados a presupuestos correccionalistas según los cuales el único fin de la pena es la reeducación del condenado.

1.2. La seguridad en el modelo garantista

Habiendo delimitado los fines de la Pena en el marco del garantismo, conviene analizar brevemente el otro aspecto en el que se fundamenta el legítimo deber de protección del Estado derivado del programa constitucional.

Tal como advierte Baratta (2001), aunque por mucho tiempo se ha sostenido que la seguridad es una necesidad humana y una función general del sistema jurídico, en ambos sentidos carece de contenido propio, en el primero porque está sujeta a un sistema de necesidades básicas o reales y en el segundo porque está sometida a un sistema de derechos, y como tal es accesoria.

La seguridad por lo tanto, implica la posibilidad cierta de ver satisfecha una necesidad. Así, ésta no sería otra cosa que la “certeza del derecho”, interpretada de dos formas: Desde un punto de vista externo,

donde es tomada como un hecho y lo que se discute es la eficacia y legitimidad del Derecho para lograr sus contenidos, y desde un punto de vista jurídico interno, donde lo más importante es la validez que resulta de una construcción normativa en torno a la certeza de los derechos, en tanto la “norma que los protege es suficientemente clara, consistente con las reglas y los principios de la Constitución y operacionalmente coherente con el procedimiento legal en el que se debe asegurar su justiciabilidad” (Idem: 6).

Como corolario, es posible afirmar que la seguridad tal que derecho accesorio o instrumental, es producto de una construcción jurídica constitucional superpuesta a la idea del consenso, pero que no podría tener ninguna legitimidad ni validez si se sustenta en una selección de derechos o selección de individuos plausibles de su disfrute pleno. En tal sentido, el criterio de seguridad derivado del pacto constitucional es aquel que implica la legítima demanda de seguridad de todos los derechos para todos los individuos mediante mecanismos que garanticen su efectividad.

2. Legitimidad y validez del derecho penal en la Constitución Venezolana

El nuevo ordenamiento jurídico plasmado en la Constitución venezolana de 1999, sienta los fundamentos del Estado al señalar en su artículo 2:

Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna 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 preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

De lo que se deriva, que los fines generales del Estado venezolano están expresamente dirigidos a la procura existencial dentro de un sistema de libertades consagradas por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos principios sirven de base al derecho penal como garantía y a la función que la pena debe cumplir.

Asimismo, en relación a la garantía de seguridad, el texto constitucional en su artículo 55, prevé lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a la protección por parte del Estado a través de los órganos de seguridad ciudadana regulados por la ley, frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo para la integridad física de las personas, sus propiedades, el disfrute de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes.

La participación de los ciudadanos y ciudadanas en los programas destinados a la prevención, seguridad ciudadana y administración de emergencias será regulada por una ley especial.

Los cuerpos de seguridad del Estado respetarán la dignidad y los derechos humanos de todas las personas. El uso de armas o sustancias tóxicas por parte del funcionario policial y de seguridad estará limitado por principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad, conforme a la ley.

Según los términos antes transcritos, el Estado se encuentra en la obligación de generar políticas que garanticen la protección, frente a situaciones de amenaza, vulnerabilidad o riesgo, de las personas, de sus derechos y de sus bienes bajo un criterio genérico de respeto a la dignidad y derechos de todos los individuos.

En este sentido, es posible inferir que la noción de “seguridad ciudadana” ha sido establecida en nuestra Constitución como el libre desenvolvimiento de la persona en el disfrute pacífico de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes. Por tanto, la alteración de estos presupuestos, constituirán las alteraciones a la seguridad ciudadana en las que el Estado estaría en la legítima obligación de garantizar su protección.

Ahora bien, en materia de derecho penal esto supone además la sujeción al principio de legalidad, en el que las hipótesis de amenaza, riesgo o vulnerabilidad están previstas como conductas delictivas de acuerdo a la sistematización de la tipicidad y la antijuricidad y al principio de judicialidad expresado en el derecho al debido proceso. No obstante, lo que interesa resaltar en este punto son los fundamentos constitucionales que justifican la intervención punitiva del Estado, que en última instancia constituyen las referencias axiológicas que dan contenido a la idea de seguridad.

De esta forma, bajo nuestro orden constitucional la “seguridad ciudadana” viene a sustituir la noción de defensa social, acorde con los actuales movimientos internacionales de derechos humanos que anteponen la idea de seguridad ciudadana a la de orden público, basados en que en una sociedad democrática no es posible sostener un criterio de

orden que resulte de una voluntad colectiva interpretada por las normas, circunscrito únicamente a la prevención y persecución del delito, sino orientado a promover la salvaguarda de todos los derechos humanos (PROVEA, 2001).

Si bien es preciso aclarar que los adjetivos con los que se acompaña al término seguridad, han sido fuertemente cuestionados en cuanto configuran un encubrimiento ideológico de legitimación de las desigualdades sociales en las políticas de corte represivo que se implementan basadas en una determinada concepción de aquella:

“La seguridad asume siempre, en este uso, connotaciones colectivas: no se trata propiamente de la seguridad de los derechos de las personas, independientemente del grupo social al cual pertenezcan, sino de la seguridad de la nación, de la comunidad estatal, de la ciudad” (Baratta, 1998:6).

Igualmente, han surgido críticas en cuanto a la forma tangencial en la que se asume el criterio de seguridad antes indicado, sustentadas en una interpretación de esta noción en concordancia con el artículo 20 del mismo texto constitucional, en el que se establecen las limitaciones al libre desenvolvimiento de la personalidad derivadas del orden público y social, según lo cual se antepone la noción de orden público al criterio de progresividad de los derechos humanos (PROVEA, Ob. Cit).

En todo caso, la interpretación que sostenemos en cuanto a los preceptos constitucionales relacionados con la legitimación del derecho sancionador del Estado venezolano, es el establecimiento de un parámetro ético que coloca al ser humano en el centro de las razones del derecho penal, para lo cual el concepto de seguridad ciudadana recogido por nuestra constitución juega un papel primordial, no ya como una ideología teñida de una retórica moralista que trata de imponer, mediante estrategias de legitimación doctrinarias, una parcial concepción del orden social (Pegoraro, 2001: 147) sino como una condición de la convivencia social sujeta al Estado de Derecho, es decir, a la igualdad de los ciudadanos y a la garantía de sus derechos fundamentales.

En cuanto a la intervención punitiva propiamente dicha, el citado artículo 55 en concordancia con el artículo 332 ejusdem, que trata sobre los órganos de seguridad ciudadana, determina igualmente los límites de la actuación de los cuerpos de seguridad en el aseguramiento del or-

den público, de acuerdo a los principios de necesidad, conveniencia, oportunidad y proporcionalidad.

Dichos principios han sido únicamente enunciados por nuestra carta fundamental, pero tienen un significado de gran trascendencia, ya que involucran axiomas básicos del derecho penal garantista en la justificación de *última ratio* de la intervención punitiva. Así, los principios de necesidad, conveniencia y oportunidad responden a razones de economía penal. El primero de ellos, la necesidad, de larga data, fue uno de los baluartes del liberalismo penal clásico para deslegitimar la arbitrariedad del poder absoluto⁴; la conveniencia y la oportunidad de más reciente factura, se relacionan con la lesividad del delito o la conducta irruptiva ante la cual el Estado está en el deber de intervenir para la protección de los bienes jurídicos tutelados. Éstos marcan el límite máximo de dicha intervención, ya que establecen un criterio de selección que impide la criminalización de conductas cuya afectación a bienes jurídicos es mínima. Finalmente el principio de proporcionalidad alude a la medida racional de las reacciones punitivas.

Por otra parte, la previsión del constituyente de establecer los anteriores principios como criterios de la actuación de los cuerpos policiales, resulta significativo en cuanto a la seguridad, como substrato de la justificación del *ius puniendi*, se encuentra operacionalizada en primera instancia por los procesos de criminalización llevados a cabo por estos organismos; y por otra parte, resultan extensivos a los otros niveles del sistema penal (judicial y penitenciario) por cuanto constituyen normas rectoras y en función del principio de interpretación analógica *in bonam parte*.

3. Consideraciones sobre la pena en la Constitución Venezolana

El ordenamiento jurídico constitucional vigente presenta por primera vez en la historia constitucional venezolana una consideración ex-

4 En 1764 Beccaria escribiría en su obra *De los delitos y las penas* que la única justificación para establecer el castigo público estaba en la necesidad de ceder una mínima cuota de libertad que garantizara una vida pacífica, de aquí que cualquier norma que excediera de esta necesidad era fuerza y no derecho. Este es el fundamento filosófico que esgrimiera dicho autor para negar la legitimidad de la autoridad para aplicar la pena de muerte u otras penas crueles.

presa en relación a un punto fundamental del derecho penal: la función de la pena privativa de libertad y de otras fórmulas de cumplimiento de penas. En efecto, el artículo 272 señala:

El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos. Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación, funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias, y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometido a modalidades de privatización. En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias. En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad se aplicaran con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciarias que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.

Esta norma constitucional guarda concordancia con la Ley de Reforma de la Ley de Régimen Penitenciario, la cual en su artículo 2 expresa:

La reinserción social del penado constituye el objetivo fundamental del período de cumplimiento de la pena.

Agregamos a esto la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, donde se considera que el trabajo y el estudio en reclusión son procedimientos idóneos para la “rehabilitación del recluso”.

En concordancia con ello, al revisar las funciones de la pena consagradas en los Pactos Internacionales, encontramos que el artículo 10, ordinal 3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece: “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” y la Convención Americana artículo 5, ordinal 6: “la pena privativa de libertad tendrá como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Desde el punto de vista del derecho comparado, esta norma de la Constitución venezolana, guarda cierta similitud con otras constituciones latinoamericanas como por ejemplo, la de Argentina, Perú, Brasil, Nicaragua y Panamá, y de otras latitudes, como la italiana y la española de 1978 que en forma análoga señalan que la pena privativa de libertad

y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social⁵.

La orientación constitucional de las penas hacia la rehabilitación del interno es de vital importancia para la ejecución de determinadas sanciones penales, quedando de ese modo eliminada la posibilidad de decisiones arbitrarias en cuanto a su función, ya que la norma constitucional resulta obviamente superior al resto del ordenamiento jurídico penal venezolano.

Sin embargo, esta directriz constitucional encuentra en su definición y en su consecución varios obstáculos que es preciso señalar:

En primer lugar, desde el punto de vista teórico, en las últimas décadas se ha desarrollado una matriz de pensamiento que se opone a la resocialización poniendo en tela de juicio la función reeducativa y socialmente readaptadora de la pena privativa de libertad.

Según Pavarini (s/f: 8), el mayor problema de la resocialización se encuentra en la institución misma en la cual se cumple el tratamiento, que es precisamente, la prisión. Esta presenta dos aspectos fundamentales que la hacen contradictoria: por un lado, al individuo se le aísla para ser resocializado, aun cuando no se puede educar para la libertad estando en prisión. Por otro lado, es al interior del penal donde aumentan los grados de violencia, ya que las prisiones son los gérmenes de procesos criminógenos.

Por su parte, Baratta (1986:194) señala que “los centros de detención ejercen efectos contrarios a la reeducación y a la reinserción del condenado, y desfavorables a un cambio integral en la población criminal”.

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 prisionización y del desarrollo de las culturas crimi-

5 Es importante señalar que en las diferentes legislaciones se utilizan indistintamente los términos rehabilitación, reinserción, readaptación para significar lo mismo, sin las debidas verificaciones previas en cuanto a su contenido, es decir, que se emplean los términos sin que nadie sepa muy bien lo que se quiere decir con ellos llegando a declaraciones inexactas, imprecisas e innecesarias. Ver al respecto Muñoz Conde, 1982.134.

nales, que tienen un efecto remarginalizante en los sujetos que dificulta aun más sus condiciones de reinserción social.

Pese a ese cuestionamiento y a los resultados empíricos sobre la disfuncionalidad y poca efectividad de la función resocializadora de la pena, desde finales del siglo XIX se construyó toda una legislación que tiene como base la pena privativa de libertad como instrumento idóneo para controlar, es decir, toda una legislación que encauzó mecanismos rigurosos para imponer la forma prisión, influenciada por el desarrollo del pensamiento criminológico positivista, el cual se caracteriza por la introducción de los fines utilitarios de prevención especial mediante la función resocializadora de la pena que sería alcanzada a través del tratamiento.

Cabe pensar que 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, lleven a incrementar el rigor lógico a la hora de indagar sobre la pertinencia de haber incluido esta función de la pena en la Constitución Nacional.

Córdoba (1980:132), haciendo alusión a la Constitución Española de 1978 señala: “El propósito al que la referida norma de la Constitución parece responder es el de acoger el principio de humanidad que proscribire la imposición de sanciones inútiles, cuando no claramente perjudiciales para el condenado, por la injusticia y crueldad que supondría la aplicación de tal clase de males”.

Es indudable que esta norma constitucional obedece a los aportes de la doctrina penal que ha estado decisivamente influenciada por la consideración de la pena con fines 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 de los reclusos.

Sin embargo, este principio de humanidad está recogido en el Cap. III de los derechos civiles en el siguiente articulado de la Constitución de República Bolivariana de Venezuela:

Artículo 43: El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla, El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentran privadas de libertad (...).

Artículo 44, literales 1, 2, 3:

Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida infraganti.

Toda persona detenida tiene derecho a comunicarse de inmediato con sus familiares, abogado o abogada o persona de su confianza (...).

La pena no puede trascender de la persona condenada. No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes (...).

Artículo 46:

Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psicológica y moral y en consecuencia:

Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (...).

Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Ninguna persona será sometida sin su consentimiento a experimentos científicos o a exámenes de laboratorio (...).

En segundo lugar, la función resocializadora asignada a la pena que implícitamente se alcanzaría bajo un tratamiento en el régimen penitenciario, en nuestro medio no siempre es realizable en la práctica, por una parte, por la realidad coyuntural y/o por los medios materiales disponibles. Como bien resume Jiménez (1994:71) extrapolando el caso hacia América Latina, la ausencia de tratamiento es más grave que en los países industrializados, pues la cárcel latinoamericana se caracteriza por albergar una población en condiciones de extrema pobreza; a esto se agrega, que esta población queda a merced del ocio y la violencia interna, sin posibilidad de acceder a programas laborales y educacionales, lo que trae como consecuencia que una vez cumplida la pena, no disponga de condiciones mínimas para reinsertarse en el mundo exterior al penal.

Tal caracterización es válida igualmente en el caso específico venezolano, donde todo el sistema penitenciario atravesó por una descomunal crisis en las décadas de 1980 y 1990 a la que contribuyeron entre otros factores, la duración del proceso penal y la deshumanización en las cárceles del país, que actualmente se encuentra en vías de superación debido principalmente a las reformas constitucional y procesal penal, que han disminuido los problemas de hacinamiento y violencia al interior de los centros penitenciarios.

Por otra parte, se encuentran otras dificultades dentro del propio sistema penitenciario que son prácticamente insalvables, ya que en muchos casos la reeducación y reinserción social, quedan necesariamente supeditados a finalidades puramente de custodia o de seguridad.

Las relaciones entre tratamiento y régimen penitenciario deben estar coordinadas en base al principio de subordinación del régimen de tratamiento acorde con el sistema de individualización científica. Sin embargo, en la práctica de la actividad penitenciaria esta relación no siempre resulta ser tan diáfana, invirtiéndose las prioridades y privando el fin de la retención y custodia sobre el del tratamiento individualizado, siendo el régimen disciplinario el principal, como bien lo señalan los informes sobre situación de derechos humanos en el país, las medidas de pre libertad y otros beneficios de cumplimiento de penas están supeditadas a los niveles de “adaptabilidad” de los reclusos, que se traducen en el sometimiento a la disciplina y control carcelarios (PROVEA, Ob.cit: 340).

Según Mapelli, el régimen disciplinario en prisión tiene en la actualidad un carácter totalizador y de control inmediato, que determina en el interior del establecimiento una vida presidida por la dialéctica de la acción - represión; situación no mejorada por los fines preventivo –especiales declarados en la ley (s/f: 185).

Otro de los argumentos válidos que se emplean para la deslegitimación de las funciones pedagógicas de la pena es la violación del principio de certeza penal ejercido por medio del sistema progresivo de cumplimiento de pena. En este sentido, la discusión se abre hacia dos puntos importantes: la admisión de una prórroga de la condena o la disminución de la misma mediante las llamadas “medidas alternativas” o de “cumplimiento de pena”, a las cuales accede el condenado de acuerdo a su “aceptación” del tratamiento impuesto en la fase de ejecución. El primer supuesto es evidentemente contrario a los criterios garantistas que hemos indicado. En el segundo, es necesario advertir en forma más minuciosa las contradicciones que la modificación de la condena representa para los criterios de orden garantista: las medidas alternativas que contienen fórmulas indulgentes para el cumplimiento de la pena, de acuerdo a la progresividad del tratamiento, implican una reducción del tiempo en encierro para el beneficiado, pero resultan de una concepción pedagógica basada en la personalidad del autor y por lo tanto, condicionada a la buena conducta del reo, a su arrepentimiento u otros juicios de valor según los cuales se hará meritorio del beneficio. En este sentido,

tal forma de cumplimiento de pena es centralmente disciplinaria, haciendo depender la duración del encierro, no a criterios específicos de proporcionalidad ni tampoco a criterios legales de predeterminación, sino a criterios subjetivos de las autoridades llamadas a valorar el tratamiento en sede de ejecución (administrativa o judicial), con lo que se debilita también el principio de legalidad. Otro de los argumentos que se sostienen para justificar las modificaciones de pena en fase de ejecución, es el de humanidad, en tanto si la persona que ha cumplido el tratamiento se ha “regenerado” en un tiempo menor al que estipula la condena, no tiene sentido seguir manteniendo al menos el encierro. En este sentido las críticas del garantismo se dirigen a la contradicción existente entre este tipo de medidas y la predeterminación de penas excesivas. Así, lo que se recomienda en congruencia con el garantismo penal es la limitación legal de penas inútilmente largas y no el encubrimiento de la distorsión de los principios de necesidad, humanidad y proporcionalidad mediante los sistemas de cumplimiento de pena sometidos a tratamientos de corte correccionalista.

En estas condiciones los funciones resocializadoras, lejos de ser un mecanismo favorable al cambio de la institución carcelaria, parecieran legitimar científicamente aquellas ideologías conservadoras que basan la intervención punitiva en la necesidad social del encierro de los peligrosos y magnifican la capacidad de la pena privativa de libertad como mecanismo contenedor de la desviación.

Se ha sostenido (Baratta, 1999) que es imposible mantener legítimamente la ideología de la resocialización mientras se continúe dependiendo del criterio pena – disciplina, dado los problemas de validez empírica y de legitimación que resultan de asignar una función pedagógica al Estado en el momento prescriptivo de la pena ya que resulta cuestionable en relación al respeto de la autonomía ética de la persona, además de que sus efectos concretos son totalmente contrarios (remarginalización, exclusión, aculturación, etc.).

En un intento por recuperar los elementos positivos que se derivan de la teoría de la prevención especial positiva, específicamente los heredados por los movimientos de humanización del derecho penal, algunos representantes del pensamiento penal – criminológico, proponen una reinterpretación de la resocialización, partiendo de la premisa de que la reintegración es la única razón por la que puede mantenerse la pena de acuerdo a un sentido humanista.

El rescate de la reintegración del condenado, se plantea como una serie de principios operacionales que buscan contrarrestar los efectos negativos de la cárcel.

Tal propuesta, sin embargo, trasciende de la concepción del tratamiento a través del encierro, y constituye un punto de vista radical opuesto principalmente a las corrientes neorretribucionistas del derecho penal, pero en todo caso es un punto de partida para la elaboración de alternativas a las actuales incongruencias de la función de la pena.

La referencia epistemológica a un Derecho Penal Mínimo y Garantista, sugiere una desaplicación progresiva de la pena privativa de libertad que haga menos dañosa las condiciones de vida de la cárcel inspirado en el respeto de los derechos de los internos. Se trata de considerar como política una drástica reducción de la aplicación de la Pena Privativa de Libertad, así como llevar al máximo desarrollo las posibilidades ya existentes de Régimen Carcelario Abierto y de realización de los derechos del detenido a la instrucción, al trabajo y a la asistencia dentro de un marco de democratización del Derecho Penal.

Conclusiones

- La correspondencia axiológica del Derecho Penal con el Garantismo, plantea una concepción del ordenamiento jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva en garantía de los derechos ciudadanos, y la asunción de un criterio de seguridad que implique “la certeza de todos sobre todos los derechos” derivada del Pacto Constitucional. De modo que las condiciones de legitimidad y validez del monopolio estatal de la violencia (y por consiguiente de los fines de la pena), estarían referidas por una parte, a la función pacificadora del conflicto social asignada al Estado Democrático, y por otra al aseguramiento de la condición humana incluso bajo la circunstancia de la imposición de la sanción penal.
- La recién promulgada Constitución venezolana se caracteriza por un amplio reconocimiento y garantía formal de los derechos ciudadanos incluyendo los sociales, económicos y culturales, que convierten al Estado por encima de todo en un tutor y proveedor de tales bienes jurídicos. En este sentido, el artículo 272 del contexto constitucional consagra la función rehabilitadora de la pena privativa de libertad, a la vez que establece expresamente el respeto, que en la ejecución de las condenas penales, ha de procurarse sobre los de-

rechos humanos del recluso, que si bien recoge una parte de la propuesta garantista del derecho penal mínimo, sin embargo subyace en la función de la pena la idea del tratamiento y de la resocialización, que niegan principios básicos del Estado de Derecho, como la igualdad y la legalidad, ya que se sustentan en nociones peligrosistas de Derecho Penal de autor.

- En este mismo orden de ideas, la Constitución venezolana, establece una noción de seguridad ciudadana acorde con los fines del Estado Democrático y enmarcada en los principios limitadores del Derecho Penal: necesidad, oportunidad, conveniencia y proporcionalidad. De lo cual se deriva una imposición rectora para las políticas que en materia criminal desarrolle el Estado a través de las distintas agencias del sistema penal, y que además logra trascender los criterios de defensa social como elemento legitimador del poder punitivo.
- Finalmente, es importante destacar que la teoría del Derecho Penal mínimo, trata de rescatar los aspectos positivos del Derecho Penal considerado desde esta perspectiva como el instrumento mediante el cual se procura la racionalidad del poder punitivo.

Bibliografía

- BARATTA, Alessandro. 1999. **Reintegración Social del Detenido**. Redefinición del concepto y elementos de operacionalización. La Pena. Garantismo y Democracia. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá, Colombia.
- BARATTA, Alessandro. 2001. Seguridad. Revista **Capítulo Criminológico**, Vol. 29-2. Universidad del Zulia. Pp. 1-24.
- CÓRDOBA RODA, Juan. 1980. “*La pena y sus fines en la Constitución Española de 1.978*”. En PAPERS. **Revista de Sociología** “Sociedad y Delito”. Ediciones Península. Barcelona, España.
- FERRAJOLI, Luigi. 1997. **Derecho y Razón**. Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta. Madrid.
- LEAL, Luisa y GARCIA, Adela 2002. La Reforma de la Justicia penal en Venezuela. Un punto de vista criminológico. Revista **Capítulo Criminológico**, Vol. 30-1. Universidad del Zulia.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. 1982. “*Resocialización y Tratamiento del Delincuente en los Establecimientos penales españoles*”. Tesis. España.
- PEGORARO, Juan. 2001. Derecha Criminológica, neoliberalismo y política penal. **Revista de Ciencias Sociales**. Delito y Sociedad. Año 10. No. 15-16. Buenos Aires – Argentina.

PROVEA (2001). Situación de los Derechos Humanos en Venezuela. Informe Anual Octubre 2000 – Septiembre 2001.

Leyes y Tratados

República Bolivariana de Venezuela. 1999. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N°. 36860. Caracas, Venezuela.

República Bolivariana de Venezuela. 2000. Ley de Reforma Parcial de la Ley de Régimen Penitenciario.

República de Venezuela. 1981. Ley de Régimen Penitenciario.

República de Venezuela. 1993. Ley de Redención de la Pena por el Trabajo y el Estudio.

Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Convención Americana de Derechos Humanos.