

#### 4.4.- Función de la Pena

La pena existe para cumplir un propósito determinado; diversos autores han intentado explicar su fundamento.

Beccaria le asigna a la pena, *"dos únicos fines: impedir que el reo cometa otro delito y alejar a los demás de imitarlo."* (Costa: 104)

Para Beccaria, tiene la pena una doble función, tanto impedir que el reo cometa otro delito, como evitar que los demás integrantes de la sociedad imiten su comportamiento delictivo.

La pena, según Carnelutti, *"... no sirve solamente para la redención del culpable, sino también para la admonición de los otros, que podrían ser tentados a delinquir y que por eso se los debe asustar;..."* (1999: 82)

Para Carnelutti, la pena actúa sobre el condenado, a fin de que se rehabilite, y sobre la colectividad, para que la pena cumplida sirva de amenaza e impida que imiten la conducta del delincuente.

Mezger *"... señala que la pena tiene triple finalidad:*

- 1. la pena debe actuar pedagógicamente sobre la colectividad (que sería la prevención general);*
- 2. debe proteger a la colectividad del sujeto que ha sido castigado y corregirlo (que es la prevención especial);*
- 3. debe garantizar de manera justa los intereses del individuo (que es el*

*respeto a la personalidad). Para el autor la pena no es simple retribución sino que este persigue la consecución de una determinada finalidad.” (Figuroa Ortega, Iván. 1998:159)*

Para Mezger la pena tiene un fin utilitario, incide sobre la colectividad educándola, sobre el condenado intentando su corrección y garantizando en todo momento el respeto a los derechos del penado.

Las penas inciden sobre la colectividad, a fin de evitar que estas imiten el comportamiento delictivo del penado, y sobre el condenado, a fin de reeducarlo y evitar de esta manera, que reincida en su conducta criminal.

Plantea Jiménez de Asúa que *“Al surgir las teorías sobre el fundamento del derecho de penar, aparecen las doctrinas absolutas, que penan al hombre porque ha delinquido; las relativas, que procuran que no delinca; y las mixtas que tratan de conciliar la utilidad y la justicia.” (1995: 21)*

Jiménez de Asúa, reseña, las Teorías más relevantes que en torno a los fines de la pena se han elaborado, como son, las Teorías Absolutas, las Teorías relativas y las Teorías Mixtas.

Las teorías más importantes que se han elaborado sobre este particular se explanarán posteriormente, adoptando la clasificación de

Anton Bauer (1772-1843), que distingue entre; teorías absolutas, relativas y mixtas, complementada por los anteriores conceptos de Bentham (1748-1832), de prevención general y prevención especial, e incluyendo en el primero, la actual distinción, realizada por autores como Claus Roxin, Armin Kaufmann, Winfried Hassemer, entre otros, de prevención general negativa y prevención general positiva. ( De Rivacoba y Rivacoba. 1993: 16-17). Así como se abordará la prevención especial positiva y la prevención especial negativa.

*Bentham, "formula el principio de la utilidad como una guía para que el gobierno y las leyes se dirijan hacia el fin de la máxima felicidad para el mayor número de personas." (Colomer, Joseph.s/f:36)*

Jeremy Bentham, propulsor del utilitarismo, expresa que el principio utilitario, ha de constituirse en una guía, a fin de que el gobierno y las leyes, propendan hacia la máxima felicidad de las personas.

#### **4.4.1.- Teorías Absolutas o de Retribución (Teoría de la justicia, de la expiación )**

Para el conjunto de estas teorías la pena carece de fin práctico, ésta se impone al delincuente en ejecución de la justicia, porque la persona ha delinquido y la norma penal dispone, que la pena es consecuencia del hecho delictivo.

Desde el punto de vista etimológico. " se habla de una teoría absoluta porque para ella el fin de la pena es independiente, "desvinculado de su efecto social (lat. Absolutus: desvinculado)."(Roxin.

1997: 82) Siendo para la Teoría Absoluta, el fin de la pena, totalmente aislado del efecto que pudiere tener en la sociedad.

Expresa María Morais de Guerrero, que: *“Para las teorías absolutas la pena se justifica por si misma, encuentra su razón de ser como consecuencia del delito. Según estas teorías, son irrelevantes los otros fines concretos que se propone el Estado para penal. Simplemente se sanciona porque se cometió el delito, como una exigencia de justicia... La pena no es un instrumento dirigido a la consecución de fines utilitarios, como podría ser la protección de la sociedad...”* (1999:20)

Para las teorías absolutas, o de la retribución, la razón de ser de la pena es una necesidad de la Justicia, se existencia no se justifica por los fines utilitarios que pudieren atribuírsele, sino que al cometer el delito debe su autor ser castigado, y de esta manera retribuir el mal cometido.

La teoría de la retribución, *“no encuentra el sentido de la pena en la persecución de fin alguno socialmente útil, sino en que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido.”* (Roxin. 1997: 82) Se denota en la anterior aseveración el carácter marcadamente retribucionista y no utilitario de esta teoría.

*“La segregación y la privación de libertad, como pena reina del sistema, ha de ser quizás el signo que caracteriza su retribucionismo...”* (Bergalli R. 1989: 286). En otras palabras, para la teoría de la

retribución, las penas de Privación de Libertad, son las más relevantes, y cuyo uso es el más frecuente. El carácter expiatorio se observa en la postura retribucionista, para la cual, la segregación y la privación del jurídico de la libertad, es su nota característica.

La pena, “ *no es medio para ningún fin extrínseco, ajeno a su propia noción, sino que constituye la mera sanción del delito, su función no traspasa los límites de su intimidad y su entidad, acción y finalidad se agotan en ella misma.*” (De Rivacoba y Ribacova. 1993: 17) En otras palabras, para esta teoría, “ *el delito no es solo presupuesto, sino único fundamento de la pena; que la pena es un fin en si misma, no medio para otro fin.*” (Rodríguez Devesa. 1976: 748)

La pena, tiene en este caso, un carácter eminentemente aflictivo, de reprimenda por haber realizado un hecho delictivo, es un castigo al delincuente que perturba el orden social.

Según las teorías absolutas, “ *...la pena tiene como objeto retribuir con un castigo el mal cometido mediante el delito, desde este punto de vista, la pena no mira hacia el futuro sino al pasado.*” (Figuroa Ortega, Iván. 1998:145)

Cuando la persona delinque, para la teoría absoluta, le corresponde un castigo, a fin de resarcir el mal cometido, por lo cual para esta teoría lo fundamental es lo ya ocurrido, sin tomar en consideración el futuro, la posible reeducación del condenado, y su posterior reinserción social.

Dentro del grupo de tesis retribucionistas se encuentran:

**a.- La retribución divina.**

En lo que se corresponde con la teoría de la retribución divina, Stahl, uno de sus representantes más notorios, indica que la justicia entraña la idea del mundo moral, en cuanto tal, y dispone del poder del castigo para anular al rebelde o hacerle sufrir y restaurar de esta manera la superioridad del orden ético (De Rivacoba: 21). En este orden de ideas, se considera que; *"El delito viola el orden impuesto por el Ser Supremo y la pena es una necesidad para calmar a la divinidad ofendida y burlada."* (Viera. 1972: 31). Recibiendo el Estado por delegación de Dios el derecho de castigar (Rivacoba.1990: 21); lo ejerce y emplea la pena con el único fin de aplacar la cólera divina, suscitada por la comisión del delito.

Estos planteamientos tienen una connotación religiosa, que busca en la justicia divina, el sustento de la pena, la cual está dirigida a aplacar la ira del Ser Supremo.

**b.- La retribución ética o moral.**

El exponente de la tesis de la retribución ética es Emmanuel Kant, para quien la pena solo puede basarse en el hecho de que el delincuente la merece de acuerdo a *"las exigencias de la justicia,; la ley penal se presenta como un imperativo categórico, es decir, como una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria."* ( Mir Puig. 1990: 51)

Para Kant la esencia de la pena no debe ser buscada en fines utilitarios, en el cumplimiento de necesidades sociales, en fines prácticos o de interés para el individuo o la sociedad. La pena se justifica por sí misma, en su propia aplicación, que comprende la realización última de la justicia.

### c.- La retribución jurídica

Hegel, a través de su dialéctica, fundamentó ya en un ámbito más jurídico la función de la pena, aún cuando se mantiene dentro de las teorías absolutas.

La aplicación de la pena conllevaría según Hegel al resurgimiento del orden jurídico violentado por el delito. Hegel lo explica así: Si la voluntad general, representada por el orden jurídico, es negada por la voluntad especial que es la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general (Mir Puig. 1990: 52).

La función que Hegel le asigna a la pena, es al igual que Kant, única y exclusivamente la realización de la justicia, el restablecer el orden jurídico que ha sido infringido por la persona al realizar un hecho delictivo; por lo cual es menester castigarla con la imposición de la pena, para que se instaure nuevamente el respeto y la vigencia de la normativa penal lesionada.

La teoría de la retribución le niega a la pena y a su cumplimiento un fin social, una utilidad ciertamente necesaria en la sociedad actual, en este sentido, Roxin, expresa que esta teoría de la retribución ya no

---

puede sostenerse hoy, científicamente, argumentando que las consecuencias indeseables, desde el punto de vista de política social, que genera esta teoría, habla en su contra." *Una ejecución de la pena que parte del principio de la imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización, que a menudo constituyen la causa de la comisión de delitos, y por ello no es un medio adecuado de lucha contra la delincuencia.*" (1997: 84)

Rodríguez Devesa apoya la teoría de la retribución, y en ese sentido dando por sentado el fin retributivo de la pena, expresa: *"La proporcionalidad entre los delitos y las penas es la primera consecuencia que se deduce del fundamento retributivo de la pena."* (1976: 750)

El fundamento retributivo de la pena, según Rodríguez Devesa, generó como consecuencia primigenia, la proporcionalidad de los delitos y las penas, es decir, que la persona será castigada de acuerdo a la gravedad del delito cometido.

#### **4.4.2.- Teorías Relativas o de la Prevención**

El segundo grupo de Teorías, son aquellas que aluden a la función de prevención que debe orientar a la pena.

La función o fin de la prevención del delito es de manera ampliada, *"evitar que el daño sea cometido, o tomar medidas que reduzcan el daño causado, o que eviten la reincidencia."* (Birkbeck. 1983: 154)

Prevenir es sinónimo de evitar que algo ocurra, prever su comisión, que en el ámbito del Derecho Penal y concretamente de las penas, es evitar que los ciudadanos incurran en la comisión de un hecho considerado delictivo por la Ley penal, y evitar que el delincuente reincida en su comportamiento delictivo.

La función o fin de la prevención de la criminalidad es, siguiendo a López Rey, una actividad sociopolítica de enorme importancia, que está en relación directa con el desarrollo social. (1975: 1841) En la medida en que se logre prevenir el delito, se logrará el desarrollo social.

Prevención delictiva, *“es el conjunto de medidas que impiden el surgimiento de la delincuencia”* (Gómez Grillo, Elio. 1973: 55)

Para Elio Gómez Grillo, la prevención delictiva está constituida, por el conjunto de medidas tendientes a evitar el surgimiento del fenómeno delictivo.

Por el fracaso de la represión, surgió universalmente, según Gómez Grillo, la teoría de la prevención del delito. (1973: 55)

La teoría de la retribución, con su connotación represiva, fue según Gómez Grillo, cediendo paso a las incipientes teorías relativas.

*“Por prevención de la delincuencia se entiende el conjunto de estrategias destinadas a evitar que el delito se produzca o se repita. La pena sería entonces una de las estrategias estatales de lucha contra el crimen,*

*distinguiéndose una doble finalidad preventiva de la pena: prevención general y prevención especial.” (Morais de Guerrero, María. 1999:23)*

Para María Morais de Guerrero, la prevención de la delincuencia es entendida como un conjunto de estrategias dirigidas a evitar que el delito se realice, o evitar que se reitere el comportamiento delictivo.

Para las teorías relativas o de prevención, *“... la pena de un delito pasado es medio que evita otros en lo futuro.” (De Rivacoba y Rivacoba. 1993: 17)*

La pena que es impuesta a un ciudadano por haber incurrido en un hecho delictivo, es una forma de evitar la comisión de nuevos delitos.

Para las teorías relativas, la pena es *“... un medio para los fines sociales; el fundamento jurídico de la pena yace no en la pena, sino fuera de ella, a saber, en el interés de la comunidad en castigar...” (Rodríguez Devesa. 1976: 748)*

La pena para la teoría relativa, tiene una finalidad esencialmente social, la cual yace fuera de la misma, y reside en el interés que tiene la comunidad en escarmentar al infractor.

Las teorías relativas, *“... procuran la justificación y legitimación de la pena en el fin que persiguen desestiman el hecho pasado y se orientan hacia el futuro... El fin básico de la pena es la prevención del delito...” (Morais de Guerrero, María. 1999:20)*

María Morais de Guerrero, considera que la pena se justifica y legitima en el fin fundamentalmente preventivo, hacia el cual está orientada, se dirige hacia los hechos futuros y desdeña los hechos pasados. Eso es así, porque para la teoría relativa, la pena debe orientarse hacia la prevención de nuevos delitos, vale decir, evitar que la colectividad incurra en la comisión de hechos tipificados como punibles por el Código penal, y demás leyes especiales, así como reeducar al penado, a fin de que no perpetre nuevamente hechos delictivos.

Para el grupo de teorías que apoyan la prevención, la imposición de la pena, ha de tener como objetivo fundamental, impedir la comisión de un nuevo hecho delictivo, e infundir en la colectividad la idea de que la mejor actitud que pueden asumir, es la de evitar repetir el comportamiento delictivo de la persona sobre quien se ha determinado la responsabilidad penal, y ha recaído la pena.

#### **La prevención puede ser general y especial;**

Diversos autores se han pronunciado a favor, bien sea de la prevención general o de la prevención especial, como posteriormente se indicará, ahora bien, Actualmente en el Derecho Penal, existe la pugna entre ambas prevenciones, lo cual según Muñoz Conde, traduce el eterno conflicto entre el individuo y la sociedad. Este conflicto, es inherente al Derecho Penal, que se traduce en respetar los derechos del individuo, incluso los derechos del individuo delincuente, garantizando al mismo tiempo los derechos de una sociedad que vive con miedo a la criminalidad. *“La sociedad tiene derecho a proteger sus intereses más importantes, recurriendo a la pena si ello es necesario; el delincuente tiene derecho a ser tratado como persona y a no quedar definitivamente*

*apartado de la sociedad, sin esperanza de poder reintegrarse a la misma.” (1999: 123)*

Al pronunciarse a favor de una u otra posición, Muñoz Conde, expresa que;

*“El dilema se resuelve casi siempre a favor de la prevención general, no solo porque la sociedad es más fuerte que el individuo, sino también porque el derecho penal, como todos los sistemas de control social, está al servicio de la protección de intereses sociales y todas sus instituciones procuran cumplir esa función.” (1999: 124)*

Es menester destacar, que en la teoría de la prevención, específicamente la prevención general, se exaltan los valores sociales, por encima de los individuales, considerándose que la prevención debe estar orientada hacia la protección de los valores sociales.

#### **La prevención puede ser:**

##### **a.- La prevención general.**

Esta vertiente de la prevención, de carácter general, postula; que la pena tiene como objetivo fundamental, incidir sobre la colectividad en general, impidiendo que los ciudadanos realicen hechos sancionados por la Ley Penal. Para quienes propugnan esta teoría, la pena es de carácter utilitario, es un medio para alcanzar un fin de naturaleza social.

*“Aunque con precedentes antiguos, el pensamiento de la prevención general inicia en el siglo XVIII, con el iusnaturalismo clásico y su reviviscencia de la idea del contrato social, de Grocio (1583 – 1645) en adelante, que se acentúa en la época de las luces...” (De Rivacoba y Rivacoba. 1993: 25)*

Representan esta teoría en el siglo XIX Bentham, Filangieri, Romagnosi (1761- 1835) y Feuerbach (1775 – 1833).

La Teoría de la Prevención general es una posición doctrinaria de carácter relativo, la cual está orientada a la prevención del delito. Y según la cual, como lo expresara Roxin, *“ la pena debe, ..., actuar no especialmente sobre el condenado, sino generalmente sobre la comunidad.”* (1997: 89)

Bentham *“...entiende el sistema penal y penitenciario como un medio para resarcir el daño causado por un delito y sobre todo para evitar su repetición en el futuro.”*(Colomer, Joseph.s/f:40)

Bentham, el fundador del pensamiento utilitarista, plantea que tanto el sistema penal, como el penitenciario, deben servir de medio para reparar el daño causado por el delito y principalmente evitar la repetición en el futuro del delito cometido.

El autor que desarrolló ampliamente la Teoría de la Prevención General, fue Anselm v. Feurebach , quien consideró que la pena, puede y de hecho es usada como una amenaza dirigida a los ciudadanos para evitar que delincan. (Mir Puig. 1990: 56). Esta es la tesis de la coacción

psíquica de la pena, que tanto ha servido en la construcción del Derecho Penal Liberal.

La prevención general obra “... sobre los seres humanos en general, haciendo que, por el espectáculo o magisterio de la pena impuesta al delincuente, los demás se abstengan de delinquir.” ( De Rivacoba y Rivacoba. 1993: 17)

La prevención general está dirigida a la comunidad, a fin de frenar la delincuencia en general, a través del poder intimidatorio de la pena, haciendo nacer en las personas la idea de no incurrir en delito y el respeto a las normas penales.

La prevención general de la pena no solo es alcanzada por medio de su carácter intimidatorio, sino también a partir de la actitud de respeto de los ciudadanos hacia la normativa jurídico penal vigente, independientemente de su carácter coactivo.

La Teoría de la prevención general, está dirigida a la protección del Derecho Penal, y consideran los autores que la apoyan, que no es suficiente para evitar la nueva comisión de delitos que la pena actúe sobre las personas que ya son reincidentes, sino que es menester para la prevención de los delitos en general, actuar sobre la comunidad en general.

Se puede observar, que la teoría de la prevención general le asigna a la pena una función utilitaria, vale decir, un fin social, que no es otro que el de evitar, la perpetración de futuros hechos delictivos. Pero independientemente de que esta función de prevención de la pena se

logre por la intimidación pura, o por la inspiración al respeto por la norma penal, es un rasgo esencial de esta teoría, el que esta prevención vaya dirigida a la colectividad en general, lo que la distingue de la otra tesis relativa, que se estudiará en el punto siguiente.

*“Tanto la “prevención especial” como la “prevención general” han sido concebidas desde dos puntos de vista, el negativo y el positivo. Así, se habla de prevención especial “positiva” y “negativa” y de prevención general “positiva” y “negativa”. (Figueroa Ortega, Iván. 1998:148)*

Según Roxin, la Teoría actual distingue un aspecto negativo y un aspecto positivo, de la prevención general, a saber:

La prevención general negativa, es la conocida común y tradicionalmente como prevención general, es *“... la que obra de manera indiscriminada sobre la sociedad como freno inhibitorio de la delincuencia.” (De Rivacoba y Rivacoba. 1993: 18)*

La prevención general negativa, puede describirse con el concepto de la intimidación de otros, que corren el peligro de cometer delitos semejantes. Ahora bien, solo una parte de la población comete el hecho con tanto cálculo que pueda ser afectada por una intimidación, siendo que, según Roxin, no es una agravación de la amenaza penal, sino una intensificación de la amenaza penal, lo que puede tener éxito en lo que respecta a la prevención general.(1997: 91)

A la prevención general como intimidación, *“... la doctrina más moderna la denomina negativa, para contraponerla a la prevención*

---

*general positiva donde la pena asume una función de orientación cultural.” (Quintero Mujica, Edelio.1998: 279)*

La prevención general, de naturaleza negativa, es aquella que actúa sobre la colectividad, a través de la amenaza, de lo que denominó en su momento Anselmo Von Feuerbach, la Teoría de la coacción psíquica de la pena; el sentir los ciudadanos, que no deben delinquir, porque si lo realizan, pueden ser penados.

La prevención general positiva plantea, que la pena: *“...previene la comisión de delitos porque logra despertar en la colectividad un sentimiento de respeto para aquellos valores ético-sociales necesarios para el mantenimiento de la sociedad.” (Figueroa Ortega, Iván. 1998:148)*

La prevención General Positiva, comúnmente busca la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Para esta posición la pena tiene la misión de demostrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo.(Roxin. 1997: 91)

La prevención general positiva es, aquella que la pena ejerce igualmente sobre la sociedad, pero, no inhibiendo en ella tendencias o impulsos delictivos, sino reforzando:

*“... la confianza y adhesión social en el complejo normativo y el sistema de valores que lo informa, ... , por el cual deben regirse y conforme al cual deben conducirse cuantos la integran, como base de una situación*

*institucionalizada de seguridad común y confianza mutua.”*

(De Rivacoba y Rivacoba. 1993: 18)

De igual manera, la Teoría de la prevención general, al igual que la prevención especial, no cuenta con un sistema concreto para medir la cuantía de la pena por aplicar a la persona que se ha demostrado su responsabilidad penal, y en consecuencia, ha sido condenado. Porque establecer que una mayor cuantía de la pena generaría un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente, la razón más frecuente de las penas sin medida. (Roxin. 1997: 92)

#### **b.- La prevención especial.**

Esta tesis fue propugnada por la Escuela Positivista en Italia y por Franz Von Liszt ( 1851 – 1919), en Alemania.

La teoría de la prevención especial, así como la de prevención general tiene “... *precedentes, remotos y próximos, más de manera tajante, excluyente y bien asentada solo surge muy avanzado ya el siglo XIX, con Röder (1806 – 1879).*” ( De Rivacoba y Rivacoba. 1993: 27)

Para Franz Von Liszt, “ *...la pena justa es la pena que sea necesaria...Para este autor la pena persigue fundamentalmente la prevención especial, siendo la corrección, la intimidación y la innocuización sus efectos inmediatos.* (Figueroa Ortega, Iván. 1998:154)

Para los autores que postulan la teoría de la prevención especial, la pena tiene un fin utilitario, que tiende hacia la innocuización, reeducación, y corrección del penado.

El autor Santiago Mir Puig, expresa que la prevención especial puede alcanzarse de tres maneras: *"...mediante la advertencia a los delincuentes ocasionales; de la resocialización, a través del denominado tratamiento penitenciario, aplicado a los delincuentes corregibles y de la exclusión o tratamiento asegurativo para los delincuentes incorregibles."* (Morais de Guerrero, María. 1999:23)

Lo planteado por Santiago Mir Puig, se fundamenta en el efecto que ha de tener la pena, con base a la clasificación del delincuente; frente a aquellos ocasionales, la pena actuará como una advertencia, frente a aquellos que fueren corregibles, la pena actuará como agente resocializador y frente a aquellos delincuentes incorregibles, actuará como tratamiento asegurativo.

Los propulsores de esta rama de las teorías relativas, plantean que la finalidad primigenia de la pena, no es ya la prevención general, dirigida a toda la colectividad, sino la prevención especial, que ha de recaer directamente sobre el delincuente en particular, a los fines de que éste no infrinja nuevamente la norma jurídico penal existente, es que el condenado renuncie a cometer nuevos delitos.

Desde el punto de vista etimológico, la Teoría de la prevención especial, es una teoría relativa, "pues se refiere al fin de prevención de delitos, pues relativo viene del lat. *Referre*: referirse a." (Roxin, C. 1997: 85)

Para Bergalli, *"prevención especial es sinónimo de readaptación social."* (1976: 19)

---

La prevención puede obrar "... sobre el propio condenado, haciendo que, por los efectos que haya surtido la pena que ha sufrido, en su personalidad sea precisamente él quien se abstenga de delinquir, esto es, que no incurra de nuevo en delito, que no reincida." De Rivacoba y Rivacoba. 1993: 18)

Para la Teoría de la prevención especial, la pena incide directamente sobre la persona que ha violentado el orden jurídico penal, para que esta no incurra nuevamente en la comisión de hechos delictivos, y dirigida igualmente hacia la reinserción del delincuente a la vida social.

Para las Teorías de la Prevención Especial, *"la pena tiene como finalidad evitar que a quien se aplica vuelva a cometer delitos. Su objetivo es que el sujeto no reincida en la comisión de hechos punibles."* (Figueroa Ortega, Iván. 1998:148)

La prevención especial tiene como fin esencial, la reeducación del delincuente y su posterior incorporación a la sociedad, una vez cumplida la pena. La política criminal, disciplina propugnada por Von Liszt, está encaminada, a lograr la resocialización del delincuente, *"... mediante la aplicación de un tratamiento individualizado, basado en un estudio científico de su personalidad, respetando en todo caso la dignidad humana del recluso."* (Fernández Carraquilla. 1997)

La teoría de la prevención especial, se obliga fundamentalmente a proteger al individuo integrándolo a la sociedad, cumpliendo de esta manera con las exigencias del principio del Estado Social.

Es evidente que esta prevención opera sobre un hecho ya acontecido, como es el delito, pero orientada hacia un hecho futuro, como es la no-comisión de nuevos sucesos de ésta índole, por parte de la persona sobre la cual ha operado la prevención especial.

Para Von Liszt la función de la pena es la prevención especial, por medio de la intimidación, la corrección y la inocuización del delincuente, no de la colectividad. (Mir Puig. 1990: 60)

Al igual que la prevención general, en la prevención especial se ha distinguido: La prevención especial positiva y la prevención general negativa.

*“ La prevención especial positiva tiene que ver con la reinserción social del reo. Los que postulan esta posición consideran que la pena tiene como objetivo reintegrar al delincuente a la sociedad, es decir, resocializarlo. La pena es entendida como un tratamiento tendente a reeducar, enseñar, es decir, formar el sujeto para que respete los valores sociales esenciales para la convivencia y por lo tanto pueda llevar en el futuro una vida sin delito. “(Figuroa Ortega, Iván. 1998:148)*

La prevención especial positiva, tiene como norte el reforzamiento de los valores ético- sociales del condenado, a fin de prevenir que este reincida en la conducta sancionada por la Ley Penal.

Según expresa Figuroa, La prevención especial negativa postula que: *“... la pena previene mediante la intimidación, es decir, la*

---

*pena atemoriza al reo y de tal manera evita que posteriormente reincida en la comisión de hechos punibles...*" (Figueroa Ortega, Iván. 1998:148)

Desde el punto de vista negativo, la prevención especial tiene una connotación de atemorización, a través de la cual se ha de lograr que el penado evite perpetrar nuevos delitos.

La Teoría de la prevención especial, según sus detractores no cuenta con un baremo, para determinar la cuantía de la pena. Esta situación traería como consecuencia, retener al condenado el tiempo necesario hasta que estuviera resocializado, todo lo cual generaría una condena con pena de duración indeterminada. (Roxin.1997: 88)

Igualmente, Rodríguez Devesa, expresa, al hacer referencia a las teorías relativas, que no les queda otro camino, que transformar la pena en un tratamiento y el Derecho penal en una defensa social, que quizás mañana existan nuevas técnicas que permitan sustituir el delito por una conducta antisocial y la pena por un tratamiento, pero que, hoy en día, *"... el riesgo de arbitrariedad y de groseros errores es tan enorme que no se ve razón alguna para sacrificar las justificadas pretensiones de seguridad jurídica que informan al actual derecho punitivo."* ( Rodríguez Devesa. 1973: 750)

En este sentido, se puede indicar que, las teorías absolutas reciben tal calificativo, en virtud de que defienden la postura de que la función de la pena está en relación directa con la realización de la justicia, la cual es absoluta; en contraposición a las teorías relativas, cuya denominación deviene de la función que atribuyen a la pena, que

es una finalidad de índole utilitaria, prevencionista, siendo su rasgo más característico la relatividad.

La justificación de la finalidad de la pena no debe residir, de acuerdo a los autores que propugnan las teorías relativas, en una mera realización de la justicia, sino por el contrario la aplicación de la pena debe estar dirigida a una necesaria prevención, ya sea general, dirigida a toda la sociedad, para, a través del poder intimidatorio de la pena, evitar la comisión de hechos delictivos; o especial, dirigida al reo a los fines de impedir la nueva infracción de normas penales.

Es ampliamente ilustrativa, la expresión de Mir Puig, cuando asevera que; *"Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro."* (1990: 55). Es decir, mientras que en las teorías de la retribución, se centra la atención sobre la esencia de la pena, en el castigo de un hecho ya acontecido; en las teorías de la prevención, el eje focal, está colocado en la posibilidad de evitar nuevos delitos, a través de la imposición de la pena.

Es importante destacar, que aproximadamente desde 1975, existe una corriente doctrinaria, denominada neoclasicismo, la cual propugna el abandono de la idea de resocialización y una vuelta a la teoría de la retribución y a la prevención especial. (Roxin. 1997: 88)

La Teoría de la prevención general tiene, según Roxin, dos ventajas fundamentales, frente a la Teoría de la prevención especial, las cuales son: La primera, aún cuando no exista el peligro de que el ciudadano que ha infringido la ley, repita tal comportamiento delictivo, no se debe renunciar totalmente a la pena, porque aquellos delitos que

no generan consecuencias para el autor, pueden incitar a la imitación; y la Segunda, que, como ya se ha explicado con anterioridad, la teoría de la prevención especial puede propender a sustituir descripciones claras del hecho, por pronósticos de peligrosidad, que son vagos y arriesgados para el estado de Derecho, en cambio, la teoría de la prevención general exige disposiciones, generalmente exactas, porque el objeto de la prohibición debe estar precisado, a fin de que el ciudadano tenga pleno conocimiento del comportamiento del cual debe alejarse(1997: 92) El criterio de peligrosidad que ya fue abordado en otra época por los positivistas, a lo largo de la Historia ha demostrado su escasa eficacia, como elemento fundamental para determinar la culpabilidad de la persona, en virtud de su característica inexactitud para ser medida exactamente, y así garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos.

La efectividad o fracaso de estas teorías, puede explicarse así, mientras la imposición de la pena de retribución lleva implícita su fin, en si misma, siendo ajena e independiente de cualquier éxito o fracaso, la fijación de una pena de carácter preventivo especial, queda sin sentido, en el caso de carencia constante de éxito.(Roxín. 1997: 89)

#### **4.4.3- Teorías Mixtas**

Las teorías mixtas, procuran tomar los principales elementos de las teorías absolutas y relativas, para concluir en la síntesis que son las teorías conciliadoras, o mixtas; en las cuales puede existir el predominio ya fuere de las teorías absolutas o de las teorías relativas.

Las Teorías mixtas han sido planteadas, principalmente por Rossi y Roxin.

*“Las Teorías Eclécticas, también denominadas teorías unitarias o de la unión, consideran que la pena persigue tanto la retribución como la prevención, ya sea general o especial...”* (Figueroa Ortega, Iván. 1998:149) Las teorías mixtas, propugnan tanto un fin retributivo, como un fin preventivo, es decir, postulan tanto la necesidad de realización de la justicia a través de la imposición de la pena, con lo cual se castiga al delincuente por el mal cometido, así como se plantea el fin utilitario hacia el cual debe estar dirigido la pena, vale decir, hacia la prevención de los delitos. *“Las teorías mixtas... reúnen elementos de las anteriores, es decir la retribución con la consecución de objetivos utilitarios.”* (Morais de Guerrero, María. 1999:21) Se evidencia en el planteamiento de María Morais de Guerrero, la finalidad tanto preventiva como retributiva, hacia la cual está orientada la pena, según los propulsores de las teorías mixtas.

Según la corriente doctrinaria hacia la cual se acentúe la posición de los autores que postulan las teorías mixtas, estas pueden ser:

#### **4.4.3.1.- Teorías Mixtas o Unificadoras Retributivas**

Las Teorías mixtas o unificadoras o de la unión, consideran que la retribución, la prevención general y la prevención especial son fines necesarios y simultáneos de la pena, sin embargo, para esta corriente doctrinaria, continúa dominando fundamentalmente, la finalidad retributiva de la pena. (Roxin 1997: 93)

Aún cuando es una Teoría mixta, el rasgo retribucionista predomina sobre los demás fines de la pena, por lo cual se ha denominado teoría mixta o unificadora retribucionista.

Para Rossi, ( 1787 – 1848) exponente de esta Teoría *" la pena cumple a la vez un fin de justicia moral que remunera el mal con el mal y otro de conservación y protección del orden social, como enseñanza moral dirigida al pueblo acerca del significado de ciertos actos y como aviso a todos los individuos para lograr que se abstengan de perpetrarlos."* (en Rivacoba. 1993: 28)

De lo antes expresado se observa, que para los autores que postulan esta teoría, entre ellos Rossi, la pena debe cumplir una finalidad de realización de la justicia, de justicia moral, con una connotación de castigo, de responder al mal con el mal, y de igual manera, se acepta la prevención dirigida hacia todos los ciudadanos, para que no incurran en la comisión de actos delictivos. Se puede observar, que aún cuando se admite un fin utilitario de la pena, la justificación retributiva de la pena, predomina en esta Teoría.

#### **4.4.3.2.- Teoría Mixta o Unificadora Preventiva**

La teoría preventiva mixta, plantea el fin preventivo tanto general como especial y, aún cuando entren en conflicto el uno con el otro, el fin de la prevención especial ha de predominar. En lo que respecta a las conminaciones penales, son dominadas por la prevención especial, la

cual justifica por si sola la pena, en caso de falta o fracaso de los fines preventivos especiales. (Roxin. 1997: 98)

Plantea Roxin que: *"...resulta necesaria una visión de conjunto que aborde la potestad punitiva ( y su justificación) en cada uno de sus aspectos. "(Figueroa Ortega, Iván. 1998:169)*

La unidad resaltada por Roxin, tiene como colorario la denominación que realiza de su tesis, la cual es:

*"... una " teoría unificadora dialéctica" porque pretende evitar la exageración unilateral y dirigir los fines de la pena hacia una vía constructiva, el lograr el equilibrio por medio de las restricciones recíprocas. Considera que es "dialéctica" porque acentúa lo antitético de los diversos puntos de vista e intenta reunirlos en una tesis." (Figueroa Ortega, Iván. 1998:174)*

La posición de Roxin, está ubicada dentro de las teorías mixtas, porque intenta explicar, a través de una posición ecléctica, los fines de la pena; Roxin elabora una tesis en la cual explana la función de la pena, de acuerdo a los distintos momentos que esta atraviesa, desde su elaboración hasta su ejecución.

En el momento legislativo, para Roxin, la función de la pena es, la protección de los bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, protección que solo puede buscarse a través de la prevención general de los hechos que atenten contra tales bienes o prestaciones(Mir Puig. 1990: 66).

Es así, que la conminación penal, está dirigida a la prevención general. (Roxin. 1997: 97)

Según Roxin, *"...se amenaza con la pena la realización de aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos, de esta manera la función del Derecho Penal es la de proteger bienes jurídicos mediante la pena,..."*(Figueroa Ortega, Iván. 1998:169)

La pena en esta fase, según Roxin, es de naturaleza conminativa, constituye una amenaza su imposición, en caso de desplegarse un comportamiento que de alguna manera amenace o ponga en peligro bienes jurídicos tutelados o protegidos por el Derecho.

*"Partiendo de la idea de que el Derecho Penal tenga la función de protección de bienes jurídicos, Roxin considera que se desprenden dos consecuencias muy importantes con el ius puniendis del Estado:*

- 1) *la consideración de que el Derecho Penal es de naturaleza subsidiaria, es decir, debe constituir la última y extrema ratio entre los recursos del Estado (tanto políticos como jurídicos) para solucionar los conflictos sociales.*
- 2) *La protección penal debe ser exclusivamente de bienes jurídicos.*

*Según este autor la amenaza penal se justifica solo como protección subsidiaria de bienes jurídicos..."* (Figueroa Ortega, Iván. 1998:170)

El bien jurídico, indicado por Roxin, es un elemento estructural, que debe ser considerado por el Legislador al momento de tipificar los delitos, porque la protección de los bienes jurídicos fundamentales, tales

como la vida, la libertad y la propiedad, entre otros, es el norte que debe guiar al Legislador en la creación de normas jurídico penales.

Plantea Roxin, la posición del Derecho Penal mínimo, es decir, la postura de que el Derecho penal debe ser la *última ratio*, es decir, la posición extrema a la cual acudir en caso de violación de la Ley. De igual manera, establece el criterio jurídico, aceptado ampliamente, de que la protección que realiza el Derecho Penal, debe ser exclusivamente de bienes jurídicos, que son aquellos objeto de tutela penal.

El segundo momento analizado por Roxin, es el de la realización del Derecho Penal, el de la aplicación judicial, que complementa la prevención general y a su vez sirve también a la prevención especial. (Mir Puig. 1990: 67) Al aplicar el Juez la pena se confirma la seriedad de la amenaza abstracta expresada en la ley.

Al aplicar la pena en la sentencia, el Juzgador, debe tomar en consideración, y en la misma medida las necesidades preventivas especiales y generales (Roxin. 1997: 97)

Es importante resaltar, que al medir la entidad de la pena, el juez debe necesariamente tomar en cuenta el grado de culpabilidad del sujeto activo del delito, lo cual constituye una condicionante para el juez al aplicar la pena. (Mir Puig. 1990: 67). Debe existir una proporción entre el grado de culpabilidad del delincuente y la cantidad de la pena impuesta por el juez.

Es necesario destacar, que el Juez, al estudiar cada caso en particular que se le presente, debe analizar el delito perpetrado, tanto desde el punto de vista objetivo, es decir, la conducta desplegada por el agente, como desde el punto de vista subjetivo, o el grado de culpabilidad con el que el agente actúo.

La culpabilidad constituye el límite a la imposición de la pena. *“El defecto que les es propio a las teorías preventivas, cual es que su enfoque no entraña en si las barreras del poder sancionador, necesarias en el Estado de Derecho, se remedia óptimamente mediante una prohibición de rebasamiento de la culpabilidad.”* (Roxin. 1997: 99)

La magnitud de la pena se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto que lo hagan necesario las exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales. (Roxin. 1997: 103)

La cuantía de la pena está limitada por el grado de culpabilidad, vale decir, la cantidad de la pena impuesta en la sanción al condenado, no puede ser superior a la culpabilidad del agente, dependiendo del grado de culpabilidad del condenado, ya fuere dolosa, culposa o preterintencional, al momento de cometer el hecho punible, en esa medida será su pena.

Para los propulsores de las Teorías mixtas, es necesario al imponer la pena, no solo la realización de la justicia, el castigo del delincuente, es decir, cumplir lo que expresaba Carrara, que al mal del

delito debe seguir el mal de la pena, sino que también, al aplicar la pena, debe tomarse en cuenta la prevención, tanto general como especial del delito, imprimiéndole así, un fin utilitario a la pena.

El tercer momento es la Ejecución de la pena, y en ese sentido; expresa Roxin; *“En la ejecución de la pena pasa totalmente a primer plano, la prevención especial.”* (1997: 97) Siendo la resocialización del condenado objetivo primordial de la pena.

En cuanto a la ejecución penal, según Roxin:

*“...la ejecución de la pena solo podría estar justificada si persigue como meta la reincorporación del delincuente a la sociedad. De tal modo, el fin buscado por la ejecución de la pena debe ser el de prevención especial, es decir, que el sujeto al que se le ejecuta la sanción penal no reincida en la comisión de delitos.”* (Figueroa Ortega, Iván. 1998:173)

En la fase de ejecución penal, para Roxin, se plantea la prevención especial, aquella, según la cual la ejecución de la pena ha de estar dirigida a actuar directamente sobre el penado, la pena en esta fase tiene como norte lograr la reinserción del condenado en la sociedad.

La prevención especial en la ejecución de la pena se pone de manifiesto, en que el Juez de Ejecución tiene un trato directo con el condenado, estableciendo un programa de ejecución definido para cada reo, lo cual propende a la reeducación de los condenados. Esta situación es posible palpirla hoy en día con la Figura del Juez de Ejecución consagrada en el Código Orgánico Procesal Penal, en su

artículo 479 y siguientes. Siendo que a partir del año 1998, la Ejecución de la pena está a cargo del Tribunal de Ejecución de los respectivo Circuitos Judiciales Penales, quedando atrás la regulación de la ejecución de la pena, a través de Órganos del poder Ejecutivo.

Aún cuando no se puede afirmar, que existe una total división entre cada una de las etapas de la pena, en relación a los fines que persigue, porque aún cuando como afirma Roxin, la función de la pena en la etapa de la ejecución está dirigida a la prevención especial, esta no puede deslastrarse totalmente de su función de prevención general. Lo que ocurre es que predomina la prevención especial sobre la general.

Iván Figueroa Ortega, coincide con la posición de Roxin, y al respecto indica:

*“...que el fundamento o fin de la pena debe ser estudiado dependiendo del aspecto del ius puniendi de que se trate. Una cosa es la pena como prevención legislativa, otra su imposición judicial y otra su ejecución. Por tanto, la pena no puede tener la misma finalidad en cada uno de estos casos porque se trata de supuestos muy diferentes.”*  
(1998:176)

El autor Iván Figueroa Ortega, expresa, que de acuerdo a la fase en la cual se encuentre la pena, debe desprenderse su finalidad, ya fuere en la etapa legislativa, impositiva o de ejecución.

Para Iván Figueroa Ortega, cuando el legislador tipifica una conducta y la amenaza con la pena como sanción el fin que persigue de

prevenir que los miembros de la sociedad cometan delitos, que es la prevención general. (1998:176)

*En lo que corresponde a "la imposición judicial de la pena y su ejecución, su objetivo es fundamentalmente la prevención general, esto porque la aplicación de la pena como castigo por la comisión de un delito, desde el punto de vista de la política criminal del Estado, no puede solamente buscar retribuir o reintegrar al reo a la sociedad, sino más bien evitar que en la colectividad se generalice tal tipo de conducta..." (1998:176-177)*

El análisis de los fines de la pena, a partir de cada una de las fases por la que ésta atraviesa, adquiere hoy en día, relevancia en Venezuela, porque con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, el 23 de Enero de 1998, el País se inscribe en el sistema acusatorio, y las Fases del Proceso están claramente diferenciadas en el Código Orgánico Procesal Penal, a saber, en el libro Segundo referido al Procedimiento Ordinario, existen tres títulos, el Título Primero (I), referido a la Fase Preparatoria; el Título Segundo (II) referido a la Fase Intermedia; y el Título Tercero (III) correspondiente al Juicio Oral (Título V, Capítulo II, Sección Cuarta de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.) La Fase de Juicio es la que en definitiva y luego del debate, se determinará la responsabilidad penal o no del acusado. Terminada la misma con una Sentencia Condenatoria o Absolutoria. Por último la Ejecución de la sentencia esta explanada en el Libro Quinto (V) del Código ya indicado.

Al existir la separación entre el Juez que sanciona y el Juez que ejecuta, se beneficia tanto al proceso penal como al condenado, al cual

se le garantizará la disposición de un funcionario judicial, que velara por el cumplimiento de su pena, y se abocará al establecimiento de un programa de ejecución acorde a él. Observándose, que la Ejecución de la pena, está dirigida primordialmente a la prevención especial, con toda la carga teórica que ésta implica, llevándose así a la praxis Judicial.

Antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, todo lo referido al régimen penitenciario, le correspondía al Estado a través de órganos del Poder Ejecutivo, concretamente funcionarios del Ministerio de Justicia, *“... de modo que al dictar la sentencia y quedar firme, el Juez se desentendía del condenado, al que en muchos casos no llegó a ver nunca.”* (Morao. 2000: 399). La situación ya indicada era la que preponderaba en Venezuela antes de 1998. tal como se desprende de lo pautado en la Ley de Régimen Penitenciario, que en su artículo 1 reza: *“ Corresponde al Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de justicia, la organización y el funcionamiento de los servicios penitenciarios para el cumplimiento de las penas restrictivas de la libertad que impliquen internación y hayan sido impuestas por Tribunales de la República.”*

De igual manera, el artículo 5 de la Ley en referencia expresa: *“ El Ministerio de Justicia velará por la estricta observancia de las disposiciones legales sobre el cumplimiento de las penas y deberá revisar los cómputos de las penas hechas en los autos de ejecución en caso de no encontrarlos ajustados a la ley, los devolverá al juez ejecutor con las observaciones pertinentes.”*

El Código Orgánico Procesal Penal, crea los Tribunales de Primera Instancia en Función de Ejecución, quienes serán los

encargados de todo lo relacionado con la ejecución de la pena; en ese sentido, el artículo 472 del Código en referencia establece la competencia del Tribunal de Ejecución y a este respecto reza: Al Tribunal de Ejecución corresponde:

*<<1° La ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme;*

*2° Todo lo relacionado con la libertad del penado, rebaja de penas, suspensión condicional de la ejecución de la pena, redención de la pena por el trabajo y el estudio y extinción de la pena.*

*3° La determinación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad;*

*4° La acumulación de penas en caso de varias sentencias condenatorias dictadas en procesos distintos contra la misma persona.>> (Asamblea Nacional.2000:305)*

Se desprende que se ha Judicializado la Ejecución de la Pena, correspondiéndole a un Juez garantizar el cumplimiento y respeto de las garantías del condenado.

En aras a definir la ejecución de la pena, es menester indicar, que esta es *"...la actividad tendiente a cumplir los mandatos de una sentencia firme..."* (Morais de Guerrero, María. 1999:90)

La función del Juez de Ejecución está circunscrita esencialmente a ejecutar una sentencia definitivamente firme.

El juez de Ejecución, *“... en el ámbito internacional ha recibido diversas denominaciones: Juez de Vigilancia, Juez de Ejecución, Juez de Aplicación de Penas, Tribunal de Ejecución de penas, etc.”* (Morais de Guerrero, María. 1999:119)

Manifiesta Ramón Morao, en relación a los Jueces de Ejecución, que los mismos aseguran la relación que debe existir entre la sentencia y su ejecución, *“...de modo que cualquier incidente o inconveniente que pudiera presentarse sea decidido por un órgano del poder judicial, garantizándose de esta manera el respeto al principio de legalidad.”* (2000: 400)

A través de la Judicialización de la ejecución de la sentencia, se garantiza, que sea un órgano Jurisdiccional quien decida cualquier incidencia relativa a la fase de ejecución de la sentencia, asegurándose de esta manera el respeto a los Derechos Fundamentales del penado, y al Principio de Legalidad.

## **5.- FUNCIÓN DE LA PENA EN LOS DISTINTOS MODELOS DE ESTADO**

### **5.1.- Nociones Generales**

La concepción política que tenga el Estado, es determinante al momento de definirse los lineamientos en materia de pena, o expresado en otros términos, de la concepción política existente en un Estado, se desprende su planificación sobre política pública penal.

Según expresa Santiago Mir Puig, que es menester determinar: *"... que función corresponde a la pena en el Derecho penal propio de un determinado modelo de Estado."* ( 1998:195)

En los distintos modelos de Estado, se han asignado funciones diversas a la pena, dependiendo si este tuviera la concepción Liberal, Social, o Social y Democrático de Derecho, es decir, según el Estado tuviere una concepción individualista, socialista, o social y democrática, subordinado al Derecho.

Ya desde el siglo XIX, Carmignani al referirse al origen político de la pena criminal, indicaba que:

*"... puesto que la pena se impone por razón del delito, y como la causa de imputar un delito es política, del mismo modo debe también ser política la razón de infligir las penas"* (1979: 117)

Al disertar sobre el fin de la pena, ésta ha sido considerada por Zaffaroni, como *"...un fenómeno político..."* (1997: 40). El Derecho Penal,

y en el presente caso la pena, son influenciados por los lineamientos políticos, que rigen el Estado, y su mayor o menor severidad, dependerá del valor que le sea concedido, a los bienes jurídicos que proteja, en un momento determinado. Es el caso por ejemplo, que el Legislador Venezolano, consideró necesario sancionar más severamente aquellos bienes que atentan contra el ambiente, tanto en lo que respecta a la pena privativa de libertad, como en el resarcimiento económico, por el daño ambiental ocasionado, por lo cual, fue sancionada en Venezuela, la Ley Penal del Ambiente en 1992.

Existe una relación directa, entre la función de la pena y la función del Estado. Es por ello que la política penal del Estado está encaminada a cristalizar los fines básicos que persigue el Estado.

En los diversos modelos de Estado que han aparecido en la historia, ha variado la función que se le ha dado a la pena. En este punto se esbozaran los fines que ha tenido la pena, en el Estado Liberal, en el Estado Social y en el Estado Social y Democrático de Derecho, intentando determinar, la posible adecuación de los fines previstos para la pena, en éste último modelo de Estado, y si en el caso del Estado Venezolano existe una adecuación formal o legal, en esta materia y si se cumplen en la praxis penitenciaria lo establecido en el Derecho Positivo vigente en la República Bolivariana de Venezuela.

## **5.2.- Función de la Pena en el Estado Liberal**

Para el Derecho Penal Liberal, la pena tenía, tanto una función de prevención del delito, como retribución por el mal cometido, pero la función retribucionista tuvo mayor fuerza que la utilitaria. Esta posición

fue planteada por el Derecho Penal como producto de la ilustración, es decir, el Derecho Penal Clásico.

La teoría predominante en esta corriente fue la denominada por la doctrina, como Teoría absoluta; cuyos principales exponentes fueron Kant y Hegel; quienes pregonaban una concepción retribucionista de la pena, según la cual la función de la pena constituye la realización de la justicia, la pena se justifica por sí misma, se castiga porque se ha delinquido y al mal del delito debe seguir el mal de la pena, postulaba Francesco Carrara.

*Es así, que "El derecho penal liberal clásico favoreció notablemente las teorías retribucionistas de la pena criminal (BINDING, CARRARA), por su vinculación con la idea de la responsabilidad moral, de una parte, y por su asiento en el principio Kantiano del hombre como fin absoluto, de la otra..." (Fernández carrasquilla: 1999)*

En el Estado Liberal, la imposición de la pena al delincuente, tiene como finalidad esencial, la retribución por el mal cometido, el que éste sufra el castigo que merece, como consecuencia de haber actuado de manera contraria a lo indicado en la norma.

De lo anteriormente indicado, se evidencia, que en el modelo de Estado liberal, existe preeminencia por los postulados de las Teorías Absolutas, que ya han sido estudiados.

### 5.3.- Función de la Pena en el Estado Social

En el Derecho Penal del Estado Social, la pena debe cumplir la función de la prevención.

Según planteó Mir Puig; *“ la progresiva aparición del Estado social, como Estado intervencionista que toma partido en el juego social, acentuó de nuevo la misión de lucha contra la delincuencia. Se prestó atención a la función de la prevención especial...”* (1998:196)

El Estado Social, que fue surgiendo a partir de la Primera Guerra Mundial, la cual tiene lugar entre 1914 a 1918; postuló un alejamiento del Individualismo propio del Estado Liberal, generando un acercamiento del Estado al ciudadano y consecuentemente un aumento del control estatal hacia las actividades del individuo, lo cual conllevó a un aumento del intervencionismo estatal; y propugnó como modelo de Estado, la lucha contra la delincuencia, favoreciendo la finalidad preventiva de la pena.

Para Enrique Ferri, representante de la Escuela Positivista y del Socialismo “... en 1894, año de la publicación de su libro Socialismo y Ciencia Positiva, la doctrina socialista representaba,... la única fuerza capaz de devolver a la vieja civilización humana, la esperanza de un porvenir mejor.” (Gómez. 1947: 127)

La doctrina socialista, que propugnaba una mayor inherencia del Estado en la sociedad, era considerada por Ferri, la única fuerza, que podría devolver a la humanidad la esperanza de un porvenir mejor; Ahora bien, en el Estado Social, el excesivo intervencionismo, degeneró

en algunos casos en dictadura, lo cual se evidencia en la posición fascista que asumió Ferri al final de su vida:

*“Al separarse del Partido Socialista, Ferri invocó razones que no convencieron. Más tarde se hizo fascista. Aceptó la dictadura de Mussolini como benéfica para Italia. Italia - decía- vió en Mussolini un salvador providencial y acogió con entusiasmo su dictadura. También son suyas estas palabras: “Mussolini tuvo y tiene una idea-fuerza: es la supremacía del Estado sobre el individualismo, que la Revolución francesa reivindicó en justicia contra la tiranía medioeval, pero que a fines del siglo XIX, y en este siglo XX, ha llegado en muchos países, al exceso de un liberalismo que resulta libertario y fundamentalmente anárquico. La obra política y social de Mussolini... ha vuelto a dar a Italia el orden y disciplina social.”*  
(Gómez, Eusebio. 1947:131)

Ferri, se hizo fascista, considerando que en muchos países, el exceso de liberalismo conllevó la anarquía, manifestándose a favor de la dictadura de Mussolini en Italia.

Para el Estado Social, la pena no ha de tener solo un carácter retributivo aflictivo, sino que debe estar principalmente dirigida hacia un determinado fin utilitario.

El que el delincuente cumpla la pena, ha de orientarse a procurar la prevención del delito, es intentar que el delincuente logre su reinserción social y no reincida en el delito.

Puede observarse que en el modelo de Estado Social, la pena ha de cumplir una función de prevención, encuadrando su posición con la de las Teorías relativas, dentro de las cuales se inserta en las Teorías de la Prevención Especial, para las que la incidencia sobre el condenado es lo más relevante, y hacia él se dirigen todos los objetivos, para evitar su reincidencia y lograr en definitiva, que una vez cumplida la pena, la persona tenga la posibilidad de acceder nuevamente a la sociedad, con el mínimo de traumas posibles, y no se encuentre aislado de esta, por el proceso enajenante que puede ocasionar el permanecer en los centros de reclusión del Estado.

#### **5.4.- Función de la Pena en el Estado Social y Democrático de Derecho.**

El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho, debe estar dirigido a la lucha activa contra la delincuencia, pero dirigida por y para los ciudadanos (Mir. Puig. 1994: 37).

La tendencia intervencionista del Estado social, degeneró en algunos países a *sistemas políticos totalitarios*, lo cual *"...culminó en el período que medio entre las dos guerras mundiales. La experiencia de los horrores que eso trajo consigo,..., hizo evidente la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes para con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido democrático. Surgió, así, la fórmula sintética de "Estado social y democrático de derecho".*(Mir Puig, Santiago. 1998:196)

El progresivo intervencionismo del Estado Social, propicio la formación de algunos regímenes totalitarios, todo lo cual originó la necesidad de conciliar la postura absolutamente jurídica del Estado Liberal, con la de justicia social; vale decir, la posibilidad de conformar un modelo de Estado que asumiera el cumplimiento de las exigencias sociales, y a su vez garantizase el respeto a los Derechos fundamentales, a través del revestimiento democrático y de Derecho. Aceptando la función de prevención en este modelo de Estado.

Si bien es cierto, que en el Estado Social y Democrático de Derecho, la pena debe tener una función de prevención, ésta no está dirigida únicamente a la persona que delinque, sino que su fin es esencialmente social, lograr en lo posible el bienestar de la colectividad en general, la tranquilidad que resulta de la disminución del índice delictivo y de una conciencia social en contra de la comisión de hechos punibles.

En el Estado Social y Democrático de Derecho, es importante el respeto a las disposiciones jurídico penales, partiendo de la Norma Rectora, del texto Constitucional, fuente primigenia de donde mana todo el ordenamiento jurídico, hasta la ley penal por excelencia, que es el Código penal venezolano, y demás leyes especiales que tipifican delitos, y las normas adjetivas, que prevén el procedimiento a cumplir para determinar la responsabilidad penal de una persona, y la imposición definitiva de la pena, como es el Código Orgánico Procesal Penal

El celoso cumplimiento de las disposiciones penales, relativas en este caso a la pena, conlleva a la realización del principio de legalidad, propio del Estado de derecho, en que se encuentra enmarcado el Estado

social y democrático de derecho, y que genera certeza jurídica y seguridad para los ciudadanos, de que no van a ser sancionados por delitos que no estén previstos en la ley, ni con penas que no se encuentren ya estipuladas.

Al adoptar lo mejor de los dos modelos de Estado que le preceden, el Estado Social y Democrático de Derecho, reconoce la necesidad del cumplimiento de la justicia, en la aplicación de la pena, pero también observa, que es imprescindible dirigir la aplicación de la pena hacia un fin que beneficie al delincuente en particular y a la sociedad en general, aceptando tanto la prevención general como la prevención particular, en la lucha contra el crimen.

Acepta el Estado Social y Democrático de Derecho, tanto la Teoría de la prevención General, como la Teoría de la Prevención Especial, para determinar los fines de la pena.

#### **5.5.- Función de la Pena en el Estado Venezolano.**

Ya se ha determinado de manera general, que en un principio, el Estado venezolano asumió la concepción del Estado liberal, plasmado en la Constitución de 1961, y que de manera formal, en el año 1999, con la Constitución Bolivariana, el Estado venezolano se declara Democrático y Social de Derecho y de Justicia, aún cuando los postulados del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, se evidencian en Venezuela, a partir de los años 90, con el surgimiento de varias leyes especiales, sobre las que posteriormente se disertará.

El artículo 2, de la Constitución Nacional, reza: “ *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 justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos, la ética y el pluralismo político.*” (Asamblea Nacional Constituyente. 1999:23)

Según el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la concepción del Estado Venezolano, como Democrático y Social, de Derecho y de Justicia, implica que el Estado:

“ propugna el bienestar de los venezolanos, creando las condiciones necesarias para su desarrollo social y espiritual, y procurando la igualdad de oportunidades para que todos los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad, disfrutar de los derechos humanos...”

Lo anteriormente indicado, evidencia, que el Estado Venezolano, está dirigido a crear las condiciones que fueren necesarias para el desarrollo social y espiritual de los ciudadanos, lo cual está en consonancia con la posición social que asume el Estado Venezolano.

La anterior aseveración se cristaliza en lo indicado en el preámbulo en referencia, en el que se explana; “ *Los principios de la solidaridad social y del bien común conducen al establecimiento de ese Estado social, ...*” (1999:11)

---

El Estado, *"... se nutre de la voluntad de los ciudadanos, expresada libremente por los medios de participación política y social, para conformar el Estado Democrático."* (1999: 11)

La connotación del Estado Venezolano, como Democrático, implica asumir un sistema en el que se garantiza el pleno respeto de los Derechos y Garantías del ciudadano, principalmente el derecho a la libertad, la libre expresión, el respeto a la dignidad humana, los cuales se encuentran establecidos en la Constitución de 1999.

El Estado Social, *" esta sometido al imperio de la Constitución y de la ley, convirtiéndolo entonces, en un Estado de Derecho."* (1999: 11)

En el Estado venezolano, al asumir el Estado de Derecho, se da la sujeción del Estado a las normas jurídicas vigentes, considerándose necesaria la aplicación de las penas, para sancionar al delincuente por la comisión del hecho punible, y así lograr la realización de la Justicia, igualmente se estima indispensable la orientación de la imposición de las penas hacia un fin utilitario, que beneficie la reinserción del delincuente en el ámbito social, y que sirva de ejemplo para crear en los ciudadanos la conciencia de no delinquir, para evitar la aplicación de dicha medida.

En este orden de ideas, concluye este punto en el Preámbulo, esbozándose el espíritu del Legislador Nacional, expresándose que; *" Estado Social y Democrático de Derecho comprometido con el progreso integral que los venezolanos aspiran, con el desarrollo humano que permita una calidad de vida digna, aspectos que configuran el concepto de Estado de Justicia."* (1999: 23)

Siguiendo la idea anterior, e identificado como está el Estado Venezolano, como Democrático y Social de Derecho y de Justicia, es conveniente analizar, la política pública penal del Estado venezolano.

La política penal que implementa un Estado determinado, está en referencia directa con las necesidades y exigencias de ese Estado en particular, como bien lo expresa Hormazábal, que en *"un Estado democrático el desarrollo de una política penal está sujeto a los condicionamientos que impone su estructura."* (1985: p. 155)

En el ejercicio del *ius puniendi* o, derecho de castigar, el Estado debe limitarse a la protección de los derechos fundamentales y ceñirse a la aplicación de las penas establecidas como tales por el Legislador venezolano, es decir, respetar el principio de legalidad de los delitos y las penas que comporta una garantía para los ciudadanos.

El fin del Estado se debe concretar a las políticas públicas que en distintas áreas este implementa. En materia de penas, las políticas públicas han de tender a desarrollar los objetivos de ese Estado, que se ha descrito como Social y Democrático de Derecho y de Justicia.

Si bien es cierto, que la base del Código Penal Venezolano, se encuentra en el Derecho Penal Clásico, producto de la corriente Liberal del Derecho penal, que acepta principalmente la Teoría retribucionista, es importante señalar, que ha surgido una legislación paralela, constituida por las leyes especiales que se han aprobado, entre las que se encuentran, la Ley de Régimen Penitenciario, cuya última reforma data de 1981, en la cual se evidencian algunos rasgos del Estado Social, vale decir, la prevención especial, ya que de acuerdo a la Ley antes

indicada, en el artículo 2 se plantea que el período de cumplimiento de la pena, ha de ser utilizado para procurar la rehabilitación del penado y su readaptación social.

El Estado Venezolano, acepta no solo la Teoría de la Retribución plasmada en el vetusto Código Penal, sino que la Prevención Especial como fin de la pena, esta plasmada en la ley de Régimen Penitenciario. Así como en Leyes Especiales como son, la Redención de la Pena por el Trabajo y el Estudio y la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, cuyos objetivos esenciales van dirigidos a la resocialización del condenado, para que el cumplimiento de la pena no implique solo un castigo para el delincuente, sino también un medio para la prevención especial, dirigida a que el reo no incurra nuevamente en la comisión de hechos tipificados como punibles por la ley.

Es menester indicar, que la legislación sustantiva y procesal de carácter penal, está orientada fundamentalmente hacia la prevención especial.

En lo que respecta la Legislación Procesal, es menester destacar lo consagrado en el Código Orgánico Procesal Penal, a fin de desarrollar lo planteado anteriormente, en torno a la función de prevención especial, asignada en la Legislación tanto sustantiva como procesal penal en la Legislación venezolana.

Según el artículo 472 de El Código Orgánico Procesal Penal, Al Tribunal de Ejecución corresponde:

*1° La ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia firme;*

La función esencial del Tribunal de Ejecución, consiste en ejecutar, tanto las penas como las medidas de seguridad que fueren impuestas a una persona, a través de una sentencia, que ya esté firme.

*2° Todo lo relacionado con la libertad del penado, rebaja de penas, suspensión condicional de la ejecución de la pena, redención de la pena por el trabajo y el estudio y extinción de la pena.*

De igual manera, es competencia del Tribunal de Ejecución, decidir todo lo relacionado a la libertad del penado, rebaja de penas, suspensión condicional de la ejecución de la pena, así como lo referido a la redención de la pena por el trabajo y el estudio y extinción de la pena.

Constituye la redención de la pena por el trabajo y el estudio, un factor importante de resocialización, porque el penado trabaja y estudia, consciente de que influirá en su pena, y de igual manera, se logra su rehabilitación.

*3° La determinación del lugar y condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad;*

Dentro de las funciones de control del cumplimiento de la pena, le corresponde al Juez de Ejecución, determinar, tanto el lugar, como las

condiciones bajo las cuales deba cumplirse la pena, o la medida de seguridad.

*4° La acumulación de penas en caso de varias sentencias condenatorias dictadas en procesos distintos contra la misma persona.*

Así mismo, compete al Juez de Ejecución, en caso de que se hayan realizado diversos procesos a una misma persona, la acumulación de las sentencias condenatorias, que se hubieren dictado, en los diferentes procesos.

En este orden de ideas, el artículo 479 del Código Orgánico Procesal Penal, reza:

*“ Control. El tribunal de ejecución controlará el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario. Entre otras medidas, dispondrá las inspecciones de establecimientos penitenciarios que sean necesarias, y podrá hacer comparecer ante sí a los penados con fines de vigilancia y control.” (Asamblea Nacional.2000:305)*

El control del cumplimiento adecuado del régimen penitenciario, de acuerdo a lo expresado en el artículo 479 del Código Orgánico Procesal Penal, es atribución del Juez de Ejecución, quien es garante del respeto a los Derechos Fundamentales del penado, y asegura la realización de los fines esenciales de la política pública penal del Estado venezolano, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que es la prevención especial, en aras a lograr la

reeducción del penado y su posterior reinserción en la sociedad, una vez cumplida la condena.

## **6.- CRITERIOS QUE ORIENTAN LA DETERMINACION DE LAS POLITICAS DEL ESTADO EN MATERIA DE PENA.**

### **6.1.- Nociones Generales**

El ordenamiento jurídico de un Estado es la cristalización del orden político vigente, de acuerdo a cuyas concepciones se definen los lineamientos normativos esenciales. De esta realidad no escapa la normativa jurídico penal, e igualmente la política pública penal de ese Estado.

De Rivacoba y Rivacoba indica que *"La legislación penal es expresión siempre de una determinada organización política."* (1993: 32). El conjunto de normas existentes en un Estado, son influidas por la concepción política que rija en el mismo, porque el Derecho en general y el Derecho Penal en particular, es axiológico, por lo cual la carga de valores preponderante en una sociedad determinada, incidirán en la Política Penal de ese Estado.

Sobre las Teorías que intentan explicar el origen de la Ley penal, la que aporta explicaciones políticas asevera que; la ley penal es *"... el resultado de un proceso político y jurídico estrechamente vinculado con el sistema de producción imperante en un conglomerado social específico."* (González. 1988: 130)

Con anterioridad se ha explicado que el modo de producción capitalista, era el imperante en el Derecho Penal Liberal, es así, que puede indicarse, que el proceso político y jurídico, se encuentran en

relación directa con el modo de producción existente en una sociedad determinada, porque el régimen político imperante necesita el elemento económico para mantenerse.

La planificación juega un papel importante al momento de establecer la política penal de un Estado, es necesario hacer, siguiendo a López - Rey , *"una evaluación del sistema penal vigente"*. (1975: 4)

La política penal de un Estado en general y del Estado Venezolano en particular, se desprende del orden político vigente en el Estado, el cual determina los lineamientos a partir de los cuales se regirá la política que en materia de penas posteriormente sea implementada, y que se cristalizará en el ordenamiento jurídico, y específicamente en las leyes especiales que para tal efecto sean creadas.

## **6.2.- Marco Legislativo de la Política Pública Penal del Estado**

La política de un Estado, forma parte de su planificación. La primera representa *"el resultado de un proceso de diagnóstico, pronóstico y formulación de objetivos y da lugar posteriormente a la implementación y evaluación."* (Birkbeck. 1982)

A través del análisis de la normativa jurídico penal vigente, se puede evidenciar la dirección que guía al Estado, en lo referido a la tipificación de delitos y a la asignación de penas o sanciones punitivas.

La fuente primigenia a la cual es menester acudir, para determinar la orientación del Estado Venezolano, en lo que se refiere a su política penal, es la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela, en la cual esta consagrada la definición del Estado venezolano, como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, de conformidad con el artículo 2, del texto Constitucional.

Los lineamientos a partir de los cuales debe regirse el sistema penitenciario, y que expresan la finalidad de la pena en la República Bolivariana de Venezuela, definida como Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, se encuentran consagrados en el Artículo 272 de la Carta Magna.

En este orden de ideas, el artículo 272 de la Constitución de 1999, reza:

*“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 sometidos 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 la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones indispensables para la*

*asistencia postpenitenciaria 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.” (Asamblea Nacional. 1999:108)*

Al realizar un análisis de cada uno de los elementos del artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, puede indicarse que:

*“El Estado garantizará un sistema penitenciario que asegure la rehabilitación del interno o interna y el respeto a sus derechos humanos...”*

Le corresponde al Estado proveer la existencia de un sistema penitenciario, el cual garantice la rehabilitación del penado así como el respeto a sus derechos humanos.

Se evidencia de lo antes expresado, la finalidad de reeducación plasmada en el sistema penitenciario, por lo cual puede afirmarse que se le atribuye a la pena una finalidad de prevención especial, dirigida al delincuente, en aras a lograr su rehabilitación.

*“ Para ello, los establecimientos penitenciarios contarán con espacios para el trabajo, el estudio, el deporte y la recreación,...”*

Para lograr la rehabilitación del interno o interna a la cual hace referencia el encabezamiento del artículo objeto de esta reseña, se pauta, que los establecimientos penitenciarios han de contar con espacios destinados, al trabajo, el estudio, el deporte y la recreación,

---

considerando el Legislador Constituyente, que además del trabajo, y el estudio, el deporte e incluso la recreación, pueden lograr la reeducación del penado, con miras a su posterior reinserción en la sociedad.

*“...funcionarán bajo la dirección de penitenciaristas profesionales con credenciales académicas universitarias...”*

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se indica, que los establecimientos penitenciarios deben funcionar bajo la dirección de penitenciaristas profesionales, los cuales deben contar con credenciales académicas universitarias, en aras a la profesionalización de aquellos que tienen bajo su dirección y resguardo, a las personas que han delinquido y de quienes el Estado venezolano requiere su rehabilitación y reinserción en la sociedad.

*“...y se regirán por una administración descentralizada, a cargo de los gobiernos estatales o municipales, pudiendo ser sometidos a modalidades de privatización...”*

Se plantea en la norma constitucional, la posibilidad de ser descentralizada la administración carcelaria, estableciéndose incluso la posibilidad de ser privatizada.

*“...En general, se preferirá en ellos el régimen abierto y el carácter de colonias agrícolas penitenciarias...”*

Consagra el Legislador Constituyente, que en los establecimientos penitenciarios, debe favorecerse la modalidad de régimen abierto a la reclusión carcelaria; así como las colonias agrícolas

penitenciarias; aún cuando es necesario indicar, que hasta la presente fecha, no se han creado las colonias agrícolas penitenciarias a las cuales hace referencia la Constitución de 1999.

*“...En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de la libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria...”*

Independientemente de las decisiones que se adopten en el régimen penitenciario, el Legislador Constituyente aconseja la preferencia que ha de tenerse hacia las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad, sobre aquellas de carácter reclusoria.

*“...El Estado creará las instituciones indispensables para la asistencia postpenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna...”*

Es importante resaltar la previsión constitucional, que pauta la obligación que debe asumir el Estado, a fin de crear las instituciones necesarias para la asistencia que deben tener los expenados, una vez cumplida la condena que le fuere impuesta, todo lo cual apunta hacia la naturaleza preventiva que ha de tener la pena, en el sentido de lograr la reinserción social del exinterno o exinterna.

*“...y propiciará la creación de un ente penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico.”*

Por último, establece el artículo objeto de la presente disertación, que el Estado propiciará la creación de un ente penitenciario, que tenga

---

autonomía y cuyo personal sea exclusivamente técnico, todo lo cual está en consonancia con lo expresado anteriormente, en el sentido de que todas aquellas personas involucradas en el régimen penitenciario, deben tener una formación profesional y altamente técnica, a fin de garantizar involucrarse activamente con los Órganos Jurisdiccionales, concretamente con el Juez de Ejecución, quien entre otras, tiene competencia, para controlar el cumplimiento adecuado del régimen penitenciario, según lo pautado en el artículo 479 del Código Orgánico Procesal Penal, al cual ya se ha hecho referencia.

Del análisis del artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se desprende, que el Legislador Constituyente, postula un fin utilitario del sistema penitenciario y concretamente de la pena, consagrando la finalidad de prevención especial hacia el cual está dirigida la pena, al pautar, entre otras cosas, la necesidad de la existencia de un sistema penitenciario a través del cual se asegure la rehabilitación del interno o interna, y de igual manera, la necesidad de la existencia de instituciones destinadas a la asistencia postpenitenciaria por medio de la cual se posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna. Debiendo el Estado garantizar su creación y mantenimiento.

El fundamento legislativo especial de la política pública penal del Estado venezolano, está desarrollado en el Código Penal, de 1964, en el cual se establecen la mayor parte de las penas privativas, restrictivas de libertad, privativas de otros derechos y de reprimenda, penas pecuniarias y las costas procesales como pena, tal como ya se ha explanado en la parte del trabajo referida a la clasificación de las penas.

La base legislativa, proporciona las pautas que ha tenido hasta el presente el Estado Venezolano en materia de pena, siendo que la fuente principal es el Código penal venezolano.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece parámetros referidos a la finalidad de prevención especial, que debe orientar la Política Pública Penal del Estado, adecuándose en consecuencia a la Teoría de la Prevención Especial, sin descartar, la prevención general que ha de cumplir la pena.

### **6.3.- Legislación Especial y Política Pública Penal del Estado**

Es importante el abordaje de la Legislación especial, ya que la misma, guía al analista en lo que ha sido la evolución de la política de creación de penas por parte del Estado Venezolano.

Esta Legislación está conformada por los siguientes instrumentos Nacionales: la Ley de Régimen Penitenciario, La Ley de Beneficios en el Proceso Penal, la Ley Penal del Ambiente, y la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio.

En la Ley de Régimen Penitenciario se encuentra plasmada la prevención especial, como función de la pena, ello se evidencia en el artículo 2 de la Ley ya señalada, el cual reza: *“El período de cumplimiento de dichas penas será utilizado para procurar la rehabilitación del penado y su readaptación social por los sistemas y tratamientos establecidos en esta ley”*. Criterios preventivo-especiales, como la rehabilitación y readaptación penal del condenado, se cristalizan

en la Ley de Régimen Penitenciario, al referirse al cumplimiento de las penas.

*“En cuanto a la prevención especial, ... nuestra doctrina penal suele darle acogida, sobre todo en aceptación del dato positivo proporcionado por el artículo 2º de la Ley de régimen penitenciario que establece como objetivo para el período de ejecución de las penas restrictivas de la libertad, la rehabilitación del penado y su readaptación social...”*  
(Quintero Mujica, Edelio.1998:277-278)

Es así, que uno de los postulados del Derecho Penal Penitenciario, en el Estado Social, aparecen explanados como meta que se plantea el Estado al implementar las penas, el cual no es otro, de acuerdo a la ley de Régimen Penitenciario que la prevención especial, que propone la readaptación del delincuente a la sociedad.

En la Ley Penal del Ambiente, que entró en vigencia en Enero de 1992, se establecen como penas privativas de libertad, sólo la prisión y el arresto, y el presidio que es la pena más severa que se establece en el Código Penal Venezolano, no aparece plasmada en la Ley Penal del Ambiente.

De igual forma se modifica todo lo relativo a las multas y estas se establecen sobre la base del concepto de salarios mínimos, a los fines de que cuando estos se modifiquen cambien también la multa, dejándose atrás, el criterio que está planteado en el Código Penal de Venezuela, en el cual se establece como multa cantidades fijas,

encontrándose en el Código Penal multas irrisorias de 100, 500 Bs. entre otras, que no se adecuan a la realidad económica venezolana.

La Ley de Beneficios en el Proceso Penal, consagra la lucha del Estado Venezolano por la protección de los derechos fundamentales del procesado, entre los que se encuentra la libertad, incluso de la persona que ha delinquido.

En la Ley de Beneficios en el Proceso Penal, se establece, como política criminal, que la persona que no haya delinquido con anterioridad tenga beneficios, ya sea en la etapa del juicio penal, con la figura del sometimiento a juicio, o cuando ya la persona se encuentra condenada, con la figura de la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Finalmente, en la Ley de Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, de 1993, se establece en el artículo 2, que el trabajo y el estudio en reclusión, son procedimientos idóneos, para la rehabilitación del recluso.

Con esta Ley, se le proporciona al reo, la posibilidad de disminuir la cantidad de la pena, a través del trabajo y del estudio, de la forma como está previsto en la Ley antes indicada.

El trabajo y el estudio, son considerados como el medio ideal, para que el penado logre redimir su pena, y además se le conceden responsabilidades que dependen de él conservar y respetar, cristalizándose la consideración del reo como persona que puede y debe trabajar y/o estudiar.

Estas vías otorgadas por la Ley de Redención de la Pena por el Trabajo y el Estudio, son para su beneficio personal y de la sociedad, porque también se prevé, en el artículo 7 ejusdem, la creación de un Fondo de Compensación y Asistencia a las Víctimas del delito, destinado a compensar y asistir a las personas que han sufrido perjuicios por causa de acciones delictivas.

Estas Leyes especiales, evidencian que el Estado venezolano le otorga preponderancia, no solo al cumplimiento estricto de la pena, sino que este debe estar dirigido principalmente a la prevención especial del delito, aceptándose igualmente la prevención general, lo cual contribuye en la lucha contra la delincuencia.

En consecuencia de lo anteriormente indicado, se puede observar, que en la Legislación Penal Especial venezolana, están inmersos los postulados que prevé la Teoría de la Prevención Especial, para la cual la pena ha de estar dirigida, a lograr la rehabilitación del penado, y en consecuencia su reinserción a la sociedad.

La existencia de postulados de la Teoría de la Prevención Especial, no excluye el reconocimiento de elementos de la Prevención General, Teoría a la cual se ha dedicado un estudio separado, en la primera parte del presente Trabajo.