

PROF. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ. SANCIÓN PENAL, PREVENCIÓN Y REFORMA PENAL
VENEZOLANA. 11-26.REVISTA CENIPEC.26.2007. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ

SANCIÓN PENAL, PREVENCIÓN Y REFORMA PENAL VENEZOLANA

Recepción: 27/11/2006. **Aceptación:** 12/03/2007.

PROF. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
MÉRIDA - VENEZUELA
mireyabo@ula.ve

Resumen

En este trabajo se plantea la cuestión de cómo a propósito de las reformas legislativas y el tratamiento que se le da a la sanción penal, los Estados pueden hacer posible en mejores o peores términos la prevención que están llamados a cumplir en el marco de los modelos políticos democráticos, haciendo posible la concreción de los derechos que se consagran en la Constitución como fines absolutos del Estado. En el caso venezolano se muestra una pena concebida desde la legitimidad instrumental, justificándola desde un fin divorciado de presupuestos deontológicos y desconocedor de los intereses del ciudadano.

Palabras clave: pena, democracia, justicia, prevención, legitimidad, reforma penal.

Criminal Sanctions, Prevention and Criminal Reform in Venezuela.

Abstract

This article asks how, in relation to legislative reform and the orientation given to the criminal sanction, States can either favor or discourage the prevention which it is either duty to promote within a democratic framework, thereby enabling the materialization of rights which are enshrined in the constitution as absolute goals of the State. In the venezuelan case, it is apparent that the criminal sanction is imbued with an instrumental legitimacy and it is justified from the point of view of an objective which is divorced from deontological suppositions and which ignores the interests of the citizen.

Key words: sanction, democracy, justice, prevention, legitimacy, criminal law reform.

Sanction pénale, prévention et réforme pénale vénézuélienne.**Résumé**

Ce travail se pose la question du comment, à propos des réformes législatives et du traitement que l'on donne à la sanction pénale, les États peuvent, dans des meilleures ou pires conditions, rendre possible la prévention qu'ils doivent accomplir dans le cadre des modèles politiques démocratiques, faisant possible la concrétion des droits qui sont consacrés dans la constitution et qui sont considérés comme des fins absolues de l'État. Dans le cas vénézuélien, on montre une peine conçue depuis la légitimité instrumentale et que l'on justifie sur une fin divorcée de présomptions déontologiques et qui méconnaît les intérêts du citoyen.

Mots clés: peine, démocratie, justice, prévention, légitimité, réforme pénale.

Sanção penal, prevenção e reforma penal venezuelana.**Resumo**

No presente trabalho se propõe a questão de como, considerando as reformas legislativas e o tratamento que se dá à sanção penal, os Estados podem fazer possível em melhores ou piores termos a prevenção a que estão chamados a cumprir no contexto dos modelos políticos democráticos, possibilitando a concreção dos direitos consagrados na Constituição como fins absolutos do Estado. No caso venezuelano se mostra uma pena concebida desde a legitimidade instrumental, justificando-a a partir de um fim desvinculado de pressupostos deontológicos e desconhecedor dos interesses do cidadão.

Palavras chave: pena, democracia, justiça, prevenção, legitimidade, reforma penal.

Introducción.

En el abordaje de este tema partiremos de dos premisas: la primera, el Estado Venezolano ha sido definido en el texto constitucional¹ como un Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia, adjetivos calificativos en los que se delimita su perfil y su naturaleza. La segunda premisa señala que la razón de ser de la pena no reside en su sola aplicación, por el contrario, debe buscarse fuera de su existencia en un referente de carácter valorativo (contestes en esta postura Alcácer, Fernández, Zúñiga, Moccia, Díez, Zafaroni, entre otros); lo que equivale decir, de una parte que la aplicación de toda sanción penal debe acompañarse de una justificación de orden valorativa, en el entendido de que la pena es un “mal” un costo humano y social y todo daño, menoscabo o privación de derechos de los ciudadanos por parte del Estado, debe estar justificado², para que a su vez pueda estar legitimado³ y de otra parte que un Estado con estas características no puede admitir ni aplicar penas auto referenciales, esto es, penas cuya justificación tanto en su existencia como en su aplicación esté en ellas mismas. En tal sentido, no son válidas ni legítimas las penas impuestas como simple expresión de la autoridad del Estado fundadas en la pura legitimidad formal⁴.

Como puede observarse el supuesto de la segunda premisa es una deducción directa e inmediata de la primera. La condición de Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia, genera implicaciones de diversa índole, siendo una de las más importantes en el área penal, la orientación, diseño y aplicación de las sanciones penales.

En este orden de ideas la pena debe entenderse, dentro de las justificaciones utilitaristas (Ferrajoli, 1995) como un medio para la realización de un fin utilitario

¹ Artículo 2 Constitución Nacional. “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 humanos, la ética y el pluralismo político”

² En cuanto a la justificación de las penas acogemos la posición de Ferrajoli (1995) al señalar que toda justificación es relativa e históricamente condicionada y requiere siempre la comprobación de que el fin que se persigue ha tenido cierto grado de realización satisfactoria a partir de la ponderación de los medios utilizados, en este caso el fin más importante sería la justicia y el medio utilizado para ello la sanción penal.

³ En cuanto al concepto de legitimación tomaremos la distinción entre legitimidad formal y sustancial que propone Ferrajoli (1995) y partiremos de que en el marco de un Estado de Derecho la legitimidad requerida será siempre la sustancial, mediante la cual se limitan también los contenidos de las decisiones que se toman.

⁴ Al decir de Bustos “En un Estado de Derecho, el que la pena tenga un fin en sí, como valor absoluto y que el Estado esté legitimado para imponerla, resulta abiertamente contradictorio con los derechos de las personas...” (2004).

de prevenir futuros delitos, es un medio de tutela para los ciudadanos. Estas afirmaciones nos ubican dentro de una postura teórica definida, tal es la de considerar la prevención⁵ como la función preponderante del Derecho Penal⁶, sin que ello signifique desconocer su carácter retribucionista⁷, por lo que asumimos que “el derecho penal de la prevención es el moderno derecho penal racional” (Naucke y otros 2004,15). Precisaremos más adelante lo que corresponde a la prevención según las ideas que queremos exponer acá.

1.- Planteamiento general.

Para dar inicio al análisis debemos partir de la estrecha relación que existe entre el Derecho Penal y los sistemas políticos. A todas luces es una verdad que el Derecho Penal constituye uno de los elementos de control de más fácil acceso por parte de los gobiernos y con el cual sin mayores obstáculos se generan matrices de opinión, sensaciones, sentimientos y criterios no científicos en la colectividad en cuanto al manejo de la realidad criminal de un país. Esto es así, básicamente porque el Derecho Penal es en sí mismo control y con el se define, se delimita, se orienta y en consecuencia se reprime, se restringe y se prohíbe, en forma “aparentemente” muy fácil. Tal y como lo señala Díez (2004) “a la conminación, imposición y ejecución de las sanciones penales se les viene atribuyendo virtualidad muy diversas consecuencias sociales” (69). En este manejo, la pena juega un papel fundamental, vista como un elemento susceptible de ser moldeado según el deseo o la necesidad política del momento, que puede ajustarse y responder a cualquier finalidad indistintamente de la que sea, e incluso su uso puede extremarse hasta la más pura simbología⁸. Esta relación estrecha y evidente permite señalar que el Derecho Penal es el más auténtico y el más político de todos los derechos.

⁵ Para abundar en información sobre la prevención como la función preponderante del Derecho Penal y la concepción preventiva de la sanción penal ver (Zúñiga, 2001).⁶ Con relación a este punto entendemos que la concepción exclusivamente retribucionista del Derecho Penal quedó completamente superada a partir de la consagración de normas internacionales que propugnan el respeto y la consideración de la dignidad de la persona humana y que constituyeron la consolidación del Estado de Derecho que tuvo lugar en el marco del movimiento iusnaturalista-iluminista.

⁷ Reconocemos el carácter retribucionista del Derecho Penal más no la retribución de la pena como filosofía penal que como es sabido está completamente superada entre otras razones como lo señala Moccia (2003) por su contraste estructural con los principios fundamentales del Estado social de derecho, por su irracionalismo en el plano ontológico y por su esterilidad político-criminal.

⁸ Se entiende por efectos simbólicos del Derecho Penal las reacciones vinculadas con la función de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos sobre el manejo del fenómeno criminal. Para revisar una concepción distinta del carácter simbólico del Derecho Penal, ver Bustos/Hormazábal en Nuevo sistema de Derecho Penal. Edit. Trotta. Madrid. (2004).

Asumir el Estado venezolano como un Estado democrático y social implica desde el punto de vista de la concepción de la sanción penal, que ésta no se aplica por el simple hecho de aplicarla o por la única razón de que se ha cometido un delito. Por el contrario debe existir un objetivo ulterior que el Estado pretende alcanzar con la aplicación de la pena. Tal objetivo u objetivos están en directa conexión con los propios fines del Estado⁹ que a su vez prohíben una concepción retribucionista de la pena porque exigen tener en consideración al ser humano desde el respeto de su condición como tal y de su dignidad. Estos fines del Estado a su vez se diseñan conforme al sistema político de que se trate. En el caso que nos ocupa se trata de un Estado Democrático de carácter social que reconoce las limitaciones que le imponen formal y sustancialmente las fronteras legales y que pretende alcanzar la justicia. Tal y como lo señala (Díez, 2004) “la utilización de reacciones penales por parte de la intervención penal necesita ser fundamentada. Ello constituye un nivel argumentativo previo al referente a la legitimación de los diversos efectos sociales que se quieren causar con ellas, ya que resultará imposible legitimar la búsqueda de cualquier finalidad social a través del mecanismo de la pena, si el mismo uso de ella no ha sido fundamentado” (67). Es clara entonces la directa conexión entre sistema político y concepción estatal de la pena.

Corresponden algunas consideraciones en cuanto a la noción de prevención y su alcance. La doctrina penal universal ha entendido como funciones de la pena la retribución y la prevención en todas sus formas de presentación. Es claro que la retribución como función de la pena ha sido superada, a partir de la consideración del carácter moral del ser humano y del reconocimiento de su dignidad, conquistas que se ubican históricamente en el marco del movimiento ilustrado de fines del siglo XVII y comienzos del XVIII. Ahora bien, la prevención puede verse desde un enfoque general y desde un enfoque especial y a su vez cada uno de ellos en una versión positiva y negativa. La prevención general positiva refuerza a los asociados en el orden; la prevención general negativa intimida; la prevención especial positiva corrige al reo y la prevención especial negativa elimina o neutraliza al sujeto.

⁹ Artículo 3 Constitución Nacional. “El Estado tienen como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía y cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución...”.

En una lectura que combine la cuestión jurídica con la cuestión política la prevención general positiva (20) puede ser vista desde distintas perspectivas y en cada una de ellas su contenido e implicaciones son también distintas, a saber: perspectiva ético-social, en ella el Estado lo es todo y el individuo en su singularidad queda reducido a la nada. En el marco de este planteamiento la prevención está enfocada hacia la internalización y fortalecimiento de valores. ¿Cuáles valores? Obviamente los valores del Estado, esto es, los del gobierno de turno y su concepción.

El Derecho penal y en consecuencia la pena no pueden instituirse para defender lo individual sino lo social, la ética del Estado; desde la perspectiva integracionista la prevención está dirigida a estabilizar la conciencia jurídica y la paz social fortaleciendo los lazos que mantienen unidos los miembros de una colectividad. Aplicar una pena significa fortalecer la sociedad, sus normas y su estructura y la cuantía de la pena dependerá del nivel de venganza social que sea necesario saciar; finalmente, en la perspectiva de la protección de la vigencia de la norma, la prevención es usada para asegurar las expectativas del trato social entre los ciudadanos. Según esta visión el todo social está por encima del individuo singularmente considerado, razón por la cual el Derecho no puede pretender proteger bienes jurídicos ya que no aspira dirigir comportamientos. Según esta perspectiva de la prevención la norma es un fin en sí mismo y se legitima con su sola aplicación.

Tal y como se observa la prevención general va desde una concepción genérica del Derecho Penal como instrumento insustituible de orientación moral y educación colectiva hasta la concepción de la pena como un factor de cohesión del sistema político social por su capacidad de restaurar la confianza colectiva en la estabilidad del ordenamiento renovando la fidelidad de los ciudadanos en las instituciones. (Ferrajoli, 1995). Por ello siguiendo a Moccia (2003) debemos advertir todas las implicaciones a que da lugar la prevención ya que todas sus expresiones no resultan compatibles con los principios normativos fundamentales y por tanto para deducir una concepción legítima y practicable de la pena se deben seleccionar sólo determinadas formas de prevención (97).

Por su parte la prevención general negativa consiste fundamentalmente en intimidación y a pesar de sus críticas su planteamiento debe revisarse con cuidado ya que no es totalmente descartable.

Dentro de este planteamiento cabe analizar el tratamiento que da el Estado Venezolano a la pena en la última Reforma del Código Penal (13/04/2005), a fin de valorar si efectivamente en dicho manejo éste ha sido cónsono con su definición constitucional, con los fines que está llamado a alcanzar y finalmente si el modelo político asumido en la Constitución se refleja en la concepción que se le dio a la sanción penal en esta reforma. Para el abordaje del tema nos interesa señalar acá que el tratamiento dado a la sanción penal¹⁰ consistió fundamentalmente en la supresión de las formas alternas privativas de la libertad durante la condena para algunos delitos y para otros el aumento de la pena. En nuestra opinión, el criterio de selección de los delitos tanto para la supresión de las medidas alternas privativas de la libertad como para el aumento de la pena, es arbitrario. De igual forma el aumento de las penas no contó con la debida justificación.

Un desarrollo racional del Derecho Penal exige considerar los efectos y funciones de la pena en la sociedad, supone relacionar el Derecho Penal con la realidad social, lo que nos indica que debemos centrar el análisis en la prevención general positiva de carácter valorativo. Sin embargo, en el marco de un Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia parecieran no tener cabida ninguna de las tres perspectivas que acabamos de señalar para la prevención, por ello es más plausible combinar en un equilibrio aceptable retribución y prevención (Alcácer, 2004) y entender la prevención como una limitación del poder coactivo del Estado que sólo puede hacerse posible desde el deber ser, desde la justicia, desde factores externos a ella misma¹¹.

Si fijamos la atención en la naturaleza de la persona destinataria de la norma jurídico-penal asentiremos en que se trata de un ser racional, pensante y con capacidad de discernimiento. Efectivamente cuando se criminaliza una conducta se emite un mensaje que pretende evitar la conducta prescrita no sólo por prudencia (Hirsch, 1998) sino también por razones morales. Estas razones morales se expresan, siguiendo a Rawls (Alcácer, 2004), en el carácter razonable y racional del ser

¹⁰ Cabe destacar que la reforma penal se basó fundamentalmente, más no exclusivamente, en la modificación hacia el alza de algunas penas.

¹¹ Con relación a este punto vale la pena destacar la opinión de Bustos (2004) cuando señala que la función simbólica de la pena no es la retribución del mal ni la prevención del delito, sino la autoafirmación del Estado. Con la pena el Estado se autoafirma como poder coercitivo ante la relación social global. Los fundamentos de esta autoafirmación variarán según el Estado de que se trate, así en el Estado de Derecho el Estado ha de autoafirmarse frente al transgresor después de un proceso con todas las garantías fundado en la afección de un bien jurídico protegido.

humano. El primero indica la capacidad de reconocer los términos equitativos de cooperación con sus semejantes, mientras que el carácter racional atiende a la capacidad de buscar el bien utilizando para ello cualquier recurso. Si atendemos sólo a la retribución consideramos al hombre como un ser “no racional” y si nos concentramos sólo en la prevención estamos dejando de abarcar un aspecto de la pena que es al mismo tiempo reproche y desincentivo; pues solo es lógico prevenir dentro del marco de la reprobación (Hirsch, 1998).

El modelo de Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia parte de la premisa del respeto de los espacios sociales y jurídicos conquistados en función de reconocer la condición humana del hombre –derechos y garantías- lo que implica reconocer que la prevención, como función del Estado mediante la pena, no es capaz de auto limitarse, por el contrario, su limitación debe buscarse en factores exógenos a su propia existencia. ¿Cuál sería ese factor? La justicia, que por ser un valor pertenece al mundo del deber ser. Pero ciertamente la pena en el espacio de quienes no han delinquido tiene un propósito y en el espacio de quien ha delinquido tiene otro propósito, ambos son abiertamente contrapuestos. ¿Cómo hacer para reconciliarlos? Para ello hay que ubicarse en el ámbito de lo razonable, (Alcácer, 2004) en el que el Derecho Penal debe atender los intereses de ambos sujetos. Si efectivamente el sujeto penal es razonable, tiene la capacidad de lograr acuerdos, de cumplirlos y en tal cumplimiento reconocer su beneficio personal y social, tiene capacidad de dejarse guiar por lo normativo y se auto reconoce en su carácter de legislador de tales normas y las cumple por propio convencimiento, significa que tanto para el delincuente como para la víctima hay un espacio de reconocimiento constituido por los derechos y garantías (Alcácer, 2004).

En función de ir más allá de lo simplemente utilitario, la prevención general positiva no puede manejarse en terrenos que desconozcan las garantías porque la prevención también está llamada a limitar el poder coactivo del Estado y esta limitación sólo es posible desde un marco axiológico y no desde una postura simplemente utilitarista porque el utilitarismo como filosofía política sólo atiende a fines, es decir, es teleológico y se legitima desde el fin indistintamente del contenido de éste. De manera tal que con dicho fin pueden llegar a desconocer derechos y garantías, lo que deslegitimaría completamente la aplicación de la pena (Ferrajoli, 1995 y Alcácer, 2004). La postura que da cabida a criterios valorativos es precisamente la postura valorativa en contraposición a la postura instrumental en la que la pena se legitima desde el fin, lo

que implica que la pena debe ser útil para algo, esta utilidad puede ser momentánea y apelar a cualquier cosa con tal de llegar a la obtención del fin. La postura instrumental en la que priva la racionalidad es incompatible con el modelo de Estado venezolano establecido en la Constitución, porque supone que la pena es válida y legítima siempre que sea útil para algo, independientemente de que ese algo desconozca derechos y garantías previamente reconocidos y cuya realización debe procurar el Estado venezolano en su tarea de hacer de la democracia y de la justicia valores efectivos.

Si frente a ello revisamos en detalle el tratamiento que el legislador venezolano le dio a la pena como institución social en la pasada reforma del Código Penal, cabe preguntarse A qué filosofía de la pena corresponde dicho tratamiento? Da lugar el Estado venezolano a la prevención con el manejo que dio a las penas en esta reforma? Si así fuera a que clase de prevención está dando lugar? Se corresponde su modelo preventivo con su definición constitucional? En principio debemos advertir que la filosofía que se expone en el tratamiento de las sanciones en esta reforma penal no es única ni queda claramente definida, de una parte, atendiendo a la prevención general es abiertamente preventivista de corte ético-social en el que el Estado venezolano hace gala de su naturaleza arbitraria e impone su autoridad exigiendo la internalización de valores¹² diseñados y escogidos por él en función del mantenimiento del sistema y por tanto de la preservación del poder que detenta. De otra parte en lo que respecta a la prevención especial, pareciera apuntar directamente a la inocuización del sujeto infractor. Ambas concepciones desdibujan la naturaleza constitucional del Estado Venezolano. El legislador no sólo aumentó las penas para algunos delitos sin la justificación que corresponde cónsona con su naturaleza, sino que mediante una expresa disposición legal anexa a los tipos penales seleccionados, eliminó para el sujeto activo de dichos delitos la posibilidad de acceso a beneficios procesales y a medidas alternativas de cumplimiento de penas. El mensaje del legislador en este particular es muy claro, la pena no sólo es alta, lo que implica para la mayoría de los casos desproporción con el hecho, sino que debe ser cumplida en su totalidad dentro del establecimiento penitenciario, lo que muestra el criterio defensorista acogido por el Estado. Quienes conozcan la precariedad de la realidad penitenciaria venezolana, sin

¹² La sanción penal no puede utilizarse para promocionar valores sino que estos deben alcanzarse con el consenso y el convencimiento a través de políticas destinadas a promover las condiciones para el desarrollo de tales derechos (Zúñiga, 2001).

duda alguna podrán anticiparse a los nefastos resultados que sobrevendrán a semejante decisión tan poco democrática y desconocedora del Estado de Derecho¹³.

El alza de las penas demuestra que la prevención no limita las penas en su límite superior, sino más bien proporciona razones para el mínimo tolerable como sociedad, (Ferrajoli, 1995) pues como muestra esta reforma podemos aumentar al infinito las penas y aún mantenernos dentro de los límites de la prevención. Pero de que tipo de prevención estamos hablando? Una prevención que cosifica al individuo anulando su autonomía ética, imponiéndole la ética de los valores seleccionados por el Estado y en el cual su realización social y personal estará siempre condicionada por la adhesión a tales valores. Es una prevención que no procura la justicia, como supremo valor del modelo democrático, sino que por el contrario exige e impone obediencia al Derecho por encima de cualquier cosa. Por esta razón violentar la norma es sinónimo de infidelidad al sistema y a sus valores y debe ser severamente castigado. En esta concepción de la prevención el diálogo Estado-subdito está suspendido.

El establecimiento de una sanción penal en la criminalización de una conducta constituye un proceso comunicacional, el legislador está enviando un mensaje y de esta forma establece una relación de diálogo con los destinatarios de la norma. (Hábermas, 2005) El contenido del mensaje determina la reacción social que se desencadena a propósito del establecimiento de esta sanción, pues en dicho mensaje va claramente impreso el respeto o irrespeto que dispense el Estado a sus ciudadanos. Un aumento de la pena de algunos delitos sin la debida justificación, así como la eliminación de que el procesado o sentenciado puedan acceder a las formas alternativas de cumplimiento de pena, y la rotunda negación de gozar de los beneficios procesales se traduce en un mensaje indicativo de que el daño que se inflige al sujeto con la aplicación de dicha pena no es de interés para el Estado, es indicativo de que no se tiene al sujeto penal como un “homo politicus” capaz de dialogar, cooperar y buscar salidas dentro de los linderos de los propios acuerdos que suscribe.

Cabe preguntarse ¿Porqué un daño menor requiere de una sanción menor y un daño mayor una pena de mayor severidad? Evidentemente si el legislador en un momento

¹³ Tomamos como una definición acertada de Estado de Derecho la siguiente: “ el estado de derecho entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales, se contraponen al Estado absoluto, sea autocrático o democrático” (Carbonell y Salazar, 2005).

histórico determinado decide aumentar o disminuir las penas de un delito está imprimiendo a ese delito mayor o menor nivel de censura (Hirsch, 1998) y esto en el marco de un Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia, requiere de una justificación mediante la cual se expliquen las razones por las que se considera que en estas condiciones socio-históricas ese delito es más grave o menos grave. Si esta justificación está ausente significa que las penas se están manejando desde la instrumentalidad, como auténticos elementos de control estatal mediante los cuales se expresa la arbitrariedad por parte de quien maneja el poder, transformando la oportunidad de la reforma penal en una experiencia reprochable y censurable, ya que una vez roto el diálogo lo que resta es el puro ejercicio de la autoridad.

Este manejo de las sanciones penales construye penas desiguales, que conllevan más reproche del que debe ser aplicado al infractor y que se separa totalmente del principio de culpabilidad¹⁴. Es decir, se fabrica la pena venganza de la que el sujeto no debe esperar efectos positivos ulteriores. Al ser simples expresiones de los niveles de arbitrariedad con que se ejerce el poder, las penas se hacen desproporcionadas, innecesarias e injustas, lo que deviene en su ilegitimidad. Según Moccia (2003) en el plano de la eficacia un sistema de actúa de esta manera resulta poco confiable ya que la conminación con penas excesivas desorienta a los destinatarios y convierte al sistema en poco creíble. Lo que tiene un efecto disuasivo respecto del delito no es tanto el rigor de las sanciones como su efectividad en términos de certeza y prontitud de la aplicación (99). En este mismo orden de ideas se expresa Zúñiga (2001) a la señalar que una política criminal organizada sobre la base del miedo al castigo y a la represión está constatado empíricamente que tiene efectos contraproducentes porque en lugar de generar inhibición en los sujetos puede constituir más bien un factor criminógeno al aumentar el riesgo y las ganancias ilícitas (39).

La sanción penal es profundamente agresiva, invasiva e interfiere de forma determinante en bienes e intereses de importancia para sus titulares. Cuando a un delito de poca gravedad se le acompaña con una pena muy severa, el Estado lo que está señalando es que los bienes que se afectan cuando se aplica esa sanción no son de importancia

¹⁴ Sabemos que consideraciones preventivas generales y especiales sin fundamento axiológico llevan las penas hasta los más elevados límites máximos (desproporción) pero la prevención concebida desde las limitaciones que le impone el principio de culpabilidad de base axiológica, impide sacrificios innecesarios de la libertad individual. Moccia (2003) En este mismo orden de ideas Fernández (1998).

para el o en su defecto le merecen poca importancia (Hirsch, 1998), es decir, el mensaje concreto sería “siento y muestro poco respeto y poca consideración por el bien libertad individual”, o por el valor vida humana en el caso de las penas de muerte. Este mensaje no se corresponde con criterios preventivos propios de un Estado Democrático, no se puede prevenir en función del sujeto y de la búsqueda de la justicia cuando se desconocen los derechos y garantías de quienes intervienen en el diálogo. Esto se corresponde en cambio con criterios no científicos, desconocedores de la teoría de la pena y que obedecen a la necesidad momentánea de crear un discurso de complacencia y satisfacción del sentimiento de venganza social, es decir, se identifica con una postura instrumental y de ningún modo valorativa. Como lo afirma Moccia (2003) “la inaceptabilidad de la intimidación se vuelve aún más evidente, si para evitar que los consocios violen la ley se imponen penas particularmente severas los que se violan son los mismos principios constitucionales puestos en tutela de la dignidad humana...” (113).

Una pena desproporcionada es una pena que se desnaturaliza a sí misma porque su separación con el daño causado quebranta de forma inmediata el hecho de que con ella se pretende perseguir el valor justicia y una pena deslegitimada es una pena que no puede estar llamada a enviar un mensaje positivo ni a prevenir conforme una concepción humana del hombre, por lo tanto es inútil y las penas inútiles contradicen el Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia. “una política criminal fundada en el castigo sin contar con los límites que le impone el Estado social y Democrático de Derecho, así como los derechos fundamentales deja de ser una política criminal preventiva para convertirse decididamente en una política criminal represiva”(Zúñiga 2001).

2.- Conclusión.

Con el tratamiento que el Estado venezolano le dio a la pena en la última reforma del Código Penal, mostró la ruptura total del diálogo que debe existir en la toma de decisiones políticas de trascendencia, generó un ambiente de terror penal al exaltar al máximo la inhibición, desconoció derechos fundamentales, mostró la poca consideración que le merece la libertad individual como valor supremo en un Estado democrático que debe procurar la justicia y de esta forma negó su propia naturaleza generando un discurso contradictorio de carácter inmediateista, populista y clientelista, en el que sólo prevalecen los intereses de Estado, reafirmandose en su carácter

autoritario y desconociendo completamente la que dice ser su naturaleza constitucional. Esto convierte al Estado venezolano en un agente violatorio de lo que Silva (2000) ha denominado un ámbito indisponible de la política criminal frente al cual no cabría esgrimir ni el consenso conyuntural de una sociedad dada ni el relativismo cultural y que está constituida por los derechos humanos fundamentales (pp. 26-28) Es claro que no existe de ningún modo la pretensión de resocialización del delincuente, que constituye hoy por hoy uno de los propósitos mayormente vinculados a la prevención especial de corte democrático-liberal. Tanto en una perspectiva preventiva general como especial la respuesta del Estado venezolano ha sido de agresión tanto a la colectividad como al infractor singularmente concebido. El Estado venezolano olvidó que está en la obligación de trabajar en función de que se puedan alcanzar legítimamente objetivos que trasciendan la simple adhesión a los principios constitucionales y que debe velar por la concreción material de tales principios mediante el uso de los medios idóneos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcácer, G (2004). *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Bustos/Hormazábal, H.(2004). *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Ed. Trotta, Madrid.
- Carbonell/Salazar. (2005). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Ed. Trotta, Madrid.
- Código Penal de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.768 del 13 de abril de 2005, Caracas.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5453 24/03/2000. Caracas.
- Díez, J.(2004). *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia: España.
- Fernández, J.(1998). *Principios y normas rectoras del Derecho penal*. Ed. Leyer, Bogotá.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Ed. Trotta, Madrid.
- Habermas, H. (2005). *Facticidad y validez*. Ed. Trotta, Madrid.
- Hirsch, A (1998). *Censurar y Castigar*. Ed. Trotta, Madrid.
- Moccia, Sergio. (2003). *El Derecho Penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teleológica*. Ed. B de F., Buenos Aires.

- Naucke/Hassemer/ Luderksen (2004). *Principales problemas de la prevención general*. Ed. B de F., Buenos Aires.
- Silva, J. (2001). *Política Criminal y Persona*. Ed. Ad - Hoc., Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. (2005). *En torno de la cuestión penal*. B d F., Buenos Aires.
- Zúñiga, L. (2001). *Política Criminal*. Ed. Colex, Madrid.