

¿HACIA DONDE VA EL DERECHO PENAL?

No haberle adicionado los símbolos de interrogación al título de esta pequeña ponencia, definitivamente hubiese sido un gravísimo error, error que estuve a punto de cometer sino me hubiese sido oportunamente advertido por la compañera Aurora quien está adscrita a nuestra Escuela de Fiscales. Resultaría inimaginable, que yo tuviera la pretensión de pararme ante ustedes e intentar explicar cual es el futuro de esta disciplina que ocupa gran parte de nuestras vidas.

Es mi único interés, que una vez termine de expresarles estas ideas, haber creado en ustedes, mas dudas que las que inicialmente tenían antes de arribar a esta sala, y que sean precisamente esas dudas las que generen un afán por fijar posición razonada ante tan importantes asuntos. Si así fuera, me sentiría satisfecho por haber logrado mi humilde objetivo.

La gran mayoría de los temas que trataremos durante estas importantes jornadas, muy probablemente, nunca serán objeto de discusión en nuestros estrados, y esta idea contiene mi primera reflexión, en la cual se que me acompañarán mis compañeros fiscales del Ministerio Público. Coincidirá conmigo la mayoría, en que los mas interesantes temas del Derecho Sustantivo, en muy pocas ocasiones -y me refiero sólo a nuestro país- constituyen el centro de la controversia en las causas que generalmente conducimos en ejercicio de nuestras funciones. Basta con una simple revisión de las sentencias emanadas de la Sala Penal de Nuestro Máximo Tribunal, para percatarnos que la gran mayoría de ellas, y en especial, las que mayor impacto generan a la sociedad, se refieren a asuntos eminentemente procesales. Nos encontramos entonces, abarrotados de sentencias que se refieren a la correcta estructura de las decisiones, a la valoración probatoria, al cumplimiento de los principios orientadores del proceso, al cumplimiento de los lapsos y en fin a cualquier tipo de forma adjetiva que pueda darse alrededor del conflicto penal.

En muy pocas oportunidades, tenemos la posibilidad de encontrar sentencias cuya controversia se centre ya no en temas formales, sino precisamente en lo que podemos denominar la sustancia del delito, en los elementos que lo componen; que se fije posición respecto de la acción, acerca de la tipicidad, de la antijuricidad o de mi favorito: de la culpa.

Casi nunca nuestras sentencias, contienen reflexiones acerca de la pena, su justificación o necesidad misma, o respecto de los principios de mínima intervención, taxatividad, o cualquier otro. En Venezuela observamos una obsesión judicial por el garantismo, que en ocasiones llega a hipertrofiar al Derecho Penal. Se sobrepone las formas sobre lo esencial, pasando la aplicación del derecho penal a un segundo plano, como si se tratara de un asunto accesorio o de menor valía.

Al respecto, aunque tenemos alguna responsabilidad en esto, estoy convencido que son las otras partes del Sistema de Administración Justicia, quienes llevan la batuta al respecto, pues al centrar generalmente la defensa técnica su postura acerca de un asunto adjetivo, es tal asunto el que asume el protagonismo y pasa a ser el tema a resolver por parte del juzgador. Se convierte entonces la causa, en un debate de posiciones antagónicas respecto de lo meramente procesal, sin que se haga mención alguna de cual es el objeto del reproche penal y los elementos que lo constituyen.

Sobre esto bien vale la pena mencionar las ideas del profesor español Gonzalo Quintero Olivares, quien de forma un tanto cruda expone, que el problema pudiera estar en que no hay una técnica de interpretación y aplicación del derecho penal, y que todo se reduce a que la prueba funcione a favor de la defensa o de la acusación, razón por la que muchos abogados asumen el área penal sin mayor profundidad, como si se tratara de una parte del derecho que está al alcance de cualquiera, o lo que es peor todavía, bajo la convicción que en el proceso penal, nunca se habrá de producir un debate auténticamente jurídico.

Explica además este autor, que a esto hay que agregar el escepticismo con el que la ciudadanía contempla todo lo que se refiere al problema penal, entendiendo como tal, todo lo que atañe al conflicto que provoca el enfrentamiento entre los individuos o entre estos y la colectividad, la respuesta social y la jurídica, la búsqueda de la justicia, la aplicación de esa justicia respetando los derechos de todos, los instintos de venganza, la necesidad de reparar y convivir, el sentido de la represión, etc.

Tal escepticismo es multifactorial, y adentrarnos en este tema comporta el abordaje de algunas situaciones distintas de lo que nos atañe. Pero uno de esos factores a mi modo de ver, nos conduce a repensar acerca de la función del Derecho Penal como mecanismo de control social, y se refiere a las expectativas que se crean en el ciudadano común, acerca de los posibles cambios favorables que se producirían en su entorno, luego de que el derecho penal asume determinada problemática, tal como si la sola penalización de una conducta o situación lesiva, la extinga por completo.

Al respecto Quintero Olivares advierte refiriéndose al caso español, que es difícil, por no decir imposible, encontrar una sola época de la historia de Europa en la que gobernantes, pensadores, ciudadanos, ideologías, religiones, proclamas políticas no hayan colocado a la Justicia en el centro de sus objetivos o en la causa última de todos sus actos, lo que implica gobernarse o gobernar en nombre de ella o para ella. Al respecto debemos decir que no se trata de un fenómeno sólo europeo, sino que aplica acentuadamente en el mundo occidental.

Venezuela no escapa de ello, y es así como en nuestro caso, constitucionalizamos ese valor, de modo que no quedara duda alguna acerca de que conforma uno de los pilares sobre los que se levanta el orden social, y guía de actuación de la totalidad de los poderes públicos. Es en nuestro caso la Justicia, ya no es un ideal utópico cuya búsqueda procuramos sea cual sea la posición que nos corresponda dentro de la dinámica propia de la convivencia humana, sino un valor susceptible de ser alegado e incorporado a cualquier debate jurídico, dado el valor instrumental del texto constitucional. Por ello, la Justicia es exigible, y está en nosotros hacerla prevalecer ante los conflictos jurídicos que usualmente enfrentamos.

En la actualidad, muchas interpretaciones jurisprudenciales, tienden a desarrollar la justicia en el caso penal, sólo desde la óptica del procesado o perseguido penalmente. Se analiza su situación, casi siempre desde el ámbito procesal como ya lo dijimos, y conforme a los principios e instituciones, se procura la solución que le resulte mas Justa como individualidad, y no mas justa para la sociedad a quien tal individuo ha afectado o presuntamente afectado con su hecho.

Se ha llegado al colmo, de decir que luego de haber pasado un individuo por todas las fases del procesales, en las que ha sido oído, conoce ampliamente los hechos, respecto de los cuales además ha ejercido su derecho de contradicción y una activa defensa material y técnica, debe anularse la totalidad del proceso por que se incumplieron elementos formales para la imputación. Poca importancia reviste el hecho de si ha sido demostrada o no su culpabilidad, o si ha causado gran aflicción social con su hecho, lo Justo es reiniciar el proceso, no importa que hayan pasado muchos años desde que el mismo se instauró, y que el costo pecuniario y social de retrotraerlo, sea incalculable. ¿Hacia donde va el Derecho Penal?

Siendo así, es usual que veamos como en aquellos casos en que una determinada conducta (robo y hurto de vehículos, secuestro, corrupción, entre otras), resulta especialmente lesiva del orden social, y contra ellas, consecuentemente se levantan voces en exigencia de Justicia, se echa mano del Derecho Penal como panacea del conflicto. En ocasiones se nos promociona la idea de que endureciendo las penas, o creando nuevos tipos penales, la conducta se extinguirá, y finalmente el orden se restaurará. Este fenómeno nos es muy propio, y vemos como las exigencias sociales producen legislaciones penales a las que yo llamo Express.

Múltiples son los ejemplos que pudiéramos aportar al respecto, pero con algunos pocos creo poderme explicar. Si en un momento histórico se produce algún desabastecimiento de productos alimentarios, que en parte tuviera que ver con la conducta de los productores o distribuidores de alimentos, inmediatamente establecemos normas para penalizar tales conductas. Si fuera caso, tal como ha ocurrido, es interés del Estado reservarse por ejemplo la

actividad cambiaria para evitar la fuga de divisas, nada mas fácil que tipificar las conductas desplegadas a tales fines. Si surgiera tal como ocurrió en el pasado reciente, un auge relacionado con el robo, hurto o desvalijamiento de vehículos, establecemos leyes especiales con contenido penal que arrecian las penas ante tales supuestos.

Tal actuar comporta no pocos peligros, resultando importante destacar como uno de ellos, que en aquellos casos, en los que a pesar de la intervención del Derecho Penal, el orden social no se restablece, es cuando cuando crece el escepticismo ante el problema penal. Esto creo que lo hemos experimentado en gran medida los operadores de justicia, y no poco dolor nos causa, cuando alguna persona involucrada en el conflicto, llámese víctima directa o indirecta, o el mismo imputado, cuestiona la efectividad o utilidad del sistema, lo que en ocasiones equivale a tanto como cuestionar nuestra razón de ser. El consuelo que pudiéramos catalogar como de “tontos”, es que no se trata de un problema que nos sea exclusivo, sino por el contrario, está presente en muchos sistemas penales del mundo.

La inflación del Derecho Penal, mas allá de otras consideraciones “principistas” a las que no me referiré por el momento, crea por lo menos en nuestro caso, la existencia de numerosas normas con contenido penal que se encuentran desperdigadas dentro del ordenamiento jurídico. Esto, dificulta su efectiva aplicación y además colapsa el sistema. Esa es una de las razones por la que en la actualidad, casi cualquier conflicto social va a parar a manos del Ministerio Público, pues probablemente tendrá una connotación jurídico penal. Tal cantidad de asuntos impide en ocasiones la pronta solución del mismo, con toda la afectación que ello conlleva, nos sólo acerca de la efectividad del sistema, sino peor aun, respecto de la fiabilidad y confianza hacia las instituciones. Esto igualmente, no es un problema que nos sea exclusivo, créanme que se trata de un fenómeno bastante generalizado en el mundo, y es recurrente la queja ciudadana respecto de la duración de los procesos penales.

La utilización del Derecho Penal cuando se quiere reducir o eliminar determinada conducta, e incluso cuando se quiere propiciar otra según se requiera en un momento histórico, puede ser visto como forma de ejecución de cierta política criminal. La política criminal a decir del profesor español José Luis Díez Ripollés, ha de estar estructurada de la mano del modelo de intervención penal que haya sido acogido. Destaca este autor el modelo Garantista y el modelo Resocializador.

El modelo garantista a decir de este, se caracteriza en todo momento por desarrollar una estructura de intervención penal autolimitada, hasta el punto que se ha llamado a si mismo, “derecho penal mínimo”. A este modelo lo caracterizan:

1.- La atribución de una eficacia limitada a sus genuinos instrumentos de intervención, la norma y la sanción penal, los cuales generarían efectos perceptibles en la medida en que se encuadraran en un contexto mas amplio.

2.- Deliberada reducción de su ámbito de actuación a la tutela de los presupuestos más esenciales para la convivencia, por lo que se considera una virtud la intervención mínima imprescindible.

3.- Profunda desconfianza hacia un equilibrado ejercicio del poder sancionatorio por parte de los poderes públicos, por lo que a la usanza del liberalismo político proclama defender al ciudadano, sea este delincuente o no.

4.- En empleo de límites trascendentales en el empleo de las sanciones penales, por lo que las mismas han de ser compatibles con la dignidad humana.

Por su parte el modelo resocializador, el cual se implantó en muchos países anglosajones, de modo especial Estados Unidos y Gran Bretaña, tiene como principio la ideología del tratamiento, según la cual la legitimidad del derecho penal nace de la capacidad de resocializar al delincuente, y que todo instrumental penal debe reconducirse a esa finalidad.

Es importante que observemos como cualquiera sea el modelo, y por ende sea cual fuera la política criminal que acojamos, tiene en la pena y sus finalidades, parte de su justificación, por tal motivo, consideré pertinente referirme a ella puntualmente más adelante.

Ambos modelos se han impuesto en el mundo occidental, e incluso no dudaría nadie en decir que el nuestro a pesar de no encontrarse expresamente definido, asume posturas de uno y otro, lo cual en mi humilde criterio, pareciera propio de los Estados Sociales, en los que a pesar del garantismo como función de protección al individuo, el Estado procura una intervención en aquellos asuntos que procuran el bien común, teniendo como objetivo el restablecimiento del orden y la resocialización del delincuente.

Pudiéramos creer erróneamente entonces, que llegamos a un momento de consenso, en el que garantismo y la resocialización, comportan principios intangibles propios del desarrollo jurídico que hemos alcanzado. Pues temo decirles que nada mas alejado de la realidad, pues los actuales conflictos relacionados con la construcción de un modelo penal que satisfaga a todos, o por lo menos a la mayoría, dan cuenta de que efectivamente el Derecho Penal, se encuentra en pleno autocuestionamiento, lo que produce no pocos movimientos en sus bases.

Surgen entonces, novedosas e interesantes posturas que nos hacen reflexionar sobre ciertos asuntos, y en mi caso particular me resultan hasta tranquilizadores, ya que de pronto me percaté de que mis deseos mas ocultos, aquellos que a veces no expresamos por temor de parecer "bárbaros" o primitivos del Derecho, están siendo analizados por otros con verdadera autoridad académica.

El profesor José Luis Diez Ripollés sólo por mencionar alguno, plantea en su obra “La Política Criminal en la Encrucijada”, que debemos comenzar por reconocer los errores cometidos por un pensamiento férreamente anclado en el modelo garantista. En su criterio, el pecado original del garantismo ha sido su inmovilismo, por lo que la defensa de ciertos principios considerados intocables lo ha llevado a convertirse en un peso muerto, en una fuerza negativa, a la hora de abordar cualesquiera iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales. Critica la capacidad del garantismo para ignorar ciertas realidades que contradicen sus orientaciones politicocriminales, tal como la insensibilidad hacia la degradación de la convivencia en determinados barrios en los que se concentraba el tráfico y consumo de heroína durante la pandemia de los años ochenta y noventa en Europa y hacia las reclamaciones vecinales al respecto.

Díganme ustedes, si por ejemplo nuestra Ley Orgánica contra el Tráfico Ilícito y Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, no constituye un buen ejemplo del Garantismo llevado al exceso. Fíjense como se suavizaron las penas para ciertas categorías de “traficantes”, sólo porque se trataban de pocas cantidades las que comercializaban, e incluso las consideraciones que se tuvieron en relación a la pena, en aquellos casos de tráfico intraorgánico.

Al respecto, cabe preguntarse. Que resulta mas lesivo del orden social interno: ¿Aquel traficante cuyo producto muy probablemente va fuera de nuestras fronteras a inundar otros mercados y dañar vidas en el extranjero?, o ¿aquel “jibaro” que en cualquier barrio de Caracas, se planta diariamente al frente de un colegio y ofrece su nefasta mercancía a niños y adolescentes de todas las edades?. Muchas vidas en este país, se ven seriamente afectadas por el fácil acceso a las drogas de manos de pequeños y habituales distribuidores, estos en ocasiones pasan a ser los “modelos” a seguir por la juventud, quienes al ver la ostentación de lujosos vehículos, joyas y armas, quieren acceder a ello, con las consecuencias de degradación social que esto provoca.

En ambos casos, se lesionan bienes jurídicos fundamentales y si creemos en la retribución que pudiera contener la pena, ambos debieran ser “severamente” sancionados, pero conforme a nuestra legislación “garantista” el daño social pareciera que fue medido en atención a la “cantidad” de sustancia, y a ello se adecuó la pena, sin pasar a hacer otras consideraciones.

Mención aparte merece lo relacionado con ciertos tipos penales, que a pesar de ser también ampliamente lesivos, se encuentran discretamente penalizados. A algunos de ellos consideré pertinente referirme luego de una reciente conversación con nuestra Directora de Ambiente. No hay duda acerca que la mayoría de los delitos ambientales, causan un importante gravamen a grupos indeterminados de personas. Cualquiera de nosotros es susceptible en

este mismo momento, de estar siendo víctima de una aflicción, producto de alguna actividad que atenta contra nuestro medio ambiente.

Muchos de los daños ambientales son irreversibles, y por tanto, la afectación, se extiende incluso a quienes en el futuro, pudieran habitar en un área determinada. Siendo así, pareciera incongruente, la penalidad que conforme a la legislación vigente llevan aparejados estos supuestos. Sería pertinente que revisáramos, cual o cuales fueron los criterios que privaron al momento de la determinación de las penas.

En el mismo orden de ideas, observamos como algunos delitos de afectación eminentemente patrimonial, son duramente castigados, y otros cuya comisión comporta actos mas elaborados, e incluso producen mayor impacto social, no reportan sanciones que guarden relación con el daño producido. Es más factible, que algún indigente vaya a prisión, luego de ingresar a una vivienda en la que fracturó una ventana para apoderarse de algún electrodoméstico, a que ocurra lo mismo, por quien ha promovido falsamente algún desarrollo habitacional, y se ha apropiado del dinero de incautos que se lo confiaron.

En uno y otro caso, las penas no guardan relación con la afectación social, ni con los bienes jurídicos objeto de tutela. En el caso de la estafa narrada, la afectación, trasciende hasta la confianza legítima entre los miembros de una sociedad que pretenden a través de negocios jurídicos, la satisfacción de sus necesidades. Entonces cual fue el criterio que privó para el establecimiento de la sanción. ¿Acaso se han percatado ustedes que en nuestro país, resulta más reprochable penalmente atendiendo a la sanción a imponer, ofertar en venta moneda extranjera conforme a los supuestos de la Ley de Ilícitos Cambiarios, que la mismísima posesión de sustancias estupefacientes?.

Como puede construirse entonces de forma coherente un sistema penal, en donde asuntos como estos parecieran no tener explicación a partir de la elaboración de la teoría del delito. Es posible saber el por que se eleva a tipo penal determinada conducta, lo que ya no resulta tan fácil, es conocer cuales son los criterios que privan para la determinación de la penalidad. ¿Hacia donde va el Derecho Penal entonces?

La delimitación de una determinada conducta como tipo, y la imposición de sanciones son herramientas de la Política Criminal. Esta es entonces, la premisa de actuación del Estado y de los Poderes Públicos, mediante el Derecho Penal y otros instrumentos, que procura el logro de una convivencia de la menor cantidad de conflictos posibles, para la protección de bienes jurídicos relevantes. Existen propuestas a partir de las críticas de los modelos penales, que apuntan hacia una intervención mas eficaz del Derecho Penal sobre los conflictos sociales, de modo de abrazar la seguridad ciudadana como objetivo

prioritario de la lucha contra la delincuencia, abandonando la tradicional aproximación a la criminalidad desde las causas, y no desde los síntomas.

Producto de tales cuestionamientos, surgen toda suerte de aportes, que van desde el intervencionismo dirigido al bienestar social, hasta el “derecho penal del enemigo”, que propugna un derecho represivo excepcional, con pocas garantías y con penas extremadamente duras para determinadas formas de delincuencia. En ambos casos, se hacen duras críticas a tales modelos, ya que ellos conllevan en menor o mayor medida, al desconocimiento o flexibilización de algunos logros o avances vinculados con Derechos ciudadanos, con la excusa de la imperante necesidad de brindar seguridad pública,

Por su parte, el modelo penal bienestarista que propugna el profesor Ripollés entre otros, procura liberar al derecho penal, de ser un derecho de pobres, y tiende a asegurar que cumpla realmente su función, la de ser un derecho orientado a la salvaguarda de los presupuestos esenciales para la convivencia.

Según sostiene, el sistema de responsabilidad penal será tanto mas sólido cuanto mejor exprese, de forma depurada pero comprensible, las ideas sociales vigentes, sobre cuando alguien debe responder por sus actos y en que grado. Promueve la adecuada punición, de hechos perturbadores de la convivencia realizados en nichos sociales acomodados (delitos económicos, estafas de cualquier naturaleza, corrupción administrativa), que eventualmente afecten al colectivo. Lo anterior no implica el abandono de los logros del modelo garantista, en que la intervención penal ha de estar plenamente justificada por la realidad, y serlo en la medida justa de la necesidad imperante.

Observo también, que la inflación del Derecho Penal, igualmente crea la expectativa ciudadana, acerca de que todos los delitos serán procesados y castigados, lo que resulta a todas luces poco menos que imposible, razón por la que algunos sostienen la posibilidad de habilitar fórmulas de autocomposición, de modo que los particulares, asuman la resolución de conflictos penales en satisfacción de sus propios intereses, pudiendo el Estado “abandonar” su poder punitivo a favor de tales fórmulas.

No es para nada mi objetivo fijar posición acerca de que modelo contiene mayores beneficios, o explicar a fondo los alcances de cada una de estas posiciones doctrinales. Las he traído a colación, con el único propósito de respaldar lo que desde el inicio he sostenido, como lo es que el Derecho Penal se está moviendo aquí y ahora, por lo que resulta fundamental para nosotros, conocer que esto ocurre, y así cuestionar y cuestionarnos, en procura de la perfectibilidad de nuestra disciplina.

Al emprender la difícil tarea de preguntarnos hacia donde va el Derecho Penal, no podríamos dejar de referirnos a lo atinente a la pena. Esto nos lleva a

la interrogante ¿Hacia donde va la pena en el actual derecho penal?. Para ello, confieso que me valgo de una afirmación que he hecho al momento de hacer mi discurso de cierre en algunos juicios, y más en aquellos en los que la posición fiscal luce gananciosa en ese momento procesal: ¿Que es y para que sirve el derecho penal sin la pena? Y sólo luego de una breve referencia a tal idea, exijo la imposición de la “sanción” en nombre del Estado.

Pues colegas, en relación a la pena la realidad no es diferente. Nos encontramos ante un interesante momento histórico en el que la doctrina se está replanteando lo relacionado con ella. Conocemos ampliamente las teorías mas relevantes que la justifican y le dan sustento, pero cada una de ellas lleva a la par toda una elaboración teórica que la cuestiona, a tal punto que pareciera hacerla insustentable. Esto nos obliga entonces a volver al inicio, e incluso reconsiderar la viabilidad, de teorías que considerábamos ya abandonadas.

Ya es clásica la afirmación según la cual la pena no se justifica, pues en nada contribuye a resarcir el mal de la víctima, cualquiera que esta sea, sino por el contrario es la ordenación de un nuevo mal. Se trata entonces de combatir el mal mediante la ordenación de un nuevo mal, pero lo que la convierte en un mal querido, es en primer término, que esté relacionado con un delito. En palabras de Hugo Grotius: *“La pena es, en su sentido amplio, un mal que se tiene que soportar porque a su vez se creo un mal. De esto, lo que seguro que es cierto, es que mediante la pena se causa un mal como reacción a la lesión de una regla jurídica.”*

El profesor de la Universidad de Bonn, Heiko H. Lesch, divide las teorías que justifican la pena, entre *teorías absolutas*, *teorías relativas* y *teorías de la unión*. Dentro de las teorías absolutas de la pena está la de la expiación, la cual a mi modo de ver resulta poco menos que utópica y difícilmente sustentable actualmente. Según quienes la sostienen, la pena no es una restitución del orden correcto de las cosas, sino la reconciliación del delincuente consigo mismo, con el orden quebrantado, en definitiva, con la comunidad. Citando a Arthur Kaufmann, *“Con la expiación moral el culpable se libera de su culpa, alcanza de nuevo la plena posesión de su dignidad personal.”*

Es evidente, que esta teoría deja en manos del mismo delincuente, en la autonomía de su pensamiento, esa posibilidad de arrepentimiento y de liberación de la culpa. Además, nadie puede pensar que el declarado judicialmente culpable, y por ende acreedor de una pena, puede ser visto luego como no culpable, por haberse liberado internamente de su culpa a través de la expiación.

Otra de las teorías denominadas absolutas, es la de la retribución. Según Kant, a quien se le atribuye ser uno de los fundadores de esta corriente, *“La pena judicial no puede ser impuesta como simple medio para procurar a los otros bienestar, ya sea para el delincuente, y sea para la sociedad civil, sino que*

tiene que ser impuesta todas las veces solamente porque él ha delinquido. Dice que el hombre no puede ser usado nunca como medio de las intenciones de otros...el hombre no es una cosa...mediante la pena tiene que ser alcanzada la Justicia; el cometido de la pena consiste pues en la satisfacción de la justicia.” Y cito finalmente una frase que considero resume en gran medida su pensamiento: *“Si la justicia se extingue, ya no tiene valor que el hombre siga viviendo sobre la tierra”*. La pena entonces es sólo el restablecimiento del orden, y es el resultado racional y necesario de la transgresión de la ley.

Finalmente, para Kant, la pena debe inclinarse en la compensación en el mismo género, es decir por el talión. Si robas te robas, si matas, te matas.

Hegel, quien es también seguidor de la retribución, plantea que todo delito un ataque a la libertad, pues aunque se manifiesta materialmente sobre un objeto o algo especial, siempre vulnera la libertad de la víctima. La libertad sobre sus bienes, sobre su reputación, sobre su integridad, por lo que se manifiesta como la pretensión del delincuente de imponer su voluntad particular sobre la general. Por lo tanto, siendo una manifestación racional de la voluntad del delincuente, con su hecho, declara su propia voluntad de ser sometido con ocasión de la pena al mismo daño que él infligió a otro. Por ello, de alguna forma, es su propio actuar el que justifica la pena, por quererlo este de algún modo. El aporte principal de Hegel, consiste en gran medida en la defensa del principio oficialista, el cual señala que la persecución penal por regla general no es un asunto privado sino estatal del que tienen que ocuparse los funcionarios competentes, dice *“Si en una sociedad no hay jueces ni leyes, la pena siempre tiene una forma de venganza...”*

Muchos pregonan que la retribución no es capaz de explicar la pena más allá de la necesidad de la venganza. Cuestionan la utilidad social que pudiera tener a la luz de esta óptica y consideran incluso poco civilizado decir que se castiga al delincuente, sólo porque se lo merece. Ya mucho antes Platón citado por Heiko Lesch decía *“Nadie impone una pena y se dirige contra quienes han cometido un delito porque haya cometido un delito, a no ser quien se quiera vengar de forma poco razonable como un animal. Quien en cambio pretende penar a otro de una forma razonable, no le impondrá la pena por el injusto cometido, puesto que él no puede deshacer lo ya hecho, sino en razón del futuro para que no vuelva a cometer ni el mismo injusto ni otro parecido.”*. En esta afirmación a decir de este autor, se encuentra el fundamento de las teorías relativas.

Antes de referirme a ellas, debo confesar y me atrevo a hacerlo sólo porque estamos en familia, la familia del Ministerio Público, que en más de una ocasión durante estos años, al momento en que se pronuncia una condena, he sentido, una hasta ahora oculta e irracional satisfacción sólo por la imposición del castigo. Del castigo sin mayores alcances, sin utilidad aparente, por la retribución pura, por esa idea básica y a decir de algunos hasta *“primitiva”* de

“venganza”. No será acaso esa idea el origen de esa anacrónica denominación de la Fiscalía como “vindicta pública”, venganza en nombre del Estado. Es posible que algunos coincidan conmigo, en que ese momento de pronunciar sentencia, no es un momento en el que estemos especialmente abiertos al análisis doctrinario, o a consideraciones de otro tipo, pareciera tal vez que es ahí donde nos invade la visión vengadora del derecho penal.

Para las teorías relativas, la pena tiene un efecto intimidatorio (prevención general negativa), procura la corrección (prevención especial positiva) así como hacer al autor inofensivo (prevención especial negativa). Se está de acuerdo que la pena es retribución, pero sólo como reacción frente a lo ya sucedido.

A decir de Feuerbach y partiendo de lo planteado por Hobbes, en estado natural, sin ley, los hombres tienden a dañarse los unos a los otros. Ese estado de inseguridad genera el orden Estatal, el cual busca medios para prevenir la violencia. Las infracciones entonces se evitan si cada ciudadano sabe con seguridad que a una infracción le sigue un mal mayor, que el que sigue de la no satisfacción de las necesidades tras la acción, partiendo de que ese mal ha de estar contemplado en una ley. Es en consecuencia uno de los fines del Estado, procurar que no ocurran delitos y por lo tanto la pena tiene un efecto disuasorio ante la amenaza de ser impuesta.

Por su parte para la prevención general positiva, la función de la pena, está vinculada con la toma de conciencia, el reforzamiento de la conciencia colectiva, de los valores éticos de la corrección jurídica, todo lo cual implica su relación con la psicología, del hombre como mecanismo de motivación.

En el caso de la prevención especial, según dice Roxin, tiene como meta apartar al autor de futuros delitos, de la cual se distinguen tres aspectos: 1.- La denominada prevención especial negativa, esto es, el aseguramiento de la sociedad frente a autores mediante su reclusión; 2.- La intimidación del autor; y 3.- La denominada prevención especial positiva, esto es, la corrección, resocialización o socialización del delincuente. Von List planteaba que la pena es coacción, al inicio coacción psicológica e indirecta, y luego coacción directa, inmediata y violenta, mediante la cual se secuestra al delincuente y se le somete a una exclusión de la sociedad o internamiento. Al respecto Heiko Lesch cuestiona que en la prevención, se aprecia ese optimismo casi inocente apoyado en los avances del progreso, no olvidemos que en el caso de List, elaboró su postura a finales del siglo XIX, que conlleva a la creencia en el permanente desarrollo del hombre, el cual es propio de una época en la que la necesidad de corrección le aparece un hecho real psicológico y por ello una simple cuestión de encontrar el procedimiento correcto para ello.

Al respecto cabe reflexionar, si efectivamente la sociedad y más la venezolana, se encuentra segura frente a los delincuentes por el sólo hecho del cautiverio de estos, cabe recordar los innumerables delitos que se planifican y

generan en las cárceles; o si efectivamente se ven intimidados ante la amenaza de la sanción, no vale la pena hacer mayores comentarios al respecto, pues es obvio que no es así, aunado al hecho de que en muchos casos el que delinque confía en que esa sanción no llegará: y finalmente reflexionemos acerca de las posibilidades efectivas que tenemos, de redimir o resocializar al delincuente, sobre ello tenemos sobradas razones para pensar que son casi nulas, pues no existe ningún criterio objetivo que indique que esto es posible, ya que depende casi exclusivamente de la voluntad del sujeto.

¿Que nos queda entonces? ¿Cómo podemos preparar a personas para vivir en libertad privándole de ella? ¿Cómo se vincula esta teoría con el elemento culpabilidad?. Por ejemplo en el caso que se trate de una persona que delinca por especiales circunstancias, como sería que cualquiera de nosotros cometa un delito culposo conduciendo nuestro vehículo, como justificaríamos la pena. ¿Habría que asegurar a la sociedad frente a nosotros mediante reclusión, dada nuestra propensión al delito? ¿Cómo funciona la intimidación si se trató de un hecho circunstancial en el que no hubo una resolución criminal previa a la acción? ¿Necesitamos ser corregidos o resocializados?. Parece poco probable que pueda encontrarse justificación de la pena en casos como estos, lo que implica que no se encuentra acorde con la culpabilidad.

La pena entonces, no puede ser considerada un acto de asistencia Estatal, el delincuente no puede ser visto como un enfermo que necesita tratamiento, y que ese tratamiento además se proporciona por la fuerza, como consecuencia de su accionar previo. Otras teorías denominadas de la Unión, no procuran más que asumir las posturas antes mencionadas, dependiendo del delito del que se trate, teniendo como consecuencia tal falta de uniformidad, que las hacen ser ambiguas.

Ante este panorama, algunos como Lesch, intentan explicar la función de la pena desde lo que él llama una teoría funcional de la retribución. La pena según sostiene, sirve para estabilizar expectativas que se pueden abrigar en la vida en sociedad; éstas, en caso de defraudación, no deben decaer, sino que pueden mantenerse aun en contra de los hechos. El delito es como una muestra del mundo contrapuesto al orden. Por su parte, la muestra del mundo de la víctima, se corresponde con una expectativa normativa, generalizada y garantizada por el Estado, el conflicto es público. Por ello, todos deben persistir en sus expectativas; pueden confiar en la vigencia de la norma, a decir de Jacobs, la pena así entendida no es la pretensión de que el autor en el futuro no delinca, sino únicamente que es correcto confiar en la vigencia de las normas. Se trata de atender y canalizar las defraudaciones de las expectativas, para lograr la posibilidad de seguir esperando a pesar de los hechos la aplicación, o solución normativa del asunto, demostrando que el fallo se produjo en el comportamiento del autor y que es posible mantener las expectativas garantizadas por la norma penal, a pesar de haber sido ya defraudada.

Esta es una alternativa teórica para tratar de explicar la función de la pena. Pero resulta preocupante, por decir lo menos, que ni siquiera la función de la pena ha podido ser elaborada de forma satisfactoria y unánime, lo cual tiene implicaciones más que directas sobre el Derecho Penal. Esto tal vez contraría la pretensión de que el Derecho Penal sea un conocimiento “universal”.

Al respecto Quintero Olivares a quien antes ya he citado, habla de una extensión transnacional del pensamiento penal superior, que evidencia una cultura compartida en relación con el problema penal, que permite analizar y estudiar los asuntos penales desde el ámbito teórico y más allá de la ley penal misma, desde una óptica universal. Esto pudiera ser cierto, pero tratándose de una disciplina cuyo objeto fundamental es el hombre y su conducta social, pareciera difícil que los componentes que le son propios a cada sociedad, no conduzcan a una afectación de las proposiciones teóricas, haciendo que ese conocimiento ya no pareciera tan universal.

Fíjense que al referirme al Derecho Penal, lo he tratado como área de conocimiento e incluso como disciplina, pero no he utilizado la denominación de “ciencia” que hoy de una forma casi unánime los penalistas le acuñan.

Para Hassemer, los científicos del Derecho Penal tratan la ciencia del Derecho Penal, sin embargo no reflexionan con profundidad sobre lo que debe entenderse por ciencia y donde se encuentran sus barreras. Para este respetado autor, nos encontramos ante una verdadera ciencia, pues va orientada a la verdad, que se argumenta de forma sistemática y más allá del caso concreto. Además destaca su carácter de conocimiento universal, global, que abarca los esfuerzos sistemáticos de estudio del delito y la pena.

Al respecto, vale la pena citar lo que debemos entender como ciencia, ya no desde la óptica de algún científico, de una academia o grupo académico, sino aunque desde nuestra cultura nos parezca extraño, teniendo como fundamento una sentencia. En efecto, sobre esta polémica, el Tribunal Constitucional Federal alemán dice que se “...entiende por “ciencia” todo aquello que, por su contenido y su forma se puede considerar como un serio esfuerzo de investigación de la verdad.”

Es el Derecho Penal Ciencia o es un conocimiento que no alcanza tal categoría. Pues cada quien podrá asumir la postura que desee, y eso si, lejos de preocupar, resulta un satisfactorio acto de ejercicio de la libertad.

Pareciera que esto, pudiera tratarse de una disputa estéril, y así podríamos verla sino fuera porque en mi caso particular, jamás he visto que nadie promueva o sostenga la necesidad de desaparición de una ciencia en particular. Díganme ustedes si conocen alguna corriente que diga que hay que suprimir la matemática por ejemplo, o la biología, o la física. Mucho me hubiese

gustado cuando estudiaba bachillerato, pero eso no ha ocurrido por lo menos que yo conozca.

Sin embargo en el caso del Derecho Penal, existe una importante corriente que intenta justificar la abolición de este. Esta postura la hemos escuchado en múltiples oportunidades, pero cabría preguntarse si es o no factible que ello ocurra, o si resulta razonable que la sociedad subsista sin el Derecho Penal.

Los críticos mas fervientes del Derecho Penal, recogidos por Mauricio Martínez Sánchez en su obra *La Abolición del Derecho Penal*, plantean que el Sistema Penal, sólo ha servido para legitimar y reproducir las desigualdades e injusticias sociales, y lo que es mas grave, que en muchas naciones ni siquiera se ha construido los Estados de derechos proclamados hace mas de dos siglos y que se siguen cometiendo genocidios con el sistema penal o con sistemas paralelos cuando él no es suficiente para lograrlo.

A pesar de que ya no trata de un movimiento que tenga mayores alcances, y es casi unánime la opinión, acerca de que su momento de auge si así pudiéramos llamarlo, ya ha sido superado, es importante detenernos un poco en sus planteamientos, porque de cierta forma ellos contienen importantes críticas al sistema penal.

La concepción ideológica de quienes defienden el abolicionismo, es fundamentalmente "anarquista". Los anarquistas consideran que el Estado, obra en contra de la libertad y de la autonomía del individuo, y que es precisamente el sistema penal uno de los instrumentos "autoritarios" de colonizan el mundo vital del hombre y le impiden gozar íntegramente de su ego.

Al respecto dice Ferrajoli que la tesis del movimiento abolicionista, de lo "pequeño es lo bello", lo autónomo, lo primitivo, lo indígena, la construcción de comunidades solidarias, constituyen una reproducción del socialismo utópico y del anarquismo de 1800: es decir, tesis que oscilan entre probables proyectos de microcosmos sociales fundados en la solidaridad y la fraternidad, objetivos de reapropiación social de los conflictos entre agresores y parte ofendida y métodos primitivos de composición patrimonial de las ofensas.

Por su parte, Durkheim sostiene que es posible la convivencia en anomia, es decir de ausencia de norma, en la que los hombres podrían ocuparse de nuevo de sus conflictos, pues las normas existentes así lo impiden. Considera tal como Christie que es posible que el control y dependencia mutua entre los individuos, permitiría solucionar los problemas sin recurrir a lo que denomina "sistemas de dolor". Ellos cuestionan además la universalidad del delito, alegando que comportamientos que antes eran catalogados como delito, hoy no lo son, y que algunos hechos que son considerados delito en un Estado, en otro no lo es.

Para Baratta, al sistema penal se le pueden atribuir las siguientes funciones: a) La aplicación selectiva de sanciones penales estigmatizantes sirve para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad, pues impide el ascenso de quienes pertenecen a las clases inferiores. B) encubre el número de comportamientos ilegales que permanecen inmunes al proceso de criminalización; c) reproduce las relaciones de desigualdad; d) aparenta un supuesto consenso respecto de los miembros de la sociedad acerca de que los malos serían una minoría.

Proponen como sustitutos del Derecho Penal, elaboraciones que van desde una justicia comunitaria, hasta un derecho civil sancionatorio, que restituya el daño causado a las víctimas. Son múltiples y bastante obvias las críticas que pudieran hacerse a quienes sostienen el abolicionismo del Derecho Penal, pero no está de más, que volvamos la mirada hacia el cuestionamiento que se hace de nuestra disciplina y como afirma Ferrajoli tenemos sobre nuestros hombros demostrar que las ventajas del Derecho Penal, son inmensamente superiores a todos los males que ocasiona.

Culmino estas ideas diciendo, que la percepción acerca de la finalidad y utilidad para nuestra sociedad, del Derecho Penal, no le corresponde a los profesores que gustosos, hacen un inmenso esfuerzo en aportarnos herramientas de saber, tampoco recae esa responsabilidad en los científicos, ni en los teóricos o dogmáticos, quienes construyen día a día esta noble ciencia, nos corresponde casi de forma exclusiva a los operarios, pues son nuestras acciones, las que son susceptibles de ser masivamente conocidas y analizadas por la colectividad. Son ellas, el termómetro que permite determinar si lo que hacemos es útil o no para el mantenimiento del orden y la convivencia ciudadana, o si por contrario, nada aporta para la felicidad de la población y logro de los fines del Estado Social.

Enaltezcamos entonces el debate jurídico, que sea el Ministerio Público quien le de altura y contenido al mismo, y logremos que ese conocimiento que atesoramos, sea útil en la resolución de conflictos y contribuya a la construcción de esa sociedad amante de la paz que todos anhelamos.

Ahora bien compañeros, si alguien les preguntara hoy: ¿Hacia donde va el Derecho Penal? ¿Qué le responderían?

Zair Mundaray Rodríguez.

