UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

EL IMPACTO DE LAS REFORMAS PENALES Y PROCESALES NEO-RETRIBUTIVAS EN LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EJECUTADA DENTRO DEL MARCO DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO (ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO)

presentada por

EMIL JOSÉ NIÑO RODRÍGUEZ

Director

Dr. D. ÁLVARO GUTIÉRREZ BERLINCHES

© Emil José Niño Rodríguez

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

EL IMPACTO DE LAS REFORMAS PENALES Y PROCESALES NEO-RETRIBUTIVAS EN LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EJECUTADA DENTRO DEL MARCO DE UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO (ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO)

presentada por

EMIL JOSÉ NIÑO RODRÍGUEZ

Director

Dr. D. ÁLVARO GUTIÉRREZ BERLINCHES

PROCRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UCM

INDICE

RESUMEN 10

ABSTRACT 11

ABREVIATURAS 12

INTRODUCCIÓN 13

CAPITULO I LA FIGURA DEL ESTADO Y LA PENALIDAD EN LA EDAD ANTIGUA: EL PUEBLO HEBREO, LA ANTIGUA GRECIA 19

1.1.- Algunas precisiones conceptuales y metodológicas aplicadas al presente estudio 19

1.2.- Análisis de la figura del Estado y el ejercicio de su poder punitivo durante la Edad Antigua 30

1.2.1.- La penalidad del pueblo hebreo y su relación con la institución de la familia como primer modelo de organización política: El Estado Teocrático y Tribal 30

1.2.2.- La Edad Antigua: El Estado en la civilización griega y su penalidad 45

1.2.2.1.- La Polis y la sociedad tribal como modelos de sociedad políticamente organizada del periodo griego antiguo 45

1.2.2.2.- Una mirada a la penalidad desde el modelo de Estado Aristocrático griego 57

CAPITULO II LA FIGURA DEL ESTADO Y LA PENALIDAD EN LA EDAD ANTIGUA: LA ANTIGUA ROMA 62

2.1.- La civilización romana y su penalidad durante la Edad Antigua 62

CAPITULO III EL ESTADO Y LA PENALIDAD: LOS ESTADOS EUROPEOS DE LAS EDADES MEDIA Y MODERNA 97

3.1.- El Estado Feudal y la penalidad en la Edad Media: Especial referencia al pueblo bárbaro o teutónico 97

3.1.1.- Revisión de algunos de los aspectos que sentaron las bases del <<feudalismo>> como modelo de organización político-social en la Europa medieval 97

3.1.2.- La penalidad durante el primer periodo de la invasión de los barbaros 105

3.1.3.- Los señoríos feudales: Aproximación a su organización política, su Derecho positivo y a su modelo de administración de justicia 109

3.1.4.- Los Fueros en la Edad Media: Generalidades acerca de su origen, su organización, su regulación y su penalidad 120

3.2.- El Estado Moderno (Absoluto) y la penalidad en la Edad Moderna: Especial referencia a la conformación del Estado Absoluto Español 129

CAPITULO IV EL ESTADO DE DERECHO Y LOS LÍMITES PARA EL EJERCICIO DE LA PENALIDAD. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL 140

4.1.- El Estado social y democrático de Derecho: El sometimiento del Estado a la ley como presupuesto de una penalidad justa y garantista de la dignidad humana 140

4.2.- El Ius Puniendi: concepto, fundamento y justificación en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho 152

4.3.- Nociones generales acerca de la evolución del Principio de Legalidad como límite del Ius Puniendi 157

4.4.- Las manifestaciones del Principio de Legalidad 161
4.4.1.- El principio nullum crimen sine lege 162
4.4.2.- El Principio nulla poena sine lege 163
4.4.2.1- La exigencia lex praevia 164
4.4.2.2.- La exigencia lex scripta 165
4.4.2.3.- La exigencia lex stricta 166
4.4.3.- El Principio nulum poena sine juditio 167
4.4.4.- Principio de Legalidad de la Ejecución Penal 172

CAPÍTULO V LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DENTRO DEL CONTEXTO DEL ESTADO DE DERECHO. EL DESARROLLO DE SU FINALIDAD PROTECTORA DE LA SOCIEDAD MEDIANTE LA REPRESIÓN Y PREVENCIÓN DEL DELITO, DESDE LAS POSTRIMERÍAS DEL SIGLO XVIII HASTA LOS ALBORES DEL SIGLO XXI 186

5.1.- La pena privativa de libertad como expresión de la humanización de la penalidad 186

5.2.- Generalidades acerca de la experiencia penitenciaria norteamericana como precursora del penitenciarismo universal y de una pena más humanitaria 190
5.2.1.- Sistema Filadelfico o Pensilvánico 197
5.2.2.- El Sistema Auburniano 203

5.3.- El régimen penitenciario como presupuesto de la pena privativa de libertad 207

5.4.- El hito de la Escuela Positiva en la tecnificación de la ejecución de la pena privativa de libertad durante la vigencia del Estado de Derecho 209

5.5.- La compatibilidad de la pena privativa de libertad con el modelo de Estado social y democrático de Derecho 212

5.6- La filosofía penitenciaria en los estándares internacionales en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente 217

CAPITULO VI EL IMPACTO DE LAS REFORMAS NEO-RETRIBUTIVAS PENALES Y PROCESALES EN LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EJECUTADA DENTRO DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO (ANALISIS AXIOLÓGICO) 227

6.1.- Aproximación a la Teoría Tridimensional del Derecho como marco para un análisis integral del impacto de las reformas neoretributivas penales y procesales en la pena privativa de libertad ejecutada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho.....227

6.2.- El impacto de las reformas neoretributivas penales y procesales en la ejecución de la pena privativa de libertad: Planteamiento del problema desde el punto de vista axiológico 238

6.2.1.- La <<justicia>> como valor y elemento de legitimidad del Derecho. Especial referencia al artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 242
6.2.2.- Consideraciones generales acerca de las dificultades prácticas que plantea definir el valor de <<justicia>> en relación con la <<dignidad humana>>. Análisis enfocado en la aplicación de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho 248
6.2.3.- Aproximación a un concepto de <<justicia>> contextualizado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho 266

CAPÍTULO VII EL IMPACTO DE LAS REFORMAS NEO-RETRIBUTIVAS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DENTRO DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: ANÁLISIS NORMATIVO 275

7.1.- Notas introductorias para el análisis desde el punto de vista normativo 275
7.1.1.- Breve aproximación a las principales tesis acerca de la finalidad de la pena que han subsistido dentro del modelo de Estado de Derecho: Una mirada crítica a la vigencia de la <<Teoría Absoluta>> y las <<Teorías Relativas y Eclécticas>>, y a la desembocadura en la Tesis del <<Neo-retribucionismo>> 279

7.2.- La gravedad de la pena y su relación con los fines de la penalidad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Especial referencia a las reformas legislativas penales, procesales y penitenciarias realizadas bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 292
7.2.1.- Una mirada a la <<prisión permanente revisable>> como aparente modelo de reforma Neo-retributiva en España 296
7.2.2.- La reforma del Código penal venezolano del año 2005. Especial referencia a la afectación de las <<fórmulas alternativas de la pena privativa de libertad>> 308
7.2.3- Las reformas Neo-retributivas en la legislación procesal penal venezolana y su impacto en la ejecución de la pena privativa de libertad 313
7.2.4.- Las reformas Neo-retributivas en la legislación penitenciaria venezolana y su impacto en el Principio de Legalidad de la Ejecución Penal 329

CAPÍTULO VIII EL IMPACTO DE LAS REFORMAS NEO-RETRIBUTIVAS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DENTRO DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO O SOCIOLÓGICO 368

8.1.- Cuestiones preliminares acerca del análisis fenomenológico del Derecho punitivo 368

8.2.- Análisis del impacto de las reformas Neo-retributivas en el funcionamiento del sistema penitenciario enmarcado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Una mirada sociológica o fenomenológica desde la experiencia venezolana 373

8.3.- La consecuencia indirecta de las reformas Neo-retributivas penales y procesales: El Impacto de la desarmonización de los elementos penitenciarios en la prestación de los derechos de los condenados por parte de la Administración Penitenciaria 388

CONCLUSIONES 393

BIBLIOGRAFÍA 404

RESUMEN

El objeto de esta tesis es analizar, desde una perspectiva tridimensional del Derecho (axiológica, normativa y sociológica), el impacto que las reformas legislativas neoretributivas -sustantivas y penales- han tenido en la pena privativa de libertad ejecutada en el marco de un modelo de Estado social y democrático de Derecho; ello con el propósito de conocer cómo tales reformas afectan a las garantías del ius puniendi y, por ende, a la protección de la dignidad humana de las personas privadas de libertad.

Para realizar este análisis desde una perspectiva tridimensional del Derecho, en la presente investigación fue necesario estudiar la relación que la penalidad ha tenido con las distintas formas de organización político-social a lo largo de la historia, pues el Derecho y su penalidad es el resultado de esa tradición doctrinal alimentada por los valores y por las circunstancias políticas y sociales que dan origen a las instituciones jurídicas. Además, se analiza la concepción de la ”justicia” actualmente vigente en el Estado de Derecho moderno, partiendo de un sistema jurídico concreto: el ordenamiento jurídico venezolano; para, a partir de allí revisar las reformas legislativas sustantivas y procesales que han incidido en el funcionamiento del sistema penitenciario venezolano, y que han reorientado la finalidad de la pena privativa de libertad desde una concepción predominantemente “preventivo especial” hacia una idea “neoretributiva”.

Con este estudio hemos llegado a la conclusión de que dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, incluso un planteamiento “retribucionista” debe actuar bajo ciertos límites si no se quiere asumir el riesgo de tergiversar la esencia misma del Estado de Derecho, y, con ello, tergiversar no sólo la función garantista del Derecho penal, sino también del Derecho procesal penal y del Derecho penitenciario, como partes integrantes de la conminación penal enmarcada dentro del principio de legalidad.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to analyze, from a three-dimensional perspective of Law (axiological, normative, and sociological), the impact that neoretributive legislative reforms—both substantive and criminal—have had on custodial sentences carried out within the framework of a social and democratic rule of law. The aim is to understand how such reforms affect the guarantees of the ius puniendi and, consequently, the protection of the human dignity of persons deprived of liberty.

To conduct this analysis from a three-dimensional legal perspective, it was necessary in this research to study the relationship that penal sanctions have had with the various forms of political and social organization throughout history, as Law and its penal system are the result of that doctrinal tradition shaped by the values and the political and social circumstances that give rise to legal institutions. Furthermore, the thesis analyzes the concept of "justice" currently in force within the modern rule of law, taking as a starting point a specific legal system: the Venezuelan legal framework. From there, it reviews the substantive and procedural legislative reforms that have influenced the functioning of the Venezuelan penitentiary system and have reoriented the purpose of custodial sentences from a predominantly "special preventive" approach towards a "neoretributive" conception.

Through this study, we have reached the conclusion that within the model of a social and democratic rule of law, even a "retributionist" approach must operate within certain limits if one wishes to avoid distorting the very essence of the rule of law and, in doing so, distorting not only the guarantor function of criminal law but also that of criminal procedural law and penitentiary law, as integral parts of penal sanction framed within the principle of legality.

ABREVIATURAS

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV)

Constitución Española (CE)

Código Orgánico Penitenciario (COPE)

Código Orgánico Procesal Penal (COPP)

Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)

Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP)

Ley de Régimen Penitenciario (LRP)

Reglamento Penitenciario (RP)

INTRODUCCIÓN

La <<penalidad>> entendida como "los castigos impuestos en diversas épocas a los que ejecutaban acciones que con arreglo a las ideas dominantes y que servían de norma a la legislación criminal, merecían la calificación de crímenes o delitos, se halla íntimamente ligada a la historia de la civilización"[1]; nos da una idea de la importancia que la penalidad ha tenido para preservar la convivencia entre las personas humanas.

Ahora bien, el hecho de que la penalidad haya acompañado a la civilización humana desde que se tiene registro histórico de ella, en cierta forma también nos habla de que toda sociedad -por muy pequeña que sea- está regida por normas de convivencia.

Por lo tanto, toda sociedad ha contado con un Derecho -formalizado o no- que ha definido su estilo de vida. Esta vinculación del Derecho con el estilo de vida de una sociedad determinada nos dice que el Derecho no es un conjunto de disposiciones normativas debidamente estructuradas, sin contenido moral alguno, pues, el carácter <<pragmático>> que justifica la existencia del Derecho, obliga a que sus normas aglutinen los valores, las costumbres y la idiosincrasia imperantes en la sociedad, porque sólo así la sociedad se puede sentir identificada con las normas que la rigen. De esta realidad es que deviene la necesidad de que el Derecho sea estudiado desde una perspectiva <<tridimensional>>, es decir, desde una perspectiva que no sólo considere la estructura normativa del Derecho, sino también el conjunto de valores que lo fundamentan, y la idiosincrasia social que justifica su aplicación.

Por otra parte, si bien la penalidad forma parte del Derecho, la relación entre el Derecho y la penalidad ha sido aparentemente irregular, pues el Derecho ha procurado normar la naturaleza <<retributiva>> del castigo[2], ya sea para garantizar que la sanción sea proporcional al daño cometido por el delito o ya sea para atribuirle a la pena fines adicionales orientados a <<prevenir>> que el delito se repita -prevención general y prevención especial-. Por lo tanto, si partimos de que el Derecho es imprescindible para lograr una convivencia social armoniosa y para ello también hace uso de la penalidad, la forma de entender a esta última depende en gran medida de los principios y valores que fundamentan al Derecho en un momento histórico

[1] Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad de los pueblos antiguos y modernos. Imprenta de la revista de legislación, Madrid, 1877, p. 5.

[2] Entendida esta naturaleza <<retributiva>> como la idea de que <<al mal del delito sigue la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado, y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida, es decir, para la realización de la justicia>>Cfr. CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas de ejecución. Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1974, p. 17. O como diría GARCÍA VALDÉS, "la tesis retribucionista entiende que la pena se impone <<porque se ha delinquido>> (*quia peccatum est*) y en consecuencia atiende al pasado". Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: Teoría de la Pena. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 13.

determinado, pues estos principios y valores moldean jurídicamente a la penalidad.

Al igual que las sociedades pertenecientes a otras Edades, las sociedades actuales cuentan con una penalidad ajustada a la forma en cómo la sociedad comprende el valor de <<justicia>>, comprensión que está directamente vinculada con la forma de organización político social vigente: <<el Estado social y democrático de Derecho>>.

La referida forma de organización político social circunscribe el ejercicio de la penalidad a una determinadas <<exigencias>> que justifican la existencia misma del Estado de Derecho moderno; exigencias que en materia penal se concretan -entre otras- en la garantía del <<Principio de Legalidad>> y en el respeto de los <<derechos humanos y la dignidad humana>>.

Naturalmente las referidas <<exigencias>> limitan el ejercicio de la penalidad en la actualidad, pues, a diferencia de lo que ocurría en los periodos históricos anteriores al modelo de Estado de Derecho, el Estado es el único legitimado para ejercer el *ius puniendi*, es decir, el Estado es el único que tiene "el derecho de establecer normas penales y aplicarlas cuando se cumplan los requisitos en ella prevenidos"[3]; aspecto este que garantiza la racionalización de la penalidad en relación con el valor de justicia vinculada con el deber estatal de respetar <<la dignidad humana y los derechos humanos>>. Ello es así porque la configuración del Estado de Derecho actual se debe a la necesidad de proteger al individuo de las posibles arbitrariedades que el propio Estado pueda cometer en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, el hecho de que el titular del *ius puniendi* sea el Estado exige que las distintas finalidades asignadas a la penalidad -<<retribución>>, <<prevención general>>, <<prevención especial>>- traten de ser alcanzadas sin comprometer <<la dignidad humana y los derechos humanos>> de los condenados.

Las premisas e hipótesis expuestas hasta ahora son relevantes a los efectos de la presente investigación, pues, actualmente la pena privativa de libertad -como principal y más severa sanción incluida dentro del catálogo de penas vigentes en un modelo de Estado social y democrático de Derecho- se está viendo afectada por el resurgimiento de la <<retribución>> como principal orientación de la referida modalidad de pena. Planteamiento retributivo clásico que aparece en escena con ciertos matices, pero que en esencia viene siendo lo mismo, pues, con el llamado <<Neo-retribucionismo>> lo que se pretende es responder al delito con un castigo severo sin importar sus efectos preventivos futuros, pues, su objetivo

[3] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. / SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho penal español. Parte General. 10ª ed. Dykinson, Madrid, 1994, p. 37.

principal es reafirmar la confianza en el ordenamiento jurídico y, sobre todo, contener la <<alarma social>> provocada por el delito.

Ante esta realidad, consideramos necesario realizar una investigación que nos permita conocer si la penalidad orientada hacia la <<retribución>> es compatible con la exigencia de <<respetar la dignidad humana y los derechos humanos de los condenados>>, exigencia que opera como presupuesto de legitimidad al modelo de Estado social y democrático de Derecho. Para cumplir con este propósito cabe preguntarnos: ¿cuál es el impacto que tienen las reformas legislativas Neo-retributivas penales y procesales en la pena privativa de libertad ejecutada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho?

En líneas generales, la respuesta a esta interrogante nos permitiría conocer el grado de evolución real que la penalidad, en general, ha tenido como mecanismo de control social; evaluar si la privación de libertad es un mecanismo que se corresponde con la idea de justicia cónsona con el Derecho positivo de un Estado social y democrático de Derecho; y, determinar si la justicia estatal enmarcada en postulados Neo-retributivos es coherente con las exigencias del Estado social y democrático de Derecho.

Ahora bien, para responder a la interrogante arriba planteada, nos proponemos desarrollar varios objetivos específicos, los cuales se corresponderán con los *Capítulos* que conforman el cuerpo de la investigación. El primer objetivo que nos proponemos es el de <<determinar y destacar la vinculación que existe entre la idiosincrasia y la moral imperante en una época determinada y el modo de ejecutar la penalidad>>, para ello, realizaremos una revisión histórica de las principales civilizaciones que han influido en la configuración del Derecho que actualmente rige en la mayoría de Estados occidentales, y, particularmente, en aquellos Estados enmarcados dentro del modelo <<social y democrático de Derecho>>.

El segundo objetivo propuesto se enfoca en <<determinar la penalidad vigente y mayormente aceptada por el Derecho correspondiente al modelo de Estado social y democrático de Derecho>>, para, a partir de allí acercarnos a los fundamentos que la legitiman.

Como tercer objetivo nos proponemos <<determinar la concepción filosófica de la justicia penal, y definir su contenido de acuerdo con las exigencias del Estado social y democrático de Derecho>>, para ello, nos enfocaremos principalmente en los principios y valores contemplados en el ordenamiento jurídico venezolano. La razón de la escogencia de este ordenamiento jurídico en concreto se debe a que -de acuerdo al artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- Venezuela se configura como un Estado social y democrático de Derecho, y, pese a ello, la problemática penitenciaria venezolana se ha caracterizado por la vulneración

sistemática de la dignidad humana y de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las prisiones de este país. Sin embargo, a pesar de que esta situación ha sido analizada en diversas investigaciones penales y criminológicas, hasta la fecha no ha sido estudiada desde una <<perspectiva tridimensional del Derecho>>.

Probablemente, un análisis tridimensional del ordenamiento jurídico venezolano podría explicar las razones del retroceso sostenido que su legislación penal -especialmente la procesal penal y la penitenciaria- ha tenido y que ha impedido que el funcionamiento del Sistema Penitenciario se corresponda con los valores contemplados en su ordenamiento jurídico, particularmente, en su Carta Magna. En definitiva, a nuestro modo de ver, la relevancia de analizar el contexto venezolano nos permitirá tener una visión integral del problema, con miras a impulsar -desde la academia- la adopción de medidas que coadyuven a la eficacia del Derecho dentro del ámbito penitenciario; y, sobre todo a comprender lo importante que es la coherencia que debe existir entre la idiosincrasia, la moral y el Derecho, coherencia que debe respetar, sobre todo, el Estado de Derecho como titular del *ius puniendi*.

Con el cuarto objetivo -en conexión con el objetivo anterior- se pretende <<analizar la legislación penal, procesal penal y penitenciaria venezolana>> con el fin de <<determinar si las reformas legislativas se encuentran dentro de la tendencia Neo-retributiva>> para, a partir de allí, <<determinar si la legislación es idónea para materializar la finalidad de justicia contemplada en la Carta Magna venezolana>>.

Finalmente, el quinto objetivo se centra en <<analizar el impacto que -a nivel sociológico- las reformas legislativas penales, procesales penales y penitenciarias Neo-retributivas tienen en el funcionamiento del Sistema Penitenciario venezolano y, por ende, en el Sistema de Administración de Justicia enmarcado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho>>.

Para cumplir con los referidos objetivos se recurrió a fuentes jurisprudenciales, doctrinales y legales del entorno cultural occidental, principalmente, del entorno europeo e iberoamericano y, particularmente, de España y Venezuela. En cuanto a la doctrina consultada se revisaron, fundamentalmente, la doctrina filosófico-jurídica, penológica, penitenciaria, constitucional, penal sustantiva y procesal penal española y venezolana -aunque también la bibliografía clásica y moderna de autores anglosajones, alemanes y escandinavos fue revisada y estudiada-; y, en cuanto a las fuentes legales consultadas, mayormente se circunscriben a las legislaciones vigentes en la materia penal, procesal penal y penitenciaria de España y Venezuela.

También, para el análisis fenomenológico, revisamos la realidad penitenciaria venezolana, y para ello debimos contrastar la información

aportada por algunas de las fuentes oficiales –particularmente los documentos publicados por el Estado venezolano (los informes y diagnósticos de la situación penitenciaria)-. Dicho contraste lo realizamos a través de la consulta de los informes y trabajos emanados de organismos oficiales internacionales, informes que principalmente evalúan la situación de los derechos humanos de las personas privadas de libertad; además revisamos sucintamente varios trabajos elaborados por algunas Organizaciones No Gubernamentales especializadas en materia de Derechos Humanos.

La presente investigación cuenta con ocho *Capítulos* donde se desarrollaron los cinco objetivos específicos mencionados *supra*, además de la presente Introducción y las Conclusiones. En los *Capítulos I, II* y *III* se aborda el desenvolvimiento histórico de la penalidad y su relación con los distintos modelos de organización política social vigente en las sociedades occidentales de la Edad Antigua, Media y Moderna, para, a partir de allí, poner de relieve los rasgos definitorios del Derecho, su penalidad y el proceso de aplicación del Derecho por parte de los administradores de justicia; y, con ello extraer la finalidades predominantes que las sanciones penales tenían en cada periodo histórico, para así determinar si en la penalidad -como experiencia jurídica- siempre ha existido una vinculación entre el hecho, el valor y la norma.

Para responder al segundo objetivo específico mencionado *supra* -dirigido a <<determinar la penalidad vigente y mayormente aceptada por el Derecho correspondiente al modelo de Estado social y democrático de Derecho>>-, en el *Capítulo IV* se analizará el modelo de Estado social y democrático de Derecho, describiéndose su composición, y se estudiará el Principio de Legalidad como límite del *ius puniendi* estatal; todo ello con ocasión al reconocimiento del individuo como <<sujeto de derechos>>. El Principio de Legalidad también será tratado -en su aplicación práctica- en el *Capítulo VII* relativo al <<análisis normativo>>.

Por otra parte, para aproximarnos a una posible respuesta del objetivo tercero trazado *supra*, en el *Capítulo V* se explica la evolución que la pena privativa de libertad ha tenido dentro del modelo de Estado de Derecho, estudio este que nos permitirá conocer con más precisión si la tendencia Neo-retributiva tiene cabida -y cómo se manifiesta- dentro de esta modalidad de sanción. Para luego, en el *Capítulo VI* realizar el <<análisis axiológico>> dirigido a determinar y definir el contenido del valor de <<justicia>> dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Así, en este *Capítulo VI*, plasmaremos nuestra posición acerca del contenido del valor superior de <<justicia>> partiendo de su consagración en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; pues, dentro del contexto del Estado de Derecho moderno tales valores demarcan la actuación del Estado.

En el *Capítulo VII*, se desarrollará el cuarto objetivo específico mediante el <<análisis normativo>>, el cual se hará concretamente sobre la base del ordenamiento jurídico penal venezolano. Con este *Capítulo VII* pretendemos enunciar, destacar, describir y analizar el contenido de algunas disposiciones de la legislación penal, procesal y penitenciaria venezolana que, en virtud de sus efectos en la práctica, contribuyen a mermar la finalidad <<preventivo especial>> de la pena privativa de libertad, y a fortalecer la tendencia <<retributiva>> de la sanción y, sobre todo, a quebrantar el valor de justicia orientada a asegurar que el Estado respete <<la dignidad humana y los derechos humanos>> de todos sus habitantes, incluidos los condenados a una pena privativa de libertad.

Finalmente, en el *Capítulo VIII*, se intentará responder al quinto objetivo específico propuesto a través del <<análisis sociológico o fenomenológico>>. En este *Capítulo VIII* se relatarán las consecuencias que en la práctica han tenido las reformas legislativas Neo-retributivas penales y procesales en la ejecución de la pena privativa de libertad en el contexto venezolano; impacto que se evaluará no sólo respecto al funcionamiento del sistema penitenciario, sino también respecto a la garantía efectiva de la dignidad humana y de los derechos humanos de los privados de libertad.

Las conclusiones giran en torno a la idea de que, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, incluso un planteamiento <<retribucionista>> debe actuar bajo ciertos límites si no se quiere asumir el riesgo de tergiversar la esencia misma del Estado de Derecho, y, con ello tergiversar no sólo la función garantista del Derecho penal, sino también del Derecho procesal penal y del Derecho penitenciario, como partes integrantes de la conminación penal enmarcada dentro del Principio de Legalidad.

CAPITULO I
LA FIGURA DEL ESTADO Y LA PENALIDAD EN LA EDAD ANTIGUA: EL PUEBLO HEBREO, LA ANTIGUA GRECIA

1.1.- Algunas precisiones conceptuales y metodológicas aplicadas al presente estudio

Toda agrupación humana -para poder subsistir- requiere de normas de convivencia que le permita resolver los conflictos de intereses que se produzcan entre los integrantes de esa agrupación. Actualmente, estas normas de convivencia responden a criterios racionales y están institucionalizadas mediante el Derecho y el Estado, pero esto no siempre ha sido así, pues las normas de convivencia de las sociedades primitivas -además de no contar con las formalidades actuales- estaban altamente condicionadas por criterios místicos y religiosos, y se manifestaban a través de la costumbre. En todo caso, desde la antigüedad, la sociedad ha contado con un Derecho, aunque este, en puridad, no se correspondiese con el modelo institucionalizado que caracteriza al Derecho positivo contemporáneo.

Partiendo de ello, el Derecho -como elemento legitimador del Estado- ha sido previo al modelo de Estado que actualmente conocemos con todos los elementos que lo conforman (población, territorio, gobierno), y, como veremos en el transcurso de la presente investigación, esta circunstancia comprueba que el Derecho ha sido un elemento importante que ha acompañado a los procesos vividos por la civilización occidental en la ruta hacia la constitución de los Estados modernos.

Esta afirmación nos lleva a reconocer que los modelos de organización político social vigentes ya en la antigüedad no estaban del todo desvinculados del Derecho, pues, estos modelos de organización político social -al igual que los Estados de Derecho modernos- contaban con un poder coactivo para hacer cumplir las normas de convivencia social, poder coactivo este que estaba también legitimado por el particular Derecho existente en aquel entonces. Por consiguiente, si partimos de un concepto amplio de Estado basado únicamente en el elemento coactivo que otorga el Derecho, debemos aceptar que toda sociedad organizada políticamente contaba con un marco normativo, y también debemos aceptar que el Derecho -aunado a su componente normativo- ha tenido siempre un componente moral y sociológico que lo ha inspirado y ha garantizado su eficacia[4].

[4] Desde principios del siglo XIX los juristas y demás especialistas de las ciencias jurídicas en general, y de las ciencias penales y criminológicas en particular, han estado en constantes pugnas en su tarea de hallar respuestas a los fenómenos jurídicos; pugnas que se generan porque estas "escuelas" o "líneas de pensamientos" basan sus análisis del Derecho como objeto material de estudio, desde el prisma de distintos los objetos formales o perspectivas con que el Derecho puede ser apreciado. Además de los ejemplos de estas pugnas que -en materia penal- nos han dado las escuelas clásicas, positivistas y de la llamada "tercera

Por otra parte, con la revisión del desenvolvimiento histórico de las sociedades que influyeron en la conformación de la civilización occidental actual, también se podría apreciar que la figura del Estado es una consecuencia de la necesidad de la persona humana de vivir en sociedad para asegurar su supervivencia, pues, la <<sociedad>> proporciona a la persona humana el entorno idóneo para que esta pueda satisfacer sus necesidades básicas. La función del Estado -como autoridad- en el conglomerado social es y ha sido la de ejercer el control formal de la fuerza con miras a resolver los conflictos que se generen entre los sujetos que integran esa sociedad[5], ello con el objeto mantener la estabilidad de la sociedad misma.

Ahora bien, la concepción realista o materialista actual del Estado, la cual define al Estado como "la organización política de una sociedad, bajo un poder de dominación que se ejerce en un territorio determinado"[6], es una concepción acabada y actual que difiere de la incipiente figura del Estado vigente en las civilizaciones occidentales de la antigüedad. Y la razón de ello -tal como iremos observando a lo largo del presente estudio- estriba en que los elementos que integran la referida concepción moderna del Estado

escuela"; estas discordancias académicas y científicas también se puede observar en otra disciplina jurídica como lo es, por ejemplo, el Derecho indiano, donde el valor de las Leyes de Indias como cuerpo legislativo dirigido -entre otras cosas- a garantizar los derechos de los aborígenes de las indias durante la época de la colonización española es incuestionable. Sin embargo, las Leyes de Indias -al menos en Iberoamérica- ha sido sistemáticamente invisibilizada y empañada por otras circunstancias de indoles sociológicas, políticas, económicas y morales que también estuvieron presente, pero que por su naturaleza no son de índole jurídico. En definitiva, el Derecho indiano se ha visto opacado porque no se ha pretendido analizar desde la perspectiva jurídica, sino más bien desde enfoque sociológicos y morales, causándose con esto un sensible daño al legado dejado por el Derecho indiano que demarcó jurídicamente muchos de los territorios que actualmente conforman los Estado de centro y sur América.

[5] En este sentido, Vid. VIDAL, J.: Principios Fundamentales de la penalidad en los sistemas modernos. Librería Editorial de Bailly-Bailliere e hijos, Madrid, 1892, pp. 54 y 55. En este sentido, DIEZ-PICAZO ha resaltado el propósito pacificador de conflictos del Derecho, al definir al ordenamiento jurídico -como manifestación del Derecho- como "un conjunto total de las reglas o directivas a través de las cuales se prefigura la organización de un grupo social o partiendo de las cuales se realiza dentro de un grupo social una función de pacificación de conflictos, y de satisfacción de pretensiones". Cfr. DIEZ-PICAZO, L.: Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. 2ª ed. Editorial Ariel. S. A., Barcelona, 1987, p.161.

[6] Cfr. GARCÍA MÁYNES, E.: Introducción al estudio del Derecho. 5ª ed. Editorial Porrúa, México, 2002, p. 98. Desde la perspectiva del Derecho internacional, LÓPEZ MARTÍN ha destacado que el artículo 1º de la Convención de Montevideo sobre derechos y deberes de los Estados de 26 de diciembre de 1933 -que recoge la opinión doctrinal imperante en la época-, dispone: "El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. Población; II. Territorio determinado; III. Gobierno; IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados".

Acerca del contenido del citado artículo, la mencionada autora ha advertido que "no hay duda de que, desde su elaboración, esta disposición ha sido y sigue siendo, a fecha de hoy, el referente a la hora de determinar los requisitos de estatalidad. En este sentido, J. Crawford califica dicho artículo como *best known formulation of the basic criteria for statefood.* Más aún, si analizamos la práctica internacional en materia de reconocimiento de nuevos Estados, nos encontramos que una gran mayoría de los reconocimientos llevados a cabo por los Estados mencionan expresamente el cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 1º de la Convención de Montevideo por parte del Estado objeto de reconocimiento". Cfr. LÓPEZ MARTÍN, A. G.: "Creación de Estados en el Derecho internacional contemporáneo en casos de secesión: Efectividad/legalidad" en *Anuario Hispáno-Luso-Americano de Derecho internacional*, N.º 101, 2017, p. 86.

(población, gobierno y territorio) se han venido engranando a la esencia del Estado con el devenir histórico de los pueblos y civilizaciones[7].

Ahora bien, determinar el origen del Estado siempre ha sido una cuestión compleja[8]. Su complejidad deriva no sólo de la dificultad que implica concretar el hecho histórico que lo originó, para lo cual habría que recurrir a diferentes trabajos e investigaciones encuadradas en un amplio abanico de disciplinas científicas (historia, antropología, etnología, ciencias políticas, sociología, etc.), sino que también -en virtud de lo anterior- la figura del Estado puede ser interpretada no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también en términos históricos y sociológicos. Si bien, actualmente los distintos modelos de Estados vigentes en el mundo fundamentan su legitimidad en el Derecho escrito, esto no ha sido así en otros periodos de la historia de la civilización humana.

Por ello, para conocer el desenvolvimiento que el Estado ha tenido desde sus inicios hasta el presente, y la relación que -de acuerdo con la idiosincrasia, la costumbre y el pensamiento imperante en cada época- ha existido entre el Estado y la forma de concebir y ejecutar la penalidad, nos obliga a repasar estas instituciones desde un punto de vista -por así decirlo- más histórico e incluso sociológico que jurídico, porque si nos atenemos exclusivamente al enfoque jurídico, nos limitaríamos a analizar la figura del Estado con todos sus presupuestos existenciales actualmente acabados (población, gobierno y territorio), recurriendo constantemente a las fuentes legales escritas vigentes en cada época. Realizar un estudio considerando sólo el último supuesto señalado, complicaría toda investigación penológica -o realizada desde el punto de vista de la penología- acerca de la relación que existe entre el Estado y la penalidad, porque las penas no siempre han estado amparadas en preceptos legales en los términos que lo concebimos actualmente, y porque la penalidad que finalmente se configura en las leyes también tiene su fuente en el sentir e idiosincrasia vigente en un periodo determinado.

En otro orden de ideas, así como lo es la figura del Estado, la penalidad -como máximo poder coactivo del Estado- es una exigencia de la convivencia social pues, mediante ella, las normas de convivencia -presumiblemente justas- convertidas en leyes son reafirmadas cuando son transgredidas por

[7] Pese a la incorporación progresiva de los distintos elementos que actualmente conforman la figura del Estado moderno, la configuración del Estado como una sociedad políticamente organizada constituye su esencia, y base de la unidad de concepto necesario para discernir y definir los mismos Estados históricos. Para un estudio detenido acerca la unidad del concepto de Estado como base de sistematización de los estudios políticos, Vid. POSADA, A.: Tratado de Derecho Político. 5ª ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935, p. 25 y ss.

[8] Cfr. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado/ Georg Jellinek; Trad. Y prólogo de Fernando de los Ríos. México, 2000, pp. 264 y ss.

parte de algún integrante de la sociedad[9] -aspecto este que nos muestra que desde la antigüedad la penalidad es esencialmente <<retribucionista>>-. Por ende, el concepto de penalidad que manejaremos en este estudio se refiere a "los castigos impuestos en las diversas épocas a los que ejecutaban acciones que con arreglo a las ideas dominantes y que servían de norma a la legislación criminal, merecían la calificación de crímenes o delitos"[10].

La penalidad, al igual que la figura del Estado, ha venido evolucionando no sólo en cuanto a la forma de materializarse a través de los varios tipos de castigos, sino también en cuanto al sujeto legitimado para imponer la sanción, al proceso empleado para sentenciar y a la forma de ejecutar la pena. En esa evolución han influido el reconocimiento de las garantías que acompañan a los individuos que integran a la sociedad, garantías que han propiciado que la justicia penal sea ejercida por una autoridad distinta a las partes implicadas, y bajo una serie de límites que también la autoridad debe acatar para poder ejercer sus funciones[11]. En definitiva, tanto la figura del Estado como la penalidad son instituciones que han venido evolucionando con el progreso de la civilización humana, para el progreso de la convivencia social y por el bien de la humanidad.

Ahora bien, volviendo a la trascendencia de la figura del Estado para el mantenimiento de la convivencia social, es dable reafirmar lo dicho por el insigne JELLINEK hace ya más de un siglo: "ningún pueblo poderoso puede carecer en ningún momento de su vida de una doctrina del Estado, y la ciencia a su vez, en su progreso incesante, debe tratar de fijar en qué consiste el Estado de su tiempo y explicarlo para su tiempo igualmente"[12]. A nuestro modo de

---

[9] Esta exigencia deriva de la inherencia de la delito a la vida del hombre en sociedad. En efecto, tal como ha afirmado MORILLAS FERNÁNDEZ que, "desde Caín y Abel hasta los más trágicos episodios de violencia doméstica, delitos sexuales, robos, hurtos, un larguísimo etcétera en el que podrían incluirse hasta infracciones penales que los especialistas en la materia no entienden el porqué de su criminalización en el Código Penal -piénsese, en los denominados delitos de peligro y, en particular, los casos de posesión simple de pornografía infantil o el mero hecho de dar positivo en un control de alcoholemia superando una determinada tasa aunque la conducción del individuo no se encuentre influenciada por el alcohol- pasando por un sinfín de tipologías criminales, han venido salpicando la evolución del ser humano ya que, como afirmaba DURKHEIM, se trata de un fenómeno normal dentro de una sociedad, incluso aunque la misma estuviera compuesta por santos el crimen existiría. Es más, la propia Escuela Cartográfica o Estadística Moral, en una visión algo pesimista pero absolutamente real del crimen, lo explicó como un fenómeno colectivo y hecho social regular y normal, llegando a equiparar la tasa de criminalidad a un elemento inherente de la sociedad de la misma forma que se producen nacimientos y defunciones; esto es, en definitiva, algo correlativo al ser humano y la vida en sociedad, de lo cual no puede desprenderse". Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: "Origen y delimitación científica de la criminología", en Cuadernos de política criminal. Segunda Época, N.º 101, Dykinson, S. L., Madrid, 2010, p. 44.

[10] Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 5.

[11] Vid. Sentencia de Interpretación Corte IDH: Voto razonado del juez A.A. Cançado Trindade "Caso Prisión Castro Castro vs Perú", párrs. 14-19.

[12] Cfr. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, ob. cit. p. 9. En sentido similar POSADA también reafirma esta idea al destacar el planteamiento de GETTELL quien advirtió que "de las instituciones sociales, dice el Prof. Gettell, el Estado ha sido la más universal y poderosa… En el proceso de desenvolvimiento humano, resulta inevitable, por esto mismo, que el hombre estudiase esta institución,

ver, lo expresado por el referido autor deja entrever que -además de la importancia de establecer la vigencia del Estado en las distintas sociedades que han influido en la civilización occidental actual- difícilmente puede entenderse una sociedad medianamente avanzada sin la existencia de un poder de dominación que la organice y que regule la convivencia entre los integrantes de esa sociedad. Ello es así, porque la ausencia de ese poder de dominación dirigido a poner orden en la sociedad, implicaría la lucha constante entre los integrantes de la sociedad, lucha sustentada en la necesidad del individuo de satisfacer sus intereses individuales, los cuales muchas veces pueden ir en detrimento de los intereses generales de todo el colectivo social.

Pero si en el contexto actual queremos analizar el alcance y límites de la justicia penal en general, y la finalidad de la pena en particular, la tarea de determinar la concepción y el origen del Estado, sus fundamentos y sus límites es aún más necesaria, pues con la concreción de los precedentes que describen y justifican los términos actuales del poder del Estado también quedan explicados las limitaciones que afectan a la penalidad; por ende, estudiar la historia del Derecho penal implica la revisión de las variaciones experimentadas por los sentimientos y las costumbres públicas a través del tiempo[13].

Ahora bien, pese a la comentada complejidad que, desde el punto de vista de la penología, acarrea estudiar al Estado y a la penalidad a lo largo de la historia, recurriendo únicamente a las fuentes legales, esto no es obstáculo para conocer la naturaleza jurídica del Estado y de la penalidad implementada en la mayoría de los pueblos occidentales inspirados en las ideas de las revoluciones americana y francesa, como sucede, por ejemplo, en los casos de España y Venezuela; pues la esencia jurídica del Estado, si bien no siempre ha estado fundada en el Derecho positivo tal como lo conocemos actualmente, ha estado presente a través de los principios y normas morales

---

intentando descubrir su origen, discutiendo o apoyando su autoridad y debatiendo sobre cuál es el fin propio de su función. Como resultado de este proceso se produce el pensamiento político (…)". Cfr. POSADA, A.: Tratado de Derecho Político…, ob. cit. pp. 24 y 25. Este pensamiento político es consecuencia a su vez de la realidad en la que está naturalmente inmersa el hombre como ser social pues, tal como también advierte POSADA, "el Estado, orden de realidad en el cual vivimos, es de modo constante y espontáneamente, materia propia de nuestro conocimiento: a diario nos vemos obligados a considerar y a vivir relaciones y manifestaciones que reputamos políticas, y que se nos imponen al espíritu despertando su anhelo, que en este caso se satisface mediante operaciones de <<conocimiento>>, aunque ahora se trata de un *conocer* para un *saber* fragmentario, limitado, que se adquiere sin propósito definido de *penetrar reflexivamente* la verdad del Estado o de los fenómenos en que se descompone. Es este un conocer que se dice *vulgar*, de todos, con más o menos intensidad, según las condiciones y posición del sujeto que conoce. Pero atraído el espíritu del hombre por la *realidad del Estado* que lo envuelve, trata de explicarla o comprenderla, deteniendo su atención, aplicando la reflexión para conocerla y llegar a tener consciencia de la verdad obtenida. Y por tal modo -o camino- se inicia aquella operación mental de la interpretación de la realidad en que consiste *la Ciencia*" Cfr. POSADA, A.: Tratado de Derecho Político…, Ibid., p. 27.

[13] Vid. CASTEJÓN, F.: Derecho penal. Tomo I. Criminología general y especial. Ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930. Editorial Reus S. A., Madrid, 1931, p. 53.

y religiosas que han regulado la convivencia de cada agregado social; por ende, también lo que actualmente existe jurídicamente es el resultado del cúmulo de experiencias culturales adquiridas a través de milenios de historia[14].

En consecuencia, si bien la justicia penal de las antiguas civilizaciones occidentales difiere de la vindicta pública vigente, la conexión del Derecho penal actual con las formas de ejercer la justicia penal en las civilizaciones antiguas, medievales y modernas es indudable porque, independientemente de las fuentes de donde derivan las normas que han hecho posible la justicia penal en otros tiempos, la justicia penal es una derivación del valor supremo de <<justicia>> que hace posible que el conglomerado social no se destruya a sí mismo.

Así, la inherencia del valor de <<justicia>> al Derecho nos muestra la necesidad de comprender este ideal por su importancia para asegurar la convivencia social, y nos explica -a su vez- la razón del por qué desde la antigüedad se ha intentado definir filosóficamente la idea de justicia con miras a asegurar un Derecho más efectivo; por consiguiente, al igual que lo ocurrido en tiempos donde -según el Derecho natural- la justicia constituía el único elemento de validez del Derecho, y, por lo tanto, trataba de explicarse filosóficamente dando lugar a su plasmación en el Derecho escrito, ya dentro del modelo de Estado de Derecho -nos dice CASTEJÓN- "la justicia penal, como idea, origina el Derecho penal científico; como hecho, engendra el Derecho penal positivo"[15]; de manera que, aún en la actualidad la <<justicia>> continúa siendo un valor superior que legitima al Derecho.

Por otra parte, aun cuando actualmente el estudio del Derecho penal y de las consecuencias jurídicas del delito se encuentran restringidos a las normas positivas y a sus garantías consustanciales derivadas del Principio de Legalidad que sustenta al moderno Estado de Derecho[16], en épocas precedentes de la civilización humana occidental, la forma de comprender y ejercer la penalidad han tenido particularidades que, además de ser legítimas de acuerdo a la concepción de <<justicia>> imperante para la época, fueron

[14] En sentido similar, BARONA VILAR ha advertido la existencia de un orden normativo -jurídico o no- desde el mismo momento en que una comunidad se constituye en una sociedad políticamente organizada bajo un gobierno de dominación. Debido a esto, la citada Catedrática de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia observó que el estudio de la evolución histórica de la justicia penal "no es un salto al vacío, sino intrínsecamente vinculado a la existencia de un orden normativo, sea cual fuere el nivel de sofisticación que el mismo conlleve (primitivo, implícito, formalmente estructurado, exhaustivamente normalizado, etc.)", para así "configurar las normas reguladoras de esa convivencia y detectar aquellas conductas que se entienden como las más reprochables para los mismos, lo que irá dando lugar con el paso del tiempo a la aparición de hechos reprochables -delitos- y consecuencias de estos -penas-". Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo. Tirant lo blanch, Valencia, 2017, pp. 17 y 18.

[15] Cfr. CASTEJÓN, F.: Derecho penal. Tomo I…, ob. cit., p. 53.

[16] En este sentido, Vid. MIR PUIG, S.: Introducción a las bases del derecho penal. 2ª ed., Editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2018, pp. 3-5 y 19.

necesarias para poder llegar al sistema de derechos y garantías que, actualmente, goza el ciudadano frente al poder punitivo del Estado.

Ahora bien, a finales del siglo XIX, la comprensión del Derecho penal -como conjunto de normas jurídicas- ya estaba arraigada en la doctrina, y muestra de ello lo vemos en la definición de Derecho penal contenida en el Tratado de Derecho penal escrito por VON LISZT, definición ésta que -en opinión de MIR PUIG- ha servido de base a la mayor parte de las definiciones formuladas con posterioridad[17]. Para VON LISZT, el Derecho penal enmarcado en un Estado de Derecho "es el conjunto de las reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen, como hecho, a la pena, como legitima consecuencia"[18]; no obstante, a pesar de que la actual definición del Derecho penal ha sido revisada para adecuarse a las exigencias del Estado Social y Democrático de Derecho -al incorporarse las <<medidas de seguridad>> como consecuencia jurídica en los casos de que se comprobare la <<peligrosidad>> del sujeto-, pareciera que continúa arraigada la idea decimonónica de que el Derecho penal se debe concebir y estudiar desde un punto de vista estrictamente positivo o formal.

Sin embargo, aún dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, concebir al Derecho desde una perspectiva <<tridimensional>>, es decir, desde una perspectiva que evalúe la existencia del Derecho -en general- no sólo desde la estructura de la <<norma jurídica>> y del <<ordenamiento jurídico>>, sino también desde la correspondencia de tal sistema normativo con valores superiores como el de la <<justicia>>, y con criterios facticos como el de la <<eficacia>>, es perfectamente compatible con el referido modelo de Estado legitimado por el Derecho. En efecto, a pesar de que el Derecho actual está enmarcado dentro del positivismo jurídico, el Derecho no está exento de consideraciones o perspectivas morales y sociológicas, pues, si bien el Derecho sólo es válido cuando sus normas han sido creadas respetándose los requisitos formales y materiales estipulados en el propio ordenamiento jurídico, particularmente los requisitos materiales se corresponden con los valores y la idiosincrasia imperante en una sociedad determinada.

Por otra parte, como diría NINO, una de las características -o dificultades- del Derecho es que este es <<omnipresente>>, porque regula prácticamente todos los aspectos de la vida de la persona humana en sociedad[19]. En materia penal, esa <<omnipresencia>> del Derecho se manifiesta tanto en las distintas fases en el que las garantías del Principio de

[17]En este sentido, Vid. VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal. 20 ed. Tomo III. Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid, pp. 94 y ss.; y más recientemente, Vid. MIR PUIG, S.: Introducción a las bases del derecho penal… ob. cit., p. 7.

[18] Cfr. VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal. 20 ed. Tomo I. Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid, p. 5.

[19] Vid. NINO, C. S.: Introducción al análisis del Derecho. 4ª ed. Editorial Ariel, S. A., 1991, p. 1.

Legalidad se manifiestan, como en las distintas realidades en las que el Derecho penal tipifica y castiga determinadas conductas. Las normas que regulan las distintas fases del ejercicio del *ius puniendi* estatal están enmarcadas en varias disciplinas jurídicas como lo son el Derecho penal, el Derecho procesal penal y el Derecho penitenciario[20], pero, además, las normas penales también están presentes en disciplinas jurídicas pertenecientes a otras materias o ámbito de regulación como sucede, por ejemplo, en los casos de delitos fiscales, laborales o militares, los cuales están consagrados en normas pertenecientes al Derecho tributario, laboral o militar.

Si partimos de que una de las <<exigencias>> del Estado de Derecho moderno es el <<respeto de la dignidad humana>>, y de que la <<justicia>>, como valor, está orientada a alcanzar dicha exigencia, y de que para que la justicia cumpla tal cometido se sirve del Derecho debido a su <<omnipresencia>>; entonces, el Derecho es en sí mismo una garantía de penalidad justa, pues, como veremos *infra* en los *Capítulos IV,VI*, *VII* y *VIII*, dentro del Estado social y democrático de Derecho, la penalidad sometida al Principio de Legalidad implica que la penalidad está legitimada si su aplicación no contraviene la orientación protectora de la <<dignidad humana>> que tiene el valor de justicia -como elemento legitimador del propio Derecho y, por ende, del propio Estado-, pues <<el respeto a la dignidad humana>> es uno de los fines que legitiman la existencia del propio Estado de Derecho moderno.

Otro aspecto relevante a destacar en este lugar, es que tanto el Estado como la penalidad son instituciones humanas que sirven para definir no sólo al individuo perteneciente a un determinado periodo histórico; sino también para conocer cuáles son los valores y aspectos culturales que están presentes en toda civilización, incluida la actual. El modelo de Estado moderno que actualmente conocemos es una manifestación del Derecho; sin embargo, el Estado -como el Derecho- no es ajeno a la realidad en la que impera, pues, aunque el Derecho en la cultura occidental fundamente su existencia en un elemento formal o normativo, como acabamos de ver, su validez no es del todo ajena o está exenta de los valores y de la idiosincrasia imperante en una época determinada. En efecto, esta conjugación de elementos no sólo nos explica y detalla los requisitos que legitiman la validez del Derecho en un momento dado, sino también nos ayuda entender el porqué de su eficacia.

También, desde un punto de vista pragmático, necesariamente cuando estudiamos a la penalidad debemos entender que esta existe porque es útil para la sociedad, y ello significa que su existencia está orientada a uno o varios

[20] Con el *Ius puniendi* estatal, dice GÓMEZ DE LIAÑO, el "Estado trata de proteger a la comunidad, y también al delincuente frente a los abusos y posibles arbitrariedades, sobre la base del sistema de garantías que constituyen el denominado principio de legalidad (…)", protección que -según el citado autor- se materializa principalmente mediante la garantía penal y la garantía procesal. Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F.: El proceso penal 5ª ed. Editorial Forum S. A., Oviedo, 1997, p.15.

fines, todos ellos encaminados a conservar la convivencia social. Así, lo que sabemos de la penalidad -en base a los registros históricos- es que esta ha sido la vía para materializar el valor de <<justicia>>, aunque los métodos empleados fueren incomprensibles y aparentemente injustos para las civilizaciones actuales.

Ahora bien, con la aproximación histórica -previa al análisis del impacto que las reformas legislativas Neo-retributivas tienen en la pena privativa de libertad ejecutada dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho- pretendemos introducir y reafirmar la idea de que la penalidad ha estado acompañada de uno o varios fines predominantes de acuerdo a la escala de valores y a la cultura de la sociedad de cada época. En efecto, gracias a los pensadores y a los juristas que a lo largo de la historia del pensamiento jurídico filosófico se han encargado de explicar e incluso de justificar a la pena -en sus distintas modalidades-, sabemos que la penalidad ha tenido variadas finalidades que se engloban en dos grandes teorías: Las Teorías Absolutas, y las Teorías Relativas.

Como veremos *infra* en el *Capítulo VII* de este estudio, dentro de las Teorías Absolutas está la <<retribución>>, y dentro de las Teorías Relativas están comprendidas la <<prevención general>> -positiva y negativa-, y la <<prevención especial>>. Todas estas teorías si bien han sido sistematizadas en época relativamente reciente por la doctrina jurídico-penal y penológica, se puede decir que siempre han existido en el sentir colectivo, cuestión que podremos verificar con la revisión histórica de los primeros tres *Capítulos*, y en el *V Capítulo* de este estudio.

Así, la intención de esta verificación que pretendemos hacer a través de los mencionados *Capítulos* de esta investigación estriba en constatar que, a pesar de que la penalidad ha tenido -y continúa teniendo- una pluralidad de finalidades que operan concomitantemente, siempre habrá una orientación preferente que se ajuste al modelo de sociedad o Estado imperante en una época determinada. Por lo tanto, el conocer el modelo de Estado imperante actualmente -junto con las exigencias o requisitos que legitiman la existencia del mismo- nos permitirá verificar si la orientación de la finalidad predominantemente concedida a la penalidad actual se corresponde con la esencia del Estado social y democrático de Derecho, y sí las diferentes finalidades vigentes -sea retributiva o preventivas- son compatibles con la garantía de la <<dignidad humana>> que el Estado de Derecho moderno está obligado a respetar.

Finalmente, como última aclaratoria, pese a la comentada relevancia que tiene estudiar la relación histórica que ha existido entre el Estado y la penalidad, no pretendemos hacer un estudio exhaustivo del mismo, pero si indagar acerca de las razones fácticas y culturales que ayudaron a que la sociedad se organizara y creara la figura del Estado con todos sus

presupuestos existenciales (población, gobierno y territorio), y constituyese asimismo a la penalidad como herramienta del Estado para proteger la convivencia social, tal como se concibe en la actualidad. Pero pese a que no se pretende un estudio histórico exhaustivo, se intentará desarrollar los distintos periodos con la suficiente amplitud que nos permita verificar si las razones culturales, políticas, morales y sociales tienen una influencia determinante en la fundamentación final del castigo.

En definitiva, repasar la relación que ha existido entre los distintos modelos de organización política o de Estados, y la forma de ejercer la penalidad es relevante si pretendemos conocer cómo funciona la penalidad desde una perspectiva integral jurídico positivista, donde no sólo se tome en cuenta la conminación penal y la ejecución de la pena, sino también el proceso de juzgamiento penal, pues, este último es consecuencia del establecimiento de un tercer participante en la resolución de los conflictos sociales -entre los cuales se encuentran los conflictos generados por el delito-. El Estado moderno no sólo se limita a establecer las normas de convivencia que deben ser acatadas por los integrantes de la sociedad, sino que también el Estado -como juzgador- es participe directo al momento de hacer cumplir tales normas, y, por lo tanto, como partícipe, su conducta también está regulada por el Derecho.

La regulación de la conducta estatal ejercida en su rol de juzgador se realiza a través del Derecho procesal, el cual establece las directrices que el Estado -a través de sus tribunales- debe seguir para materializar la <<justicia>>, sin propasarse en su obligación de respetar los derechos que toda persona posee y conserva independientemente de la situación jurídica en la que esta se encuentre[21]. Esta garantía de legalidad procesal es una consecuencia de la evolución de la civilización humana orientada a reconocer que sus integrantes son poseedores de derechos que deben ser respetados, incluso tras ser señalados como presuntos delincuentes o tras ser declarados culpables. Ahora bien, particularmente la declaración del condenado como

[21] El Derecho procesal penal sería, desde una perspectiva normativa, "el conjunto de normas relativas a la estructura y funciones de los órganos jurisdiccionales penales (órganos del orden jurisdiccional penal), a los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional concerniente al Derecho penal ya la forma y contenido de la actividad tendente a dispensar dicha tutela". Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A. / ARAGONESES MARTÍNEZ, S. /HINOJOSA SEGOVIA, R. / MUERZA ESPARZA, J. / TOMÉ GARCÍA, J.: Derecho procesal penal. 8ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 71 y 72. Así, el Derecho procesal penal regula el proceso de juzgamiento penal y, por lo tanto, a través de él, se materializa la vindicta pública. Con el proceso, decía CARNELUTTI, se hace el Derecho y con el Derecho se hace el proceso; en efecto, de acuerdo con el mencionado maestro italiano, "el proceso, efectivamente, es una actividad estrictamente regulada por el Derecho. Si no hubiese esa regulación, el proceso no podría hacerse. Un proceso conducido con la colaboración enteramente libre por las partes, de los jueces, de los defensores, de los peritos, de los testigos, sería una utopía". Cfr. CARNELUTTI, F.: Cuestiones sobre el proceso penal. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, p. 35. En definitiva, siguiendo a GÓMEZ LIAÑO, "el proceso penal es el orden de actuar, de proceder, establecido por el Estado, para determinar en cada supuesto concreto, la existencia o inexistencia de responsabilidad criminal, aplicando las normas del Derecho penal". Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, F.: El proceso penal…, ob. cit., p. 19.

<<sujeto de derechos>> significa que la protección del delincuente frente al poder punitivo del Estado no se concreta solo con la regulación de las penas y de los delitos en el Derecho penal sustantivo, sino que también dicha protección se extiende a las otras fases del poder punitivo estatal, es decir, mediante la regulación del proceso de enjuiciamiento penal la cual se configura a través del Derecho procesal penal, y a través de la ordenación de la ejecución de la pena privativa de libertad por medio del Derecho penitenciario.

Por lo tanto, en la actualidad, la declaración o el reconocimiento de la persona -independientemente de su situación jurídica- como <<sujeto de derecho>> establece límites que puede afectar incluso a la finalidad conferida a la pena, pues esta finalidad queda condicionada por el respeto de la dignidad humana, lo que significa que cualquiera que sea la finalidad atribuida a la sanción, esta no debe poner en riesgo la dignidad humana del condenado; dignidad ésta que, como veremos a lo largo de este estudio, está también amparada por la obligación estatal de, por un lado, brindar al penado los medios necesarios para disminuir los efectos nocivos del encierro y, por otro lado, otorgar las herramientas idóneas al condenado que le permita reinsertarse a la sociedad, respetando las leyes.

Como veremos a lo largo de este estudio, así como la <<prevención especial>> es probablemente la finalidad que más se acerca a esta perspectiva garantista -siempre que se respeten ciertos límites-, la <<retribución>> es la que más se aleja de esta perspectiva al presentar la pena como un mal proporcional al mal del delito, sin ningún fin posterior, e incluso sin importar que la pena cause un daño superior al esperado. Pese a esta advertencia, el carácter retaliativo de la pena aunado al natural sentimiento de venganza que acompaña a todo individuo -y la sociedad está compuesta por individuos- ha contribuido a que <<políticamente>> el retribucionismo permanezca vigente, aunque se presente con pretensiones <<preventivas generales>> como sucede con el <<Neo-retribucionismo>>.

Pero lo importante a destacar aquí como preámbulo a este estudio es que las reformas legislativas con tendencia Neo-retributivas no sólo son posibles mediante la revisión de la legislación sustantiva penal, pues, como veremos *infra*, estas reformas también se pueden dar en las legislaciones procesales y penitenciarias.

Por y en base a todo lo expuesto hasta aquí, en los subsiguientes *Capítulos I*, *II*, *III*, *IV* y *V*, nos proponemos realizar un breve acercamiento a la figura del Estado mediante el estudio de sus principales rasgos durante las Edades Antigua, Media, Moderna y Contemporánea, y estudiar la relación que los distintos modelos de Estado han tenido con la penalidad, para a partir de allí analizar en los *Capítulos VI*, *VII* y *VIII*, la compatibilidad que las

reformas legislativas Neo-retributivas tienen con la pena privativa de libertad ejecutada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

1.2.- Análisis de la figura del Estado y el ejercicio de su poder punitivo durante la Edad Antigua

La escritura es la herramienta principal para construir la historia de una civilización, pues mediante la escritura toda sociedad deja plasmada su devenir y desenvolvimiento durante el transcurso del tiempo. Anteriormente se creía que la historia se iniciaba con los egipcios, pues los estudios arqueológicos habían demostrado la existencia de datos pictográficos que dejaron constancia de una forma de comunicarse mediante esa especie de escritura. Sin embargo, ya desde mediados del siglo XX existen hallazgos importantes que demuestran que pueblos aún más antiguos contaban con la escritura como una forma de comunicación, como es el caso de los denominados <<sumerios>>[22].

En efecto, ya para mediados del siglo XX se tiene constancia de estudios acerca de estos pueblos, siendo KRAMER uno de sus principales exponentes; pero pese a lo avanzado que se encuentra el conocimiento científico de la primitiva sumeria, y a la importancia que tienen estos pueblos para la cultura y formación del pueblo hebreo, no nos detendremos a estudiarla pues, en esencia la cultura sumeria está presente en la civilización hebrea a través de sus sagradas escrituras, donde el culto a la Divinidad y el respeto al modelo de familia han influido en las costumbres y organización del mismo, desde aquel entonces hasta el presente.

Por esta razón, siguiendo las orientaciones de WOODROW WILSON, iniciaremos nuestra breve revisión histórica de la figura del Estado -en relación con la penalidad- centrándonos en el <<pueblo hebreo>>, en virtud de que en esta sociedad primitiva podemos hallar con mejor precisión -en contraste con otros pueblos primitivos como lo fueron, por ejemplo, los arios- algunos rasgos que han influido en la configuración de instituciones vigentes en Europa y en América[23].

1.2.1.- La penalidad del pueblo hebreo y su relación con la institución de la familia como primer modelo de organización política: El Estado Teocrático y Tribal

La ciencia política tiene entre sus objetivos estudiar la evolución del Estado, por ello, como bien ha afirmado BROWING, "un tratado de ciencia

[22] Para un estudio detenido acerca de los sumerios, Vid. KRAMER, S. N.: La historia empieza en Sumer. 39 testimonios de la historia escrita. Trad. CORNET, J. E. Alianza Editorial S. A., Madrid, 2022, *passim*. También, para una revisión de algunos aspectos jurídicos-procesales presentes en la civilización sumeria Vid. NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 111, 112 y 234-239.

[23] Vid. BROWING, O.: Introducción, en WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica. Tomo I. 2ª ed. Trad. Adolfo Posada. Librería general de Victorino Suárez, 1922, pp. 14.

política, escrito con ese propósito, comenzaría por la evolución de la familia, porque la familia en casi todos los casos precede al Estado"[24]. Ahora bien, al no constituir este estudio un tratado de ciencia política, pareciera que ahondar en los entresijos de algunas instituciones que precedieron a la figura del Estado, como lo fue la familia, se escaparía del objeto de la presente investigación; pero, como veremos enseguida, al ser el núcleo familiar el lugar donde se verificaron algunas de las primeras manifestaciones de la penalidad que, más tarde, se reflejarían en la justicia penal estatal, resulta relevante su revisión, pues al repasar la penalidad dentro del núcleo familiar se puede conocer la relación que ha tenido la penalidad con el modelo de sociedad y, por ende, con la forma de Estado vigente en las antiguas civilizaciones. En consecuencia, consideramos que este repaso nos permitirá definir -con mayor precisión- si existe correspondencia entre la configuración práctica de las penas y la finalidad que estas tuvieren, y la relación que -a su vez- la finalidad de la pena tiene con la filosofía política que -en la actualidad- fundamenta al modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Por otra parte, como hemos advertido *supra*, con la revisión histórica de la figura del Estado no pretendemos estudiar íntegramente su evolución, pues ello también se escaparía del objeto de nuestra investigación. Lo que pretendemos es poner de relieve los aspectos esenciales o principales elementos materiales que han conformado los disímiles modelos de Estado vigentes en las distintas épocas y que tienen relación directa con la esencia del Estado moderno. Ello, considerando que el Estado y la penalidad han sufrido transformaciones a lo largo de la historia, cuestión que se debe -entre otras razones- a las costumbres, las ideas y las características culturales de cada pueblo.

Si bien, las transformaciones sufridas por el Estado y por la penalidad hasta ahora han estado orientadas a garantizar la <<dignidad humana del condenado>>, cuestión que se ha producido mediante la estipulación de garantías como la proporcionalidad en la pena o la graduación del rango de sufrimiento causado por la sanción; en algunas regiones del hemisferio, tales transformaciones han sido menos palpables o -si han ocurrido- en la práctica no han representado los progresos esperados[25].

---

[24] Cfr. BROWING, O.: Introducción, en WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 2.

[25] Por ejemplo, en el caso del Derecho penal islámico este se caracteriza por la prevención general negativa basada en la severidad de la sanción con el propósito de intimidar a la sociedad, bajo esta percepción de la pena, la dignidad humana queda sensiblemente mermada. Para una aproximación a las transformaciones que ha sufrido el Derecho islámico, a sus avances y retrocesos en la legislación penal, Vid. por todos, SERRANO RUANO, D.: "Ley religiosa y Estados islámicos contemporáneos", en *IIu. Revista de ciencias de las religiones. Anejos*, N.º 11, 2004, pp. 109-118; ORLANDO, P.: "El Derecho penal islámico y su concepción de la pena" en *Derecho y Humanidades*, N.º 16, Vol. 1, 2010, pp. 209-221; URUBURU COLSA, J. M.: "Los delitos hudud en el Derecho penal de los países árabes", en *Philología hispalensis*, N.º 24, 2010, pp. 87-109.

Ahora bien, entre los pueblos que han precedido e influido en la formación de las civilizaciones occidentales se cuentan los arios y los semitas[26]; pero las instituciones del <<pueblo hebreo>> "tal como han sido descritas en la Biblia, no sólo han influido en la construcción de la Iglesia primitiva, sino en las ideas políticas de la Edad Media y aun en las de la época moderna"[27], y, por lo tanto, en la civilización occidental contemporánea.

La <<familia>>[28] fue el modelo de agrupación de personas que caracterizó los primeros tiempos del pueblo hebreo[29]. La <<familia>> es una unidad biológica donde, al igual que en toda agrupación de personas, existen reglas de conducta prescritas por quien ejerce la autoridad familiar. Ahora bien, toda regla de conducta requiere de mecanismos o instrumentos que garanticen el cumplimiento de la misma, y entre esos mecanismos se encuentran: el ejemplo, la recompensa y la pena[30]. Concretamente, en el

[26] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica. Tomo I. 2ª ed. Trad. Adolfo Posada. Librería general de Victorino Suárez, 1922, p. 2.

[27] Cfr. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, ob. cit., pp. 284 y 285.

[28] Acerca de la familia como institución, LACRUZ BERBEJO ha formulado los caracteres permanentes de la familia extraídos de la revisión histórica de estas agrupaciones, en el tenor siguiente: a) Si no jurídica, al menos sociológicamente, en la base de la familia se halla el matrimonio. No una simple asociación de hombre mujer, para objetivos más o menos limitados, sino el matrimonio: *consortium omnis vitae*, en la que cuenta, de modo ineludible, la procreación, que al perpetuar la especie da dimensión temporal al grupo, pero en el cual entran también decisivamente otros aspectos de la vida humana.

b) La familia aparece como una comunidad que, creada por el matrimonio, estará compuesta, al menos, por progenitores y procreados, y en la que pueden participar otras personas convivientes, unidas, ya por lazos de sangre, ya por el vínculo de la sumisión a una misma autoridad.

c) Esta comunidad no es un conjunto de personas y voluntades individuales arbitrariamente agrupadas, sino, por naturaleza, un ente dotado de una misión concreta, material y espiritual; de estructura orgánica adecuada, y en cuyo seno se desarrolla una vida colectiva específica.

d) El índice jurídico de pertenencia a una familia, es decir, el vínculo de parentesco, se prolonga en el tiempo, más allá de la adscripción física de la persona al círculo familiar. La relación familiar no significa que los conyugues o los hijos no puedan separarse, pero sí que, aun separados -y en tanto no se borre el vínculo- continúan unidos.

e) La intimidad familiar se traduce en una organización económica, que puede abarcar a la producción (como en otros tiempos); que muchas veces comprende el ahorro de los medios que no se gastan inmediatamente (régimen matrimonial de comunidad: usufruto paterno); pero que, al menos, atiende, como hoy, a la satisfacción en común de las necesidades individuales, son recursos obtenidos por los diversos miembros de la familia". Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L.: Derecho de familia. Matrimonio y si economía. Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, 2011, pp. 7 y 8.

[29] Al respecto; MORENO CASAMITJANA ha destacado la importancia de la familia dentro del pueblo hebreo primitivo, en los siguientes términos: "el antiguo semita tiene un concepto de la existencia que es esencialmente comunitario. El individuo no se entiende sino como miembro permanente entroncado en el grupo familiar de cuya vida participa. Esa vida proviene en último término de un padre y está actuando permanentemente como fuerza o impulso vital, como *alma*, en cada uno de los miembros de la familia. Cada hombre se define por su familia: ¿de quién es hijo? ¿cuál es su clan, su tribu, su casa? El valor, la dignidad, la capacidad de una persona depende del valor, la dignidad y la capacidad del grupo a que pertenece". Cfr. MORENO CASAMITJANA, A.: "El matrimonio y la familia en el Antiguo Testamento", en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 7, N.º 1-6, 1980, p. 527.

[30] En el modelo de familia primitiva se encuentran las primeras manifestaciones del gobierno, pues las condiciones de vida de aquel entonces obligaban al hombre a agruparse entre ellos para poder subsistir, y estas agrupaciones estaban fundamentadas en el parentesco entre los miembros de la comunidad. WOODROW WILSON al tratar este tema va más allá al sostener que el comienzo gobierno como institución se origina en la familia. En efecto, para el referido autor, "el gobierno debe haber tenido aproximadamente la misma historia primitiva en todas las razas progresivas. Debió comenzar por una

modelo de familia hebrea: *la familia patriarcal*, los mencionados instrumentos eran aplicados por el padre -como sumo sacerdote y autoridad- por igual a todos los miembros que integraban la familia patriarcal: mujeres, niños, esclavos y hasta animales domésticos[31]. En el caso de las penas o los castigos que el padre imponía a los miembros subordinados de la familia se caracterizaban por lo rudimentario, así lo ha advertido VON HENTIG al señalar que "toda una serie de penas se ha desarrollado notoriamente sobre la base de métodos coactivos con los que somete el hombre al animal; verbigracia, la pena de prisión partiendo de los fosos donde se cogen y mantienen animales peligrosos"[32].

Por otra parte, en algunas civilizaciones antiguas, entre las cuales se encontraba el pueblo hebreo, se ha constatado la comunión que existía entre la forma de organización política -constituida primitivamente por familias y grupos de familias, *gens* o casas-, la penalidad y la religión[33]. En efecto, el pueblo hebreo ha sido una sociedad caracterizada por la fuerte influencia religiosa[34], cuestión que lógicamente impregnaría la forma de concebir y hacer

---

disciplina familiar claramente definida. Semejante disciplina habría sido difícil en las razas en las cuales la consanguinidad estuviera en gran confusión, y en las cuales la organización familiar no tuviera una base sólida. En todo caso, parece que lo que podemos estimar digno del nombre de gobierno ha esperado para producirse el desenvolvimiento de una familia definida como aquella en la cual el padre era conocido y admitido como director. Haya ó no sido la familia patriarcal la primera forma de familia, debió haber procurada la primera forma adecuada de gobierno". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 29.

[31] Para un estudio detenido del modelo de familia patriarcal en algunos pueblos primitivos y antiguos, Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 15 y ss. Por otra parte, ARISTOTELES al describir la familia primitiva incluye en ella también a los animales domésticos, pues, la familia o la casa, dice, es "una comunidad constituida naturalmente para la vida". Cfr. ARISTOTELES: Política. Trad. GARCÍA VALDÉS, M., Editorial Gredos, Barcelona, 2022, p. 48. No obstante, al respecto MORENO CASAMITJANA ha advertido que "no resulta fácil determinar los límites exactos de la *bet´ab*. La *casa* de Noé está constituida por su mujer, sus hijos y las mujeres de sus hijos; la casa de Jacob que entra a Egipto es concebida como un conjunto amplio de hijos, nueras y nietos. A la *casa* pertenecen también los siervos, las viudas o huérfanos que viven bajo la protección del *padre* y en ocasiones los extranjeros *(guerim)* que se acoge al grupo. Jefté, hijo de Galaad y de una ramera, vivía en casa de Galaad como en la *casa de su padre*. Podemos decir que la *bet´ab* es una comunidad compuesta de miembros que efectivamente dependen de un hombre, al que llaman padre". Cfr. MORENO CASAMITJANA, A.: "El matrimonio y la familia en el Antiguo Testamento…, ob. cit., p. 528.

[32] Cfr. VON HENTIG, H.: La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales. Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1967, p. 142.

[33] Estas ideas primitivas, aparentemente erradas de conformidad con el pensamiento actual, según DILTHEY, estaban representadas en las siguientes prácticas, a saber: "el culto a los muertos, el animismo, la adoración de las potencias que condicionan al hombre, vinculada especialmente en el espectáculo y a la observación de los astros, la conciencia de responsabilidad contenida en el Derecho y el prestigio divino de las costumbres, del Derecho y de las instituciones" Cfr. DILTHEY, W.: Historia de la Filosofía. 2ª ed. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1973, p. 17.

[34]Para un estudio más detenido Vid. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit. pp. 11-16. La influencia del orden divino en el orden terrenal tiene su fundamento en la llamada *Alianza* entre Dios y los hombres. De acuerdo con FALCÓN Y TELLA, el sentido principal de esta *alianza* -procedente del término hebreo *Berît*- es la idea de *unión*. En efecto, de acuerdo con la citada autora, "por la alianza los pactantes venían a ser una misma familia, produciéndose una unión similar a la de aquellos que tienen los mismos vínculos de sangre. El significado de alianza bíblica es más amplio que el de los pactos tal como normalmente se entienden en nuestro idioma". Cfr.

justicia; por ello, la penalidad hebrea estaba sustentada en las escrituras del Antiguo Testamento[35], las cuales consagraban: 1) una potestad de Dios para castigar directamente al individuo que se desviara del propósito divino (Ley Eterna); 2) una potestad del padre de familia para castigar al miembro de la familia que osara atentar contra la Divinidad; esta potestad de castigar era consustancial con la idea de que la autoridad que poseía el padre de familia -y la propia familia- derivaba de las inspiraciones de la razón que a su vez provenían de las inspiraciones divinas (Ley Natural) y; 3) una potestad para castigar de conformidad con los designios dados por la providencia a través de las escrituras talladas en tablas de piedra y entregadas a Moisés, libertador y legislador del pueblo hebreo (Ley Humano Positiva)[36].

En definitiva, la necesidad de castigar las acciones que en aquel entonces eran consideradas como delitos era un imperativo del orden divino, pues las leyes hebreas y mosaicas que regulaban la convivencia de las distintas etapas de la organización política hebreas (familias, casas y tribus) se sustentaban en preceptos religiosos[37]. Sin embargo, como ha ocurrido en toda sociedad organizada con sentido teocrático, el imperativo del orden divino de castigar los delitos iba más allá de la idea de preservar el orden social, pues de lo que se trataba era de calmar la furia de la Divinidad mediante el castigo del responsable de haber atentado contra esa Divinidad[38], para así evitar que el castigo divino se extendiera y aniquilara a toda la comunidad[39]; por ello, es decir, para proteger el <<bien común>> se aplicaba

FALCÓN Y TELLA, M. J.: "Algunas enseñanzas jurídicas de la Biblia", en *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 17, N.º 2, 2014, p. 273.

[35] Al respecto, SÁNCHEZ-TEJERINA ha advertido que "los preceptos penales se encuentran principalmente en el Pentateuco o cinco libros: Génesis, Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio, y fueron inspirados por el mismo Dios a Moisés". Cfr. SANCHEZ-TEJERINA, I.: Derecho Penal Español. Tomo I. Introducción y parte general. 5ª ed. Bravo, Madrid, 1950, p. 33.

[36] Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho penal. Analeta ediciones y libros S.L., Pamplona, 2003, pp. 2-4. La triple clasificación de la Ley durante el período hebreo antiguo se corresponde con la clasificación de las Ley de acuerdo con la concepción del iusnaturalismo teológico. En efecto, de acuerdo con esta concepción, la Ley era válida si su contenido se correspondía o eran acordes con el mandato de la Divinidad, en tal sentido, existía una ley eterna, una ley natural y una ley humano positiva. La ley divina son los mandatos derivados directamente de Dios; la ley natural es la concientización de esos mandatos por la razón humana; y la ley humano positiva es la ley natural positivada, es decir, la plasmación por escrito de tales mandatos divinos por parte de la autoridad competente. Vid. MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A.: Curso de teoría del Derecho. Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 2012, p. 39. También, acerca del contenido de la ley eterna, la ley natural y la ley humano positiva como parte del Derecho natural vigente ya desde el periodo hebreo; Vid. UGARTE GODOY, J. J.: "La ley natural", en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 6, N.º 5-6, 1979, pp. 475-489.

[37] Vid. VON HENTIG, H.: La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales…, ob. cit. 156.

[38] Vid. SANCHEZ-TEJERINA, I.: Derecho Penal Español. Tomo I…, ob. cit., p. 29. "Cometido el delito el suelo quedaba contaminado y los sacerdotes imploraban el perdón mediante el sacrificio de víctimas no humanas. Recuérdese el sacrificio de Abraham". Cfr. SANCHEZ-TEJERINA, I.: Derecho Penal Español. Tomo I…, ob. cit., p. 33.

[39] Para un estudio más detenido Vid. VON HENTIG, H.: La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales…, ob. cit., p. 157 y ss.

el castigo, pues ofender a la divinidad también era un delito que debía ser expiado por medios terrenales entre los que se encontraba el sacrificio[40].

Ahora bien, en cuanto al juzgamiento penal, además de la justicia ejercida por el padre, el proceso de justicia penal también se desarrollaba a través de <<tribunales>> conformados por consejos de ancianos y de notables de la tribu o del grupo al que pertenecían[41]. Estos tribunales eran elegidos entre los miembros de la comunidad "pero ejercían su función como delegados de la Divinidad, ya que el derecho de castigar era una mera delegación de Dios"[42]. En cualquier caso, en el proceso penal hebreo ya se pueden apreciar vestigios de garantías procesales como el derecho a la defensa[43], los Principios de Oralidad e Inmediación[44]

En virtud de todo lo anterior, tanto los delitos como las penas eran de variada índole, y el fundamento para imponerlos oscilaban entre la comentada venganza divina y la venganza de sangre. Como en líneas anteriores hemos repasado algunos aspectos de la <<venganza divina>>, ahora, vamos a revisar algunas particularidades de la <<venganza de sangre>>.

El deber de <<venganza de sangre>> explica VON HENTIG, "nace con cualquier ofensa contra la vida o la integridad corporal. Con la venganza compensa el clan o el grupo familiar una pérdida de fuerzas. Se contraponen

[40] Estos sacrificios no sólo se ejecutaban por conductas voluntarias, sino también las faltas involuntarias eran castigadas. La razón de ello, lo explica MAINE al destacar que el Derecho primitivo estaba influido por las ideas religiosas en virtud de que se suponía que "una presidencia sobrenatural consagra y mantiene todas las instituciones fundamentales de aquellos tiempos: el Estado, la raza, la familia. Agrupados los hombres en las relaciones diversas que implicaban estas instituciones, tienen la obligación de celebrar periódicamente estas ceremonias comunes, y ofrecer en común sus sacrificios: deberes comunes que se manifiestan aún más claramente en las purificaciones y en las expiaciones que ellos verificaban de tiempo en tiempo, a fin, parece de evitar el castigo por las faltas involuntarias o cometidas por descuido". Cfr. MAINE, H. S.: El derecho antiguo (Ancient Law). Considerado en sus relaciones con la historia de la sociedad primitiva y con las ideas modernas. Parte General. Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893, p. 16. La divinidad que velaba por determinada familia estaba enlazada por el parentesco. En efecto, en los pueblos primitivos, apunta WOODROW WILSON, "el culto central y más sagrado de cada grupo de hombres, familia o tribu, era el culto a los *antepasados*. En el altar de la familia o comunidad, el que rinde culto, encuéntrase en presencia de las sombras de los grandes muertos de su familia o raza" y dejar de rendir culto a tan poderosos antepasado, advierte el citado autor, "suponía desafiarlos frente a frente: equivalía a ultrajar todo sentimiento religioso y romper con los deberes del parentesco espiritual. La tradición, en tales circunstancias, era imperativa. Naturalmente, esta tradición llego hacerse un agregado de costumbres -costumbres de una importancia que es casi imposible de concebir- que constituían un deber superior a todo, uniforme, imperioso, inviolable, cuyas ordenes inexorables regulaban todos los detalles de la conducta diaria" Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 31 y 32.

[41] Vid. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 12.

[42] Vid. SANCHEZ-TEJERINA, I.: Derecho Penal Español. Tomo I…, ob. cit., p. 33.

[43] Vid. NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia…, ob. cit., pp. 241-243.

[44] Vid. NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia…, Ibid., p. 243.

colectividades, que sufren y actúan como individuos. Los grupos son hechos responsables, y aceptan sin reparo la responsabilidad"[45] .

Atendiendo a este contexto, la idea de venganza que fundamentaba la pena propiciaba que la misma fuera injusta, desproporcionada y verdaderamente tormentosa, pues con la sanción se procuraba reivindicar la perdida de fuerza mancillada por el delito, y, por ende, se buscaba restablecer el poderío de la comunidad infringiéndole el mayor sufrimiento al responsable del delito. Pero la crueldad de las sanciones no solo se debía a la saña de los ejecutores de la venganza ni a lo rudimentario de los medios empleados, sino también a las circunstancias y condiciones de vida de la época[46].

En efecto, el ambiente hostil y mayormente salvaje que ofrecía la naturaleza obligaba al hombre a vivir en grupos enlazados por el parentesco. En estos grupos no existía el hombre individualmente considerado, sino que debido a la férrea unidad que inspiraba su existencia, cada miembro representaba la existencia de todo el grupo[47]. De esta circunstancia se desprende otra característica de vital importancia: la venganza privada -o de sangre- era una de las formas de supervivencia de la familia o clan y, por ende, del miembro de la familia particularmente considerado. Así, el clan o la familia era "una comunidad de bienes, de protección colectiva con las armas y por medio del Dios común, y de más fácil migración"[48].

Además, en concordancia con la fuerte influencia religiosa que impregnaba la vida de esta comunidad, advierte VON HENTIG, la venganza de sangre fue un deber santo, pues mientras "el obligado no ha lavado la mancha con la venganza prescrita, pasa por un apestado, como el propio homicida"[49]. Dentro de este contexto, la justicia penal ejercida mediante la venganza de sangre fue la principal demostración de la llamada <<persecución por la parentela>>, cuyo declive debido a "la ruina de la comunidad doméstica, la creciente movilidad de la población, el urbanismo, el progreso de la <<gente misera>> entre los que no había nadie legitimado

[45] Cfr. VON HENTIG, H.: La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico…, ob. cit., p. 132.
[46] Por ejemplo, en casos como la pena de proscripción -que veremos *infra*- el tormento que debía sufrir el condenado estaba garantizado debido a las exigencias que imponía la propia naturaleza para asegurar la supervivencia del hombre.
[47] Vid. VON HENTIG, H.: La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico…, ob. cit., p. 117. En sentido similar, WOODROW WILSON al señalar que la familia es la base original de la sociedad primitiva, advierte que el en aquel entonces "el individuo no se contaba para nada: la sociedad -la familia, la tribu- era todo", y más adelante este mismo autor sentencia: "El único lazo era el parentesco: la sangre común de la comunidad: la única individualidad era la individualidad de la comunidad. como un todo. El hombre estaba absorbido por la sociedad. Sin parentesco no había ni deber ni unión". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 27.
[48] Vid. VON HENTIG, H.: La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico…, ob. cit., p. 132.
[49] Cfr. VON HENTIG, H.: La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico…, Ibid., p. 133.

para presentar la acusación o que no osaban enfrentarse a los poderosos"[50] dará paso a la persecución de oficio por parte del Estado.

Los castigos fundados en la venganza divina y en la venganza de sangre vigentes durante este periodo podrían considerarse como sanciones penales si atendemos a los requisitos o características esenciales que, según SÁNCHEZ-TEJERINA, debe contener toda reacción al delito para que pueda ser considerada como una verdadera pena, a saber: 1.- Necesidad de defender intereses sociales; 2.- Carácter ético-jurídico; 3.- Dimanante de una culpa, y 4.- Ser impuesta en representación de la sociedad.

Específicamente, en el Derecho hebreo los delitos perseguibles por medio de la venganza divina o de sangre y que, en cierta forma, cubrían los señalados requisitos, estaban clasificados en cinco grandes grupos a saber: 1.- Delitos contra la divinidad (violar el sábado, jurar en vano); 1.- Delitos contra los semejantes (homicidios, lesiones); 3.- Delitos contra la honestidad (adulterio, seducción, entre otros); 4.- Delitos contra la propiedad (Robo o hurto -en el caso del robo el empleo de la violencia era necesaria para que se configurara el delito-); Delito contra el honor (falso testimonio, calumnia, etc.)[51].

Ahora bien, en cuanto a las categorías de penas, la pena capital o de muerte era la sanción más severa que se aplicó en la comunidad hebrea antigua[52]. La pena de muerte era sentenciada por el referido tribunal o consejo de ancianos, pero la ejecución de ésta les correspondía a los familiares de la víctima. Esta circunstancia, por un lado, originaba una verdadera guerra entre familias, casas y tribus, y, por otro lado, propiciaba que la reacción punitiva fuera excesiva, cuestión que se traducía en demasías en la reacción punitiva, excesos que se convertían a su vez "en nuevos y más grandes crímenes que los que trataba de reprimir la sociedad"[53].

Los excesos que caracterizaban a la pena ejecutada por los familiares y allegados de la víctima no sólo dieron lugar a la <<descomposición de la venganza de sangre>>[54], sino que también propiciaron la creación del llamado <<derecho de asilo>>, el cual amparaba a los condenados que lograran establecerse en alguna de las seis ciudades dispuestas para ello. Estas localidades eran consideradas sagradas por pertenecer a las tribus de Leví;

[50] Cfr. VON HENTIG, H.: La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico…, ob. cit., p. 140.
[51] Vid. SOSA CHACÍN, J.: Derecho Penal. Tomo Primero. Introducción. La ley penal. 2ª ed. Publicaciones del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978, p. 48.
[52] Vid. VARO PINEDA, F.: "Elementos antropológicos y éticos en el Derecho penal de la Biblia Hebrea", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídico*, N.º 42, 2020, p. 80.
[53] Vid. SANCHEZ-TEJERINA, I.: Derecho Penal Español. Tomo I…, ob. cit., p. 29. También, más recientemente en este sentido, Vid. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 32.
[54] Vid. VON HENTIG, H.: La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico…, ob. cit., p. 138.

tres de ellas se encontraban en la parte del Jordán, y, las otras tres en tierras de Canaán[55].

Obsérvese que la referida reacción punitiva desproporcionada y la solución que se planteó para aminorar los efectos de aquella, corroboro las dos conclusiones a las que el moderno pensamiento criminológico ha llegado: La primera conclusión es que la sociedad crea los problemas que la afectan y de ella misma surgen las soluciones, y que, en el caso del delito -como fenómeno social[56]-, la solución va orientada no a la erradicación definitiva del delito, sino a su control y prevención[57]; y, la segunda conclusión es que la reacción social frente a la conducta delictiva si bien pretende repelerla o contrarrestarla, muchas veces los medios empleados para conseguir ese objetivo también pueden llegar a tener efectos contraproducentes o reforzadores de la criminalidad[58]e incluso, pueden ser creadores de nuevas formas de criminalidad.

Ahora bien, otro remedio que la sociedad hebrea empleó para contener la severidad de las sanciones, y aminorar los efectos contraproducentes o desordenes que tales castigos traían para la comunidad fue la llamada <<Ley del Talión>>. Según BARONA VILAR, "el término *talión* que proviene de la palabra latina *talis* o *tale* (*tal* en castellano) viene a significar lo idéntico, de ahí que no se trata de insuflar una pena equivalente, sino una pena idéntica al daño recibido. Es el antecedente del Principio de Proporcionalidad entre el daño recibido y el daño producido, convirtiéndose en consecuencia en un límite a la anterior y libre venganza"[59].

Así, la <<Ley de Talión>> fue una primera manifestación de lo que vendría a ser el Principio de Proporcionalidad de la pena, pues, el agresor debía recibir un castigo igual o idéntico a la lesión causada por su conducta delictiva[60]. Ahora bien, esta dinámica punitiva estuvo presente en varios periodos y civilizaciones correspondientes a las edades antigua y media, pero en el caso del pueblo hebreo BARONA VILAR enseña que "en el Antiguo Testamento, en el Capítulo XXI del Éxodo, se establece que el homicida *pagará*

[55] Vid. por todos: GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho Penal…, ob. cit., p. 9; MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., pp. 11 y 12; SOSA CHACÍN, J.: Derecho Penal. Tomo Primero…, ob. cit., pp. 48 y 49.
[56] En este sentido, Vid. CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología…, ob. cit., p. 8.
[57] Vid. GARCÍA PABLOS-DE MOLINA, A.: Tratado de Criminología. 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 28.
[58] Vid. SANDOVAL HUERTAS, E.: Penología. Parte General y Especial. Reimpresión. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, D. C., 1998, p. 25.
[59] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., pp. 33 y 34.
[60] Acerca de la Ley del Talión MARTÍN RODRIGUEZ, ha puesto de relieve que "la ley del Talión representa un adelanto en la socialización de los pueblos antiguos al racionalizar y limitar los efectos de la venganza a través de medidas coactivas de acuerdo con el delito cometido y el daño causado. Es considerada el antecedente del principio de proporcionalidad, convirtiéndose en el límite de la venganza sin más". Cfr. MARTÍN RODRÍGUEZ, P.: ¿Presuntos culpables? La presunción de inocencia en la Iglesia. Editorial Dikynson, S. L., Madrid, 2023, p. 41.

alma por alma, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe. E igualmente, en el Levítico (XXIV, 20) se habla de *rotura por rotura, ojo por ojo, diente por diente; cual fuere el daño causado, tal será forzado a sufrir*. Por su parte, el Libro del Deuteronomio (XIX, 21) se sostiene que no habrá piedad para el malhechor: *No te compadezcas de él: sino que le harás pagar vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie*"[61].

Por otra parte, otra penalidad vigente durante este período fue el de la <<proscripción>> o expulsión del miembro de la comunidad. Esta sanción, al igual que la pena capital, tenía como objeto no sólo hacer justicia sino también eliminar o extirpar la contaminación moral que generaba la conducta delictiva tanto en la persona del delincuente, como en la comunidad, grupo y lugar al que el bandido pertenecía, pues, según las creencias de los hebreos, el delito contaminaba la tierra[62].

Así, desde la doctrina histórico-jurídica, BARONA VILAR siguiendo a JIMÉNEZ DE ASUA, ha destacado que en la antigüedad existieron dos géneros de pena: la proscripción y la venganza de sangre. La distinción de ambos géneros derivaba del hecho de que la implementación de cualquiera de ellos dependía de si el victimario pertenecía o no al mismo grupo familiar de la víctima.

En efecto, según BARONA VILAR, la <<proscripción>> se refiere al "castigo que se inflige a un miembro de la tribu, que en su propio circulo ha cometido una infracción contra ella o contra alguno de sus miembros"[63]; y con la venganza de sangre se castiga a "quien no pertenece a la tribu, pero ha perpetrado una acción contra un miembro de la tribu o contra todos ellos"[64]. Así, según la citada autora, "la respuesta para el primer supuesto es la expulsión de la comunidad, y en el segundo, se combate mediante la venganza de sangre de quienes forman parte de la tribu, venganza que se ejerce de forma colectiva y que termina con una de las dos partes contendientes. No es una reacción o venganza privada, sino que es una venganza social"[65].

---

[61] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 34.
[62] Vid. CASTEJÓN, F.: Derecho penal. Tomo I…, ob. cit., p. 54. La circunstancia de que el delito fuere una forma de ensuciar el espacio donde se encontraban el pueblo hebreos nos muestra, una vez más, cómo el Derecho estaba influido por la religión, no sólo porque el delito se asimilaba el pecado en términos análogos a lo que sucedería posteriormente durante las edades media y moderna, sino porque también el espacio donde se encontraba el pueblo hebreo era un lugar considerado *santo* al haber sido previamente consagrado por Dios y, por lo tanto debía ser limpiado. Por otra parte, para una mejor comprensión de las razones que explican el carácter sagrado de la tierra para el pueblo hebreo Vid. VARO PINEDA, F.: "El espacio sagrado de la Torah", *Revisiones: revista de crítica cultural*, 1 2, 2006, pp. 5-7.
[63] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 34.
[64] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 34.
[65] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 32.

En lo que respecta a la privación de libertad, pese a que esta fue utilizada durante este periodo, su empleo tenía fines meramente preventivos[66], pues -como se constatará en el *Capítulo IV* de esta investigación- la pena privativa de libertad empezó a fungir como sanción principal dentro del catálogo de penas ya en las postrimerías del siglo XVIII.

Por último, respecto a la finalidad de las penas vigentes durante la época primitiva correspondiente al pueblo hebreo, la <<venganza>> constituyó la principal justificación de la penalidad. La venganza punitiva -de acuerdo con la clasificación de la finalidad de la pena realizada por NEUMAN y SANDOVAL- constituía la columna vertebral de la penalidad vigente durante las denominadas <<fases vindicativa y expiacionista>> de la pena[67]. En efecto, reiterando lo advertido hasta ahora en el presente apartado, tanto la venganza divina como la venganza de sangre eran las principales respuestas punitivas aceptadas por la comunidad frente a la ofensa de uno de sus miembros, y ambas formas de venganza eran sentenciadas por la autoridad del grupo: <<por el consejo de ancianos o por la persona de mayor autoridad dentro del grupo familiar en el caso de la venganza divina>>, o <<por el máximo representante de la familia a los miembros del grupo familiar en el caso de la venganza de sangre>>, pero en ambos casos la sanción impuesta era ejecutada por el agraviado o por su familia[68].

Por otra parte, una manifestación de esta fase de venganza es la ausencia de un modelo procesal como instrumento de acceso a la justicia penal. En efecto, pese a que en este periodo primitivo la justicia era impartida por el tribunal de ancianos o por el padre de familia, y a pesar de que durante en este periodo se pasó de la venganza desproporcionada a una especie de justicia proporcionada regulada por la <<Ley del Talión>>, no podemos decir que durante esta época existiera una organización política que contara con

[66] "En la biblia, *Génesis*, cap. XXXVII, se menciona el cautiverio que sufrió José, recluido por sus hermanos en una cisterna" Cfr. NEUMAN, E.: Prisión Abierta. Una nueva experiencia penológica. Editorial Porrua, México, 2006, p. 8.

[67] Vid. SANDOVAL HUERTAS, E.: Penología. Parte general y especial…, ob. cit., pp. 58-62; Vid. NEUMAN, E.: Prisión Abierta. Una nueva experiencia penológica…, ob. cit. p. 5

[68] Así, en términos generales, TISSOT explica la composición de la administración de justicia del pueblo hebreo primitivo: "entre los judíos el proceso criminal, sin ser irreprochable, valía más que el resto de sus leyes penales; pero se advierte ya el carácter sacerdotal o teocrático aún en la época en que la administración de justicia contiene un principio democrático evidente. Esta organización judicial es una de las formas mismas que puede resultar de la variada combinación de los diversos elementos del poder. Al principio los tribunales criminales se componían de ancianos y de los principales del pueblo, tenían sus sesiones en las puertas de las ciudades y de sus sentencias podía apelar a sus sacerdotes. Tres siglos después de la conquista de Palestina, se confío la magistratura al sumo sacerdote, y los tribunales se componían de dos levitas asistidos de siete jueces, elegidos por suerte entre los principales ancianos de cada ciudad; los acusados tenían derecho a recusar cierto número de jueces, y nunca eran condenados sin haber sido oídos". Cfr. TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o introducción filosófica e histórica al estudio del Derecho penal. Tomo III ORTEGA GARCÍA, J. (Trad.). Góngora editores, Madrid, 1880, p. 34.

una autoridad pública sobre la que recayera la responsabilidad de ejercer el *ius puniendi* de maneral formal e institucionalizada.

Tampoco, dentro de esta fase vindicativa de la penalidad, podemos decir que en su etapa más primitiva existiese un Derecho escrito[69]. En efecto, la ordenación y la plasmación de las normas en un texto escrito es resultado de la evolución de la convivencia entre los miembros o grupos de familias y clanes que integraban a las sociedades primitivas. Así, el Derecho primitivo fue originalmente un <<ordenamiento no formulado>>, el cual, si bien no es un Derecho escrito -en palabras de GARCÍA GALLO- sugiere la existencia de una "consciencia o convicción común que todos comparten sin necesidad de que nadie la haya definido y exteriorizado, que está viva y latente en el espíritu de todos. Aun sin haber sido expresado, todos coinciden en apreciar de la misma manera lo que es justo e injusto, lo que puede hacerse y lo que no es lícito"[70]; fue posteriormente -advierte BARONA VILAR- "a medida que fue creciendo la estructura la estructura de organización política y se fue desarrollando una conformación social -que pasa por ocupar un espacio, una tierra, unos lugares de cultivo, unos ríos, etc.-, siquiera fuera de forma fragmentaria, el elemento <<orden jurídico>>, entendido como conjunto de normas reguladoras de la vida en comunidad, va ganando posiciones"[71].

No obstante, el pueblo hebreo tuvo una especie de Derecho escrito que ha sido considerado como un tránsito del <<ordenamiento no estructurado>> al <<ordenamiento estructurado>>: la Ley Mosaica[72]. Asimismo, en

[69] Sobre este aspecto GARCÍA FALCONI y LARENAS CORTEZ observaron que, a diferencia de la rigurosa técnica que muestra el Código de Hammurabi, "las normas contenidas en el Pentateuco bíblico o Torá se encuentran caóticamente diseminadas y sin criterio alguno de agrupación. La primera norma a la que hace referencia es oral e impartida por el propio Dios a Adán y Eva, me refiero a la prohibición de comer del fruto del árbol de conocimiento. Posteriormente, se hace referencia a delitos cometidos e imposición de penas, como el caso de la muerte de Abel en manos de su hermano Caín e incluso el exterminio de casi toda la humanidad, excepto la familia de Noé, pero la primera codificación real se produce con el aparecimiento de la ley mosaica, esto es, la entrega de las tablas de la ley por parte de Jehová a Moisés en la sima del Monte Sinaí. Cabe señalar que en el caso bíblico no sólo se asume la ley como expresión de la voluntad divina, sino sobre todo como la materialización de la alianza entre Dios y el pueblo elegido. La promesa que hicieron en su momento a los patriarcas Abraham, Isaac y Jacob se concreta con la entrega de la ley al pueblo". Cfr. GARCÍA FALCONI, R. / LARENAS CORTEZ, M.: "Los albores del Derecho penal: La regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", en *Derecho penal y criminología*, Vol. 37, N.º 102, 2016, pp. 76 y 77.

[70] Cfr. GARCÍA GALLO, A.: Manual de historial del Derecho español, I. El origen y evolución del Derecho. 10ª ed. Madrid, 1984, p. 180.

[71] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 29.

[72] La Ley Mosaica es un ejemplo de la Ley Humano Positiva correspondiente a la clasificación de las leyes que rigen la conducta humana en consonancia don el mandato divino (Iusnaturalismo teológico). Ahora bien, resulta interesante la crítica realizada CARRASCO JIMÉNEZ hacía el enfoque estrictamente punitivo que tradicionalmente se le ha dado a la Ley Mosaica, pues, según el referido autor, esta ley -además de consagrar disposiciones penales- contiene indicios de una concepción humanitaria del Derecho próximas a la idea de proteger los derechos humanos, similares a la concepción actual. Vid. CARRASCO JIMÉNEZ, E.: "Derechos humanos y régimen de garantías en la legislación mosaica", en *Polis: Revista Latinoamericana,* N.º 17, 2007, pp. 1-11. En cuanto a la estructura de la Ley Mosaica, MARTÍN RODRIGUEZ ha advertido que este cuerpo legal está "formado por textos de diversa época y orientación; viene a recoger mediante la escritura una de las tradiciones orales más antiguas que se conocen; eso si,

consonancia con lo que hemos venido observando hasta ahora, un aspecto destacable de esta Ley Mosaica estriba en que la referida legislación es un ejemplo de la afirmación de que el Derecho es <<un fenómeno social>>; aunque cabe advertir que el hecho de que el Derecho sea una institución consustancial de todas las sociedades humanas, no implica que su validez sea automática.

En efecto, tanto en el pasado como en la actualidad, la validez del Derecho no sólo ha dependido de que este sea creado de acuerdo a las formalidades establecidas en el ordenamiento jurídico, pues también un Derecho válido implica que su contenido se corresponda con los valores superiores y los ideales de esa sociedad[73]. En tal sentido, la Ley Mosaica fue expresión de lo que actualmente se conoce como la concepción teológica del Derecho natural[74], pues, en consonancia con esta concepción, la validez de la Ley Mosaica (Ley Humano Positiva) provenía del hecho de que sus postulados se correspondían con los dictámenes de la Divinidad (Ley Eterna) dados por inspiración divina a Moisés (Ley Natural).

En síntesis, y de acuerdo con lo expuesto hasta ahora acerca de las principales características del Derecho penal vigente bajo el modelo del incipiente Estado teocrático hebreo, traemos a colación la síntesis de tales características realizada por SANCHEZ-TEJERINA, en el tenor siguiente: "*El fundamento* del derecho de castigar se halla en la expiación que a la vez es el *fin* de la pena, juntamente con la intimidación y la ejemplaridad <<Castigad, decía Moisés (Deuteronomio XXIV, 16), para que todo Israel sea herido de espanto y nadie se atreva a repetir un hecho semejante>>. Una vez cumplida la pena, el reo quedaba purificado ante Dios y ante el pueblo. El talión es frecuentísimo, y su fórmula <<ojo por ojo>>, etc., está consagrada en el Levítico. Existe el Principio de *la Igualdad* y de la *Personalidad* de la pena. El libre albedrio está claramente admitido, y como consecuencia, se distinguen los delitos de *intención* y los de *imprudencia*. En los versículos 12 y 13 del capítulo 21 del Éxodo se dice: <<El que hiere a un hombre queriéndole matar muera de muerte. Más el que no puso asechanzas, sino que Dios se lo puso en las manos le señalare un lugar donde refugiarse>>: *derecho de asilo*. Se admitía el *perdón* para no ejecutar la pena, sustituyendo ésta por ceremonias religiosas"[75].

---

reinterpretadas a lo largo de muchos siglos. Esta ley, recogida desde los tiempos de los patriarcas de manera oral, no se traducen en normas reales hasta la época de Moisés, donde se configura lo que hoy conocemos como religión de Israel, narrado en los capítulos 46-50 del Génesis, en el Éxodo y en el Libro de los Números". MARTÍN RODRÍGUEZ, P.: ¿Presuntos culpables? La presunción de inocencia en la Iglesia…, ob. cit., p. 43.

[73] En este sentido, Vid. HART, H. L. A.: El concepto del Derecho. Trad. CARRIO G. R. 3ª ed. Reimpresión. AdeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 252.

[74] Al respecto, Vid. NINO, C. S.: Introducción al análisis del Derecho…, ob. cit. p. 28.

[75] Vid. SANCHEZ-TEJERINA, I.: Derecho Penal Español. Tomo I…, ob. cit., p. 34.

Por otra parte, ahora adentrándonos en el modelo de Estado que acompañó al pueblo hebreo, de lo apuntado hasta aquí respecto a su penalidad se advierte que su modelo de sociedad políticamente organizada estaba fundada en la religión y en el parentesco. En cuanto al aspecto religioso, su importancia nos invita a encuadrar a esta sociedad organizada políticamente dentro del modelo de <<Estado Teocrático>>, pues el poder divino limitaba e influía en la voluntad de la autoridad y demás órganos encargados de controlar la convivencia social entre los miembros del pueblo hebreo[76].

Pero también, el aspecto del parentesco nos permite encuadrar al pueblo hebreo dentro de un modelo organización social de tipo tribal o Estado Tribal en los términos apuntados por WOODROW WILSON. En efecto, el citado autor nos revela que, en algunos pueblos primitivos entre los que se encontraban los arios y los semitas, "las familias eran las unidades originales de la organización social, y estaban, sin duda, en un principio separadas en alto grado. El hombre y la mujer y su descendencia vivían generalmente aparte. Muy lentamente, y bajo el influjo de numerosos cambios de costumbres y de medios, es como la organización de la familia se amplió y las familias se juntaron en comunidades. Un grupo de hombres que se consideraban á sí propios en algún modo parientes, constituyó el primer Estado"[77].

Así, de acuerdo con MARTÍNEZ PEÑAS, "las tribus se basan en linaje, concepto más amplio que la familia, ya que es el conjunto de personas que desciende de un antepasado común, grupo poblacional mayor que el de aquellos con quienes el individuo tiene un lazo directo de sangre, criterio que sostenía a las bandas. Las tribus son sociedades segmentarias, ya que están formadas por la superposición de segmentos familiares, cada uno de los cuales replica una sociedad idéntica a una escala menor, como los segmentos que forman una lombriz. A una tribu se le añaden nuevos segmentos -es decir, nuevos núcleos familiares-, pero sigue sin haber una estructura centralizada, ni existe en su seno una división de trabajo, ya que cada segmento funciona de forma autónoma. Son entes autosuficientes, uniéndose a los demás tan sólo en el caso de que sea indispensable para alcanzar un objetivo en común, como puede ser la protección frente al ataque de otra tribu o la construcción de complejas obras de regadío, imposible para cada segmento por sí mismo"[78]; no obstante, el citado autor, al referirse al elemento religioso del modelo tribal destaca que, "la religión es un elemento independiente vinculado al segmento concreto que la práctica, ya que está basada en el culto a los antepasados y cada familia tiene los suyos propios, sin que exista una institucionalización

[76] Cfr. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, ob. cit., p. 284.
[77] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 15.
[78] Cfr. MARTÍNEZ PEÑAS, L.: "El camino hacia el Estado como forma de organización político-social", en *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, N.º 11, 2018, p. 78.

religiosa de carácter general y uniforma"[79]; modelo de culto que efectivamente también imperará en la sociedad griega que estudiaremos *infra*.

En todo caso, el germen de la tribu es la familia, por lo tanto -en palabras de GAUME- la familia además de ser "la primera de todas las sociedades de que forma parte el hombre"[80], "no es solamente la más antigua de las sociedades, sino, bajo un sentido al menos, la más importante: es la base de todas las demás, la base del Estado y de la Iglesia"[81]. Para el referido autor, la familia es la base del Estado en virtud de que éste está compuesto por "la reunión de cierto número de familias bajo la autoridad de un jefe común para la conservación de su existencia y bienestar"[82].

En definitiva, el modelo de agrupación política tribal junto con la penalidad del pueblo hebreo que hemos estado revisando hasta ahora, nos da una primera idea del incipiente modelo de Estado que existía en aquel periodo: El Estado teocrático.

Los primitivos Estados teocráticos y tribales no se corresponden con la figura del Estado vigente en civilizaciones más recientes donde estarán presentes todos los elementos existenciales que lo componen: población, territorio y gobierno. El Estado se configurará definitivamente con todos sus elementos existenciales cuando las tribus compuestas por las distintas familias, aunque enlazadas por el parentesco, fueren absorbidas por la figura del Estado una vez que estas se establecieren en territorios determinados[83]. En cualquier caso, dentro del modelo de Estado teocrático y tribal primitivo algunas sanciones penales como la pena de muerte no estaba sólo sustentada por reglas estatales, pues -como hemos advertido reiteradamente- su principal inspiración fue religiosa en virtud de que se consideraba que la protección de la sociedad no devenía de una institución terrenal como lo es el Estado, sino que esta protección derivaba directamente de la Divinidad.

Aunado a lo anterior, algunas sanciones como la expulsión o la *proscripción* del condenado de la comunidad deja en evidencia la importancia de la unidad de los miembros del grupo como elemento definitorio del Estado tribal. La unión entre los miembros de una comunidad era el sustituto a la comentada inexistencia de arraigo al territorio como elemento del Estado

[79] Cfr. MARTÍNEZ PEÑAS, L.: "El camino hacia el Estado como forma de organización político-social…, ob. cit. p. 78.
[80] Cfr. GAUME, J.: Historia de la sociedad doméstica en todos los pueblos antiguos y modernos o influencia del cristianismo en la familia (Trad. J. M. y F.), seguida de la obra: BAUTAIN, M. L. E.: La religión y la libertad (Trad. PEREZ DE ACEVEDO, L.) Tomo I. Librería religiosa-Imprenta de Pablo Riera, Barcelona, 1855, p. 167.
[81] Cfr. GAUME, J.: Historia de la sociedad doméstica en todos los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 168.
[82] Cfr. GAUME, J.: Historia de la sociedad doméstica en todos los pueblos antiguos y modernos…, Ibid., p. 168.
[83] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 19 y 20.

tribal, por ello, la unidad de los miembros -además de implicar una garantía de supervivencia de cada integrante- era una garantía de estabilidad de la comunidad en su conjunto, y, por ende, consustancial con este primitivo modelo de <<Estado Teocrático y Tribal>>.

Finalmente, vemos que ya dentro de esta forma de organización político social del antiguo pueblo hebreo (Estado Teocrático) se puede apreciar la existencia concomitante de varias finalidades de la penalidad. Así, vemos que la <<retribución>> se expresaba en la necesidad de castigar con otro mal, el mal causado por el infractor a la comunidad o a la Divinidad, castigo éste que, de conformidad con la <<Ley del Talión>> llegará a ser proporcional. Pero también se verifica en este periodo la existencia de la <<prevención>>, en sus dos modalidades: General y Especial, como justificación de la penalidad. En el caso de la <<prevención general>>, esta se verificó mediante la <<intimidación>> a la comunidad que se pretendía conseguir con el castigo, intimidación esta que procuraba que <<nadie se atreva a repetir el hecho semejante>> (DEUTERONOMIO XXIV, 16); mientras que la <<prevención especial>> se pretendía lograr a través del castigo, pues se creía que el reo de delito quedaba purificado una vez hubiere pagado su culpa mediante el cumplimiento del castigo.

1.2.2.- La Edad Antigua: El Estado en la civilización griega y su penalidad

1.2.2.1.- La Polis y la sociedad tribal como modelos de sociedad políticamente organizada del periodo griego antiguo

La revisión del periodo griego -como parte de la Edad Antigua- es de vital importancia para evaluar la conformación de la figura del Estado, pues, la larga transformación de las costumbres de esta sociedad modificó las concepciones primitivas de la organización social y del gobierno básicamente patriarcal[84] que caracterizaba al pueblo hebreo. Uno de los grandes aportes que la sociedad griega dio a la doctrina del Estado fue, precisamente, la configuración del concepto de Estado. Para los griegos, decía JELLINEK, el termino Estado es idéntico al de ciudad, "razón fundamental por la cual la ciencia del Estado entre los griegos hubo de construirse sobre el Estado ciudad o sobre la ciudad-estado, y nunca pudo llegar a comprender el Estado como dotado de una gran extensión territorial"[85].

[84] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 45.
[85] Cfr. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, ob. cit., p. 153. Interesante el planteamiento que ha sostenido BARCELÓ para justificar la reducida extensión del territorio que conformaba a las Ciudades Estado; para el citado autor la región que conformaba la totalidad del territorio griego o helénico se caracterizaba por: "las vías de conexión con tierra, escasas y deficientes, dificultaban el tráfico debido a las condiciones espaciales. En relación con las estériles cadenas montañosas, la proporción de superficie útil para la agricultura era mínima. La excesiva fragmentación territorial, junto a la dificultad de las comunicaciones y el gran número de islas dispersas, favorecieron un proceso contrario a la formación de unidades estatales de gran extensión y poderío". Cfr. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma. 4ª ed. Alianza Editorial, Madrid, 2022, p. 21.

Así, la *polis* o ciudad-estado constituye el modelo de sociedad políticamente organizada durante buena parte del período griego[86]. La *polis* estaba conformada por comunidades de familias o casas, y, al igual que en el pueblo hebreo, estas familias eran patriarcales en virtud de que la máxima autoridad recaía sobre la figura del <<padre>>, aunque también la autoridad podría recaer sobre alguno de los hijos a quien le correspondería ejercer dicha autoridad de acuerdo al grado de afecto y por su mayor edad[87].

Asimismo, en cuanto a la estructura político social vigente durante la Grecia arcaica, BARCELÓ nos enseña que básicamente las *polis* contaban con un templo, un consejo y una asamblea popular, y tenía "una articulación social diferenciada que abarca a esclavos, jornaleros libres, artesanos y campesinos independientes, y en la que, finalmente, una capa de nobles hacendados se sitúa en la cúspide de la pirámide social"[88]. También en líneas generales, nos enseña REFORZA, "las formas políticas de las *polis* dependían de quien detentaba el poder político. Si se hallaba en manos de los oligarcas, la ciudadanía se adquiriría por la cuantía de la fortuna, esta forma política era más propia de la influencia espartana, dominada por un régimen oligárquico, lo que impedía que la mayoría de la población accediera a los derechos políticos. Si, por el contrario, la *polis* era gobernada democráticamente, caso de Atenas y otras *polis* bajo su influencia, los libres decidían todo lo relacionado con la *polis* a través de la participación política. Es importante señalar que tanto una forma de constitución como la otra excluían a los

[86] "El Estado griego es Estado Ciudad, es decir, *polis*; originariamente es la aldea fortificada; más tarde, la ciudad edificada en torno a esta aldea llega a formar el Estado, o al menos, el núcleo de una comunidad estatista cuya magnitud territorial era análoga a la de un cantón suizo". Cfr. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, ob. cit., p. 291. Asimismo, recientemente ESCOBAR SAN MARTÍN ha explicado que "parte importante de la forma y estilo de vida en la Grecia antigua tiene directa relación con la *polis,* centro de la vida pública. La idea del quehacer y de la organización política en entendida por los griegos como la forma de desarrollo preeminente de la humanidad, ya que otorga, por una parte, una morada en la cual cobijarse, y, por otra parte, permite al hombre sobrevivir. De ahí la importancia de la polis, único lugar en que es posible el desarrollo de la vida política. Cfr. ESCOBAR SANMARTÍN, R.: "Platón y la conformación del Estado I. Algunos elementos para pensar la ciudad y su legislación", en *Hermeneútica intercultural Revista de Filosofía*, N.º 24, 2015, p. 60. Por su parte, CARRILLO DE LA ROSA ha observado que "la *ciudad-estado* se convirtió en una fuerza que cohesionaba la vida y cotidianidad del mundo griego antiguo, una especie de organismo espiritual que dominaba la totalidad de la existencia de la comunidad y del ciudadano, de allí la importancia que tenía para cualquier griego presentarse no solo con su nombre y el de su padre sino, además, con el de su ciudad, lo que denotaba su pertenencia a una polis determinada. La polis se impone e imprime sus sellos al individuo, y el valor de este se mide en relación con el bien o mal que provoque a la polis". Cfr. CARRILLO DE LA ROSA, Y.: "La ley y justicia en el pensamiento griego", en *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, Vol. 3, N.º 2, 2011, p. 119. También, para un estudio detenido sobre la modelo político imperante en la Polis de la Grecia antigua Vid. VELÉZ UPEGUI, M.: "Polis y Dêmos. Una reflexión sobre la democracia griega antigua" en, *Co-herencia*, Vol. 18, N.º 35, julio – diciembre, 2021, p. 275-312.

[87] Vid. ARISTOTELES: Política…, ob. cit., p. 79.

[88] Cfr. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., ob. cit., p. 30.

esclavos y mujeres de todo derecho político y, por tanto, de capacidad para ser ciudadano"[89].

Ahora bien, la diversidad de ciudades que formaron parte del territorio griego de la Edad Antigua ha dificultado que eminentes investigadores hayan tenido una imagen exacta, acabada y global del modelo de Estado vigente durante la mayor parte del periodo griego correspondiente a la Edad Antigua; sin embargo, esto no fue obstáculo para que tales tratadistas hayan estudiado, desde una perspectiva evolutiva, el desenvolvimiento histórico del Estado helénico a través del análisis de sus principales periodos y de sus modelos de organización política más influyentes.

Así, uno de los aspectos estudiados por un sector de la doctrina especializada ha sido el relativo a la organización del gobierno en la época primitiva griega. De acuerdo a estos estudios, desde los albores de esta civilización helena, el régimen de gobierno de la sociedad integrada por el grupo de familias griegas era tribal, pues este régimen de gobierno estaba formado por los representantes de las distintas casas que conformaban las tribus[90]; en este sentido, WOODROW WILSON ha señalado que "la primitiva monarquía de Grecia, no estaba constituida por ciudades aisladas, como después las repúblicas, sino probablemente por grupos de comunidades que reconocían un gobierno en común"[91].

Por ello, si bien la *polis* es el modelo de sociedad políticamente organizada de referencia cada vez que se pretende estudiar la figura del Estado durante el período griego en general -entre otras razones porque la *polis* abarcó gran parte de la época de la antigua de Grecia- la civilización griega estuvo conformada por una organización social de mayor envergadura o dimensión material conocida como <<sociedad tribal>>. La sociedad tribal -dice BARCELÓ- "abarcaba un considerable número de asentamientos y un espacio bastante mayor que la *polis*. Sin embargo, desde una perspectiva organizativa, aparece mucho menos cerrada. Para denominarla se utilizan simplemente los nombres de los pueblos en cuestión, por ejemplo, *macedonios, epirolas o tesalios*, con lo que se pone ya de relieve un criterio de diferenciación respecto a la *polis*. La ciudad-estado recibe su nombre en función a los distintos asentamientos (Atenas, Esparta), mientras que del *ethnikéon* se extrae el nombre del país. Precisamente son estos *ethniká* los que ya servían para denominar aquellos grupos humanos que penetraron en Grecia en el transcurso de las oleadas migratorias. Y de esto resulta evidente que *ethnos* constituía el núcleo original, mientras que la *polis* representa un desarrollo posterior. En lo que respecta al territorio, los estados tribales (Macedonia,

[89] Cfr. REFORZA, P.: "Aristóteles: La política y el Estado", en *Filosofía, política y economía en el Laberinto*, N.º 2, 2000, p. 1.
[90] En este sentido, Vid. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma…, ob. cit., p. 23.
[91] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 46.

Épiro, Tesalia, etc.) ocupaban una parte sustancial del suelo griego, a pesar de no estar tan densamente poblados como aquellas regiones llenas de *póleis* (Peloponeso, Ática, Beocia, etc.)"[92].

Tanto dentro del modelo de sociedad tribal, como en la *polis,* la familia patriarcal griega poseía los rasgos característicos de la familia patriarcal que hemos repasado cuando estudiamos a la sociedad hebrea antigua, donde la autoridad del padre se extendía a todos los miembros de la estirpe, y donde la autoridad del padre era absoluta, única y permanente; en definitiva, el gobierno domestico durante el periodo griego antiguo también era una monarquía, pues la comunidad familiar estaba gobernada por una sola persona[93].

Con fundamento en ello, la primera forma de gobierno griego que se conoce era una variedad de monarquía, pero -en palabras de WOODROW WILSON- "no era la monarquía, tal como llegó a ser en los últimos tiempos del desenvolvimiento de la política clásica, y con la cual estamos tan familiarizados. Era una monarquía de una especie, que luego no existió más. Sería más propio, empleando las palabras según su moderno significado, llamarla *Presidencia patriarcal*"[94].

Así, vemos que si bien la <<monarquía patriarcal>> continuó siendo el modelo de gobierno dentro las familias griegas[95]; en el caso de la sociedad griega en general, con el transcurrir del tiempo, esta adoptaría una forma de gobierno distinto -ajustada a la cultura e idiosincrasia de cada una de las ciudades-estado que conformaban la antigua Grecia- y que además se ira transformando hasta alcanzar el modelo de gobierno imperante al final de la época clásica griega.

Por otra parte, la monarquía primitiva compuesto por varias casas o *gens*, como forma de gobierno del modelo de <<sociedad tribal>>, y a la que ya nos hemos referido más atrás, nos muestra quienes habitaban las arcaicas ciudades griegas, pues sólo los representantes de las casas o *gens* que integraban la totalidad de la tribu eran los inquilinos de estas localidades. Así WOODROW WILSON explica esta circunstancia: "Esta ciudad (…) era distinta de las ciudades griegas históricas, de las cuales Atenas puede ser tomada como tipo, y que servían de lugar de estancia real de las clases directoras de la población. La ciudad de los días de Homero contenía, sin duda la morada del rey y de los sacerdotes que les asistían; pero fuera del rey y de los sacerdotes, con sus familias y servidores, pocos más vivían habitualmente allí. Era una ciudadela situada en un alto, y en la cual, en caso

[92] Cfr. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., ob. cit., p. 42.
[93] Vid. ARISTOTELES: Política…, ob. cit., p. 62.
[94] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 45 y 46.
[95] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 45

de invasión, o de amenaza de invasión se refugiaban las familias confederadas que vivían en las comarcas cercanas. Contenía los templos de los dioses y era lugar de culto común. Era también el mercado en el cual se concentraba el comercio del país. Celebrabánse en ella las fiestas, los sacrificios, los consejos, los tribunales y las reuniones armadas del pueblo. Pero no se celebraban allí su vida diaria. No había, en efecto, vida en común, sino en clanes distintos. Cada <<casa>> era un organismo completo, independiente por sí mismo, con una muy viva existencia corporativa"[96].

En consecuencia, de lo relatado por el citado autor se puede extraer que estas ciudades se asemejan a lo que actualmente se conocen como ciudades capitales de los Estados modernos, en virtud de que en dichas localidades se encuentran la sede del poder político, religioso, económico y militar. Por otra parte, también la figura del rey era patriarcal, pero esta autoridad no era propiamente el rey de un pueblo, sino que gobernaba a una confederación de casas, es decir, de una "asociación de familias que se habían hecho gentes, pero que vivían en parte en grupo semi – independientes, cada una tenía su propia aldea y vivía su vida central aparte. El rey era el jefe de esas casas confederadas, y el asiento era la ciudad, alrededor de la cual se concentraba la vida confederada"[97].

Además, el hecho de que las primeras ciudades griegas se caracterizaron por ser una especie de ciudades familias, y de que la forma de manejar e interpretar la religión por estas familias era similar al comportamiento observado en el pueblo hebreo, nos muestra el grado de influencia que la religión tuvo en esta sociedad. En efecto, la agrupación de las familias en *fratrias*[98] surgió para celebrar el culto religioso y "por motivos análogo, estas se organizaron en tribus. Y la reunión de las tribus fue lo que constituyó la ciudad. Cada *fratria*, y cada tribu, realizaba la idea de la familia, por el culto de los mismos dioses, y la elevación de algún héroe común, como un antepasado epónimo, cada uno elevaba un jefe a la presidencia y sacerdocio supremo. Además, cada una de ellas conservaba sus asambleas y sus fiestas"[99].

---

[96] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 48 y 49.

[97] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 48.

[98] La palabra Fratria que empleamos aquí se corresponde con la explicación hecha por la Real Academia de la Lengua Española, en los términos siguientes: "entre los antiguos griegos, subdivisión de una tribu que tenía sacrificios y ritos propios".

[99] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., pp. 49 y 50. Sobre este aspecto, BARCELÓ ha advertido en sentido similar que en este modelo de sociedad "los nobles tenían atribuida la celebración del culto, monopolizando con ello el contacto con los dioses, estaban en condiciones de ejercer funciones de mando", e incluso "como cada hombre principal disponía de sus propios seguidores, en caso de necesidad lo podía movilizar para la guerra". Cfr. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., ob. cit., p. 43.

Así, al igual que lo sucedido con la sociedad hebrea antigua, el influjo religioso condicionó la vida de los integrantes de la arcaica sociedad griega, a tal punto de que "el padre era, ante todo, gran sacerdote de su casa; el jefe era, ante todo, gran sacerdote de su *fratria*; el rey, ante todo, sacerdote de su ciudad. Las demás funciones se desprendían de su autoridad religiosa más bien que se adicionaban a ella. La religión era la única causa, y la única sanción, de todo orden social en aquellos primitivos tiempos"[100].

Además, debido a lo anterior, obsérvese que la religión -al mismo tiempo de ser un motivo de unidad entre las distintas casas- fue también un signo de identidad de cada agrupación, pues cada familia conservaba entre sí sus tradiciones religiosas y ancestrales independientemente del resto de los grupos familiares. El comentado carácter distintivo de la organización patriarcal -sustentada en la autoridad sacerdotal- otorgaba a la cabeza de familia, *fratria* y tribu la representación de la unidad familiar, del grupo y de la nación en sus relaciones con los dioses, deidades que eran únicas e irrepetibles en cada grupo familiar.

En efecto, "una particularidad saliente de la religión de aquellos tiempos era la de que el padre, el jefe y el rey representasen a los dioses, con exclusión de todas las demás personas. Los dioses de una familia no eran jamás los de otra familia, los de una *fratria* o ciudad los de otra *fratria* o ciudad. Los dioses eran por aquellos días propiedad privada, con común, y eran como propiedad no enajenable. Todo gran sacerdote tenía, pues, un carácter particularmente sagrado y distinto, dentro del grupo del culto al cual presidía, y en ese carácter se contenían todas las demás prerrogativas. Era jefe de la religión de su grupo, y esta religión era la regla suprema de su vida"[101].

Ahora bien, a pesar de las circunstancias apuntadas, durante gran parte del periodo griego antiguo existió una religión común para toda esta nación, cuestión que quedó acreditada en los cantos homéricos escritos en el siglo VIII a. C[102]. Lo notable de esta religión compuesta por deidades comunes para

[100] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 49. Dentro de la fratria, la autoridad religiosa era conocida como *fratriarca*, el cual -según RUIZ GALACHO- tenía -entre otras funciones- la de presidir los sacrificios. Vid. RUIZ GALACHO, D.: "Constituciones políticas en la antigua Grecia: El Estado ateniense", en *Filosofía, política y economía en el Laberinto*, N.º 2, 2000, p. 6.

[101] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 51.

[102] La explicación de ello la encontramos en la época configuración de los grupos sociales de la época, pues recordemos que las familias se unificaron en genes y, una vez sucedía esto, era de esperar que con ello las tradiciones religiosas de la familia dominante pasara a formar parte del culto del resto de familias integrantes. En tal sentido, MENÉNDEZ VARELA ha puesto de relieve que "para los siglos V y IV a.C. El periodo del que se disponen testimonios suficientes respecto al ordenamiento cívico ateniense, se conocen unos 50 *genes*". Sin embargo, dice continúa el citado autor, "se presenta como un hecho verosímil que sólo una pequeña parte de estos gene dispusieron de privilegios exclusivos en la gestión del culto de algunas divinidades que pasaron de ser locales y gentilicias a auténticos cultos nacionales. Por citar una única fuente, el mismo ARISTÓTELES, cuando trata las funciones del arconte rey, informa de que las cuestiones relativas a los misterios eleusinos son administradas por él mismo junto a un representante de los Eumolpidai y otro de los Kérykes. Como es lógico suponer, lo más probable es que los *gene* que

todos los griegos es que, a nuestro modo de ver, describe -desde un punto de vista sacro y divino- el modelo de sociedad patriarcal griega imperante en aquel entonces.

En efecto, de acuerdo con lo apuntado por BARCELÓ, "las deidades (Afrodita, Apolo, Ares, Artemis, Atenea, Hades, Hefesto, Hermes, Poseidón, etc.) se insertan en un panteón según el modelo de la sociedad aristocrática, a cuya cabeza se alzaba el rey y padre Zeus" [103], Dios supremo que había adquirido ese honor "tras duras luchas contra los titanes, cuestión que le valió el reconocimiento por parte de los otros habitantes del Olimpo, como soberano" [104], circunstancia esta que, a nuestro modo de ver, define al culto griego como una religión patriarcal, donde la máxima autoridad de la familia de los dioses del olimpo es Zeus, cuya autoridad provenía, por un lado, de sus victorias en las luchas por él sostenida, y, por otro lado, de su condición de padre de muchas de las deidades[105].

Esta religión -cincelada por HOMERO y HESIODO[106]- fue de gran importancia para la sociedad griega, pues, ya para la época clásica griega esta religión "llegó a fusionarse ampliamente con el espíritu cívico de la *polis*" [107]. Así, señala BARCELÓ, "el ascenso de las ciudades-estado venía acompañada de la invocación de divinidades protectoras que estaban en estrecha relación con cada *poli*", aunque generalmente -continúa advirtiendo el citado autor- "cada individuo podía creer lo que quisiera siempre que evitara expresar opiniones ateas. En caso contrario, le amenazaba el destierro, puesto que el culto garantizaba la prosperidad de la *poli* y, por lo tanto, constituía una obligación cívica para cada uno[108]. Fiestas, sacrificios y banquetes cultuales comunes eran celebraciones sacrales y a la vez políticas en las que la comunidad de ciudadanos se transformaba en una comunidad cultual y se

---

mantienen un lugar predominante en estas liturgias de ámbito estatal fueran aquellos ligados a dichos cultos cuando éstos eran básicamente cultos gentilicios, es decir, antes de la construcción del Estado ateniense". Cfr. MENÉNDEZ VARELA, J. L.: "La monarquía griega antes de la constitución de la *polis*. Algunas consideraciones sobre el caso ateniense" en *Habis*, N.º 34, 2003, pp. 35 y 36.

[103] Cfr. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., ob. cit., p. 35.

[104] Cfr. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., Ibid., p. 36.

[105] Vid. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., Ibid., p. 36.

[106] Cabe destacar que una de las fuentes generalmente aceptada por los historiadores del pueblo griego antiguo lo constituyen las obras literarias escritas en el transcurso de ese periodo, y la razón nos la da PEREZ-BUSTAMENTE al advertir que "los poetas e historiadores clásicos recogen con toda fidelidad leyendas antiguas en que las hazañas de los hombres andan mezcladas a la intervención de los dioses: pero, a pesar de su carácter fabuloso, tienen estos relatos un gran fondo histórico tradicional, que la crítica moderna pone de relieve. En este sentido, Homero, con su Ilíada; Hesíodo, Tucídides, etc., prestan un incomparable servicio a la historia", sin embargo, también advierte el citado autor que estas fuentes deben ser tratadas con cautela. Cfr. PEREZ-BUSTAMANTE, C.: Compendio de Historia Universal. 17ª ed. Atlas, Madrid, 1969, p. 61.

[107] Cfr. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., ob. cit., p. 36.

[108] Un ejemplo de ello lo constituye el caso del filósofo Anaxágoras quien -estando en Atenas- "fue acusado por los enemigos de Pericles de negador de los dioses de la ciudad, se sustrajo del proceso huyendo a Lampsaco, entre 434 y 430, y allí murió el año 428". Cfr. DILTHEY, W.: Historia de la Filosofía…, ob. cit., p. 37.

aseguraba tanto su propia solidaridad como la buena armonía con los dioses" [109].

En definitiva, en la *polis* existía una unidad inquebrantable entre el Estado y la Iglesia. Esta unión entre Estado y religión, dice JELLINEK, "explica también otro fenómeno importante, que es el hacernos comprensivas las exigencias que inciden en las doctrinas de los grandes pensadores griegos, para quienes la educación del ciudadano para la virtud, es el fin último del Estado, y la conducta moral, el deber supremo del ciudadano. Estas son las consecuencias naturales de una concepción del Estado, cuyas raíces proceden de la antigua convicción del pueblo, que ve en el Estado la obra de Dios y la morada permanente del mismo, cuya veneración era el deber primero y sumo del ciudadano. El Estado antiguo es Iglesia al propio tiempo, y por eso no sólo ha de ocuparse del Derecho, sino también de la honestidad de la vida. Abarca cuanto es sagrado y querido del hombre, de aquí que el griego no deba entregarse al Estado por temor a una coacción exterior, sino por devoción. Es verdad que el Estado sólo le garantiza su vida al ciudadano, pero ésta abarca justamente todo lo que solamente es en el hombre digno de él" [110].

Dentro de este contexto, el Derecho vigente en ese entonces estaba enmarcado dentro de la llamada concepción *Iusnaturalista*[111]. En esta época, dice WELZEL, ley y naturaleza, *nomos* y *physis* constituían una unidad esencial, pues, "la regulación humana de la conducta estaba inserta en la mismas leyes del ser y era entendida en ellas y desde ellas" [112]. De acuerdo con el citado autor "la frase de Heráclito <<Todas las leyes humanas se nutren del uno divino>>, en la que ha querido verse a menudo el origen de la idea del Derecho natural, ha de entenderse también desde el punto de vista de aquella unidad esencial. Este <<uno divino>> es el *logos*, según el cual todo acontece y al que todo es común, y al que Heráclito designa también con la palabra *cosmos*, el orden universal, increado y eternamente el mismo para todos los seres, hombres y dioses. El hombre participa de este orden, del *logos*, por ser un alma. <<La mayor virtud se encuentra en el pensamiento, y toda sabiduría consiste en decir la verdad y de obrar de acuerdo con la *physis*, escuchando sus mandatos>>. Quien obra, pues, según la naturaleza, obra de acuerdo con el *logos*, con la ley universal, esta ley <<nutre >> las leyes humanas. Por eso también debe luchar el pueblo por su *nomoi* como por sus murallas. Está todavía muy lejos la idea de dos órdenes diversos, de los cuales uno, inferior y humano, debe reproducir el otro, superior y divino, poseyendo validez solo y en tanto que reproduce este último. Todas las regulaciones humanas

[109] Cfr. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., ob. cit., p. 37.
[110] Cfr. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, ob. cit., p. 293.
[111] Para una comprensión completa del Derecho natural y su influencia en la evolución del pensamiento jurídico, Vid. LUÑO PEÑA, E.: Derecho Natural. Editorial La Hormiga de Oro, Barcelona, 1945, pp. 16-27.
[112] Cfr. WELZEL, H.: Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. 2ªed. Aguilar S.A. Ediciones, 1979, p. 3.

vigentes en la *polis* son, más bien, de naturaleza divina, ordenes que se nutren del <<uno divino>>"[113].

Lo expuesto hasta aquí refleja un rasgo general presente en el época de esplendor del Estado Griego -concretamente en el modelo de Estado imperante en la ciudad-estado de Atenas-, sin embargo, esto no significa que el individuo no tuviere libertades frente al Estado, en efecto, el individuo -aunque no era reconocido como persona en los términos que actualmente es considerado por el Estado moderno[114]- era titular de libertades, aunque no tuviese consciencia de ellas[115].

Finalmente, en cuanto a los presupuestos existenciales del Estado griego, a pesar de que se podría decir que el Estado griego contaba con todos los presupuestos existenciales hoy aceptados (territorio, población y gobierno de dominación), el elemento determinante no era la existencia de territorio demarcado por fronteras, sino la población que lo conformaba. En efecto, JELLINEK explica al respecto que "el elemento territorial del Estado no fue reconocido por los antiguos en toda su significación. *El concepto de Estado va adscrito inmediatamente al de ciudadano -incluso cuando estos abandonan la patria- no al territorio, y porque el derecho del ciudadano es un gentilicio, va unido al Estado, en primer lugar, a la existencia de las razas y no a la de las tierras que ellas habitan ni a los lugares sagrados en que se veneran los dioses nacionales*. Por esto los ciudadanos que se hayan desterrados, si lo son en un número suficiente, se conceptúan como continuación del Estado destruido por los enemigos, el cual Estado revivirá cuando las transformaciones permitan una reconstitución del mismo"[116].

De lo comentado hasta ahora, podemos sintetizar los rasgos del Estado griego haciendo nuestras las palabras empleadas por JELLINEK para -precisamente- caracterizar al Estado helénico. De acuerdo con el citado autor, "el Estado helénico es una asociación de ciudadanos, unitaria, independiente y que tiene como base leyes y autoridades propias. Esa asociación ofrece un doble carácter: estatista y religioso. El principio superior para la administración y el Derecho es, en esta asociación, la conformidad con la ley"[117].

Una de las potestades inherentes al Estado es la administración de justicia, y, naturalmente, el modelo estatal de las ciudades-estado contaba con su forma de administrar justicia. Al respecto, WOODROW WILSON -al referirse a los procedimientos judiciales- explicó que "en algunos casos, sin

[113] Cfr. WELZEL, H.: Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural…, ob. cit., pp. 3 y 4. En sentido similar Vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: Historia del Pensamiento jurídico. 4ª ed. Universidad Complutense – Facultad de Derecho – Sección de Publicaciones, Madrid, 1980, p. 13.
[114] Vid. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, ob. cit., p. 302.
[115] Vid. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, Ibid., p. 298.
[116] Vid. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, Ibid., p. 301.
[117] Vid. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, Ibid., pp. 301 y 302.

duda, el rey administraba justicia por sí solo. Era generalmente el más rico, así como oficialmente el primero de los nobles del reino, y como tal, debía tener que juzgar muchas diferencias, suscitadas entre los numerosos miembros de su casa cuando no actuaba frecuentemente como juez de otros litigantes. Pero la mayoría de los procesos entre hombres pertenecientes a diferentes grupos de familias, se juzgaban por el rey en consejo á presencia del pueblo, como si se tratasen de asuntos públicos, teniendo cada consejero el derecho de emitir una opinión en su turno, y decidiendo probablemente por mayoría de votos"[118].

Estas características reflejan el modelo de sociedad vigente en la Antigua Grecia, modelo que evolucionará y cambiará progresivamente, aunque de forma distinta en las diversas ciudades que conformaron el territorio griego. Como hemos advertido *supra*, la particularidad de los comienzos de la sociedad griega ha dificultado que los investigadores estudien con precisión y facilidad la historia de la Grecia de la Edad Antigua. Sin embargo, esta dificultad generalmente ha tratado de ser solventada a través del estudio de la evolución de las ciudades de Atenas y de Esparta, ello en virtud de la mayor cantidad de noticias que se tienen de ellas.

También, pese a la comentada dificultad que acarrea corroborar la evolución de la totalidad de la sociedad griega antigua, no existe duda de que la conversión de *ciudad – familia* a *ciudad – estado* fue un proceso de relevancia debido a que este proceso se dio concomitantemente en casi todas las ciudades de la Grecia histórica. En efecto, las ciudades pasaron de estar conformadas por diversas familias a familias unificadas; así, "la ciudad era entonces, en lugar de un mero compuesto o agregado, un todo, del cual eran partes las tribus, las *fratrias* y las familias. La confederación, en cierto modo, había absorbido a los confederados. La ciudad, hija del gobierno de la familia, había usurpado su autoridad, haciendo a los parientes sus súbditos"[119].

Cada ciudad griega era independiente entre sí[120], cada una contaba con su propia organización de gobierno y estructura política[121], pero, pese a ello, todas esas ciudades conservaban tradiciones religiosas en común, las cuales "a menudo eran suficientes para disipar las contrariedades circunstanciales"[122]. Asimismo, el sistema de gobierno de estas ciudades pasó por las distintas formas de gobierno monárquicas, aristocráticas, timocracias, democracias con periodos de tiranías -aunque en el caso de Atenas ese proceso fue más tardío respecto de las otras ciudades-.

[118] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 47.
[119] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., pp. 53 y 54.
[120] Vid. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., ob. cit., p. 38.
[121] Vid. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., Ibid., p. 40.
[122] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 61.

Lo expuesto hasta ahora -además de traer nuevamente a colación algunos rasgos socio políticos de la sociedad griega antigua que orientaban su organización política- nos sirve para extraer algunas características relevantes de la penalidad durante este periodo. Una primera cuestión a destacar es que el periodo griego junto con el romano constituyen -en palabras de BARONA VILAR- el despertar de la civilización en el mundo jurídico, pues "es en ellos en los que se configura el germen de los sistemas jurídicos modernos y, por ende, de los procesales también, y desde los que es posible hablar de proceso penal"[123].

En efecto, de acuerdo con BARONA VILAR, "hay un elemento fundamental a destacar: es en estos momentos históricos cuando se ve paulatinamente pergeñando la línea divisoria entre lo público y lo privado. Repárese, pese a todo, que el sector <<público>>, el área afectada de los intereses generales, era mucho menor que la privada, y especialmente en materia de Derecho penal, por ejemplo, los delitos contra el Estado, contra lo público, se ubicaban en lo que se denominaba *crimen laesae majestalis*, distinguiéndose, especialmente en el Derecho romano, entre crímenes y delitos, siendo los primeros los verdaderamente graves que afectaban a todos, <<a lo público>>, mientras que los delitos eran referidos a intereses particulares"[124]

Concretamente, los avances que destaca la citada autora se empiezan avizorar con nitidez en la sociedad griega de los tiempos de ARISTÓTELES, donde -a través de él- se vincularía la idea de <<justicia>> a la idea de <<igualdad>>, pero no igualdad en sentido material como lo entendían los Pitagóricos sino a la idea de igualdad en el sentido de correspondencia de valores, idea aristotélica ésta que "distingue una justicia en sentido general -se corresponde con toda cosa que produce o preserva la felicidad- y una justicia particular -que puede ser distributiva o denominada igualdad proporcional, y correctiva o sinalagmática que regula las relaciones mutuas-" [125].

Por otra parte, hubo un aspecto que impactó en la configuración de algunas de las doctrinas filosóficas griegas y que no hemos comentado hasta ahora, pero que también se corresponde con la concepción iusnaturalista legitimadora del Derecho vigente en la Grecia antigua; y es que los conocimientos matemáticos y cosmológicos -provenientes de la civilización

[123] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 43. Sobre este aspecto, y en sentido contrario a lo que hemos venido sosteniendo, NIEVA FENOLL ha advertido que "tampoco fueron numerosas las aportaciones procesales suplementarias de la cultura griega, pese a que hay una gran cantidad de referencias a procesos judiciales en los en los autores clásicos que permiten hacerse una idea bastante certera de cómo debían ser sus procesos, al menos en Atenas. Y es que no hay que olvidar que los territorios de cultura griega poseían probablemente una gran fragmentación jurídica". Cfr. NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia…, ob. cit., p. 252.
[124] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 43.
[125] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 45.

egipcia- influenciaron tanto en las primeras manifestaciones del pensamiento filosófico acerca del Derecho, como en la forma en que la sociedad griega concebiría el Derecho vigente en aquel entonces[126].

En efecto, recordemos que el Derecho de la antigua Grecia estaba enmarcado en lo que actualmente se conoce como la <<concepción iusnaturalista>> del Derecho, concepción está que vincula las leyes que rigen la conducta humana con las leyes divina o cósmicas[127]. El fundamento filosófico griego de esta concepción durante el denominado *periodo cosmológico* de la antigua Grecia[128], lo podemos encontrar en el pensamiento de HERÁCLITO[129]. De las teorías de HERÁCLITO se desprende que las leyes humanas debían derivar de la ley cósmica para que pudieran ser consideradas validas[130].

De todo lo comentado hasta ahora en este apartado acerca de la civilización de la antigua Grecia, vemos cómo el Derecho griego también podría ser estudiado desde la <<perspectiva tridimensional del Derecho>>, al igual que ocurre en la actualidad. En efecto, de este apartado se desprende que el Derecho y el Estado -o Ciudades Estado- aglutinan los valores y la idiosincrasia existente en esta época arcaica. En este periodo, la figura del Estado se presenta como una gran familia regida por un gran padre que ejerce

---

[126] Vid. NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia…, ob. cit. pp. 251 y ss. Sin embargo, esta afirmación no es pacífica dentro de la doctrina filosófico jurídica, pues existe un sector de la doctrina -entre los que se encuentra MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPÚLVEDA- que objeta la referida influencia egipcia partiendo de que las filosofías orientales "eran esencialmente religiosas y su fundamento se encontraba en la tradición, mientras que la filosofía griega era investigación, nacida de un acto de libertad". Cfr. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA, C.: Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. Editorial Dikinson, S. L., Madrid, 2017, p. 20. Ahora bien, al margen de que el pensamiento filosófico griego sea independiente o no de la cultura egipcia, la doctrina ha sido conteste en reconocer que al Derecho de este período tenía un sentido cósmico, idea esta que se extendería hasta la época romana. En tal sentido, LUÑO PEÑA ha precisado que "pueden señalarse cuatro aspectos o nombres con los que se traducía aquella imagen que refería el modelo ideal de Justicia o Derecho como adscrito a la naturaleza cósmica: a) la doctrina de ARISTÓTELES acerca de la justicia natural en contraposición con la justicia legal; b) la doctrina estoica de ley natural; c) el concepto de CICERÓN acerca de razón natural, <<*naturalis ratio*>>, frente al de <<*ratio civilis*>>; d) la teoría romana de Derecho Natural, <<*jus naturale*>> por contraposición al <<*jus civile*>>. Cfr. LUÑO PEÑA, E.: Derecho natural…, ob. cit., p. 16.

[127] Para los griegos de la antigüedad, dice CAÑAS QUIRÓS, "nunca existió un deslinde preciso entre concepciones prerracionales y puntos de vista puramente científicos, como si acontece para una mentalidad moderna, acostumbrada a escindir del mito del *lógos*. El mito siempre constituyó una forma válida y eficaz de expresar verdades profundas y universales". Cfr. CAÑAS QUIRÓS, R.: "El origen de la filosofía en Grecia: la unidad del hombre con el cosmos", en *Revista Espiga*, Vol. 7, N.º 13, 2006, p. 5.

[128] Al respecto, Vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: Historia del pensamiento jurídico…, ob. cit., pp. 9-15; Vid. PIÑÓN GAYTÁN, F.: "Hombre, naturaleza y universo en la filosofía griega", en *Iztapalapa: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, N.º Extra 1, 1993, pp. 86-88,

[129] Para una mirada a la vida y obra de HERÁCLITO, Vid. ALONSO TRONCOSO, V.: "Para una historificación de Heráclito: A propósito de un libro reciente", en *Polis: revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad*, N.º 6, 1994, pp. 5-31.

[130] Vid. RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: Historia del pensamiento jurídico…, ob. cit., p. 13. Para HERACLITO, nos enseña DILTHEY, "todas las leyes humanas se nutren de una sola, la divina". Cfr. DILTHEY, W.: Historia de la Filosofía…, ob. cit., p. 33. Mas recientemente, Vid. CARRILLO DE LA ROSA, Y.: "La validez jurídica en el iusnaturalismo y positivismo", en *Saber, ciencia y libertad*, Vol. 6, N.º 2, 2011, p. 91

como monarca, cuya autoridad se sustenta tanto en su peso político como en su peso religioso; notas características estas que indudablemente influyen en la forma en cómo se gestionan y se organizan algunas instituciones como lo es la Administración de Justicia. Con esto se pone de relieve que, el Derecho y sus instituciones está vinculado a las concepciones morales y a las idiosincrasia imperantes en una sociedad determinada, vinculación esta que coadyuva a legitimar el Derecho mismo y, por ende, a fortalecer su eficacia.

1.2.2.2.- Una mirada a la penalidad desde el modelo de Estado Aristocrático griego

El Estado aristocrático fue uno de los modelos de Estado vigentes durante la época arcaica de la Grecia de la Edad Antigua, modelo estatal que se extrae de la composición y forma de gobierno que lo caracterizaba[131]. Así, el Estado aristocrático -explican detalladamente ADELAIDA MARTÍN y MARIA ÁNGELES MARTÍN- "se ha consolidado con una organización política en las que las magistraturas están reservadas a los nobles, el consejo está formado por exarcontes y en la asamblea sólo pueden participar los ciudadanos propietarios. En esta situación, mientras que el individuo no propietario no forma parte de la asamblea, el que lo es se siente fuerte e intenta afirmarse frente al poder estatal, tratando de conseguir mayores honores y prerrogativas. Pero la mayor novedad está, probablemente, en la organización social, en la que la *polis* va sucediendo a una organización de tipo gentilicio surgida como autodefensa ante la inseguridad producida al hundirse el imperio micénico. Frente a la ciudad-palacio de la Grecia micénica y la ciudad morada noble que la sustituye, la *polis* engloba a la población urbana y al campesino con igualdad de derechos y deberes. Inspirada en la idea de *isonomía*, poder y autoridad se encuentran en el centro de el ágora. La cultura, gracias a la escritura, está al alcance de todos y, de igual modo, las leyes sólo son válidas si sirven para conseguir la concordia social e igualdad de ciudadanos. Cuando hay disensiones, el rey, o la comisión de nobles dotados de autoridad, deben pronunciar su *themisté* (opinión sobre lo que es justo). La multitud de espectadores sigue el proceso, apoyando con gritos al que quiere favorecer, para que, de este modo, el rey conozca la opinión del pueblo y la interprete como la voluntad de Zeus. Este castigará, si es mala, al pueblo con pestes. Así la justicia está en manos de los reyes, pero al actuar implican a todos los miembros de la *polis*"[132].

[131] Según los versos homéricos, las formas de gobierno presentes durante el periodo de la Grecia Antigua, fueron: Realeza, Aristocracia y Democracia. Vid. RAMOS JURADO, E. A.: "Homero, obertura del pensamiento político griego", en *Habis*, N.º 13, 1982, pp. 14-16.

[132] Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, A. / MARTÍN SÁNCHEZ, M. A.: Introducción. En HESIODO: Teogonía, Trabajos y días, Escudo Certamen. 5ª Reimpresión. Alianza editorial, S. A., Madrid, 1986, 2022, pp. 11 y 12.

Ahora bien, la asimilación que acabamos de hacer de este modelo de Estado como característica de todas las sociedades helenas de la época arcaica de ningún modo puede considerarse absoluta, pues -como ya hemos advertido en varias oportunidades *supra*- aunque la estructura de la diversidad de *polis* era similar, la forma de gobierno variaba entre unas y otras[133]. Pero lo que sí fue una realidad compartida entre las *polis* fue el arribo de la escritura durante el siglo VIII a. C., y con la llegada de la escritura -además de establecerse e intensificarse la literatura y la codificación de las leyes- florecieron "los esfuerzos intelectuales encaminados a mejorar las condiciones de vida cotidiana, y dar a la vez explicaciones racionales sobre la estructura, composición y finalidad del universo"[134].

La concentración del poder, la posesión del arte de gobernar -como una potestad del gobernante y encarnación del Estado- implicaba que la acción del gobierno -aunque su trasfondo era engrandecer al Estado- iba dirigida a dominar al pueblo[135]. Así, la existencia misma del Estado aristocrático en este periodo histórico estaba personificado en el gobernante como legítimo titular de la soberanía, por lo tanto, la soberanía estaba enmarcada en los intereses particulares del gobernante, intereses que no necesariamente se correspondían con los intereses públicos y con los valores contenidos en la ley universal[136].

Ahora bien, nuestra pretensión de analizar la penalidad en relación con el Estado aristocrático estriba en que, si bien durante el periodo griego existieron varias formas de gobierno, a nuestro modo de ver, la forma de gobierno <<aristocrática>> es la que mejor se ajusta a nuestra intención de explicar la transformación sufrida por la administración de justicia griega; pues, sobre esta forma de gobierno aristocrática existen estudios que documentan algunos de los cambios que han enmarcado a la administración de justicia dentro de una serie de <<garantías>>, circunstancia ésta que es importante si pretendemos aproximarnos, con cierto detalle, al funcionamiento de la administración de justicia penal y, por ende, a la penalidad durante el periodo griego antiguo.

---

[133] En este sentido BARCELÓ ha advertido que "en una *poli* podía imperar una constitución oligárquica tanto como una democracia sin que ello supusiera un cambio de significado del concepto *polis*. De ahí que la *polis* griega sea muy parecida a la idea moderna de estado, que no conlleva una declaración implícita sobre la forma de gobierno existente". Cfr. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., ob. cit., p. 40.

[134] Cfr. BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma..., Ibid., p. 41. Muestra de ello lo constituye el caso de Protágoras de Sumo, importante filósofo de la escuela pitagórica, quien "fundó una comunidad que logró influencia sobre los órganos políticos de la ciudad de Crotonas o de otras colonias ítalas". Cfr. DILTHEY, W.: Historia de la Filosofía…, ob. cit., p. 30.

[135] Vid. POSADA, A.: Tratado de Derecho Político…, ob. cit., p. 13.

[136] En este sentido, TISSOT ha advertido que "el régimen aristocrático perfectamente establecido, ofrece pocas garantías al pueblo en la administración de justicia criminal, sobre todo en la reparación de los delitos de los grandes para con el pueblo". Cfr. TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo…, ob. cit., p. 47.

En este orden de ideas, tal como ha observado TISSOT, "hechos análogos prueban que, en Esparta, Atenas y Roma, en todas partes, el poder judicial pierde fuerza en manos del pueblo, y la adquiere el poder ejecutivo, hasta que al fin la recupera, bajo la nueva forma del jurado"[137]; esta cuestión apuntada por TISSOT no es baladí, pues nos muestra que a pesar de que la justicia es impartida por un tercero -distinto a las partes- en representación de la sociedad, la participación ciudadana no quedaba completamente excluida del ejercicio de la administración de justicia[138].

Por otra parte, la ley escrita fue otro elemento que contribuyó al establecimiento de garantías dentro de la administración de justicia dentro de este modelo de Estado, pues con la ley escrita se reducían los actos abusivos y arbitrarios, propios de un modelo de justicia configurado de acuerdo con el misticismo religioso dominante en la época. En efecto, como bien ha advertido CADAVID GUERRERO, en una época donde los nobles (la aristocracia) administraban justicia conforme a la tradición, "sin referencia alguna a regla o ley escrita; se trataba de un Derecho cuya autoridad venía del propio Zeus y que Homero identifica con el *Themis*"[139]; los ciudadanos libres y ajenos a la nobleza -continúa CADAVID GUERRERO- "experimentaron el abuso político de la magistratura, se exigió la creación de leyes escritas que el poeta Hesíodo identifica con Dyké (Diosa hija de Zeus y Temis)"[140]; exigencia esta que – a pesar de que la ley continuaría teniendo inspiración divina- redundaría en mayores garantías en la administración de justicia, por cuanto la legislación escrita representaría -en palabras del citado autor- "un avance, especialmente en los aspectos relativos a la igualdad frente a la administración de justicia, de suerte que el término Dyké se convertirá en el ideal de lucha contra el poder injusto"[141].

Ahora bien, obsérvese de lo comentado hasta aquí, que ya en el modelo de organización político social que imperó en la Grecia de la Edad Antigua se vislumbra con mayor claridad los caracteres del Estado moderno, pues ya desde aquel entonces se aprecia un incipiente engranaje entre los elementos existenciales del Estado (población, territorio, gobierno, leyes)[142].

---

[137] Cfr. TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo…, ob. cit., p. 35.

[138] Vid. NOVO PÉREZ, M.; /ARCE FERNÁNDEZ, R. / SEIJO MARTÍNEZ, D.: "El tribunal de jurado en Estados Unidos, Francia y España: Tres modelos de participación en la Administración de justicia. Implicaciones para la educación del ciudadano", en *Publicaciones: Facultad de Educación y Humanidades del Campus de Melilla*, N.º 32, 2002, pp. 336 y 337.

[139] Cfr. CADAVID GUERRERO, I. A.: "La justicia en el marco del Estado Griego", en *Revista Ratio Juris*, Vol. N.º 7, N.º 15, 2012, p. 117.

[140] Cfr. CADAVID GUERRERO, I. A.: "La justicia en el marco del Estado Griego…, Ibid., p. 122

[141] Cfr. CADAVID GUERRERO, I. A.: "La justicia en el marco del Estado Griego…, Ibid., p. 123.

[142] En este mismo sentido, CADAVID GUERRERO ha advertido que "aunque el Estado se concibe como un invento de la Modernidad, las circunstancias que lo circunstancias que lo circundan y que dan lugar a una definición común que lo describe como *una forma moderna de organización de la sociedad que posee los elementos de población, territorio, poder político y poder soberano*, hasta sus orígenes y su formación,

Por otra parte, en cuanto a la penalidad, entre las conductas consideradas delitos, se encontraban los agravios, los ultrajes y los homicidios a los integrantes de la familia, delitos estos que, según revela ARISTÓTELES, "son mucho más impío contra los padres y madres y los que son parientes próximos que contra los extraños"[143].

Respecto a las penas, a pesar de que en materia penal no se contaba con un Derecho común para todas las ciudades griegas, "la filosofía unifica las ideas penales de estas ciudades y se considera al delito como un daño al Estado que necesariamente debería imponer como remedio al mal causado"[144]. Un ejemplo de ello, nos los dio Platón quien -en palabras de NEUMAN- "intuyó la necesidad de tres tipos de cárceles: una en la plaza del mercado (cárcel de custodia), otra, *sofonisterion*, en la misma ciudad (casa de corrección), y la tercera, con el fin de amedrentar (casa de suplicio) en un paraje sombrío y alejado de la provincia. En el tercer libro de *Las Leyes*, Platón distingue entre crímenes extraordinarios, cuyos autores debían sufrir muerte civil, y aquellos que sólo merecían sanciones de corrección y que, por tanto, debían hacerse efectivas en un establecimiento especial"[145].

Pero en cuanto a la naturaleza de las penas generalmente impuestas a los delincuentes, en consonancia con la Ley de represalia que imperaba culturalmente en este periodo griego, estas sanciones eran de variada índole en correspondencia con el tipo de delito cometido. Así, por ejemplo, en el caso de los delitos contra la propiedad, la sanción consistía en una contraprestación que debía pagar el victimario al ofendido, la cual debía ser proporcional con la naturaleza del delito o con la magnitud del daño cometido. No obstante, las penas más utilizadas eran las destinadas a dar muerte al condenado, entre las que se contaban: el apedreamiento, la decapitación, la introducción de plomo derretido por la boca[146], la espada, el lazo y el veneno[147].

En líneas generales, la penalidad griega estuvo basada en la denominada Ley de represalia la cual se basaba en la Ley del Talión. Asimismo, al igual que lo comentado con respecto a la penalidad del pueblo hebreo, la persona agraviada o los familiares de la misma eran los legitimados para ejecutar la pena. En tal sentido, un rasgo de diferenciación entre la sociedad griega y la hebraica está en que aquella "no se consideraba ofendida por el atentado cometido por algunos de sus miembros, que nada exigía al culpable, y se mostraba satisfecha si lo estaban los perjudicados por el

son muy similares a los que dieron origen a las primeras colonias griegas en el siglo VIII antes de nuestra era, momento en que aparecen las primeras *polis*". Cfr. CADAVID GUERRERO, I. A.: "La justicia en el marco del Estado Griego…, Ibid., p. 122

[143] Vid. ARISTOTELES: Política…, ob. cit., p. 93.

[144] Cfr. SOSA CHACÍN, J.: Derecho Penal. Tomo Primero…, ob. cit., p. 52.

[145] Cfr. NEUMAN, E.: Prisión Abierta. Una nueva experiencia penológica…, ob. cit., p. 9.

[146] Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho Penal…, ob. cit., p. 32.

[147] Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho Penal…, Ibid., p. 33.

crimen"[148]; en consecuencia, a diferencia de lo que ocurría con el pueblo hebreo, en la sociedad griega no existía la obligación moral sobre el ofendido de perseguir y ejecutar la pena sobre el victimario sopena de ser considerado impuro.

Si bien la Ley del Talión representó un sí misma una garantía de proporcionalidad en materia penal, esta ley no era suficiente para controlar las arbitrariedades y abusos cometidos por parte de los particulares agraviados por el delito. Pues, en el caso de que las víctimas y dolientes, estas eran las encargadas no sólo de ejecutar la sanción sino también de juzgar al acusado; la justicia ejercida de esta forma no era ajena a arbitrariedades. Esta circunstancia propició la consolidación de tribunales dirigidos a impartir una justicia penal bajo un procedimiento garantista similar al conocido actualmente como el <<Sistema Acusatorio>>[149].

En todo caso, con lo visto hasta ahora respecto a la sociedad griega antigua, además de reflejarse que el Derecho vigente durante este periodo tenía una clara perspectiva tridimensional sobre la cual ese Derecho pudiera ser evaluado, se puede concluir que la penalidad griega -al igual que lo ocurrido con el pueblo hebreo- tuvo varias finalidades concomitantes, siendo la <<retribución>> del mal causado por el delito la orientación protagónica; sin embargo, las distintas finalidades -en las que se incluyen la prevención general y la prevención especial- podían variar de importancia de acuerdo a la categoría del delito cometido por el culpable.

---

[148] Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 17.

[149] Una cuestión consecuencia del desarrollo de la civilización humana -en palabras de- es que "el Estado se convirtió en el garante de la observación del equilibrio entre el crimen y el castigo, y como tal ha desempeñado la función de árbitro supremo en la resolución de los conflictos entre diferentes grupos y comunidades. La venganza barbárica no desapareció por completo, pero fue desplazada por los sistemas tardíos del castigo penal. Cuando estos pierden su eficacia o se debilitan por algunas causas, inmediatamente renace el exceso de castigo, basta recordar los linchamientos y las prácticas de venganza sangrienta generados por los clanes rivales de la delincuencia organizada". Cfr. MALISHEV, M.: "Venganza y ley", en *La colmena: Revista de la Universidad Autónoma de México*, N.º 53, 2007, p. 27. En otro orden de ideas, acerca de la creencia de que debe existir vinculación entre el Derecho penal y el Derecho procesal penal, resulta interesante traer a colación en este lugar el planteamiento realizado por ARMENTA DEU, quien afirmó que a pesar de que el Derecho penal y el Derecho procesal penal constituyen dos orbitas complementarias, no quiere decir que necesariamente entre ambas deba existir coincidencias. En efecto, la citada autora ha advertido que "si bien una primera apreciación tiende a reclamar una orientación paralela, o al menos no contradictoria, entre fin del proceso y fin de la pena, no resulta exacto tampoco exigir una asimilación completa. Como la historia demuestra, es perfectamente posible aplicar un sistema procesal acusatorio, a códigos penales en los que la pena persigue objetivos tan diversos como los retributivos o los de prevención general. La explicación puede encontrarse en el diferente ámbito en el que actúa el Derecho penal y el proceso penal, coincidente en algunos aspectos -y es ahí donde no cabe la contradicción- pero diverso en otros de índole propiamente procesal o que afectan generalmente al marco constitucional". Cfr. ARMENTA DEU, T.: "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, Fasc./Mes 2, 1995, p. 442.

CAPITULO II
LA FIGURA DEL ESTADO Y LA PENALIDAD EN LA EDAD ANTIGUA: LA ANTIGUA ROMA

2.1.- La civilización romana y su penalidad durante la Edad Antigua

La organización política y jurídica de los civilización romana antigua es de gran importancia para comprender las instituciones jurídicas y políticas vigentes en la civilización occidental contemporánea; pues, de la civilización romana proviene la estructura jurídica, los métodos de sistematización del Derecho, y la metodología de estudio del Derecho que la civilización moderna emplearía para consolidarse como sociedad políticamente organizada[150].

Ahora bien, realizar un estudio exhaustivo de las instituciones de Derecho público perteneciente a la Roma de la Edad Antigua se escapa del objeto de esta investigación, además de que pretender hacerlo sería -aparte de ingenuo y pretencioso- inabarcable y, por lo tanto, tendría un resultado incompleto o deficiente. Sin embargo, consideramos que hacer una brevísima revisión de algunas características de los principales tipos de régimen de gobierno que la civilización romana tuvo, nos permitiría observar -con mayor claridad- las motivaciones o finalidades que orientaron a la penalidad vigente durante el periodo romano antiguo[151]; ello por dos razones, a saber: La primera razón estriba en que, como hemos visto en las civilizaciones estudiadas en el *Capítulo I*, la organización política de toda civilización es también reflejo y expresión de los valores y de la idiosincrasia imperante en las familias que la conforman; cuestión esta que no es menor porque de las concepciones imperantes en estas sociedades domesticas emana la estructura

---

[150]El reconocimiento de la importancia del Derecho romano para conocer las instituciones jurídicas actuales, no ha estado libre de cuestionamientos dirigidos a mermar su importancia y a propiciar el abandono de su estudio; no obstante, estos cuestionamientos si bien no han aminorado el valor del Derecho romano para los estudiosos de esta disciplina jurídica, pero si han puesto de relieve la dificultad de hacer accesible los conocimientos jurídicos romanistas a los juristas en general, allí radica el verdadero problema de la subsistencia del Derecho romano. Al respecto, Vid. IGLESIAS MARTÍNEZ, J.: "Defensa de los estudios romanísticos", en *Anuario de Historia del Derecho español*, N.º 50, 1980, pp. 353 y ss. Por otra parte, acerca de la influencia que Roma ha tenido en la conformación de la civilización occidental, LOEWENSTEIN lo ha sintetizado de la manera siguiente: "es generalmente conocido lo que Roma significa para la civilización política del mundo occidental: el Estado de Derecho, en el que fue llevado a cabo una profunda aparición del Derecho público y el Derecho privado; su fundamento en la igualdad de derechos para todos los ciudadanos; el Derecho romano como la técnica mejor y más apropiada para la administración de un Estado de grandes extensiones; el Derecho natural como la justificación de un orden universal racional". Cfr. LOEWENSTEIN, K.: "Roma y la Teoría general del Estado", en *Revista de estudios políticos*, N.º 174, 1970, p. 5.

[151] En este sentido, BARONA VILAR ha señalado que "un paseo por la historia romana ofrece igualmente la visión de una estrecha y absoluta vinculación entre el régimen político vigente en cada momento con la concepción, modelo y sistema penal y procesal que se diseña al respecto. Las diversas concepciones políticas diseñan sus propias normas, y con ellas el <<sistema jurídico>> que les es más adecuado y conveniente". Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 52.

de las instituciones que marcan el rumbo de la sociedad en su conjunto. La segunda razón la encontramos en que la historia del pensamiento jurídico ha demostrado que los cambios que experimentan las instituciones jurídicas -entre las que se encuentran las penas- no se deben, *per se*, a los planteamientos filosóficos que los inspiran, justifican y legitiman; pues tales planteamientos no son más que el reflejo a una razón pragmática: <<la necesidad de resolver los problemas que se presentan en el entorno político-social>>; por lo tanto, si con los cambios experimentados por las instituciones jurídicas se ha intentado resolver tales problemas[152], la penalidad romana -como institución jurídica- es producto de decisiones políticas orientadas a resolver algunos de los problemas político-sociales que afectaban a la civilización romana[153].

Ya adentrándonos en el análisis de los aspectos correspondientes al presente *Capítulo II*, tradicionalmente, las disciplinas científicas dedicadas a estudiar los aspectos políticos y jurídicos de la sociedad romana han clasificado al régimen de gobierno de Roma en tres tipos, a saber: Monarquía, República e Imperio. Ahora bien, como ocurre en toda sociedad, la civilización romana -durante todo su desarrollo histórico- ha contado con la <<penalidad>>, la cual -aunado a su función protectora de la sociedad frente a los ataques de los delincuentes- ha servido para preservar los intereses de los que han detentado el poder, sea en beneficio personal o de la sociedad en su conjunto, sea para preservar la existencia y la estabilidad del pueblo romano, o sea para mantener las costumbres y las creencias religiosas.

Para conocer estos supuestos, vamos ahora a estudiar -muy brevemente- los principales rasgos de la civilización romana que, a nuestro modo de ver, resultan relevantes para comprender la finalidad y la función de la penalidad vigente durante la Roma de la Edad Antigua.

---

[152] En este sentido, FRIEDMAN y LANDINSKI han advertido que "el Derecho naturalmente responde al cambio social en la sociedad. Los procesos legales reflejan los problemas sociales, las instituciones colectivas y la dirección en la que se mueve la solución colectiva de los problemas, los intereses diversos y en conflicto que se refieren al proceso de toma de decisiones y, sobre todo, la naturaleza incremental del cambio social". Cfr. FRIEDMAN, L. / LANDINSKI, J.: "El Derecho como instrumento de cambio social", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 27, 1969, p. 26.

[153] Para ilustrar nuestro planteamiento, traemos a colación lo señalado por IGLESIAS quien -refiriéndose al Derecho público romano- ha resaltado y explicado la vinculación entre las decisiones políticas y el Derecho para solucionar los problemas de la sociedad romana; IGLESIAS explica esta cuestión, en el tenor siguiente: "tenemos para nosotros por verdad innegable afirmada la de que una política crea un derecho y esta cumple al servicio de aquella la misión de aunar y ordenar las fuerzas sociales, disciplinando las voluntades, fijando los procederes, determinando las conductas. Pues bien, el Derecho romano en magna creación de una conciencia política, que entraña una idea clara y objetiva, ligada inseparablemente a la idea del fin. Fin soberano, superior a todos, que es el bien de la comunidad -el *bonus communis*-. La comunidad encuentra su lugar en la concepción política romana. Comunidad es cosa común, obrar común. Y Estado romano es comunidad, pero cabalmente comunidad que incluye dentro de sí individualidades, y en modo tal, que no reciben la presión de aquella. La individualidad no sufre bajo el peso opresor de la comunidad, porque se halla envuelta en forma total por el sentir y el vivir comunes. Individualidad y comunidad forman como un cuerpo y alma unimismados en el afán de la alta empresa que es el bien de todos en el Estado". Cfr. IGLESIAS, J.: "Política y Derecho en Roma", en *Anuario de Historia del Derecho español*, N.º 15, 1944, pp. 659 y 660.

La organización político-social de la antigua Roma estuvo regulada por el Derecho político[154]. Naturalmente, este Derecho político romano era distinto al Derecho constitucional que regula al Estado de Derecho moderno[155], pues, al igual que lo sucedido con la figura del Estado de Derecho, el Derecho constitucional -cuyo propósito es regular la organización política de una sociedad con miras a proteger al individuo frente al poder arbitrario del Estado[156]- ha sido el resultado de la evolución que las instituciones han experimentado a largo de la historia de la civilización humana occidental[157].

Ahora bien, ya adentrándonos en la historia política de la civilización romana antigua, en un principio Roma -a semejanza de la civilización griega- se estableció como una <<ciudad estado>>[158]. Así, dice KUNKEL, "el Estado romano de la época arcaica es uno de esos innumerables estado ciudad de la Antigüedad, que gravitan en torno a un único reducto fortificado, escenario del tráfico económico y de la totalidad de la vida pública; a su alrededor se extiende un área sobre la cual sólo encuentran caseríos aislados o aldeas abiertas. La reducida extensión de esta área, o sea, del <<territorio estatal>> que poseía la comunidad romana en su nebulosa prehistoria, se traduce en una procesión (*ambarvalia*) que, sacrificando víctimas, solía recorrer, cada año en mayo, los mojones de los antiguos confines y que sobrevivió incluso hasta la época cristiana del Imperio. Esta procesión encerraba una demarcación que podía recorrerse cómodamente en todas las direcciones en tres horas, y que corresponde aproximadamente a la tercera parte del espacio que ocupa el principado de Andorra. Y si hoy día viven en la escasamente población de Andorra unas 6.000 personas, dada la situación económica de la época arcaica romana, la misma extensión tampoco alimentaría en aquel entonces a más de 10.000 o 12.000"[159].

---

[154] Aquí adoptamos la denominación de Derecho político POSADA, quien lo definió como "el Derecho del Estado, totalmente considerado según la concepción filosófica, el desarrollo evolutivo histórico, la crítica y la determinación del ideal". Cfr. POSADA, A.: Tratado de Derecho Político. Tomo II. 2ª ed. Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1916, p. 63.

[155] Para una revisión profunda del concepto racional normativo de la Constitución, Vid. GARCÍA PELAYO, M.: "Constitución y Derecho constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)", en *Revista de estudios políticos*, N.º 37-38, 1948, pp. 55-66, también en, Vid. GARCÍA PELAYO, M.: Derecho Constitucional Comparado. 4ª ed. Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1957, pp. 34-41.

[156] Vid. ORTEGA SANTIAGO, C.: "El Derecho constitucional en su contexto: El ámbito cultural del constitucionalismo", en *Teoría y realidad constitucional*, N.º 21, 2008, p. 332.

[157] Para una revisión de algunos de los factores que han influido en la configuración del Derecho constitucional contemporáneo, Vid. AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "La función de la Constitución en el contexto contemporáneo", en *Revista de Derecho constitucional europeo*, N.º 12, 2009. pp. 172-180.

[158] Vid. ESPINOSA RUIZ, U.: "El modelo romano de ciudad en la construcción política del imperio romano", en CIUDAD RUIZ, A. / IGLESIAS PONCE DE LEÓN, M. J. / MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. C. (Coord.) Reconstruyendo la ciudad Maya: El urbanismo en las ciudades antiguas. Sociedad Española de Estudios Mayas, Valladolid, 2001, p. 164.

[159] Cfr. KUNKEL, W.: Historia del Derecho romano. 9ª ed. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1985, p. 9. Por su parte IGLESIAS definió la *ciudad estado* romana de una forma más llana que la planteada por KUNKEL, al referirse a la ciudad estado como "un agrupamiento de hombres libre, establecidos sobre un pequeño

Pero los romanos -en palabras de WODROOW WILSON- no se resignaban "a la vida exclusivamente municipal, a la cual la destinaba o preparaba su forma de gobierno, que era la de Atenas, Esparta, y otras ciudades cómodamente ocultas en los rincones de los valles, en medio de las montañas de Grecia. Roma no podía vivir una vida separada. Había alrededor de ella ciudades rivales en las llanuras del lacio, y más allá del Tíber, en la Etruria, y era necesario, o que ellas se sometiesen, o someterse. Luego que las colocó bajo su supremacía, se encontró con que sólo había conseguido otros vecinos hostiles, ante los cuales su territorio quedaba también abierto. Para su propia seguridad parecía Roma obligada a conquistar toda la Italia. Sometida Italia, no estaba separada de Sicilia más que por un estrecho brazo de mar. Impulsada por la política y por la ambición de apoderarse de esta isla atractiva, encontrándose frente a frente con el poder de Cartago. Vencida Cartago, vióse inducida a ocupar a España. Encontrábase Roma arrastrada en un torbellino terrible que la obligaba a empujar a la fortuna. Hasta que hubo rodeado el Mediterráneo con sus conquistas, y enviados sus ejércitos muy lejos en los tres continentes que tocaban en sus aguas internacionales, no pudo ni un instante abandonar la empresa enorme, que consistía, en poner el mundo entero a los pies de una sola ciudad. Su vida constitucional tuvo que sentir los choques producidos por esas conquistas. Semejante estado de guerra influía en una manera profunda en su política, especialmente permitiendo a los plebeyos conquistar derechos políticos mucho más pronto, que de otro modo podido ser"[160].

Asimismo, esta dinámica o empresa conquistadora dio lugar a la creación de <<provincias>> las cuales -en el uso oficial de Roma- simbolizaban: <<una extensión del poder>>; entonces, con el vocablo <<provincia>> fueron designadas las divisiones territoriales de una comunidad política superior[161]. Así, una provincia romana implicaba que la región estaba dentro de una "esfera de influencia de un magistrado soberano, y solo de una manera gradual, acabó la palabra por designar la región sobre la cual un magistrado ejercía su autoridad. Cada provincia tenía sus distritos, y sus instituciones de gobierno local, determinado por un comité de senadores nombrado con ese objeto. El gobernador tenía su estado mayor de auxiliares militares y civiles, sus lugartenientes, secretarios, oficiales, servidores, interpretes, ingenieros, médicos y sacerdotes, los servicios de los cuales

territorio, todos ellos dispuestos a defenderlo contra cualquier injerencia extraña y conjuntamente participes de las decisiones que portan el interés común". Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones. 10ª ed. Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1993, p. 13.

[160] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 148.

[161] Vid. MARTÍNEZ DIÉZ, G.: "Génesis histórica de las provincias españolas", en *Anuario de Historia del Derecho español*, N.º 51, 1981, p. 523. Por su parte, BRAVO JIMÉNEZ explica que "etimológicamente, *Provincia* viene de *Pro vincere*, para sujetar, por lo que está sujeta al *Imperium* de su conquistador. Su territorio no es *Ager Italicus*, sino *Ager Publicus*, por lo que no puede ser sujeto de propiedad particular". Cfr. BRAVO JIMÉNEZ, A.: "Notas sobre aculturación romana. Integración, asimilación y municipalización en Provincia Hispania Ulterior", en *Euphoros*, N.º 4, 2002, p. 158.

corrían de cuenta del tesoro público; tenía además los clientes y los esclavos que quería, pero los sostenía por su cuenta, es decir, a cuenta y a cargo de los súbditos de la provincia. Los *cuestores*, que estaban encargados de la administración financiera, no eran, como los otros, nombrados por él: esos funcionarios se nombraban en Roma mismo, y se enviaban a la provincia, en lugar de ser tomados en la ciudad en las que habían de desempeñar sus cargos"[162].

Esta necesidad de los romanos de expandir sus dominios condicionaría la legislación romana, pues la empresa conquistadora implicaba que Roma debía contar con un ejército estable, y ello implicaba -a su vez- que la población -en general- estuviere conforme con la garantía de sus derechos. En efecto, la historia antigua y contemporánea ha demostrado que la garantía de los derechos del individuo es un factor importante en la estabilidad de toda sociedad humana[163], pero lo que aquí nos interesa destacar es que la referida necesidad de expansión de la civilización romana impulsó reformas legislativas con miras a ajustar las leyes -sin desconocer los intereses de la población originariamente romana- a las necesidades de los pueblos conquistados.

Un ejemplo de esto último lo constituye el hecho de que, a pesar de que el ejercicio de la libertad religiosa estuvo regulado en las leyes romanas, ello no significaba que tales prerrogativas beneficiaban a toda la población romana[164]. En efecto, la legislación romana siempre estuvo orientada a favorecer a la clase patricia en todos los aspectos, incluido el aspecto religioso, y, por ello, los patricios creían que solo ellos eran los legítimos beneficiarios de la prerrogativas divinas. Sin embargo, pese a esta tendencia, durante el devenir histórico romano marcado por las conquistas emprendidas, los privilegios religiosos se irán expandiendo hacia los plebeyos en la medida en que estos -como componentes necesario para lograr el éxito de la mencionada

[162] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 157.

[163] Por ejemplo, dentro del Estado de Derecho moderno -nos dice FIGUERUELO BURRIEZA- "actualmente las Constituciones son consideradas el orden jurídico fundamental del Estado; por tratarse del estatuto jurídico de lo político de estas normas, que son las supremas del ordenamiento jurídico, conviven una pretensión de estabilidad y una pretensión de dinamicidad para proporcionar cambios en el seno político, razón por la cual se repite con insistencia que la Constitución es un orden abierto". Cfr. FIGUERUELO BURRIEZA, A.: "Garantías constitucionales de los derechos de los menores", en *Revista europea de derechos fundamentales*, N.º 21, 2013 (Ejemplar dedicado a la protección jurídica del menor), p. 20.

[164] Según GHIRARDI -al analizar la libertad de culto en la civilización romana- "los romanos fueron sumamente tolerantes hacia otras religiones. Todas estaban admitidas, si bien hubo en algunos momentos intentos de prohibir alguna, como los realizados ya durante el primer siglo de la República, cuando el Senado aprobó una legislación para intentar garantizar que sólo se adorase a los dioses tradicionales únicamente mediante los ritos habituales, a raíz de la obsesión que se había desatado por cultos estrafalarios" Cfr. GHIRARDI, J. C.: "¿Es la libertad de cultos un principio general del Derecho?", en *Estudio sobre principios generales y Derecho Romano*, Vol. 1, Octubre de 2022, p. 51. Por otra parte, para un estudio detenido sobre la libertad religiosa en la sociedad romana antigua, Vid. MARCOS, M.: "La libertad religiosa en el Imperio romano", en *llu. Revista de ciencia de las religiones. Anejos*, N.º 18, 2007, pp. 61-81.

empresa expansionista de la civilización- vayan adquiriendo mayor protagonismo y atención por parte del poder romano[165].

Por otra parte, si bien como resultado de la conquista romana sobre los pueblos sometidos se produjo un proceso de <<aculturación>>, pues, en palabras de BARONA VILAR, allá donde Roma se incorporó "presentó tres aspectos muy complementarios: por un lado, la dominación militar, por otro, la difusión de la cultura grecolatina y, finalmente, la extensión de su derecho a las poblaciones sometidas e incorporadas a la vida del mundo antiguo"[166]; no obstante, ese proceso de <<aculturación>> no se dio en todos los casos, pues la cultura romana incidió escasamente en regiones como, por ejemplo, Inglaterra a pesar de haber estado colonizada durante cuatro siglos[167].

En todo caso, lo relevante de esta acotación es que -dentro de este inevitable proceso de <<aculturación>> romana sobre las poblaciones conquistadas- debido a la necesidad de mantener la lealtad de las poblaciones conquistadas, y a la necesidad de adaptar las relaciones comerciales a las nuevas realidades, la legislación civil romana se unificaría mediante la incorporación de los principios del *jus civile* y demás legislaciones provinciales dentro del *jus gentium*[168]. Así, esta unificación resultaría beneficiosa para las poblaciones conquistadas, pues, con ello se aseguraría la universalidad de los principios de justicia que -según el sentir de jurisconsultos como GALLO- las normas del *jus gentium* consagraban[169]. Sin

[165] Un caso emblemático en este sentido nos lo muestra WOODROW WILSON, al exponer que "en el año 445 a. C., el Senado se vio obligado a dar su asentamiento a un voto de la *Comitia Tributa* -se llamaba a este voto un *plesbiscitum*-, según el cual en adelante el matrimonio entre patricios y plebeyos se consideraría como legal. Semejante ley echaba por tierra de un solo golpe la disposición de la religión, que prohibía a quien no era de la sangre de los antepasados de la ciudad, desempeñar, los grandes cargos del Estado o aproximarse a los dioses y a los auspices. En adelante la religión no tiene ya por qué ocuparse en la pura sangre patricia". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 149.

[166] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 52.

[167] Al respecto dice BARONA VILAR que "obviamente, esa ausencia de influencia romana se percibió en la evolución del medio anglosajón, precisamente porque los pueblos que fueron invadiendo Inglaterra en los siglos posteriores, no eran conocedores del Derecho romano". BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 53.

[168] Acerca de este aspecto, Vid. RICCOBONO, S.: "Esbozo de la evolución del Derecho romano", en Revista de Derecho privado, N.º 40, 2021 (Ejemplar dedicado a: Enero-junio), pp. 497-512. Pese a esta aparente unificación entre el *jus civile* y el *jus gentium*, dice MIQUEL, siempre se respetó el dualismo entre ambos Derechos, es decir, la existencia concomitante de ambos Derechos. Vid. MIQUEL, J.: Derecho romano. Marcial Pons: Ediciones jurídicas y sociales S. A., Madrid, 2016, p. 70.

[169]En efecto, sobre este punto IGLESIAS señaló que "según la famosa definición de Gayo, es *ius gentium* <<el que la razón establece entre todos los hombres>>: *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, Pero la <<naturalidad>> de las normas e instituciones del *ius gentium* no es algo alejado de la realidad objetiva de las cosas, sino algo consustancial a ellas. Para los romanos, *natura* es la realidad, que es concreción y no abstracción. Solo en la época posclásica, la *naturalis ratio* es concebida como lógica natural de orden trascendente. Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho Romano. Historia e instituciones. 18ª ed. Sello Editorial S.L., Barcelona, 1958 y 2010, p. 76. Por su parte, aclara la creencia de Gayo al explicar que "Gayo en su Primer Comentario de las *Institutas*, dice que ius gentium es el que la razón natural colocó entre todos los hombres y se guarda de un modo igual entre todos los pueblos. Aunque confunde el *ius gentium* con el *ius naturale*, sin embargo, el fondo del concepto señala la existencia de una ley universal basada en la

embargo, vale decir que esta unificación de principios sería sólo en materia civil, pues, en materia penal cada región conservaría sus prerrogativas de acuerdo con la idiosincrasia del lugar. En consecuencia, la penalidad en las provincias romanas no estaba unificada de la misma manera que lo estaban las normas de naturaleza civil.

También, en otro orden de ideas, específicamente el aspecto referido a la organización social y de gobierno de la sociedad romana antigua, al igual que lo sucedido con el pueblo hebreo y con la civilización griega, la *familia* tuvo un papel preponderante en la organización político social de la sociedad romana. En efecto, la ley romana -dice WOODROW WILSON- "aquella madre prolífica de las ideas y prácticas legales modernas, lleva en toda ella impreso el sello indubitable de un tiempo en el cual el padre gobernaba, como rey y supremo sacerdote, la familia"[170]. De manera que, en palabras de IGLESIAS, "el Estado y el Derecho en Roma no son más que la proyección en el tiempo del precívico ordenamiento familiar y gentilicio. En la *familia*, en la *gens* es dable descubrir los gérmenes de la organización política y jurídica"[171].

La familia romana, según observó JELLINEK, "descansa en la concepción de una severa organización autoritaria: el *pater familias* tenía un poder político sobre los suyos que duraba lo que su vida; en tanto que el poder político en Grecia estaba reglado por la ley y limitado en interés de los que estaban sometidos a su poder, poder que además expiraba, por lo que respecta a los hijos, cuando llegaban estos a su mayor edad. Por consiguiente, la situación del padre de familia romano respecto al Estado, era muy otra de la del griego; pues el primero tenía un poder de autoridad independiente y no derivado del Estado ni sometido a su fiscalización, es decir, un poder análogo al del Estado. Se diferencia este poder, por tanto, al de una pequeña monarquía, según nuestra manera de ver, en que la familia romana no poseía un territorio determinado, sino que era una mera asociación de personas"[172].

---

naturaleza racional" Cfr. HANISCH ESPÍNDOLA, H.: "Principales hitos de la historia del iusnaturalismo", en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 4, N.º 1-6, 1977, pp. 157 y 158.

[170] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 17.

[171] Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones…, ob. cit., p. 11.

[172] Vid. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, ob. cit., p. 304. En el mismo sentido, IGLESIAS ha señalado que "al jefe de la comunidad familiar -*pater familias*- se someten por igual personas y cosas, y el agregado de unas y otras se nombra, precisamente, con el término común *familia.* El vínculo que liga a los individuos con el jefe no tiene su fundamento en la sangre, sino en el sometimiento de la misma autoridad". Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones…, ob. cit., p. 14. Por su parte, AMUNÁTEGUI PERELLÓ, vincula el concepto de familia patriarcal con los términos <<agnación>> y <<cognación>>, por cuanto "la agnación se explica por la posición dominante del padre dentro de la estructura familiar romana. Son dos personas agnados entre sí toda vez que están sujetas a una misma potestad paterna (*quae sunt sub unius potestate*), sea por obra de la naturaleza (nacimiento en justas nupcias) o del Derecho (adopción o abrogación)". Cfr. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F.: "El concepto de familia en Roma arcaica", en *Ars Boni et Aequi*, N.º 1, 2005, p. 121. Mientras que la cognación hace referencia al sentido de *pariente*, es decir, a la relación con el grupo familiar al que se pertenece. En la familia romana, la madre es cognada mas no es agnada, pues, sólo los parientes masculinos producto del matrimonio legítimo son agnados. Cfr. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F.: "El concepto de familia en Roma arcaica…,

Como veremos enseguida, sobre todo durante el periodo de la Monarquía, el poder del *pater familia* -de sangre patricia- no se limitaba a su entorno familiar, pues, su autoridad trascendía y llegaba a influir en la vida de toda la comunidad romana cuando -en representación de su familia- formaba parte del máximo órgano consultivo de gobierno de Roma: *El Senado*[173].

Ahora bien, como ya hemos advertido *supra*, en un principio el Estado romano se configuró como una <<ciudad estado>> integrada por "una confederación de *gentes*, de curias, de tribus, y las decisiones del rey y del Consejo, se llevaban al conocimiento de una Asamblea general -*comitia*- de todos los hombres de las curias"[174]. Dentro de este contexto de <<ciudad estado>>, las funciones de gobierno de los antiguos reyes romanos (Periodo de la Monarquía) eran similares a lo observado en la cultura griega antigua, pues, estos monarcas fungían como los grandes sacerdotes de la nación,

---

Ibid., p.124. En definitiva, en palabras de GUTIÉRREZ BERLINCHES, "lo genuino o caracterizador de la familia romana es el sometimiento de todos sus miembros a la potestad del *pater familias*. Al menos en un primer momento del Derecho romano esto era así, y por este motivo se ha dicho que el Derecho privado romano era propiamente el Derecho de los *pater familias*, que era casi absoluto y se desplegaba sobre todos los miembros de la familia". Cfr. GUTIÉRREZ BERLINCHES, A.: "Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del Derecho de alimentos", en *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, N.º 0, 2004, p. 144.

[173] Según MIQUEL, "la estructura estamental de la sociedad romana arcaica, con el predominio de la oligarquía patricia, se refleja fielmente en la organización del senado. El propio nombre *senatus* indica que en sus comienzos debió de tratarse de un consejo de ancianos (*senex* = anciano). Pero mucho más reveladora es la denominación de *patres*, que se aplicaba a los senadores y que apunta claramente al hecho de que originariamente esta corporación hubo de estar constituida exclusivamente por patricios". Cfr. MIQUEL, J.: Derecho romano…, ob. cit., p. 45. Si bien el *pater familia* (de sangre patricia) era un integrante habitual del Senado, durante el devenir histórico de Roma, también pasaran a formar parte de la familia senatorial personas de distintas clases (patricios y plebeyos), pues la selección de los senadores no se basaría en la sangre patricia sino en la riqueza y posición social (Oligarquía). Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 162. También, en sentido similar, Vid. FERNÁNDEZ URBIÑA, J.: "El imperio romano como sistema de dominación", en *Polis: Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad clásica*, N.º 18, 2006, p. 88; y CARMONA CARMONA -al analizar el origen de algunas familias senatoriales procedentes de la península ibérica- matiza ese planteamiento al señalar que el ascenso político de las familias aparentemente ajenas al gentilicio <<romano>> no fue del todo cierto, pues, según el citado autor, "tenemos que tener en cuenta a la hora de analizar estos procesos de promoción política el hecho de que muchas familias eran de origen itálico, es decir, aunque oriundos de la península ibérica sus antepasados eran colonos provenientes de la propia península itálica. Estos senadores procedían de familias de un linaje muy antiguo y prestigioso" por lo tanto, continúa CARMONA CARMONA: "no se nos debe escapar este fenómeno, pues puede llevarnos a error pensar que la mayor parte de la gente que era ascendida al senado romano era de origen indígena, nada más lejos de la realidad, la prosopografía nos da muestras gracias a los apellidos familiares de que la mayoría de los provincianos que accedieron al senado, al menos en esta época inicial del imperio, tenían un origen itálico". Cfr. CARMONA CARMONA, A.: "Aproximación a las principales familias senatoriales del *Municipium Florentinum Iliberritanum*", en *Hispania Antiqva: Revista de Historia Antigua* XLVI, 2022, pp. 134 y 135. Por su parte advierte IGLESIAS que, en la época de la Monarquía, "el *rex*, soberano vitalicio, esta asistido por el *senatus*. Nacido como órgano asesor del rey, a él pertenecen, en un principio, los *patres* de las gentes fundadoras de las *civitas*, que la tradición fija en número de ciento. Es probable que en un momento posterior la designación de los senadores recaiga en el rey, por virtud de propia decisión o simplemente como refrendo a un acuerdo del *senatus*". Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones…, ob. cit., p. 14.

[174] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 126.

general en jefe y juez[175]. Lo relevante a destacar de esta primigenia organización política romana era que el monarca "estaba asistido por un Consejo -un Senado- compuesto de jefes de familias"[176], y, en caso de muerte del rey, el "Consejo compuesto por todos los padres de familia de las gentes, elegía un *interrex*, que duraba cinco días en su cargo, y el *interrex* nombraba un sucesor, el sucesor pedía consejo a los padres, y nombraba un rey, los comicios confirmaba esta elección"[177].

El <<Senado>>, aparte de asistir y aconsejar al rey en las tareas del gobierno -dice IGLESIAS-, "decide, con su *auctoritas -auctoritas patrum-*, sobre la validez de acuerdos tomados por las asambleas populares *-comitia-*. Además, es función suya la de asumir las riendas del poder regio al quedar vacante la más alta magistratura"[178].

Mas adelante, durante la época de la República romana, el poder del Senado permanecería prácticamente intacto en comparación con las otras autoridades que conformaron institucionalidad romana. En efecto, en la República, las prerrogativas de gobierno político que tenía el monarca pasaron a manos de dos cónsules, quienes eran nombrados cada dos años por la llamada *Comitia Centuriata* -especie de Asamblea conformada por plebeyos[179] y patricios-, y las atribuciones religiosas recayeron sobre la figura de un gran sacerdote denominado *Rex Sacrorum*; también, otras instituciones como las curias perdieron el derecho de elegir a los reyes -en virtud de que

[175] Vid. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones…, ob. cit., p. 14.

[176] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit.., p. 126. Así habla WODROOW WILSON de la importancia del Senado desde los inicios de la civilización romana: "el Senado era el gran Consejo de los <<Padres>>, en las cuales cada gens tenía un representante. En teoría, el rey elegía a quien quería en cada gens, para ocupar su puesto en el Senado; pero la costumbre, y la fuerza de la opinión, le obligaban en cierto modo, a elegir hombres de edad madura, hombres que eran realmente los primeros en sus gentes respectivas, y así la constitución conservó con fuerza la huella de los tiempos antiguos, cuando, formado por jefes, no tenía a rey a quien servir. El rey y el Senado constituían el poder administrativo del Estado-ciudad; el pueblo no tenía otra Asamblea que la de las curias, a la cual todos podían acudir, hasta los plebeyos, sin duda como espectadores, pero en la cual sólo podían votar los hombres de sangre patricia, y en la que sólo se votaba sobre los asuntos que el Senado remitía a las curias. La Asamblea de la curia era llamada sólo a sancionar la elección del rey, ya hecha por el *interrex* y el Senado, a aprobar las grandes modificaciones hechas en la ley, a votar sobre tratados y las declaraciones de guerra, y a testificar de los actos legales solemnes, como la adopción de los herederos de las casas patricias, o la de recibir extranjeros como miembros del pueblo romano. Sólo el rey o el *interrex* podía convocar esta Asamblea; no podía votar sino sobre los asuntos preparados para ella por el Senado; su voto no podía ser más que sí o no; reducía el papel del pueblo al de testigo, y no tenía iniciativa en los negocios del Estado; el rey y el Senado constituían al gobierno, el rey era el señor, el Senado su Consejo, al cual debía pedir informe aun cuando debía de seguirlo". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 129 y 130

[177] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 127

[178] Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones…, ob. cit., p. 14.

[179] Aunque, WOODROW WILSON ha advertido que "los patricios lo intervenían prácticamente todo. Los *Comitia Curiata*, que conferían el *imperium*, eran una Asamblea patricia. Los *Comitio Centuriata*, que elegían los cónsules, votaban por centurias, y la mayoría de las centurias se sacaba de las clases patricias, o a lo menos de las clases ricas, que tenían el mismo interés que los patricios, de suerte que únicamente los patricios eran nombrados para las funciones públicas". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 133.

esta figura dejó de existir-, pero en el caso del Senado -que, como acabamos de advertir *supra*, estaba mayoritariamente compuesto por *pater familias*, y, por lo tanto era una institución marcada por las prerrogativas y tradiciones que acompañaban a esa figura de la familia romana-, este órgano consultor recibiría incluso más poder del que tenía en la época de la monarquía[180].

Además, si apreciamos los cambios desde el punto de vista político, los referidas transformaciones que algunas instituciones romanas experimentaron no fueron producto de revoluciones rápidas, sino, por el contrario, tales transformaciones provienen de reformas lentas[181], reformas que -como acabamos de advertir- casi no afectaban al Senado[182]. Estas reformas eran parte de la estrategia realizada por la clase dominante romana para mantenerse en el poder, estrategia que -como veremos enseguida- se enfocaron en el reconocimiento de los derechos a la clase desfavorecida, y en la creación de órganos de exigibilidad de esos derechos[183].

---

[180] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 131. "El Senado romano se distinguía de los cuerpos análogos, en que no tenía competencia claramente definida. Desde la época de la aparición de los cónsules hasta fines de la segunda guerra púnica -509 a 201 a. C- constituía virtualmente, según las concepciones políticas de entonces, el gobierno de Roma. Sus consejos determinaban toda la acción del Estado. Y sin embargo no tenía no tenía derechos legales bien determinados. Siempre conservó su carácter primero, como un simple cuerpo consultivo al que todo magistrado podía pedir consejo, consejo que nadie estaba obligado a seguir. Estuvo asociado a los cónsules, como lo había estado a los reyes, para darles consejos en los asuntos en que les fueren pedidos. Sus poderes eran estrictamente hablando, poderes de asentamiento, más bien que de iniciativa. Ejercía la *auctoritas*, poder de impedir la introducción de una legislación que no aprobaba, y el *consilium*, el derecho de actuar, por vía de aprobación o de enmienda, sobre las proposiciones ejecutivas. Además, tenía la intervención plena en materia de hacienda pública, porque poseía el derecho de determinar la tasa de impuestos y la manera de percibirlos, de votar el empleo de los fondos públicos y revisar las cuentas de los funcionarios del tesoro. En primer término, reivindico y ejerció el derecho de aprobar o rechazar, según su voluntad, las leyes y las elecciones en que intervenían las Asambleas del pueblo. Tenía autoridad en todas las cosas, podía prescindir de las leyes en épocas de miseria o de peligro, y en resto del tiempo daba su última mano a los asuntos del Estado, velando por el mantenimiento de la antigua costumbre. Sin embargo, su autoridad real era la que la opinión misma otorgaba. No era fuerte, sino mientras tenía la mayoría a su favor". Cfr. Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 133 y 134.

[181] A pesar de que el movimiento hacia la República es el resultado de una <<revolución>> emprendida por Servio Tulio, la instauración del orden republicano -en palabras de IGLESIAS- no significó "una ruptura lenta con la constitución regia. Pasará largo tiempo hasta que el rey se vea convertido en simple jefe de los asuntos religiosos -*rex sacrorum* o *sacrificulus*-, para llegar un momento en que tal jefatura es asumida por el *pontifex maximus.* Sólo a mediados del siglo IV a. de C. se dibuja con caracteres claros la efectiva organización republicana". Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones…, ob. cit., p. 18.

[182] En tal sentido, WODROOW WILSON ha señalado que, "la constitución romana al progresar lentamente tenía que experimentar cambios radicales; pero el Senado, sin embargo, mantúvose durante ese tiempo sin alteración casi. Creáronse nuevas magistraturas, modificándose las antiguas o bien vieron estas transformaciones el papel que desempeñaban en el Estado; los mismos principios de la ley experimentaron muchas alteraciones, pero el Senado no dejó de presidir, de intervenir, de actuar: era la parte más elástica, y por ende la más duradera de esta constitución. Todos los ataques debían dirigírsele a él, y pudo sostener el esfuerzo sin verse seriamente herido, y fue siempre el árbitro de todas las cosas" Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 136.

[183] Acerca de la necesidad de reivindicar los derechos de los plebeyos en igualdad de condiciones por parte de las autoridades romanas, CICERON defiende la necesidad de establecer tal prerrogativa al decir lo siguiente: "Y niegan con rotundidad que por culpa de un pueblo indómito deba rechazarse todo gobierno

Debido a la relevancia que el Senado tenía dentro de la organización política-social romana, consideramos que estudiar la actuación de esta Asamblea es de vital importancia para comprender la penalidad del periodo de la república romana porque el Senado, como órgano consultivo, tuvo enorme poder en las decisiones políticas y en la confección de las leyes[184] - e incluso, en algunos casos, era competente para imponer sanciones penales[185]- , y, por lo tanto, a través del análisis de lo sucedido con esta institución podemos hallar algunas de las razones que influirían en la penalidad de todo el periodo romano.

Ahora bien, en el transcurso de la civilización romano antigua existieron dos factores que marcaban el rumbo de su legislación: uno de los factores consistía en la diferencia de clases representada entre patricios y plebeyos, que propiciaba la pugna por la obtención de privilegios para un grupo de detrimento del otro, privilegios que giraban en torno al poder político, económico y social; y el otro factor que marcaría el rumbo de la legislación a lo largo de todo el periodo romano fue las tradiciones o las costumbres y las creencias religiosas.

Una muestra del primero de los factores mencionados la encontramos en el hecho de que a pesar de que las leyes romanas tenían carácter público, en la práctica, estas leyes funcionaban más como una manifestación de propiedad privada que pública, ello debido a que las leyes estaban avaladas por un Senado tradicionalmente conformado por la clase dominante: los patricios. En efecto, el hecho de que el Senado estuviere integrado por sólo un sector de la población romana, hacía que este órgano realmente no representare a la voluntad general en los términos que -dentro de un modelo de Estado de Derecho moderno- podemos entender a la figura del <<Senado>>. En todo caso, la referida configuración del Senado romano, propiciaba que la ley tuviere una connotación de propiedad privada, pues el contenido de la ley sólo era conocido por los patricios, cuestión esta que daba lugar a que la observancia de los deberes y la exigibilidad de los derechos sólo recayera sobre la clase privilegiada y, por lo tanto, el sector de la población

---

de un pueblo libre: nada es más estable, nada es más seguro, que un pueblo que goza de concordia, donde toda cuestión se somete a su seguridad y a su libertad, y la concordia es facilísima en un Estado en el que todos se guían por un interés común; Mientras que las discordias nacen de las divergencias de intereses, cuando difiere el de unos y otros. Por eso cuando los patricios acaparan el poder, la situación política nunca ha sido estable, y mucho menos en las monarquías, en los que, como dice Enio: *No hay lealtad ni alianza sagrada*.

Porque, como la ley es el vínculo de la sociedad civil, y el derecho de la ley, igual para todos, ¿con que derecho puede mantenerse una sociedad de ciudadanos, cuando no es igual la condición de esos ciudadanos? Pues si no se requiere igualar la riqueza, si no es posible equiparar las capacidades intelectuales de todos, si deben ser iguales los derechos de los que son ciudadanos en un mismo Estado. Porque ¿Qué es una comunidad política, sino una sociedad de derechos…?". Cfr. CICERON, M. T.: La República. Alianza Editorial, Madrid, 2023, pp. 84 y 85.

[184] Vid. KUNKEL, W.: Historia del Derecho romano…, ob. cit., p. 28.

[185] Vid. TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo…, ob. cit., pp. 37 y 57.

conformada por los plebeyos quedaba técnica y jurídicamente indefensa, ello en virtud de que el desconocimiento del contenido de la ley propiciaba la aplicación arbitraria de la misma sobre los plebeyos[186].

Esta realidad se fue transformando a partir de las reivindicaciones exigidas por los plebeyos frente a la labor despótica de los *Decemviros* (451-449 a. C). En efecto, a raíz de estas reivindicaciones, el Senado no sólo codificó las leyes y las hicieron públicas, sino que también, aparte de consagrar el derecho de oponer apelación a todas las sentencias de los magistrados, estableció la posibilidad de que los plebeyos tuvieren presencia en las discusiones del Senado -a través de los denominados *Tribunos del Pueblo* con derecho de intervención-[187].

Lo relevante de la reivindicación de los plebeyos derivada de la molestia ante la falta de publicidad de las leyes fue la creación de la <<Ley de las XII Tablas>>[188]. Sin embargo, estas XII Tablas, decía WODROOW WILSON, pese a que consagraron "el derecho de apelar de las decisiones de los magistrados, el castigo por corrupción de los jueces con la muerte, la prohibición de hacer leyes dirigidas contra los particulares, la remisión de los negocios criminales a la jurisdicción de los *Comitia Centuriata*, y la obligación de los magistrados, cuando citaban las decisiones del pueblo sobre las que se apoyaban, de citar la última de todas, en lugar de elegir entre las nuevas y las antiguas, el texto en su mayoría estaba destinado a la legislación civil"[189].

---

[186] Vid. Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 143.

[187] Situación que dio lugar a la creación de la *Comitia Tributa*, como especie de órgano legislativo cuyas decisiones también tendrían fuerza de ley. Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., pp. 144 -146.

[188] En este sentido, MARCOS CELESTINO ha señalado que "la promulgación del código de las Leyes de las XII Tablas suele ser presentada como uno de los primeros logros del pueblo romano en su lucha por la igualdad de derechos entre los ciudadanos: *auquare leges omnibus*. El germen de este código es ordinariamente puesto en estrecha relación con los importantes cambios socio-políticos y económicos experimentados por Roma a finales del siglo VI a. C. y principios del V a. C., tras la caída de la monarquía etrusca dominante en Roma. En este periodo la Urbe había conocido una importante expansión tanto territorial como económica, y consecuencia de ello fue la creación de nuevas magistraturas a raíz de las rivalidades entre patricios y plebeyos. Se llega a afirmar que las Leyes de las XII Tablas, junto con la aprobación de una ley tendente a que pudiera recurrirse el nombramiento de cualquier magistratura (*ne quis ullum magistratum sine provocatione crearet*), así como el reconocimiento legal de la inmunidad de los tribunos y la consideración de rango de ley para las votaciones de la asamblea popular, supusieron un verdadero programa constituyente que, a mediados del siglo V a. C., reformó profundamente la República romana…, aunque no fue capaz de rellenar el hondo abismo que seguirían abriendo las enormes diferencias existentes entre las distintas clases sociales de Roma". Cfr. MARCOS CELESTINO, M.: "La ley de las XII Tablas", en *Helmantica: Revista de filología clásica y hebrea*, Tomo 51, N.º 155, 2000, p. 353. Por su parte, CARVAJAL REMIREZ nos recuerda en sentido similar que "la Ley de las XII Tablas no sólo es una codificación sino también un texto constitucional, y desde este punto de vista no sólo es un signo de avance en la llamada lucha patricio-plebeya, sino una etapa en la afirmación de la organización social ciudadana por sobre la gentilicia". Cfr. CARVAJAL RAMIREZ, P. I.: "La función de la pena por la <<injuria>> en la Ley de las XII Tablas", en *Revista de estudios históricos-jurídicos*, N.º 35, 2013, p. 158.

[189] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 147.

En materia penal, según ha explicado IGLESIAS, los delitos públicos eran castigados con pena pública -corporal o pecuniaria, y recibían el nombre de *criminia*; mientras que, en el caso de los delitos privados, estos eran castigados con pena privada pecuniaria, y eran conocidos técnicamente como *delicta* o *malefia*[190]. En el caso del Derecho penal estipulado en la Ley de las XII Tablas, dice MIQUEL, "presenta un carácter marcadamente privado. El Estado interviene, para establecer el orden jurídico violado, únicamente allí donde el delito atente directamente contra él. En el caso de alta traición, de incitar al enemigo a que tome armas contra Roma o de substraerse del censo para evitar prestar servicio militar"[191].

Ahora bien, el Derecho penal privado contenido en la Ley de las XII Tablas se rigió por los principios del <<Talión>> y la <<Composición>>. En cuanto a la interferencia que existía entre los mencionados principios dentro de la Ley de las XII Tablas, nos recuerda MIQUEL que el <<Talión>> supuso un progreso frente a una venganza privada incontrolada, en tanto que el <<Talión> afirmaba que la venganza había de ser proporcionada a la ofensa, y es anterior a la <<Composición>>; así, la interferencia estuvo -dice el citado autor- en que "la Ley prescribe el Talión para el caso de lesiones graves, es decir, que dejan inútil un miembro fundamental siempre que el ofendido no quiera aceptar la Composición. En cambio, hay Composiciones fijas para las lesiones leves y para las injurias"[192].

En cuanto a la administración de justicia durante la República romana, esta fue ejercida por magistrados, y sus decisiones estaban sujetas a apelación, siempre y cuando no se tratase de asuntos juzgados en primera instancia por los tribunales de jurado. Asimismo, la administración de justicia aplicada dentro de las provincias romanas le correspondía al *promagistrado*, pues éste "era el juez en última instancia, sin que la ley limitase su competencia, salvo su propio edicto, que daba en el momento de su entrada en funciones, y en el cual procuraba reproducir ciertas reglas observadas por su predecesor"[193].

---

[190] Vid. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones 18º ed.…, ob. cit., p. 311.

[191] Cfr. MIQUEL, J.: Derecho romano…, ob. cit., p. 49.

[192]Cfr. MIQUEL, J.: Derecho romano…, Ibid., p. 49. Por su parte, GARCÍA-HERNÁNDEZ implícitamente nos habla de esta interferencia entre Talión y composición al explicar en qué consistía el castigo que la Ley del Talión contenida en la Ley de las XII Tablas, en el tenor siguiente: "Roto un miembro, prevalece el acuerdo entre las partes, en el que sin duda se incluyen penas sustitutorias. Y si el acuerdo no ha dado lugar, se aplicará el talión. ¿Se deduce de ahí que este consistía necesariamente en romper otro miembro al culpable? No lo creemos, pues en la referencia de esta palabra también caben penas sustitutorias no detalladas. Observemos que Festo lamenta que su antecesor Verrio Flaco no explique qué quiere decir la palabra *talio*. Y entiende que si no lo hace es porque era bien conocida, pues la ley permite la equiparación (*permittit… parem*) del castigo. Si el talión romano consistiera en una pena materialmente igual al daño causado, Festo no se habría preguntado *id quid significet*. En cambio, su cuestión cobra sentido si está pensando en la referencia genérica que permite conmutar el tipo de pena, con tal que esta sea equiparable y proporcionada". Cfr. GARCÍA-HERNANDEZ, B.: "La ley romana del talión y su base correctiva: antigüedad e innovación", en *Emerita, Revista de Lingüística y Filología Clásica*, LXXXV 2, 2017, p. 225.

[193] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 158 y 159.

Por otra parte, los avances a nivel geopolítico, social y militar conseguidos en la etapa de la República romana era necesario mantenerlos, y esa necesidad dio lugar a la configuración del <<Imperio>>. Con el <<Imperio>>, la concentración del poder pasó a manos de la figura del <<Emperador>>. Al igual que la circunstancia que originó el cambio de régimen de gobierno entre la Monarquía y la República, el Imperio surgió por la necesidad de mantener la estabilidad del poder y de preservar a la civilización romana, propósito que se lograría no ya mediante la instauración de una clase dominante (patricia) frente a otra, sino a través de la estabilidad de los dominios de las pueblos conquistados por Roma, estabilidad que se lograría mediante la integración e igualación entre las provincias conquistadas y la <<ciudad estado>> de Roma, igualación que se haría mediante el configuración de una autoridad única representada por el Emperador[194].

Dentro de este escenario, "el Senado subsistía aún, y muchos funcionarios provinciales continuaron siendo elegidos en las formas ordinarias, por el pueblo de la ciudad; pero la ciudad se vio obligada, como las provincias, a obedecer al emperador, de quien los funcionarios provinciales y hasta los de la ciudad, se estimaban como meros representantes"[195]. Ahora bien, la plenitud de poderes que ostentaba el Emperador romano afectó también a la función legislativa del Estado romano, pues, "las Asambleas del pueblo no tuvieron más que sus funciones electivas; el Senado fue, a menos en la forma, la única autoridad legislativa del Estado"[196], además este órgano legislativo también conservó su potestad e independencia para administrar justicia como tribunal de justicia[197].

En definitiva, lo importante a destacar de la etapa de la época Imperio romano es que -durante este periodo- fue creada una nueva estructura institucional -entre ellas la penalidad- cuya gestión debía responder a los designios del Emperador. Ahora bien, ahondando en los factores que ocasionaron la configuración del Imperio -y que impactaron en la penalidad-, entre estos factores están: la inestabilidad económica generada por las

[194] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 165.
[195] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 165. En este punto, el senado estaba conformado por los ricos cuestión que retornaría a la idea de que el poder sólo estaba dirigido a mantener el privilegio de un sector de la población en detrimento del otro sector que en este caso estaba integrado por los pobres; esta circunstancia económica contribuyó a que el Senado perdiera parte de su poder al configurarse el Imperio. Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., pp. 166 y ss. En todo caso, el surgimiento del imperio se debió a una serie de acontecimientos que ponían en riesgo la desintegración del imperio. Así, de acuerdo con PÉREZ VIVÓ, "aparte de la amenaza exterior que representaba la presión de los pueblos bárbaros, la situación interna se hacía insostenible como consecuencia de una crisis multiforme de índole política, social, económica, militar y religiosa", fueron las causas que darían lugar al Imperio. Cfr. PÉREZ VIVÓ, A.: "El imperio romano en el siglo IV: La nueva situación histórica", en *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, N.º 2, 1983, p. 251.
[196] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 174.
[197] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 174.

guerras sostenidas por Roma, y la corrupción de la clase privilegiada; desde la óptica criminológica actual ambos factores podrían ser relevantes para comprender la criminalidad de la época, en virtud de que tales factores contribuyeron a degenerar de la calidad de vida de los romanos, y a recrudecer una delincuencia que era necesario atajar para evitar poner en riesgo la estabilidad de Roma.

Finalmente, en cuanto a la figura del Estado vigente durante el periodo romano, con la instauración del Imperio, Roma ya no sólo estaría conformada territorialmente por una <<ciudad estado>> -como sucedió en la época de la Monarquía-. sino que tanto esta localidad como todos los pueblos considerados provincias pasarían a integrar -en igualdad de condiciones- el Imperio y, por lo tanto, a integrar al Estado romano. En definitiva, con el Imperio, todas las regiones conquistadas por Roma fueron unificadas y sometidas en igualdad a las órdenes de una única autoridad: El Emperador. Así, se puede apreciar que en cada uno de los periodos por lo que la civilización romana ha pasado, se vislumbra -en mayor o menor escala- la presencia de los tres presupuestos existenciales de un Estado: población, territorio y gobierno.

Por lo tanto, atendiendo a los presupuestos existenciales del Estado moderno, ya para finales del periodo romano se observa una estructura estatal semejante -aunque no igual en *strictu sensu*- al modelo de Estado actual, pues, el imperio romano no se limita a una ciudad (la ciudad estado de Roma) sino a un territorio extenso distribuido en provincias que contaba con un gobierno centralizado -aunque en algunos momento del periodo imperial romano, el gobierno tuvo carácter descentralizado- y personificado en la figura del Emperador, quien ejercía el poder con independencia del lugar de residencia del Emperador, es decir, de si este se encontrare en la ciudad de Roma o en cualquier otra urbe[198], pues, el Emperador representaba el centro del poder.

No obstante, la relación que acabamos de hacer acerca del modelo de Estado romano y el Estado de Derecho moderno se centra únicamente en la presencia de los presupuestos existenciales del Estado; pues, de acuerdo con lo apuntado por KUNKEL, "los romanos no llegaron nunca a despersonalizar tanto el concepto de Estado como nosotros. Para ellos, el Estado no era un poder abstracto, que aparece frente al individuo ordenando o permitiéndole algo, sino simplemente el conjunto de personas que lo componen, es decir, el Estado eran los propios ciudadanos. De ahí que no conocieran para él más nombre que el de comunidad de ciudadanos: *Populus Romanus* siguió siendo la denominación técnica del Estado romano, mientras hubo una tradición republicana, esto es, hasta bien entrada la época del imperio. De todos modos,

[198] Como sucedió con el caso del emperador Constantino quien gobernó desde la localidad de Bizancio, sitio que desde ese entonces fue conocido como Constantinopla. Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 183.

en documentos oficiales se solía citar también al senado, anteponiéndolo al pueblo (SPQR = *senatus populus que Romanus*), en ello se refleja el inmenso poder que aún tenía el senado en la época republicana alta y tardía"[199].

Hasta ahora hemos visto que la civilización romana -a lo largo de su historia- tuvo distintas formas de gobierno, circunstancia esta que influiría en la forma de interpretar y aplicar la legislación en general y, particularmente, la ley penal. En efecto, los referidos cambios estructurales de la organización política estatal propiciaban la variación de los procedimientos de juzgamiento e influían en la designación de los sujetos legitimados para imponer las sanciones en nombre del Estado[200].

También se desprende de lo comentado hasta ahora que -sin perjuicio de que el factor religioso estuviera presente- la legislación estuvo condicionada por las vicisitudes que afectaban la estabilidad del poder, aunque ello tampoco significaba que el contenido de la misma desconociese el trasfondo social y de justicia, pues esto era una exigencia de un sector de la población romana (la plebe), sector que cada vez tenía mayor protagonismo debido a su utilidad para mantener la estabilidad y supremacía de Roma como civilización.

Pero la idea de justicia -en general- hay que entenderla de acuerdo al contexto en donde está llamada a materializarse, porque la historia del pensamiento jurídico ha demostrado que la idea de justicia no es ajena a las ideas, a las creencias y a la idiosincrasia imperante en un lugar y tiempo determinado. En efecto, al igual que lo que sucedía en las civilizaciones hebreas y griegas donde el Derecho se fundaba en principios universales derivados de la divinidad o de la naturaleza, el Derecho romano tenía una pretensión *iusnaturalista*, pues, sus postulados derivaban o debían ser coherentes con el orden impuesto por las leyes de la naturaleza; no obstante, como veremos enseguida, la referida pretensión se veía perturbaba por la necesidad de los patricios de mantener sus privilegios frente a los plebeyos.

---

[199] Vid. KUNKEL, W.: Historia del Derecho romano…, ob. cit., pp. 16 y 17. Considerando la premisa de que el Estado lo conformaban los propios ciudadanos, PERALTA Y SOSA -haciendo suyas las palabras de FUSTEL DE COULANGES- ha dicho que "cuando nosotros hablamos de antipatía de raza, decimos una cosa que el espíritu romano no ha comprendido jamás. Siempre el *Populus romanus* fue una mezcla de todas las razas. Compendió sucesivamente los latinos, los etruscos, los galos, los españoles, los sirios. Se abrió, incluso, a los germanos; Arminio, Segesto y otros muchos fueron miembros del pueblo romano. Roma ignoró siempre la distinción de razas. No conoció más que la distinción de los Estados y clases. Los términos romano, latino y peregrino no significaban nacido en la Urbe, ni aún en el Imperio: se decía que todo el que estaba (cualquiera que fuese su raza) revestido del título de ciudadano. Un esclavo no merecía de los derechos de ciudadanía, aunque hubiese nacido en la metrópoli de Quirites, y en cambio un descendiente de los vándalos podía serlo". Cfr. PERALTA SOSA, J. M.: "Posición de Roma en la historia universal", en *Campo abierto: Revista de educación*, N.º 15, 1998, p. 105.

[200] Al respecto, Vid. THOMAS, J. A. C.: "Desarrollo del Derecho criminal romano", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N.º 32, 1962, pp. 8-23.

Ahora bien, como ya hemos advertido *supra*, la legislación romana -durante los periodos de la Monarquía y parte de la era republicana- tuvo carácter privado, carácter éste derivado de la vinculación de la normativa con la ritualidad religiosa que definía las relaciones entre los patricios. El efecto pernicioso de esta práctica nos lo muestra WOODROW WILSON, al explicar que "si había algunas disposiciones destinadas a hacer respetar los derechos de los no patricios, los no patricios no podían conocerlas, sino sometiendo su caso a un tribunal, y no las conocían no saliendo triunfantes en el asunto: no había precedentes establecidos; salvo para las clases privilegiadas, las leyes generales eran un secreto. El procedimiento propio para la sustanciación de las contiendas, era un secreto de Estado, el conocimiento del cual no se divulgaba en manera alguna. El Colegio de los Pontífices, regulaba las cuestiones como bien le parecía, en calidad de único intérprete autorizado por la ley, y, los pontífices eran patricios"[201].

Por lo tanto, si consideramos la mencionada vinculación existente entre la ley y las prácticas religiosas, la legislación de los periodos monárquico y republicano de Roma podría encuadrarse dentro del <<iusnaturalismo>>, pues -durante los referidos periodos- el Derecho vigente en Roma estaba aparentemente ligado a concepciones religiosas. Sin embargo, la referida compenetración entre la ley y la religión no significaba que el Estado y la religión estuvieren verdaderamente unidos, la unión solo era en ideas -y no en el sentido de que las estructura del Estado y de la Iglesia se confundieren entre sí- unión de ideas cuyo propósito era -como ya advertimos- el de mantener los privilegios de los patricios.

Entonces, frente a este escenario, en principio no podríamos afirmar que -en puridad- el Derecho romano -sobre todo en los últimos tiempos de la República donde, en palabras de IGLESIAS, la ortodoxia pagana estaba agazapada[202]- tuviera como propósito materializar los valores superiores de justicia propugnados por el <<iusnaturalismo>>, pues el influjo de la religión en la ley estuvo orientado a favorecer los privilegios de los patricios -o de la clase política y económicamente privilegiada- en detrimento del resto de la población que habitaba Roma[203]; por lo tanto, desde esta perspectiva no podríamos decir que -en la práctica- estamos en presencia de un derecho *justo* en los términos planteados por el iusnaturalismo greco-romano postulado por CICERÓN[204]; aunque, sin embargo, no se pueda desconocer la vigencia del

[201] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 192.
[202] Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones. 10ª ed. Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1993, p. 9.
[203] La influencia de las ideas religiosas en la política romana y, por lo tanto, en la conformación de las leyes se debía a que "los hombres que desempeñaban los cargos sagrados, eran laicos y hombres políticos, como todos los que desempeñaban las funciones del Estado". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 194.
[204] Así lo ha explicado CICERÓN: "La verdadera ley es la recta razón conforme a la naturaleza, entendida a todos, permanente, eterna, que llama al deber con sus mandatos, y con sus prohibiciones nos aparta del

Derecho natural en cuanto al método empleado para constatar la validez del Derecho positivo de acuerdo con el planteamiento <<iusnaturalista>>, pues, el Derecho positivo para ser válido debía ser coherente con los preceptos del Derecho natural, por cuanto se consideraba que la ley no nace de la opinión sino de la naturaleza del hombre y, por ende, "la ley natural es la razón suma enclavada en la naturaleza que ordena lo que debemos hacer y prohíbe lo contrario"[205].

Además, pese al comentado interés político de los patricios que aparentemente afectaba al ideal de justicia que debía contener la ley, en Roma -al igual que en la antigua Grecia- la justicia estaba ligada a la costumbre, pues la justicia "provenía de la comunidad que la estableció, o de la justicia natural que se funda en la general y oblicua naturaleza humana, que rige por sí, aunque se exprese en una ley positiva"[206]; por lo tanto, si las instituciones romanas -entre las que se encuentra la ley- eran producto de la costumbre y de la tradición es indudable que el ideal de justicia permanecía como contenido intrínseco de la ley romana[207].

---

delito; pero que no manda o prohíbe en vano a los honrados, ni influye en los deshonestos con mandatos o prohibiciones. No es legítimo sustituir esta ley por otra contraria, ni es lícito derogarla en parte, ni se puede derogar por completo. Ni podemos quedar eximidos de tal ley por obra del Senado o del pueblo, ni hay que buscar a un Sexto Elio que la explique o interprete; y no hay una ley en Roma, otra en Atenas, ni ahora ni otra después, sino que una misma ley eterna e inmutable mantendrá unidas a todas las naciones y en todo momento, y habrá un único dios común, guía y jefe de todos; inventor de esta ley, juez, legislador, quien le obedezca huirá de sí mismo, y expiará las máximas penas por haber despreciado la naturaleza humana, aunque haya escapado a todo lo que se considera un suplicio". Cfr. CICERÓN, M. T.: La República…, ob. cit., pp. 166 y 167. También en, Vid. AYALA MARTÍNEZ, J.: "El Derecho natural antiguo y medieval", en *Revista española de filosofía medieval*, N.º 10, 2003, p. 380, y más recientemente, Vid. ZAPATERO, V. / GARRIDO GÓMEZ, M. I.: El Derecho como proceso normativo. 3ª ed. Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2023, p. 50. Acerca de la concepción iusnaturalista vigente en la época de los romanos, RODRÍGUEZ GALLÓN ha puesto de relieve que "es difícil saber a ciencia cierta qué pensaban los juristas romanos sobre el Derecho natural. Fuera de las exposiciones de Cicerón, el pensamiento de los juristas no tiene suficiente exposición que permita saber los alcances y las aplicaciones que este concepto tenía para ellos"; así, continua el RODRÍGUEZ GALLÓN, "los romanos, juristas por antonomasia, no se desviaron del espíritu práctico que animó su estructuración de la Ciencia del Derecho; evitaron como siempre las grandes elucubraciones y generalizaciones; fieles a su disciplina mental tradicional esquivaron la senda de las teorías puras". Cfr. RODRÍGUEZ GALLÓN, V.: "Positivismo y iusnaturalismo en la jurisprudencia romana clásica", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N.º 57, 1982, p. 214.

[205] Cfr. HANISCH ESPÍNDOLA, H.: "Principales hitos de la historia del iusnaturalismo…, ob. cit., p. 157.

[206] Cfr. HANISCH ESPÍNDOLA, H.: "Principales hitos de la historia del iusnaturalismo…, Ibid., p. 154.

[207] En efecto, la importancia de la *tradición* es tal, que la grandeza de la civilización romana proviene del respeto de sus tradiciones, y estas condicionaban a tal punto la vida de los romanos que -con ocasión de respetar la tradición- los cambios de una forma de gobierno tuvieron que pasar por revoluciones lentas para asegurar su aceptación, cuestión que resulta paradójico porque un elemento característico de las revoluciones es que estas suelen ser rápidas y bruscas, pero esta circunstancia también nos habla del carácter regio del pueblo romano. También acerca de la influencia de la costumbre en la sociedad romana, IGLESIAS ha señalado que las instituciones romanas provienen de la costumbre definida como: "Los hábitos ganados a la brecha del vivir diario. Leyes no escritas que forja el genio en su sabia inclinación por lo que de mejor brinda *la natura*, la realidad viva de las cosas". Asimismo, el citado autor fue más allá al destacar que de las viejas costumbres "nace el sentimiento cívico, el que, sostenido y alimentado por hombres que se saben superiores, así en el manejo de las armas, como en el de las leyes, hace de la urbe el Orbe". Por lo tanto, continua IGLESIAS, "la política no está gobernada por leyes matemáticas. Su virtud

Ahora bien, con la creación de la Ley de las XII Tablas se intentaría cambiar la comentada mala praxis político legislativa de los patricios contra el ideal de justicia; pero para transformar la referida tendencia de que la ley era una especie de propiedad privada que favorecía sólo a los patricios, se debía hacer algo más que plasmar las normas por escrito, pues el Colegio de Pontífices seguía teniendo la tarea de interpretar la ley, Colegio que, como ya hemos advertido *supra*, estaba integrado por los patricios[208].

Entonces, si bien la Ley de las XII Tablas tuvo una especial trascendencia para el Derecho romano, pues a partir de su vigencia toda la estructura de la jurisprudencia romana se formó, y toda interpretación legal debía estar fundada y construida sobre ellas[209]; no obstante, la redacción de la Ley de las XII Tablas no interrumpió la función pontificial de instrucción e interpretación autorizada[210]. Esto sucedió así hasta que en la época de la República fuera creada la figura del Pretor, como funcionario encargado de asumir el rol administrar justicia que los cónsules tenían asignado[211].

---

estriba en ponerse delante de la realidad, en cualquiera de sus manifestaciones, para actuar sobre ella de modo oportuno -*opportune*-. El misterio de la política consiste en aprovechar la ocasión -*occasionem arripere*-. Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones…, ob. cit., pp. 9 y 10

[208] El origen de la posición peculiar de los jurisconsultos en la sociedad romana y en su desarrollo jurídico, dice ANDRÉS SANTOS, "se encuentra originariamente en el monopolio de la interpretación del Derecho concedido al colegio pontificial en época arcaica. Como es sabido, los pontífices eran miembros del estamento patricio que tenían por misión custodiar las más importantes reservas de conocimientos civiles de la colectividad (i.e. el calendario y el tiempo, la historia y la escritura). Debido a la estrecha unión entre el Derecho y la religión en la época más arcaica de la Ciudad, los pontífices no sólo cubrían la esfera de relaciones entre el hombre y la divinidad (el *fas*), sino también las relaciones entre los hombres entre sí (el ámbito del *ius*, fuertemente marcado por la esfera sacral en esa época primitiva). Así, nos informa Pomponio de que los pontífices designaban anualmente a uno de ellos para que atendiera los pleitos privados, esto es, para que pronunciara el ius, pero sólo ante las dudas e interrogantes de los conciudadanos. Los pontífices respondían no solamente a las cuestiones referidas al Derecho sagrado, sino también a otras muchas en las que se hallaba implicado algún elemento sacral, esto es, todas las vinculadas con la sociedad gentilicia antigua (como las cuestiones del ámbito de la familia, la propiedad, las obligaciones o la herencia, es decir, el Derecho privado). En sus respuestas, el pontífice se expresaba con un laconismo oracular y no explicaba las razones o argumentos que las justificaban, sino que estas respuestas se apoyaban únicamente en el prestigio o *autoritas* del pontífice, que se basaba en su poder religioso, en su elevada posición social y en su alta cultura frente al pueblo llano iletrado. Los *responsa* de los pontífices estaban rodeados, pues, de un halo de misterio vinculado al mundo mágico religioso. La respuesta del pontífice no era una mera opinión o explicación del Derecho, era el ius mismo. Y así debió de suceder al menos hasta la promulgación de la Ley de las XII Tablas (med. s. V a. C), momento a partir del cual la labor de los pontífices hubo de transformarse por necesidad, dado que formalmente ya no podía ser sino la simple interpretación de la *lex* y de los antiguos *more maiorum*; sin embargo, el secretismo de sus manifestaciones y su capacidad de adaptación de las viejas formulas a los nuevos problemas hicieron que, en la práctica, los *responsa* pontificales siguieran siendo la principal fuente del *ius* vivo de la ciudad". Cfr. ANDRÉS SANTOS, F.: "Roma y los juristas. El modelo romano en la jurisprudencia europea del siglo XIX", en *Minerva: Revista de filología clásica*, N.º 15, 2001, pp. 292 y 293.

[209] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 194.

[210] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 195.

[211] "Los cónsules habían heredado los poderes judiciales, generales e indefinido, de los reyes: el Pretor recibió los poderes judiciales de los cónsules. Lo que, en manos de estos últimos, había sido una función importante al lado de muchas otras, llego a ser, en las del Pretor, el único atributo de su cargo". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 196. Sin embargo, advierte ANDRÉS SANTOS, "la ruptura del monopolio pontificial no supuso una quiebra radical

Por otra parte, una circunstancia que también podría ejemplificar la vinculación que existía entre el Derecho vigente en Roma y las ideas religiosas -aunque desde una más perspectiva procesal- la encontramos en el fundamento del *ius civile* como derecho aplicado exclusivamente a los ciudadanos romanos. En efecto, advierte WODROOW WILSON que los orígenes y concepciones de este Derecho se derivan de las costumbres de tribus, entre las que se encontraban las prescripciones religiosas "que no podían aplicarse más que a hombres que hubieran participado en las tradiciones y en el culto romano"[212]. Lo relevante de lo observado por WODROOW WILSON no estriba en el hecho de que naturalmente el *ius civile* regula la conducta de los ciudadanos romanos, sino en el hecho de que el contenido de tales leyes derivaba de las prescripciones religiosas.

El Derecho penal romano -a semejanza de lo ocurrido con la penalidad hebrea y griega- tuvo una fuerte influencia religiosa[213], pues -como reiteradamente hemos advertido *supra*- pese a que la praxis política-legislativa estaba orientada a mantener los privilegios de los patricios, la validez del Derecho positivo romano no dejaba de fundarse en la correspondencia entre el contenido de este Derecho y los valores supremos derivados de la de la naturaleza y la divinidad[214]. En tal sentido, GUTIERREZ FERNÁNDEZ, aunque trato de restarle importancia a esta circunstancia, al afirmar que "la religión en Roma se distinguió de la de otros pueblos en que no dominó como señora, sino que fue esclava y casi arcaica de la política", más adelante reconoció la importancia de esa influencia religiosa al advertir que "aunque las instituciones llevan un sello religioso, se nota principalmente en la que tenían por objeto el castigo y la expiación de los delitos", carácter religioso que se podía notar en las infracciones de mayor gravedad como sucedía en el caso de los delitos de Estado, entre los cuales se encontraban los delitos de alta traición[215].

---

del mundo anterior. Los juristas, igual que los pontífices, formaban parte de la aristocracia patricio-plebeya y la capacidad de dar opiniones jurídicas seguía siendo una marca de prestigio entre los romanos de elevadas posición social. La diferencia estriba tan sólo en que, con anterioridad, la eficacia de las respuestas provenía de la *auctoritas* del pontífice como tal, mientras que ahora se basa en el prestigio aristocrático del jurista. Por lo demás, las funciones de estos juristas laicos van a ser las mismas que ya desarrollaban los pontífices en la interpretación del Derecho, sus métodos van a ser similares y su influencia va a ser idéntica. El sentido de *élite* profesional especializada y privilegiada que caracterizó a los pontífices va a pasar igualmente a los juristas laicos, que reaccionarán con firmeza frente a cualquier pretensión de discutirles ese protagonismo en la evolución del Derecho". Cfr. ANDRÉS SANTOS, F.: "Roma y los juristas. El modelo romano en la jurisprudencia europea del siglo XIX…, ob. cit., p. 293.

[212] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 199.

[213] Vid. SOSA CHACÍN, J.: Derecho penal. Tomo Primero…, ob. cit., p. 52; también en este sentido, Vid. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 52.

[214] Vid. HANISCH ESPÍNDOLA, H.: "Principales hitos de la historia del iusnaturalismo…, ob. cit., p. 157. He allí otra de las razones que fundamentaba la legitimidad del Colegio de Pontífices para interpretar el Derecho positivo, pues, al fin y al cabo -en palabras de NIEVA FENOLL- "el Derecho procedía originariamente de rey como representante de la divinidad". Cfr. NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia…, ob. cit., p. 262.

[215] Cfr. GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho penal…, ob. cit., p. 32.

Ahora bien, ahondando en el análisis de la penalidad romana, como ya hemos advertido *supra*, el Derecho penal romano se dividía en Derecho penal público y Derecho penal privado, el primero tenía como objeto los hechos ilícitos que atentaban contra el Estado (crímenes)[216], mientras que el segundo se centraba en regular los actos ilícitos que ofendían los derechos de la persona individualmente considerada (delitos). De esta distinción no sólo surgieron modalidades distintas de pena, sino también diferentes procesos de juzgamiento penal.

En el caso de los delitos de Estado que ameritaban la pena de muerte para el criminal, esta sanción sólo podía imponerse a través de un proceso penal[217]. Según vimos *supra*, la civilización romana en sus primeros tiempos estuvo gobernada por un monarca, el cual tenía entre sus funciones la potestad de administrar justicia, potestad esta que en algunos casos la ejercía asistido por un Consejo o Senado que, como también vimos *supra*, fungía como órgano consultor del Rey.

Los casos en que el monarca impartía justicia asistido -e incluso podía ser suplido- por su Consejo asesor fueron, principalmente, la *perduellio*, el *parricidium* y el *incensus*. Los condenados por los dos primeros crímenes eran sentenciados a la pena capital (decapitación por hacha, crucifixión, etc.), en tanto que a los culpables de haberse negado a soportar las cargas públicas (*incensus*), los bienes les eran confiscados y sus cuerpos eran vendidos como esclavos fuera del Estado[218].

En la época de la República, la administración de justicia estaría encomendada a la magistratura representada por los *cuestores*, aunque sus sentencias podían ser apeladas ante el pueblo[219]. También, recordemos que fue en la época de la Republica romana cuando los plebeyos exigieron igualdad ante la ley, reivindicación que dio lugar a la publicación de la Ley de las XVII Tablas. Sin embargo, la Ley Valeria que estuvo vigente antes de la aparición de la Ley de las XII Tablas -en palabras de MELCHOR Y LAMANETTE- "prohibía que un solo magistrado pronunciara una sentencia capital y confiaba además el conocimiento de las causas criminales a los *comicios centurias*, los que a su vez solían dar poderes a algunos de sus

[216] No obstante, pese al aparente carácter público de la penalidad romana estipulado en su Derecho público, THOMAS ha advertido que "el derecho de los crímenes parece haber servido simultáneamente a fines públicos y privados cuando se regulaba la venganza privada, y que el derecho privado a la persecución del delito se desarrolló con el transcurso del tiempo". Cfr. THOMAS, J. A. C.: "Desarrollo del Derecho criminal romano" …, ob. cit., p. 8.
[217] Vid. GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho penal…, ob. cit., p. 33.
[218] Vid. SOSA CHACÍN, J.: Derecho penal. Tomo Primero…, ob. cit., p. 53.
[219] Vid. THOMAS, J. A. C.: "Desarrollo del Derecho criminal romano" …, ob. cit., pp. 10-19.

ciudadanos para la instrucción, pronunciar el fallo en nombre del pueblo y cuidar de su cumplimiento"[220].

Observarse que, aun en la época en que los plebeyos no eran considerados iguales que los patricios ante la ley, siempre se había pretendido regular el proceso penal, proceso que va adquirir mayor esplendor a partir del periodo de la Republica romana[221]. En efecto, en la Roma republicana -con el objeto contrarrestar la creciente criminalidad que a la postre dio origen al Imperio- se estableció una especie de justicia colectiva reservada al pueblo, quienes, finalmente, delegarían esta potestad a magistrados permanentes conocidos como: *questiones perpetuae*.

Estos magistrados -según FERNÁNDEZ DE BUJÁN- eran los encargados de investigar y de juzgar los crimines estipulados en la ley entre los que se encontraban los delitos de *parricidium* -que además de los asesinatos del padre de familia, también incluía los asesinatos de otros individuos- y de alta traición[222], y en la "en la percepción de multas y confiscaciones y en el gobierno de la tesorería estatal"[223]. En definitiva, es a raíz del incremento de la criminalidad que, por un lado, la justicia sería impartida por los magistrados en nombre del pueblo y, por otro lado, el Derecho penal romano sería dividido en Derecho público y en Derecho privado, dando lugar a que incluso algunas categorías delito pasasen a ser consideradas como crímenes, al pasar a formar parte del interés público.

En efecto, según GUTIERREZ FERNÁNDEZ, los *Cuestiones Perpetuas* impulsaron que los delitos y las penas fueren consagradas en la ley[224]. La fijación de los delitos y la pena era una garantía frente a la arbitrariedad en la aplicación de la ley, arbitrariedad que se venía practicando debido a la comentada falta de publicidad de la legislación más allá del entorno de la clase privilegiada, realidad esta que finalmente cambiaría dentro de la Republica a raíz de la comentada rebelión protagonizada por los plebeyos, y que terminaría con la publicación de las leyes[225].

---

[220] Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los tiempos antiguos y modernos. Estudio histórico…, ob. cit., p. 21. También más recientemente Vid. al respecto, Vid. SOSA CHACÍN, J.: Derecho penal. Tomo Primero…, ob. cit., p. 52.

[221] Vid. THOMAS, J. A. C.: "Desarrollo del Derecho criminal romano" …, ob. cit., p. 8.

[222] Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, B.: Derecho público romano. 18ª ed. Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2015, p. 255.

[223] Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones…, ob. cit., p. 22. Por su parte, ALVAREZ RAMOS ha precisado que las *quaestiones perpetuae* tuvieron muy escasa incidencia en la aplicación de la pena de muerte. Vid. ÁLVAREZ RAMOS, F.: "La aplicación de la pena de muerte durante el alto Imperio Romano", en *Estudios humanísticos. Geografía, historia y arte*, N.º 12, 1990, p. 60.

[224] Vid. GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho penal…, ob. cit., p. 41.

[225] En este sentido, NUÑEZ MARTÍ ha señalado que, en virtud de la necesidad de adoptar medidas excepcionales para contrarrestar los abusos cometidos por los funcionarios públicos en los territorios sometidos a Roma, "surge un movimiento de reforma que condujo a la aparición de un verdadero Derecho penal romano, con la delineación de tipos delictivos específicos con sus penas correspondientes a través de unos tribunales específicos, *quaestiones perpetuae*, nace de la represión del *crimen repetundarum*, que

No obstante, más allá de que la legislación penal estuviere dividida en Derecho público y Derecho privado, dice BARONA VILAR, "todo era Derecho penal, pese a sus diferencias y hasta sus justificaciones, si bien entraba dentro de lo que se denominaba Derecho penal privado, lo que no era sino lo que los griegos denominaban un *οξύμωρο* -oxymoron- o en latín *contraditio in terminis* desde el paradigma moderno de Derecho penal"[226].

Además, la comentada división del Derecho en público y en privado no alteraba el contenido de justicia basado en los valores universales provenientes del Derecho natural. En efecto, de acuerdo con este ideal de justicia vigente en Roma, al individuo que atentare contra el orden natural que inspira al Derecho positivo debía ser castigado, pues, mediante el castigo, el orden público -consustancial con el orden natural- que era alterado por el delito quedaba reestablecido[227].

En cualquier caso, desde el momento en que los delitos y las penas fueron plasmados en las leyes, a diferencia de lo que ocurría con el Derecho civil cuya fuente principal era la jurisprudencia[228], la principal fuente del Derecho criminal pasaría a ser la *Lex*. En el ámbito del Derecho civil, o más concretamente en el Derecho privado, la jurisprudencia era fuente del Derecho en virtud de que los *pretores*, para decidir una controversia -incluso frente a la Ley de las XII Tablas- tenían poderes discrecionales para adoptar nuevos procedimientos inspirados en los antiguos principios, procedimientos que también servían para resolver los casos nuevos; cuestión que resultaba idónea tanto para mermar la rigidez de las normas escritas, como para propiciar el ajuste de las disposiciones normativas a los cambios y circunstancias derivadas del progreso de la ciudad[229]. A nuestro modo de ver, en el caso del Derecho penal romano, la plasmación de las normas penales en la ley era una cuestión necesaria si en aquella época verdaderamente se quería contrarrestar la arbitrariedad de las autoridades -conformadas por las clases

originalmente sancionaba estas extorciones y apropiaciones ilícitas en que incurrían los magistrados romanos en daño de poblaciones aisladas o sometidas a Roma". Cfr. NÚÑEZ MARTÍ, A.: "*Quaestiones perpetuae*. Un paso hacia el principio de legalidad", en GARCÍA SÁNCHEZ, J. (Dir.) / DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. (Aut.) / LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M. J. (Coord.): Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo. Vol. 4. Editorial BOE, 2001, p. 426.

[226] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 54.

[227] Vid. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 53.

[228] Por esta razón, THOMAS ha justificado que "en el campo del Derecho criminal haya más leyes si lo comparamos con el campo civil". Vid. THOMAS, J. A. C.: "Desarrollo del Derecho criminal romano" …, ob. cit., pp. 9 y 10. La jurisprudencia como fuente del Derecho en Roma se derivó de la influencia que los jurisconsultos y juristas van a tener en las decisiones de los *judices*. En efecto, WOODROW WILSON explica que en los pleitos judiciales "naturalmente, si los abogados, o las partes litigantes en una cuestión, podían presentar opiniones diferentes y opuestas derivadas de esos jurisconsultos expresamente encargados de tal tarea, tocaba a los *judices* elegir entre ellas; pero apenas tenían el derecho de rechazar unas y otras para dictar una sentencia personal, obra de un juicio propio, y cuando los jurisconsultos estaban de acuerdo, los *judices* tenían que decidir de conformidad con su opinión. Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 208.

[229] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., pp. 197 y 198.

privilegiadas-, pues, de esta manera se garantizaría la publicidad de las prescripciones penales contenidas en la Ley.

Ahora bien, volviendo a la comentada división del Derecho penal romano en Derecho privado y Derecho público, su importancia estriba en que también contribuyó a eliminar la venganza, al -en palabras de FERNÁNDEZ DE BUJÁN- "reservarse la ciudad el poder exclusivo de juzgar y aplicar la pena, en cuantos casos la aprobación suscitada por el delito exigiere la pena del culpable o la privación de la libertad o la ciudadanía"[230]. También, en este sentido GUTIERREZ FERNÁNDEZ ha advertido que la víctima del delito no podía ejercer justicia directamente, como sucedía tradicionalmente cuando se invocaba a la Ley del Talión.

En efecto, de acuerdo con lo dicho por el último de los citados autores, la víctima no tenía la discrecionalidad de escoger una castigo idéntico al agravio recibido, pues las sanciones estaban determinadas expresamente en la ley, además de que estas penas tenían una naturaleza pecuniaria[231]. Asimismo, GUTIERREZ FERNÁNDEZ, señaló que "Roma no debía ser la excepción de los demás pueblos, de creer es que admitiese el Principio de Venganza; más desde que aparece en la historia se presenta tal organización que el castigo en nombre del poder público, hacía menos necesaria la justicia individual"[232]. Además, contribuye a reafirmar la referida hipótesis de que los delitos de naturaleza privada pasaron a tener carácter público el hecho de que, a través de la aplicación de la Ley Julia de *adulteriis*, "la jurisdicción pública tomó conocimiento en los atentados contra el pudor que habían sido hasta ese entonces de la exclusiva competencia del poder paterno"[233].

Por otra parte, hemos advertido *supra* que la publicación de las normas a través de la Ley de las XII Tablas representó un avance al pretenderse con ello garantizar la igualdad frente a la ley entre los patricios y los plebeyos. Sin embargo, en materia penal este avance fue aparente, pues, en un principio, la interpretación y aplicación de las Leyes de las XII Tablas dependía de la intervención del Colegio de Pontífices, realidad esta que comenzaría a cambiar lentamente con la entrada en escena de la figura del *Pretor*[234]. En

[230] Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, B.: Derecho público romano…, ob. cit. p. 256.
[231] Vid. GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho penal…, ob. cit., pp. 46 y 47.
[232] Cfr. GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho penal…, Ibid., p. 51.
[233] Cfr. GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho penal…, Ibid., p. 45.
[234] Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, B.: Derecho público romano…, ob. cit., p. 37. Aunado a la figura del Pretor, el cambio de paradigma -en cuanto a la forma de concebir al Derecho dentro del Derecho natural- estuvo influenciado por las elaboraciones de los jurisconsultos o juristas, quienes "coleccionaron y publicaron las fuentes escritas del Derecho, tales como los Edictos de los Pretores, y los expusieron a plena luz de una crítica científica progresiva. Sus comentarios alcanzaron una importancia no menor que los Edictos mismos, en cuanto contenían la explicación razonada de las intenciones de las Tablas y de los Edictos". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 207. E incluso, ya durante el imperio, algunos juristas llegaran a tener lo que se conoce como *jus respondendi*, potestad tradicionalmente atribuida exclusivamente a los Pontífices. Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 207.

efecto, a partir de la entrada en escena de los pretores, la justicia comienza a laicizarse desvinculándose de cualquier connotación religiosa, aunque ello no significara que desapareciera el Colegio de Pontífices, pues, en teoría los Pontífices eran los intérpretes oficiales del Código y de los ritos ceremoniales[235].

En efecto, aunque el andar hacia la laicización del Derecho estaba en marcha, el cambio fue lento debido a la religiosidad que tradicionalmente impregnaba a todo el Derecho, incluido el proceso empleado para juzgar los asuntos del Derecho en Roma: las *legis actiones*[236]. Las *legis actiones* fue un modelo procesal que consistía en la celebración de determinadas fórmulas procesales y actuaciones prescritas a las partes para la defensa del propio derecho[237], se caracterizaba por su ritualismo, y estaba dividido en dos fases: una primera fase preparatoria ante una autoridad y una segunda que se celebraba ante jurados[238]. En la primera fase, la actuación del pretor era relevante, pues, este funcionario era el encargado de comprobar si la solicitud del demandante encajaba en alguna de las *actiones* disponibles, para a partir de allí dar continuidad al proceso[239], y dar paso a la segunda fase encabezada por los *iudices* o jurados sin conocimientos jurídicos[240].

Este Derecho procesal enmarcado dentro del Derecho natural implicaba que "las partes, presentes *in iure*, esto es, ante el magistrado, han de hacer sus peticiones y declaraciones de acuerdo con fórmulas rigurosamente establecidas por la costumbre o por la ley. De tal exigencia surge la necesidad

---

[235] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 197. La figura del Pretor se dividía en dos tipos: el Pretor *urbanus* y el Pretor *peregrinus*. El primero de ellos tenía atribuida la potestad de juzgar las controversias de los ciudadanos romanos según el *Jus Civile*; mientras que, el segundo, juzgaba los casos regulados por el *Jus Gentium*, es decir, el Derecho que regulaba las relaciones entre los extranjeros residentes en Roma, entre ciudadanos y extranjeros, y ciudadanos pertenecientes a diferentes ciudades del imperio romano. No obstante, cabe precisar que la del Pretor -en sus dos modalidades- "no se extendía más allá de los límites de Italia, y de las dependencias inmediatas a la ciudad. En las <<Provincias>> propiamente dichas, los gobernadores ejercían las funciones de Pretor *peregrinus*. Las ciudades de las provincias, como en Italia, conservaron durante largo tiempo su propia organización municipal y sus sistemas judiciales. Pero entre los ciudadanos pertenecientes a diferentes distritos, de una provincia, suscitábanse constantemente dificultades, que era preciso llevar ante el gobernador, considerado como juez. El gobernador estaba revestido de funciones pretorias, como precónsul o como copretor, al modo como estaba investido del mando militar superior y de la supremacía civil. El edicto del gobernador, que éste daba al tomar posesión de su cargo, estaba compuesto, en su mayor parte, de principios judiciales. Y esto era otro, y a la vez más vasto terreno para el desenvolvimiento del *Jus Gentium*: -una fuente casi inagotable en que podían alimentarse los jurisconsultos de Roma". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 203.

[236] Para un estudio detenido acerca de la figura de la *legis actiones*, Vid. FUENTESECA DÍAZ, P.: "Las *legis actiones* como etapas del proceso romano", en *Anuario de Historia del Derecho español*, N.º 34, 1964, pp. 209-234; SILVA SÁNCHEZ, A.: "En torno al *Ordo iudiciorum Privatorum*", en *Anuario de la facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N.º 12-13, 1994-1995, pp. 477-504; IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones. 18ª ed. …, ob. cit., pp. 134 y 146; y más recientemente, NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia…, ob. cit., pp. 257-263.

[237] Vid. MIQUEL, J.: Derecho romano…, ob. cit., p. 49.

[238] Vid. NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia…, ob. cit., p. 258.

[239] Vid. NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia…, Ibid., p. 259.

[240] Vid. NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia…, Ibid., p. 261.

de que los litigantes, ajenos al secreto de las fórmulas, acudiesen a los sacerdotes, primeros juristas de la Roma antigua, único conocedores y guardadores de las mismas, para recibir asesoramiento a la hora de entablar el pleito"[241].

Ahora bien, lo relevante de estas precisiones -que en materia procesal acabamos de hacer- estriba en que el ritualismo y la solemnidad que caracterizaba a la *legis actiones* nos muestra, una vez más, que el Derecho -tanto sustantivo como procesal- para ser válido debe corresponderse con la idiosincrasia del momento histórico en el que está vigente, y, por ello, ni siquiera el Derecho procesal romano se escapaba de la influencia de los <<preceptos>> del orden divino propugnados por el Derecho natural.

De lo apuntado hasta ahora se desprende que el Derecho positivo romano, al basar su validez y eficacia en su correspondencia con los preceptos de la divinidad, se encuadró dentro de la corriente del Derecho natural. Pero esta forma de concebir al <<iusnaturalismo >> en el periodo romano se debió también a un factor de orden sociológico que daría origen al llamado *Ius Gentium*. El *Ius gentium* fue un Derecho que igualaba a todos los habitantes de Roma, fueren ciudadanos o no, pues se entendía que el *Ius gentium* estaba orientado hacia la equidad por tener ese carácter <<universal>>; de manera que, en virtud de un factor sociológico como lo fue la comentada demanda social dirigida reivindicar los derechos de los plebeyos -demanda social que se concretaría jurídicamente con la promulgación del *Ius gentium* y de su aplicación a través de los Pretores *peregrinus*- es que el Derecho penal romano[242] evoluciona para convertirse en un Derecho más justo, o al menos con mayor sentido de equidad.

Además del referido factor sociológico, de acuerdo con WODROOW WILSON, también el estoicismo -proveniente de la filosofía griega[243]- contribuyó a la racionalización del Derecho en Roma. Así, según el citado autor, el estoicismo -al igual que la mayoría de las escuelas filosóficas griegas vigentes en ese entonces- "trataba de reducir la acción de la naturaleza, tanto

[241] Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones. 18ª ed. …, ob. cit., p. 134.

[242] En efecto, fue una realidad que después del Cesar, dice PERALTA Y SOSA, "Roma integra la totalidad de las corrientes y las tendencia históricas del mundo antiguo. La historia del imperio romano no será ya -solamente- historia de Roma, sino del "*Obis terrarum*", probablemente universal. El Estado ciudad no llega a separarse como concepción política, teóricamente en un Estado mundial, pero se supera en el orden mismo de los hechos, ya que no en la teoría. Y a medida que los hombres del Imperio (hispanos, galos, africanos y hasta griegos) se sienten romanos, el romano se siente universal. Fustel de Coulanges ha entendido muy bien el valor de la categoría <<romano>>, en la gran época republicana o imperial". Cfr. PERALTA SOSA, J. M.: "Posición de Roma en la historia universal..., ob. cit., p.105.

[243] Para una aproximación detenida acerca del estoicismo y sus manifestaciones en Roma, Vid. por todos, BERGADA Y ZAPATA, M.: "Contexto filosófico de los primeros siglos cristianos", en *Teología*, N.º, 63, 1994, pp. 38 y ss.; PARRA ÁLVAREZ, C.: "La filosofía y el sabio estoico: Examen de la virtud", en *Horizontes educacionales*, Vol. 5, N.º 1, 2000, pp. 27-35; y SANTOS GÓMEZ, M.: "La filosofía como pedagogía en el estoicismo tardío romano", en *Revista española de pedagogía*, Vol. 65, N.º 237, 2007, pp. 317-331.

en el pensamiento humano como en el universo físico, a alguna fórmula sencilla, a algún principio de fuerza de acción, que designaba con el nombre de Derecho natural. Quería medir el pensamiento humano, por medio de abstracciones que podían parecer representar los métodos o las inspiraciones de la Razón universal, la Razón inherente, que está en la Naturaleza. En el espíritu del legislador romano, esta concepción del Derecho natural, se armonizaba con los principios generales del *ius gentium*, y contribuía no poco a explicarlos. Probablemente, les parecía que estas concepciones de la justicia que los Pretores peregrinos habían encontrado análogas en el pensamiento de todos los pueblos, con los cuales había estado en contacto, eran manifiestamente de un Derecho natural, universal, de razón, un Derecho natural superior a todos los sistemas imaginado por los hombres, cuyos preceptos están implantados en los corazones, cual principio vital"[244].

Por otra parte, en cuanto a los principios fundamentales de la penalidad contenidos en esta Ley de las XII Tablas, SOSA CHACÍN los compendió en los siguientes aspectos: "a) El Talión; b) la compensación como medio para evitar la venganza; c) se determinan los delitos privados únicos que admiten la venganza privada; d) se elevan a delitos públicos, además del *perduellio* y el *parricidium*, el falso testimonio en causa civil y el incendio doloso; e) se admite la venganza privada en el caso de mutilación y encubrimiento, para el primero la Ley del Talión, en el segundo, la venta del culpable como esclavo; f) se mantiene la situación de cárcel para algunos hechos; la pena de muerte para algunos hechos y ultrajes públicos difamatorios; la multa para la injuria; g) se exige el dolo, se distingue el homicidio doloso del culposo, este último trae como pena el pago de un carnero para los parientes próximos; h) se admite la defensa contra el ladrón nocturno; i) se admite la igualdad social y política"[245].

En lo que respecta a los tipos de sanciones contenidas en la Ley de las XII Tablas se encuentra la ya tradicional pena del Talión para los casos de los delitos de naturaleza privada, sanción ésta que, recordemos, se venía implementando desde antaño en civilizaciones más antiguas como, por ejemplo, en el pueblo hebreo[246]; sin embargo, -en opinión de FERNÁNDEZ DE BUJÁN- la aplicación de la referida sanción dentro del Derecho romano "se encontraba mitigada o bien por la obligatoriedad del pacto entre el ofensor y la victima o bien por las disposiciones favorecidas de dicha composición voluntaria"[247].

---

[244] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 204 y 205.
[245] Cfr. SOSA CHACÍN, J.: Derecho Penal. Tomo primero…, ob. cit., 53.
[246] En tal sentido, MELCHOR Y LAMANETTE ha destacado a definir referirse al Talión como penalidad que, esta sanción era "el castigo aceptado por todos los pueblos de Asia y que se hallaba escrito en términos más formales en los libros mosaicos" Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio histórico…, ob. cit., p. 25.
[247] Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, B.: Derecho público romano…, ob. cit., p. 167.

En lo que se refiere a la ejecución de esta penalidad, el ofendido era la persona legitimada para aplicar el castigo y, en consecuencia, la naturaleza y grado de intensidad del suplicio dependería del grado de sufrimiento padecido por la victima; sin embargo, pese a este carácter privado de la sanción, la ejecución de la misma estaba sujeto a la supervisión del conjunto de la sociedad[248]

La pena de muerte fue otro de los castigos reinantes en la legislación romana. Esta penalidad era aplicada como sanción a los delitos que afectaban el interés público de la sociedad romana. Ahora bien, los mecanismos empleados para ejecutar esta clase de penalidad variaban de acuerdo a la categoría o clase social a la que el condenado pertenecía. Por ejemplo, durante la época de la monarquía de la civilización romana, la intensidad del tormento variaba de acuerdo a si el condenado era patricio, plebeyo o esclavo; mientras que, en la etapa de la República, el elemento determinante de la intensidad del castigo dependía de si el penado era ciudadano romano o no, porque en el supuesto de que el condenado fuere ciudadano romano era prácticamente intocable. Sólo el pueblo podía juzgar e imponer la pena de muerte a un ciudadano romano, y, a excepción de los delitos considerados imperdonables (lesa majestad y rebelión), el severidad del tormento no debía ser superior a la que debían sufrir los reos de muerte pertenecientes a otra categoría y condición social[249].

Por otra parte, la distinción entre delitos privados y delitos públicos impactó en la configuración de la pena en los delitos que afectaban directamente la esfera del particular -o de la familia-, como sucedía, por ejemplo, en el caso del *parricidio*. En efecto, el castigo de este tipo de delito fue sustraído del ámbito familiar al establecerse expresamente la pena de muerte para este tipo de delito, pues, como advertimos *supra*, la ejecución de la pena capital le correspondía al Estado romano, castigo éste que además debía realizarse de una manera determinada[250].

En cuanto a la privación de libertad, esta no tenía el carácter de pena tal como se entiende en la actualidad, pero indirectamente formaba parte de la pena de otra categoría (capital, tormento, etc.) al ser el medio necesario para la ejecución del castigo.

Así, al igual que los hebreos y los griegos, los romanos concibieron el encierro más que como aseguramiento preventivo. En efecto, NEUMAN decía que el encierro punitivo en esta civilización "era un medio de mantener seguros a los acusados durante la instrucción del proceso y una condición

[248] Vid. THOMAS, J. A. C.: "Desarrollo del Derecho criminal romano" …, ob. cit., p. 10.
[249] Vid. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio histórico…, ob. cit., p. 30 y 31.
[250] De acuerdo con la Ley de las XII Tablas: "Si un hijo mata a su padre, se le vedará los ojos y envuelto y cosido dentro de un saco de cuero, se le arrojará al Tíber o al mar".

jurídica indispensable para la ejecución de la pena. De ahí que COMBARDO FERRINI, explica que <<ni el Derecho de la época republicana ni el de la época del Imperio conocieron la pena de cárcel pública y aún en el Derecho justiniano se consideraba como inadmisible e ilegítima una condena judicial a cárcel temporal o perpetua>>. Repárese que añude a la *cárcel pública*, pues, según se sabe, tanto en Grecia como en Roma existía la llamada *cárcel por deudas*, penalidad civil lindante con el tormento, que se hacía efectiva hasta que el deudor oblase por sí o por otra deuda"[251].

También el *ergastulum*, continua NEUMAN, "tenía un carácter más <<domestico>> que público. En esta *cárcel privada* se reprimían delitos e indisciplinas. Los jueces, por equidad, cuando era necesario castigar a un esclavo, delegaban la misión al *pater familiae*, quien podía determinar su reclusión temporaria o perpetua en el *ergastulum*"[252].

En la etapa de la Monarquía romana, durante el reinado de Anco Marco, fue construida la célebre cárcel *Mamertina* para recluir en ella a los criminales. De acuerdo con lo señalado por MELCHOR Y LAMANETTE, en este espacio fue construido un calabozo subterráneo -conocido como *Tullianum*- donde los condenados por delitos de lesa majestad eran encerrado hasta tanto sean ejecutados mediante la pena capital, la cual consistía en la estrangulación o la decapitación[253].

Todas las modalidades de sanciones que hemos revisado hasta ahora se imponían dentro de un régimen de garantías al que BARONA VILAR encuadra dentro de la historia del Derecho Procesal[254]. Al igual que lo sucedido con el Derecho penal sustantivo romano, su <<Derecho procesal penal>> estuvo dividido en Derecho procesal penal público y el Derecho procesal penal privado.

En cuanto al Derecho procesal penal público, en palabras de BARONA VILAR, "se conocían aquellos hechos en los que se hubiere causado daño a la comunidad. Obviamente una comunidad primitiva, que se entendía desde una organización de tipo gentilicio y familiar. Poco a poco, y a medida que la comunidad se va convirtiendo en algo más que un colectivo de personas, esto

---

[251] Cfr. NEUMAN, E.: Prisión Abierta. Una nueva experiencia penológica…, ob. cit., p. 9. Sobre este aspecto, MELCHOR Y LAMANETTE ha destacado que los deudores eran encerrados durante 60 días en las prisiones privadas, mientras pagasen la deuda, pudiendo el acreedor -una vez culminado el mencionado plazo- dar muerte al cautivo deudor. Vid. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio histórico…, ob. cit., p. 24.

[252]Cfr. NEUMAN, E.: Prisión Abierta. Una nueva experiencia penológica…, ob. cit., p. 9.

[253] Vid. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio histórico…, ob. cit., p. 23 y 24. Por su parte, GUTIERREZ FERNÁNDEZ destacó que este "encierro" era el único suplicio que se realizaba en secreto, motivo por el cual la aplicación de la pena en este lugar fue "reservada para las ejecuciones que más pudieran conmover los ánimos o turbar el orden, como aconteció con los cómplices de P. Graco y los de Catilina". Cfr. GUTIERREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho Penal…, ob. cit. 47.

[254] Al respecto, Vid. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., pp. 54-74.

es, en la medida en que se va estructurando políticamente, comienza a surgir la denominada represión <<estatal>>, o <<pública>>"[255].

Ahora bien, el Derecho procesal penal privado estuvo influido por el procedimiento empleado para resolver las controversias de la forma cómo se solía hacer en el ámbito civil. En efecto, según BARONA VILAR, este proceso era "un proceso arbitral y en el que las partes exponían sus alegaciones e intereses y la resolución que se adoptase se asentaba en la idea de equidad y mediación"[256]. Esta modalidad de juzgamiento -señala la citada autora- tenía dos fines, a saber: "por un lado, obtener la reparación de las personas afectadas como condición de reconciliación, y, por otro, la finalidad retributiva de la expiación, con la imposición de la pena", ambos fines -continúa BARONA VILAR- no son "direcciones excluyentes, sino que ambas son perfectamente alcanzables a través de estos instrumentos. Una idea es esencial: en el marco de esta justicia negociada o pactada prima el consenso o pacto sobre certeza o no de los hechos"[257].

Como hemos advertido *supra*, la separación entre Derecho penal público y Derecho penal privado, lejos de clasificar -en su totalidad- las conductas perseguibles penalmente en dos cuerpos legales distintos -o mediante la división del sujeto de carácter privado o público encargado de determinar la responsabilidad penal del indiciado- incluyó dentro del catálogo de delitos públicos algunas conductas que, tradicionalmente, pertenecían al ámbito de la justicia privada, cuestión que implicaría que con el transcurso del tiempo esta simbiosis propiciara un cambio importante, "al ir poco a poco otorgando naturaleza pública a cualquiera que fuere el ejercicio de una acción penal, de manera que se fue poco a poco abandonando la concepción de proceso penal privado expuesta, para ir integrándola a la vía penal pública"[258].

En lo que se refiere al Derecho procesal penal público, este fue más complejo. En efecto, de acuerdo con lo explicado por BARONA VILAR, "en el desarrollo del proceso penal público se distinguieron manifestaciones diversas en el tiempo, que marcaban especialmente una diferencia en la intervención del juez o magistrado en el mismo: por un lado, la denominada *cognitio*, y, por otro, la *accusatio*"[259].

Como también hemos comentado *supra*, las instituciones romanas han derivado de reformas lentas debido al respeto que la sociedad romana tenía a la tradición y a la costumbre, y el proceso de juzgamiento penal no fue la excepción en este sentido. Las referidas modalidades de proceso penal

[255] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., pp. 54-55.
[256] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 72.
[257] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 72.
[258] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 73.
[259] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 55.

estuvieron presentes en las épocas de la Monarquía, la República y el Imperio, aunque matizadas por las necesidades políticas que imperaron en cada uno de los referidos periodos.

La *cognitio* fue la modalidad de proceso penal aplicado durante la época de la Monarquía. Al respecto BARONA VILAR ha explicado que "la instrucción se realizaba por un representante de la comunidad, y, por ello, con un marcado carácter político. Probablemente fue un modelo en que todo giraba en torno a la figura real (el Rey, quien decidía, sin saber muy bien si lo hacía por medio o no de un Consejo) o mediante el ejercicio de esta función por sus representantes, los que se denominan *duumviri* o magistrados"[260].

Este modelo era más parecido al Sistema Inquisitivo que, como veremos en el *Capítulo III*, será empleado en la Edad Media y en la Edad Moderna. En efecto, en la *cognitio* al no haber reglas formales de actuación, explica BARONA VILAR, "no existía regla para la apertura del juicio ni para su finalización. Era un modelo con ausencia de contradicción e igualdad de los sujetos del procedimiento y a una ilimitada facultad de intervención del magistrado, quien actuaba por su cuenta para obtener información que le permitiera averiguar cuanto fuere necesario en relación con los hechos imputados. No existía, por ello, un verdadero <<proceso>> en términos garantistas"[261].

Así, la esencia de la *cognitio* era la investigación arbitraria de los hechos punibles que el magistrado realizaba para condenar a los responsables del delito. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, al poder ilimitado del magistrado -en palabras de BARONA VILAR-, "se fueron paulatinamente incorporando ciertos límites a esa ilimitada función judicial; algunos límites lo fueron por la costumbre, otros fueron incorporados en la ley. De este modo pueden citarse: la prohibición de las mutilaciones corporales y la imposibilidad de aplicar el tormento salvo a los esclavos, la invalidez de las denuncias falsas, la invalidez del testimonio del esclavo frente a su señor, o la única validez del testimonio de esclavos si se prestaba bajo tormento"[262].

Ahora bien, antes de continuar, recordemos en este lugar que la civilización romana también se ha caracterizado por una pluralidad de razas, aunque unida por una misma cultura latina[263]. Los patricios, considerados como la clase originaria de Roma[264], gozaban de derechos y privilegios distintos a otros colectivos como, por ejemplo, los extranjeros y los esclavos.

---

[260] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 56.
[261] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 56.
[262] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, Ibid., p. 57.
[263] Vid. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones…, ob. cit., p. 13.
[264] Acerca de esta creencia, IGLESIAS advierte que "la verdad es, no obstante, que las *civitas quiritaria* -quienes es término con el que se nombran los antiguos ciudadanos romanos, que no son sino los *patricii* o

En el ámbito procesal esto se manifestó a través del llamado *provocatio ad populum*, el cual era una especie de perdón popular otorgado por la ciudadanía hacia condenados también ciudadanos[265]; aunque ya en la primera etapa de la República, dice DE LOS MOZOS TOUYA, "de modo paulatino se va abrir paso al principio republicano el protagonismo del *populus*"[266]. En todo caso, la comentada desigualdad manifestada en el privilegio que unas castas tenían sobre otra, originó la revisión de la *cognitio*[267].

En efecto, la referida revisión se materializa con el arribo de la República, pues, bajo este régimen político, el proceso penal ya no será predominantemente inquisitivo, pues, la incorporación de garantías -semejantes a las garantías del debido proceso moderno- propiciará que el proceso penal se transforme en un modelo predominantemente *acusatorio*. Así, si el Derecho procesal penal privado se inspiró en el procedimiento aplicado en el Derecho civil romano, el Sistema Acusatorio practicado dentro del Derecho penal público -en palabras de BARONA VILAR- "surgió inspirado en la conformación del modelo arbitral propio del proceso penal privado, pero aplicado al derecho penal público. Lo esencial en este momento es la privación de la instrucción por el magistrado (propio de la *cognitio* inquisitorial), trasladándose a un representante de la comunidad que no fuere el magistrado, el *accusatore*. Obviamente, los magistrados -integrados en un órgano colegiado, como sucedía con los jurados o los cónsules y Senado, o ya resolviendo individualmente la cuestión, previo nombramiento de un *consilium* que les diera su dictamen, como sucedía en la época del Imperio- tenían la función de dictar sentencias. Existía por ello un reparto de funciones, que se incorporó formal y paulatinamente en la ley. Existía ya en este momento la función de acusar y la de juzgar, como diferenciadas por los sujetos a los que se atribuía"[268].

Así, con la *accusatio* se establecieron las bases de lo que actualmente se conocer como Sistema Acusatorio, el cual responde a la comentada distinción

---

miembros de las *gentes patriciae*- surge durante un largo proceso de integración política". Cfr. IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones…, ob. cit., p. 13.

[265]". Cfr. SÁNCHEZ DE PEDRO, M. C.: *Provocatio ad populum*, ¿Garantía de Libertad? Documento de Trabajo, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, N.º 8, 2013, p. 6.

[266]Cfr. DE LOS MOZOS TOUYA, J. J.: "La *provocatio ad populum* como garantía del ciudadano romano y manifestación de la cohesión social", en *Helmantica: Revista de filología clásica y hebrea*, Tomo 45, N.º 136-138, 1994, p. 184. También en este sentido, Vid., RIBAS ALBA, J. M.: "Tribunos de la plebe, *provocatio ad populum* y *multitudo*. Una reflexión sobre los límites del poder político en Roma", en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, N.º 9, 2009, p. 103.

[267] La injusticia que implicaba que sólo los ciudadanos romanos fueran los beneficiarios del perdón popular es una consecuencia del comentado privilegio que tenían los patricios, por ello, tal como nos enseña SÁNCHEZ DE PEDRO, la *provocatio ad populum* "aunque es un derecho que nació antes de la lucha de clases (patricio-plebeyo), la conquista por el ejercicio del mismo por la clase oprimida -plebeyos, al igual que el resto de los derechos reconocidos a los patricios, así como el acceso a las distintas magistraturas- constituyó uno de los objetivos fundamentales de su lucha". Cfr. SÁNCHEZ DE PEDRO, M. C.: *Provocatio ad populum*, ¿Garantía de Libertad..., ob. cit., p. 5

[268] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 60.

entre delitos públicos y delitos privados, pues en el caso de los delitos públicos "la acción era ejercida por cualquier ciudadano o por un magistrado como representante del pueblo, y daba lugar al *iudicium publicum*"[269].

Asimismo, nos dice BARONA VILAR, frente a la idea de que el delito era un atentado contra la colectividad, "cualquiera de sus miembros debía tener la posibilidad de acusar. Se vinculaba el éxito de esta persecución a la voluntad individual de alcanzar la verdad y la justicia y al afecto por la <<cosa pública>>. De ahí que en el reparto de papeles se atribuye a cualquier ciudadano, con las excepciones que se establecen, la misión de control de la paz y de la seguridad de la República, mediante un poder, como señala VELEZ MARICONDE, que descansa en la rectitud y en la honorabilidad"[270].

Pero en cuanto a la estructura de este de proceso penal de corte acusatorio, nos dice ÁLVAREZ SUÁREZ, que "la instauración de la República determinó la implantación de otra organización judicial y de un procedimiento oral, público y contradictorio. Las Leyes Valerie introdujeron las *centurias*, que eran Asambleas populares mixtas (de patricios y plebeyos) encargados de juzgar, y suprimieron la administración de los cónsules. No obstante, la administración también fue ejercida en un principio, aunque de forma excepcional, por el Senado, quien en ocasiones delegaba sus funciones en los *questores* o *duumviri*, dicha delegación circunstancial y singular adquirió carácter permanente, dando lugar a las *quastiones perpetuae e accusatio*"[271].

Como hemos advertido *supra*, la aparición las *quastiones perpetuae* representó un progreso no sólo para la garantías de la legalidad procesal sino también para las garantías correspondientes al propio Derecho sustantivo, pues con la publicidad de las leyes se evitaba la arbitrariedad en el ejercicio de la justicia. Ahora bien, en cuanto a la materia procesal, el procedimiento de las *quastiones perpetuae*, nos dice ÁLVAREZ SUÁREZ, "se caracterizaba por ser la concreción de un *iudicium publicum*, es decir, la manifestación de la posibilidad de acceso *quivis ex populo*. Su base la constituía la persecución

[269] Cfr. ÁLVAREZ SUÁREZ, L.: "La influencia de la *inquisitio* y la *acussatio* romanas en los procesos penales de los Estados iberoamericanos: ejercicio de la acción penal", en GARCÍA SÁNCHEZ, J. (Dir.) / LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y AZAUSTRE FERNÁNDEZ, J. (Coords.): Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo. Boletín Oficial del Estado BOE, Madrid, 2021, p. 185.

[270] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 60. También en este sentido, ÁLVAREZ SUÁREZ ha advertido que "este sistema -la *acussatio*- se constituyó en la idea de que el delito perjudicaba a la colectividad, cuyos miembros tenían el interés y la aptitud suficiente para mandar la represión. Su éxito individual por la verdad y la justicia, y del amor de los ciudadanos por lo público. Mediante la atribución del poder de acusar que descansaba en la rectitud y la honorabilidad, se les confió a los ciudadanos la tarea de vigilar la paz y la seguridad de la comunidad. Es por ello, que, a finales de la República, la inactividad de los particulares determinó la parálisis de la actividad jurisdiccional, y por tanto, la impunidad de los delitos que no eran objeto de acusación". ÁLVAREZ SUÁREZ, L.: "La influencia de la *inquisitio* y la *acussatio* romanas en los procesos penales de los Estados iberoamericanos: ejercicio de la acción penal…, ob. cit., p. 187.

[271] Cfr. ÁLVAREZ SUÁREZ, L.: "La influencia de la *inquisitio* y la *acussatio* romanas en los procesos penales de los Estados iberoamericanos: ejercicio de la acción penal…, Ibid., p. 186.

penal por una persona extraña al órgano de jurisdicción (*ne procedat iudex ex oficio nemo iudex sine actore*), restringiendo así, el poder del Tribunal popular que era mero árbitro del proceso, también se distinguía por la instrucción de parte, etapa preparatoria del juicio que otorgaba al actor el *imperium* necesario para reunir las pruebas que fundaban su acción ante el Tribunal de sentencia. Y, por último, pero no menos importante, la *accusatio* se singularizaba por la celebración de un debate oral y público"[272].

Finalmente, en el régimen político romano conocido como Imperio, el proceso judicial vuelve a sufrir modificaciones para adaptarse a las exigencias sociopolíticas de este periodo[273]. En efecto, en palabras de AMBOS, "la época imperial romana que se extiende hasta la Edad Media llevó a una dominación absoluta que se plasmó en el Derecho penal. El principio acusatorio y el de oficialidad comenzaron a coexistir de tal manera que el proceso podía iniciarse tanto a instancia de un particular (*acussatio*) como de oficio (*cognotio*)" [274].

En palabras de ADINOLFI, "tal procedimiento fue definido con el nombre de *cognitio extraordinem*, porque surgió fuera del proceso criminal ordinario (*ordo iudiciorum*); y entonces sin vínculos formales de jurisdicción. Éste creó un sistema criminal extraordinario que tenía que suplantar el viejo régimen sustancial de delitos y penas. El príncipe, en este nuevo sistema, tenía el poder de evocar, conocer en apelación y delegar la competencia"[275].

Así, en este modelo procesal de la época del Imperio -de acuerdo con BARONA VILAR- "concurrieron junto con el tribunal popular que venía a considerarse como aquel que conocía de la vía ordinaria, lo que se denominó como jurisdicción extraordinaria del Senado amén de la que se podía ejercer por el mismo Emperador, con auxilio de sus asesores, sin olvidar la <<casta>>, que constituía la nobleza, cada vez más cerrada y poderosa. En cualquier caso, un dato merece destacarse: la justicia se administraba en nombre del príncipe, que era el que detentaba el poder supremo. El terreno

[272] Cfr. ÁLVAREZ SUÁREZ, L.: "La influencia de la *inquisitio* y la *acussatio* romanas en los procesos penales de los Estados iberoamericanos: ejercicio de la acción penal…, ob. cit., p. 186.

[273] De acuerdo con BARONA VILAR, "en la época del Imperio la evolución de la persecución penal se configuró a través del proceso penal extraordinario. Esa visión inicial de la intervención del acusador como contrapeso en la persecución de los delitos provocó en ciertos supuestos algunas consecuencias no queridas que afectaban a la composición personal del modelo procesal penal. Ello propició una evolución paulatina del escenario existente, en gran medida justificado desde parámetros políticos diversos, dado que, si bien en la República la soberanía era popular, en el Imperio, la soberanía reside en el emperador. Este modelo político diverso propulsó cambios en las instituciones políticas y también jurídicas. Esos cambios no fueron inmediatos sino progresivos. Así, aun cuando inicialmente se mantuvieron las *questiones* como cause ordinario y la *iudicta extra ordinem* como lo extraordinario, con el paso de los años el modelo fue progresivamente cambiando". Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 65.

[274] Cfr. AMBOS, K.: "El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender el significado actual desde la perspectiva histórica", en BACHMAIER WINTER, L. (Coord.) Proceso penal y sistemas acusatorios. Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 52.

[275] Cfr. ADINOLFI, G.: "Extremismos en tema de *accusatio* e *inquisitio* en el proceso penal romano", *Revista de estudios históricos-jurídicos*, N.º 31, 2009, p. 42.

político propició la supresión de los tribunales populares -la soberanía no residía en el pueblo- y la afirmación del poder juzgar del *preafectus orbis*, quien actuaba con un consejo de cinco asesores que elegía el Senado, amén del *preafectus vigilum*. Por su parte, la intervención excepcional del consejo del Emperador se reservaba a la apelación"[276].

En definitiva, en palabras de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, "la *cognitio* extraordinaria supone una nueva concepción de la justicia y del Estado. El absolutismo imperial, instaurado de forma progresiva en la vida política, se manifiesta en el nombramiento de magistrados jurisdiccionales por el Emperador, en la creación del derecho a través de las constituciones imperiales, en la interpretación de la normativa legal y de la decisión de las controversias por el tribunal imperial, lo que supuso un clamoroso retroceso histórico respecto a los logros de independencia judicial y libertad de la República y una progresiva asunción de funciones legislativas, ejecutivas y judiciales por el poder constituido"[277].

En síntesis, del repaso general que hemos hecho hasta ahora del periodo romano, vemos que el Derecho vigente a lo largo de esta época estuvo vinculado con las concepciones religiosas e ideales sociales imperantes en aquel entonces, situación que refrenda la vinculación tridimensional que existe entre la norma, los valores y los hechos. Hemos visto que el extenso territorio que conformó el antiguo imperio romano estuvo habitado por los distintos pueblos conquistados. Si frente a este contexto analizamos a la penalidad desde una perspectiva tridimensional, podríamos esperar que -de acuerdo a los distintos intereses que emanan de la cultura de cada pueblo- esta penalidad debía ser distinta en cada localidad.

Esta situación podría encajarse en el Derecho penal privado para los casos de los delitos que afectaban a los particulares; sin embargo, si los distintos pueblos pertenecían al Imperio romano, los crímenes que ponían en riesgo la estabilidad de dicho Imperio estaban regidos por un Derecho común: el Derecho penal público. Ahora bien, tanto en el Derecho penal privado, como en el Derecho penal público, la penalidad estaba orientada hacia la <<retribución>>, pues la mayoría de los castigos vigentes en aquel entonces estaban orientados hacia la muerte del agresor, aunque ya en esta época romana -a diferencia del pueblo hebreo y civilización griega antigua- se avizoran ciertas garantías o un mayor control en la imposición de las sanciones por parte del <<Estado>> o de la autoridad pública; garantías que se verificarían no sólo desde el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal romano, sino también en el control o forma de imponer las penas, incluso en los casos de los delitos privados amparados por la Ley del Talión.

[276] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 66.
[277] Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: Derecho Romano. 7ª ed. De Palma S. L., Madrid, 2023, p. 240.

CAPITULO III
EL ESTADO Y LA PENALIDAD: LOS ESTADOS EUROPEOS DE LAS EDADES MEDIA Y MODERNA

3.1.- El Estado Feudal y la penalidad en la Edad Media: Especial referencia al pueblo bárbaro o teutónico

3.1.1.- Revisión de algunos de los aspectos que sentaron las bases del <<feudalismo>> como modelo de organización político-social en la Europa medieval

Los grupos sociales que aquí vamos a denominar como pueblos <<barbaros o teutónicos>> estaban conformados por las poblaciones que habitaban el norte de la región que actualmente se conoce como el <<continente europeo>>. Estas civilizaciones invadieron el decadente imperio romano dando paso a una nueva etapa en la organización política social en la civilización occidental[278]. Ahora bien, la invasión bárbara -nos enseña GIL MAESTRE- "fue un movimiento de avance hacia el corazón del imperio: un impulso irresistible encaminaba los invasores en aquella dirección; los unos empujaban a los otros; los Francos invadieron el norte de la Galia; los Alanos y los Bretones asentaron sus reales en las riberas del Loria; los Burglundos extendieron su dominación en el Rodano, el Rhin, los Vogos y los Apeninos; entre la ribera derecha del Rhin y los lagos de Costanza se establecieron los Bárbaros, los Turingos y los Frisónes; los Borgoñones lo hicieron en los territorios regados por el Rodano y el Saona; los Ostrogodos y Lombardos en Italia, y en la península Ibérica los Alanos, los Vándalos, los Suebos, y después los Visigodos"[279]; así, este panorama aparentemente diverso estuvo orientado hacia una misma dirección y propósito: lograr conquistar Roma; por lo tanto, pese a la pluralidad de razas participantes en esta campaña, la consecución del referido propósito constituyó un movimiento general[280].

---

[278] Frente a la creencia de que -a raíz de la campaña emprendida por los bárbaros- se da por terminado el Imperio romano han existido voces discordantes como la de TOMÁS Y VALIENTE, quien ha señalado que "la expresión <<invasión de los bárbaros>>, referida a la caída del Imperio romano en el año 476, parece dar a entender que éste se derrumbó bruscamente como consecuencia de un ataque violento y repentino de hunos y germanos producido en aquella fecha. Según esta visión, la civilización romana habría muerto <<asesinada por la barbarie>>, como afirmaban algunos historiadores del siglo XIX. La realidad no fue precisamente así. De una parte, porque la caída del Imperio se debió en gran medida a su propia descomposición interna, a la transformación social iniciada en el siglo III. De otra, porque los pueblos germánicos se infiltraron en el Imperio desde finales del siglo IV y principios del V, y aunque algunos lo hicieron en forma de irrupción violenta, otros de ayuda militar concertados con las autoridades imperiales. Los germanos, que, a diferencia humos, no eran nómadas, buscaban tierras donde asentarse". Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F.: Manual de Historia del Derecho español. Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 97.

[279] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar", en FRANK, A.D.: Filosofía del Derecho penal. Trad. GIL MAESTRE. Imprenta Sebastián Cerezo, editor, Salamanca, 1878, p. XIII.

[280] Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, Ibid., p. XIII.

Naturalmente, toda revolución política implica -en mayor o menor medida- un cambio institucional[281]. Pero, el cambio que la invasión bárbara traería consigo sobre los dominios romanos fue más de tipo cultural que institucional, pues, las instituciones creadas para organizar políticamente a la nueva realidad sociopolítica estarán inspiradas en las instituciones surgidas durante el periodo romano[282].

Ahora bien, en cuanto al aspecto cultural de los pueblos bárbaros, al igual que lo sucedido en las civilizaciones antiguas que hemos estudiado hasta ahora, la institución de la <<familia>> tuvo gran importancia, pues la sociedad domestica bárbara tuvo un papel neurálgico en la organización político social de los pueblos barbaros. En efecto, entre los bárbaros sucedió algo similar a lo ocurrido con el pueblo hebreo y demás civilizaciones antiguas estudiadas en los dos *Capítulos* anteriores, pues el parentesco constituyó la base política de la civilización bárbara porque, a través de ese vínculo familiar, se configuraba la autoridad y la unidad de gobierno del grupo, y, además -como veremos *infra*- porque por medio de las asambleas conformadas por los representantes de estas familias -agrupadas en tribus- eran elegidos los lideres militares destinados a comandar las campañas bélicas y de conquista[283].

En efecto, WOODROW WILSON ha explicado la importancia de la familia en la estructura política de la sociedad bárbara al exponer que, "los parientes hombres de una misma tribu, estaban agrupados en aldeas, y cada aldea mantenía sin dificultad sus privilegios de *self-goverment*, legislando sobre sus propios asuntos y administrando su propiedad común, en la reunión de la aldea. Sus tierras eran la propiedad no de sus individuos, sino de la comunidad; únicamente se arrendaban en partes distintas a los hombres libres de la aldea, sobre una base que se suponía equitativa, y se cultivaba en beneficio de uno sólo y no de la comunidad. Había jefes que ejercían las funciones de magistrados, pero esos jefes eran elegidos en la asamblea de la

[281] Para un estudio detenido acerca del concepto de revolución y sus causas, y consecuencias en la sociedad, Vid. VILLORO TIRANZO, L.: "Sobre el concepto de revolución", en *Esbozos, Revista de filosofía política y ayuda al desarrollo*, N.º 4, 2010, pp. 21-32.

[282] Un ejemplo de lo aquí comentado nos lo da UBRIC RABANEDA al advertir que, en el caso de la invasión bárbara en los dominios romanos de la península ibérica, "los grupos bárbaros que intervinieron en Hispania durante el siglo V proporcionaron a sus habitante una alternativa al poder romano, en la que muchos confiaron y depositaron sus esperanzas, sobre todo cuando el imperio se mostró totalmente incapaz de mantener su hegemonía en el territorio. No obstante, esta opción bárbara era muy limitada, ya que, si bien los bárbaros contaban con la fuerza de las armas, no supieron implantar un sistema estatal propio, distinto al romano, sino que se limitaron a beneficiarse de los restos de éste, sin solucionar los problemas que le afectaban y prolongando aún más su hegemonía". Cfr. UBRIC RABANEDA, P.: "Las nuevas opciones de poder: El protagonismo de los bárbaros en la Hispania del siglo V", en *Polis: Revista de ideas y formas políticas de la antigüedad clásica*, N.º 19, 2007, p. 179.

[283] En tal sentido, siguiendo a GÓMEZ DE ARO, los barbaros al caracterizarse por la cultura de tribus, en oposición a la de la ciudad -como Estado fijo o territorial- característico de los romanos, la institución de la familia fue un elemento importante en organización política de los teutones. Vid. GÓMEZ ARO, G.: "La transculturación romano-bárbara en los siglos IV y V d. C.", en *Revista de historia*, Años 9-10, Vols. 9-10, 1999-2000, p. 24.

aldea. No zanjaban las cuestiones más importantes relativas a la administración de justicia: era cosa de la Asamblea misma; y la autoridad judicial que ejercían, pertenecía al mismo tiempo a los <<asesores>>, elegidos en el cuerpo entero de los hombres libres de la aldea"[284].

Así, esta sociedad a pesar de ser rudimentaria "no se hallaba en un estado de barbarie en que por lo general nos lo representan los historiadores romanos, no era comparable con los salvajes americanos, ni se hallaban en el primer periodo de infancia"[285]; no obstante, los bárbaros tenían una organización política rudimentaria, situación esta originada por la ausencia de un poder centralizado e instalado en una determinada localidad al estilo de las antiguas <<ciudades – estado>> griegas y romanas[286].

Como era de esperar debido al proceso de aculturación[287], el señalado tipo de organización política rudimentaria de los bárbaros se fue traspasando a los poblados romanos conquistados por los bárbaros. Sin embargo, la regulación de las relaciones sociales de las poblaciones romanas conquistadas continuaría bajo el régimen jurídico romano, pues el tradicional sistema familiar bárbaro que combinaba la unidad de la tribu con el autogobierno o independencia individual se mantuvo en la mentalidad de los gobernantes teutones, y, por lo tanto, los poblados romanos conquistados -entendidos como tribus en la concepción de los bárbaros- podían conservar sus leyes

[284] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 217.
[285] Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XVI.
[286] Ahondando en este aspecto, JELLINEK ha explicado detenidamente que "el carácter imperfecto de los Estados del mundo germánico en los comienzo de la vida política se muestra ante todo en que se formó en ellos con muchas dificultades un elemento importante del Estado perfecto: al principio el Estado germano es una asociación de pueblos a la que le falta la relación constante con un territorio fijo, el enlace permanente del territorio con el pueblo sólo muy lentamente se ha llevado a cabo en su historia. El modo como se ha hecho este enlace ha determinado la suerte del Estado moderno. En tanto que el antiguo tuvo como punto central hasta su fin la *polis*, y en el imperio mundial de los romanos el territorio sólo fue considerado como algo dependiente de la ciudad, al Estado germano le faltó por completo un punto central, es decir, le faltó todo centro en general; es desde su comienzo un Estado territorial con un centro personal, pero sin un centro real. La residencia del príncipe era algo completamente contingente e independiente de la organización del Estado. Por consiguiente, le falta desde el comienzo una centralización. La dificultad de organización para un pueblo que está extendido en un vasto territorio y carece de todo centro es aún mayor en una época en que las comunicaciones eran rudimentarias y predominaba una economía agrícola. Por consiguiente, el ensayo de los carolingios al constituir los condados no tuvo consecuencias duraderas. Precisamente las grandes dificultades que se oponían a la formación de la unidad de la vida de los pueblos es lo que despierta la tendencia a fortalecer todo lo posible el poder central, naciendo de esta manera de las tribus juntamente con la conversión de las mismas en sedentarias, una realidad que, si bien al comienzo sólo representaba una función subordinada a la asamblea, sirvió más tarde como arranque de todos los reinos de la Edad Media. Sin realeza, sin reunión de las fuerzas débiles de los Estados germanos en cantones políticos impotentes. El mundo germano es, pues, monárquico, y por tanto esto ha determinado la evolución de su Estado hasta los tiempos actuales. Cfr. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, ob. cit., pp. 307 y 308.
[287] Aquí empleamos el término aculturación en su sentido genérico de "cambio cultural derivado de contacto". Para una revisión detenida del fenómeno de aculturación como concepto antropológico, Vid. BAUCELLS MESA, S.: "Sobre el concepto de aculturación: Una aproximación teórica al estudio de los procesos de interacción cultural", en *Tabona: Revista de Prehistoria y de Arqueología*, N. 10, 2001, pp. 267-288.

autóctonas[288]. Empero, cabe destacar que esta situación no significó que los monarcas teutones relegasen por completo la tarea legislativa a los pueblos dominados, pues tales monarcas impulsaron leyes importantes como la *Lex Romana Visigothorum* o *Breviarum Alaricianum*, especie de Código romano de los visigodos -conocido como el Breviario de Alarico-, redactado por orden de Alarico I, y considerado como "la mejor y más influyente de las codificaciones bárbaras de la ley romana"[289].

Por otra parte, como una muestra de que el Derecho -para ser eficaz- debe responder con la idiosincrasia de la sociedad a la cual el Derecho está destinado a regir; el elemento religioso estará presente también en la incipiente legislación bárbara, ello en virtud de que esta legislación sería confeccionada adoptándose los avances legislativos del Derecho romano, Derecho romano este que se caracterizaba porque la validez del mismo dependía de su correspondencia con los preceptos de las leyes divinas. Así, la idiosincrasia legislativa romana copiada por los bárbaros estaba enmarcada dentro del culto religioso. Esta circunstancia permitió, a su vez, mantener el poder de los pontífices romanos en el ámbito jurídico, al ser estos los tradicionales intérpretes de las leyes, pues recordemos que, ya desde antes del periodo republicano de Roma, las leyes -debido a la inspiración divina de su contenido- eran interpretadas por los pontífices aunque -como advertimos en el *Capítulo II* estudiado *supra*- el trasfondo de estas interpretaciones no fuera la de materializar las máximas religiosas, sino la de proteger los privilegios de la clase acomodada[290].

---

[288] Al respecto, WOODROW WILSON explicó que "lo que parecía ser tolerancia de parte de los teutones, no era, en realidad, sino el resultado natural de ciertas concepciones admitidas por su raza. Las multitudes que se habían extendido por los territorios romanos, eran más considerables, y estaban regidas por legislaciones mucho más variadas, que los pueblos teutónicos, sometidos todos a la vida comunal en sus bosques de Germania. Representaban tribus unidas, tribus de parientes, es verdad, pero que, sin embargo, estaban entre sí unidas por un lazo muy flojo y ahora no sometidas a ningún gobierno en común. Los francosalios tenían su ley y sus costumbres, los francoripuarios tenían otras, los francos tenían su derecho y sus usos, los burgundiones, los suyos, y en todas partes, entre los germanos, se observaba el principio según el cual, juntaranse o no para una empresa en común, cada hombre debía ser juzgado, y conservar sus derechos, según la ley de su país, o la costumbre de su pueblo. Cada cual tenía sus privilegios personales, obra de la raza y de las costumbres. Cada cual debía ver que se le aplicaba su ley personal, la ley de su tribu y de su país nativo. Así es como podemos explicar sus sentimientos. Al permitir a los habitantes de los territorios romanos conservar sus leyes, los conquistadores no hicieron más que aprovecharse de un hábito, que les era propio, concebido y practicado por ellos". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 222.

[289] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 224. Para una aproximación al contenido de esta ley visigoda desde el prima de la Historia del Derecho, Vid. DÍAZ Y DÍAZ, M. C.: "La *lex Visigothorum* y sus manuscritos: un ensayo de reinterpretación", en *Anuario de Historia del Derecho español*, N.º 46, 1976, pp. 163-224.

[290] Al respecto WOODROW WILSON ha advertido que "el hecho de que sólo los sacerdotes, para acometer esta obra de codificación, revela que los principios jurídicos romanos, no podían menos de infiltrarse hasta en la ley bárbara, porque el espíritu político y científico de la Iglesia, tenía sus raíces en la tradición romana". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 224.

Por otro lado, cuando al inicio de este apartado nos referimos al parentesco familiar como elemento característico del pueblo teutón, advertimos también que estas familias se dividían en tribus generalmente independientes entre sí; este carácter es de gran importancia porque definirá la organización política social imperante durante la mayor parte de la Edad Media: el <<feudalismo>>.

Ahora bien, para definir al <<feudalismo>> es necesario determinar sus rasgos característicos, tarea esta que es posible realizar de acuerdo con el método que hemos venido empleado hasta ahora en la presente investigación; pues, tradicionalmente tales caracteres definitorios del <<feudalismo>>, la doctrina los ha extraído de la revisión histórica de la organización político social medieval surgida en Europa, luego de la caída del imperio romano[291]. De manera que, el método histórico es el que continuaremos empleando para aproximarnos a la cultura jurídico-penológica de esta civilización.

El <<feudalismo>> surgió como consecuencia de varios factores, y uno de esos factores fue el modelo institucional militar que imperaba en las poblaciones bárbaras antes y durante la conquista de la civilización romana. En efecto, profundizando en este aspecto que habíamos mencionado *supra* cuando hablamos de la importancia de la institución de la familia para los teutones, en los pueblos primitivos de la Germania, la Asamblea general -conformada por representantes de las distintas tribus teutónicas- elegía a los jefes militares destinados a dirigir las campañas bélicas; pero lo llamativo de este modelo no estuvo en la forma "democrática" de organizarse, sino en la particularidad del vínculo de lealtad que surgía entre el nombrado <<jefe militar>> y los subordinados que estarían a su órdenes.

En efecto, el contingente de personas que acompañaban al jefe militar era conocido como el *comitatus*, el cual generalmente estuvo conformada por jóvenes decididos que "tenían sed de movimiento o de aventuras, o que aspiraban a perfeccionarse en el oficio de las armas. Formaban por tal modo la casa militar, el *comitatus* del jefe que habían elegido, su acompañamiento permanente, inseparable, unido a él por los lazos de la fidelidad más estrecha, sentados siempre a su mesa, defendiendo su persona y procurando igualar sus fuerzas en las batallas, eran una banda de hombre que se dirigían a él para alimentarse, para el equipo militar, la recompensa, en los casos de grandes empresas, pero que a su vez portaban con bravura en su servicio, lo que añadía no poco a su consideración social, y les daba un lugar entre los hombres más poderosos de la tribu" [292].

[291] Para una revisión historiográfica del concepto del Feudalismo, Vid. SPINOLA, D. A.: "Feudalismo: Estado de la cuestión, controversias y propuestas metodológicas en torno a un concepto conflictivo, 1929-2015", en *Anos 90: Revista do programa de Pós-Graduaçao em História-Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Vol. 26, N.º 0, 2019, pp. 1-18.

[292]Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 219.

A diferencia de lo que sucedía en la sociedad romana donde la lealtad era impersonal -pues sólo se debía lealtad al Estado romano, y, por ende, la lealtad personal dirigida al sujeto que ostentaba la autoridad pública se extendía sólo por el tiempo que durase el mandato-, el vínculo de lealtad personal en la cultura teutónica -nos enseña WOODROW WILSON- no cesaba "porque la paz se hubiera ratificado por la comunidad, después de una guerra, aunque los poderes de los jefes expirasen entonces. Muchos, los mejores y los más valientes, seguían siendo miembros del *comitatus* de sus jefes, y quedaban ligados a ellos, no en virtud de mandato o sanción, sino a causa de la supremacía personal que los jefes tenían sobre ellos, no en virtud de mandato o sanción, sino a causa de la supremacía personal que los jefes tenían sobre ellos. Cada cual se declaraba miembro de la casa del jefe que había elegido, lo esperaba todo de su favor, y entraba en su séquito, como romano alguno, salvo algún humilde cliente, habría consentido en hacerlo. Esta política de individualismo, ofrecía muchos puntos notables y sorprendentes al observador romano. Con semejante sistema, los individuos tenían gran libertad frente al poder, y una independencia personal frente a todo lo oficial, que parecía extraña y repugnante, al propio tiempo, al romano"[293].

Junto al referido modelo militar bárbaro, otro de los factores que influiría en el posterior desarrollo del <<feudalismo>> durante el periodo medieval fue el referido a la regulación de la autoadministración local y a la tenencia libre de la tierra, la cual se impondría en el colectivo conquistado perteneciente a la civilización romana, imposición que se haría posible adaptando el estilo de vida comunal teutónica al modelo legislativo romano[294].

Según WOODROW WILSON, el arraigo del Derecho privado en la cultura romana impulsó su mantenimiento en los pueblos romanos conquistados y propició, a su vez, su incorporación a la vida de los nuevos conquistadores y habitantes barbaros; pero el motivo principal de su

[293] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 221. En la lealtad personal vemos unos de los presupuestos del feudalismo que se consolidará en la Edad Media a raíz de la invasión bárbara. En efecto, de acuerdo con lo explicado por LEGAZ LACAMBRA, en el feudalismo "el Derecho y el Estado debieron volver a una segunda infancia y tomar por base al hombre individual y libre, según éste valía por su persona, por su brazo y por su haber, y según el mismo expresaba su derecho por el libre consentimiento. La recomendación era un acto por el cual hombre se constituía en relación de dependencia o vasallaje, prestando juramento de fidelidad al Rey o a un señor. Los recomendados, a cambio de fidelidad y de los servicios que prestaban a sus señores, recibían de ellos alimentos, defensa y protección. Mas tarde, la recomendación se convirtió en <<beneficio>>"; el vasallaje y la fidelidad fueron recompensados con la concesión de tierras; pero, aunque nadie se recomendaba si no tenían este beneficio, las obligaciones del vasallo no tenían su base en la liberalidad del señor, sino en la promesa de fidelidad por parte del vasallo, libremente prestada". Cfr. LEGAZ LACAMBRA, L.: "La lealtad política", en *Revista de estudios políticos*, N.º 210, 1976, pp. 8 y 9.

[294] Acerca de la continuidad del sistema jurídico romano después de la invasión teutónica o bárbara. Vid. ROSAS BENITEZ, A.: Proyección histórica del Derecho. Vol. III: Génesis del Derecho medieval, siglos de integración. Editorial Exagono, Guadalajara, 1995, pp. 27-29.

mantenimiento estribó en que el Derecho privado romano "había engendrado un sistema demasiado completo y perfecto, y se avenía demasiado bien, con las nuevas condiciones en que se encontraba, para no tener un influjo decisivo sobre la organización del nuevo estado de cosas. Los pueblos teutónicos, jefes y subordinados, estaban bien preparados para admirar y recibir las instituciones civiles de Roma"[295]; pero más allá de la perfección de estas leyes, la conservación del modelo jurídico romano se debió a su pertinencia e idoneidad para regular la conducta de los súbditos conquistados, aunque fuere inidóneo para regular la conducta de los propios conquistadores[296]. En cualquier caso, el Derecho romano gozaba del respeto no sólo de la civilización conquistada sino también la consideración de los gobernantes barbaros.

Como advertimos *supra*, no obstante la comentada utilidad que el Derecho romano tenía para introducir el nuevo orden político y jurídico entre los pueblos conquistados, la nueva regulación bárbara encuadrada en la formalidad del Derecho romano se implementaría cumpliendo con la tradición teutónica de respetar la tradición o cultura <<jurídica>> de cada poblado, pues, recordemos que el vasto imperio romano también se edificó a través de conquistas de otros pueblos con costumbres y tradiciones diferentes, entre los que se encontraban los propios barbaros[297].

Ahora bien, desde el punto de vista político, el <<feudalismo>> -como forma de organización político administrativa y de gobierno durante la Europa de la Edad Media- fue el resultado de la fusión de los sistemas romanos y teutónico, pues el comentado individualismo tribal de las razas germanas, se ira transformando progresivamente en el absolutismo propio de la época correspondiente al imperio romano[298].

En efecto, debido a las campañas de conquistas, la comentada tradición y estilo de vida de la civilización teutónica sufrió transformaciones, transformaciones que eran lógicamente necesarias para poder subsistir y cohabitar con las poblaciones romanas conquistadas. Al inicio de este *Capítulo III* hemos advertido que los grupos familiares conformaban tribus separadas pero que, sin embargo, estaban unidas en las causas comunes, unidad esta

[295] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 224.
[296] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 224.
[297] Inclusive algunos pueblos barbaros conquistados contribuyeron a la expansión del imperio romano, pues de algunos de estos pueblos barbaros conquistados surgían personas dispuestas a formar parte del ejercido romano; de manera que esta circunstancia contribuyó a la llamada barbarización del ejercito romano. Vid. ÁLVAREZ SORIA, I. J.: "La barbarización del ejército romano", en *Studium: Revista de humanidades*, N.º 24, 2018, p. 23.
[298] El sistema feudal es el resultado de la entremezcla de la cultura romana y de los pueblos bárbaros, y ello no sólo se verifica desde el punto de vista político sino también en la dinámica económica que caracterizó al sistema feudal. Al respecto Vid. SALDRACH MARES, J. M.: "Europa en la transición de la antigüedad al feudalismo: El marco general de la historia y la panorámica de la historiografía relativa al periodo", en DE LA IGLESIA DUARTE, J. I. (Coord.).: VII Semana de Estudios medievales. Instituto de Estudios Riojanos, 1997, pp. 11-26.

que se verificaba a través de las asambleas de donde surgían, a su vez, los lideres militares. Paradójicamente, la conquista bárbara mermó esa tradicional libertad e independencia de la que gozaban las tribus, pues, para mantener la estabilidad de la civilización barbará durante la conquista era necesario que el líder militar conservase el poder hasta consolidar la colonización de las poblaciones romanas[299].

Así, al surgir el <<feudalismo>> como consecuencia de la conquista y colonización bárbara sobre los pueblos romanos, el comentado individualismo teutónico quedaría mermado, pues, la posesión y los beneficios de la tierra sólo serían posibles si se brindaba lealtad personal al jefe del ejército conquistador. En efecto, cuando el sistema feudal llegó a desarrollarse, WOODROW WILSON ha señalado que, "la ciudad parecía un ejército desplegado y acampado; todo hombre libre tenía, de cierto, derecho a una porción de tierra que el mismo podía cultivar, pero la poseía a título de <<tenencia militar>>, de servir a aquel de quien la tenía, su señor y su jefe inmediato, siempre que fuese llamado por él, y de que se portase en todo con fidelidad de soldado, con lealtad de compañero. Antes de esa emigración, de esas conquistas y de ese establecimiento sobre nuevos territorios, el deber, que para todo teutón consistía en ir a campaña cuando era llamado, no era más que un deber personal que le cambia cuando el llamamiento provenía de la Asamblea libre de su pueblo, no dependía del derecho que tenía sobre su tierra y lo debía, no al ejército o al jefe a cuya fortuna voluntariamente se asociara en tal o cual circunstancia de guerra, sino aquel de quien tenía su tierra. Ahora bien, todo hombre libre tenía su tierra de alguno, salvo el rey. La sociedad militar había arraigado en el suelo. La tierra proporcionaba un ejército en el cual todo hombre tenía su puesto y su función determinada; quien faltaba a su deber perdía su tierra. Esta sociedad, que había podido caer

[299] En efecto, de acuerdo con los señalado por WOODROW WILSON, "-las conquistas de la inmigración teutónica desenvolvieron en gran medida, temporalmente, el principio del individualismo- el principio de la fidelidad personal, No ganaban los nuevos territorios, donde debían establecerse las bandas separadas de pillaje, sino como naciones emigrantes. Fue aquello un movimiento de razas, y no sólo de ejércitos. Todos los hombres libres de las tribus vinieron y condujeron consigo sus familias, los objetos que les pertenecían, los esclavos, como si hubieran partido para instalarse definitivamente. Pero no pudieron conservar en este avance la organización de los periodos de estabilidad y paz. Llegaron, según parece, disciplinados, subordinados, con una monarquía en cierto modo reconocida, muy próxima a ser permanente. Tuvieron que elevar a rey al jefe del ejército. Como tribus confederadas en sus antiguos territorios, habían elegido muchas veces reyes, que caracterizaban, por su dignidad oficial y por su carácter sagrado, la unidad de la organización de las tribus, que presidian las asambleas de la nación, y que, en virtud de su situación elevada, tenían propiedades algo mayores, que sus compañeros, los nobles de la tribu. Pero esos reyes primitivos, como los reyes griegos de los cantos de Homero, eran rara vez más que presidentes patriarcales, <<los primeros entre sus pares>>. Por el contrario, los reyes posteriores de las Galias, de Inglaterra y de España, los reyes de la emigración, dirigían a la vez que reinaban. En primer lugar, habían sido los jefes de los ejércitos de la invasión, que habían encontrado y batido a los romanos reunidos, para contener a terrible inmigración; mientras la conquista fue incompleta, continuaron mandando las tropas hasta terminarla. Una vez la conquista terminada, su autoridad era todavía necesaria, para organizar al pueblo vencedor. Así, pues, el resultado era lógico e inevitable, los reyes llegaron a ser titulares de un poder soberano, que los germanos jamás habían conocido". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 226 y 227.

deshecha si la independencia de los teutones no hubiera estado, en cierto modo, como eclipsada y disciplinada, se mantenía de este modo por una serie de dependencias personales, basadas en el disfrute de la tierra. Había en esto una serie conexa de grandes y pequeños propietarios territoriales, los pequeños dependientes de los grandes, y todos, a lo menos nominalmente, dependientes del rey, centro a la vez y jefe titular de la jerarquía: tal era la característica de la sociedad feudal"[300].

3.1.2.- La penalidad durante el primer periodo de la invasión de los barbaros

En cuanto a la penalidad durante el primer periodo de la invasión -en palabras de GIL MAESTRE- "el Derecho criminal, así como civil, fue consuetudinario. Los pueblos germanos se regían por sus costumbres, por sus usos, por sus tradiciones, en tanto que a los vencidos gobernaba el Derecho romano. De aquí nació la legislación personal, legislación de razas, extendida por toda Europa, que por largo tiempo impidió la fusión de los pueblos y cuya influencia se hizo sentir tan tristemente en nuestra patria. Rigiéronse los pueblos invasores durante los primeros años de su establecimiento, como acabamos de indicar, por sus usos y costumbres, que escribieron algún tiempo después, denominándolas leyes, cual lo hicieron Thierry, hijo de Gloris, con la de los alemanes; Childeverto y Glotario con la Sálica, y Eurico con la Goda"[301].

Ahora bien, al igual que lo ocurrido en las civilizaciones antiguas que hemos estudiado hasta ahora, la institución de la <<familia>> tuvo un peso importante en la tradición de los barbaros, y, si la familia constituyó la organización primaria de la sociedad teutónica, presumiblemente también la penalidad se correspondió con la formalidad que el modelo intrafamiliar antiguo empleaba para hacer justicia. En efecto, al igual que lo ocurrido con los romanos, hemos visto que el pueblo teutón estaba organizado según el parentesco familiar donde la autoridad máxima de la familia era el <<Padre>>, por lo tanto, el modelo familiar vigente en la sociedad teutónica fue <<patriarcal>>[302].

---

[300] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 228 y 229. Por su parte TISSOT, al tratar al tratar la administración de justicia dentro del contexto régimen feudal, luego de precisar que las bases de la jurisdicción feudal fueron la tierra y la propiedad, y el derecho o supremacía señorial, advirtió que "no agradaba a los jefes guerreros que establecieron los fundamentos del sistema feudal por medio de la asociación para la guerra y la conquista, administrar por sí mismos justicia a sus subordinados, y no tardaron en delegar sus poderes, salvo el derecho de convocar a los jueces, de conducir los acusados ante el tribunal y hacer ejecutar sus sentencias". Cfr. TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo…, ob. cit., p. 48.

[301] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit. p. XV.

[302] Sobre este aspecto, GIL MAESTRE señaló que a pesar de que la civilización bárbara era menos avanzada que la romana, la institución de la familia se hallaba sobre bases más racionales que en Roma, pues, "la mujer ocupaba un puesto igualmente distante de la humillación en que la República fue tenida, como de la

Así, en consonancia con este modelo de <<familia patriarcal>>, la administración de justicia intrafamiliar estaba a cargo del padre de familia, pues, como apuntara MOMMSEN, al padre de familia estaba atribuida la potestad excepcional y absoluta de juzgar los crímenes cometidos por los parientes sometidos bajo su autoridad[303], pero no tenía competencia para juzgar las conductas que atentaran contra el orden público[304].

Además, de acuerdo con lo explicado por MERCHOR Y LAMANETTE, el Derecho penal bárbaro -continuando con la tradición romana- se configuró en base a la relación directamente mantenida entre las personas, pues, en puridad "la justicia no representó un principio social y positivo, pues, la penalidad era más bien una relación de hombre a hombre, así que la sociedad aparecía despojada del derecho a perseguir a un reo, si había este dado ya satisfacción al agraviado. Sin embargo, cuando se trataba de castigo de crímenes que podían interferir perjuicio a la nacionalidad entera o a la seguridad general, entonces, la sociedad germánica los perseguía de oficio, ejerciendo el derecho colectivo que le correspondía, sin dejar tan importante cuidado, como sucedía en el caso de haberse cometido delito contra un particular, a cargo sólo del ofendido"[305].

Por su parte TISSOT nos advierte que existían tres órdenes de autoridades judiciales dentro de esta sociedad. Así, aunado a la comentada autoridad judicial que tenía el <<padre de familia>>, también se encontraba la autoridad del <<tribunal del pueblo>> y la autoridad del <<sacerdote>>[306].

En cuando a la jurisdicción del tribunal del pueblo, TISSOT explicó que el <<tribunal del pueblo>> "se distinguía en asamblea general, la de la nación, y en particular, ésta estaba subordinada a la precedente y se componía de jueces elegidos por la asamblea del pueblo, los cuales tenían la misión de

---

prostituida matrona del Imperio; el *mandium* (*paterna potestas*) imponía deberes al padre respecto de los hijos al par que le concedía derechos". Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, Ibid., p. XVI.

[303] Al respecto, MOMMSEN ha destacado además que "al individuo sometido a punición domestica podía sin duda exigírsele responsabilidad por los delitos que cometiera, tanto por el jefe de la familia, en virtud de su propiedad, como por el Estado, en virtud de su soberanía". Cfr. MOMMSEN, T.: Derecho penal romano. Temis, Santa Fe de Bogotá, (Reimpresión de la original Römisches Strafrecht. Leipzig, 1899, versión castellana de Pedro Dorado Montero) 1999, p. 12; y en términos similares, Vid. por todos, IGLESIAS-REDONDO, J.: Derecho Romano. Historia e Instituciones. 11ª ed. (1ª ed. 1958), Ariel, Barcelona, 1993, p. 469, y CÁMARA ARROLLO, S.: Internamiento de menores y sistema penitenciario. Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 2011, pp. 56 y 57.

[304] En tal sentido, TISSOT nos enseña que "los Barbaros, sobre todo los de raza germánica, tan recelosos de su libertad, no podían des prenderse fácilmente del derecho de juzgar, y por respeto a la libertad, el padre de familia gozaba en el hogar domestico de un poder casi absoluto. La superstición daba a los sacerdotes un poder disciplinario además del de la asamblea pública y del de la autoridad paternal o heril, pero el poder judicial del pueblo era mucho más considerable". Cfr. TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo…, ob. cit., p. 34.

[305] Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 43.

[306] Vid. TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo…, ob. cit., p. 34.

administrar justicia en las ciudades y pueblos con el título de presidentes, uniéndoseles los hombres libres de la localidad, que eran los verdaderos jueces"[307]; y, por otra parte, en el caso de la autoridad judicial que recaía en los <<sacerdotes>> -continúa TISSOT- "los sacerdote germanos, sin tener la misma influencia que los druidas, ejercían una autoridad jurídica y disciplinaria a nombre de la Divinidad. El señor tenía un poder discrecional muy extenso sobre los esclavos, y podía impunemente herirlos y condenarlos a muerte"[308].

Ahora bien, en el caso de los tipos de castigo, al igual que lo sucedido en las civilizaciones occidentales precedentes, la pena de muerte fue la penalidad más severa aplicada por la civilización bárbara. En el caso de los delitos que afectaban la esfera privada, es decir, aquellos que se consideraban que sólo perturbaban a los intereses particulares, la sanción se agotaba con la venganza personal, en cuyo supuesto no sólo el ofendido, sino también sus familiares suplían e incluso estaban obligados a ayudar a la víctima en la ejecución de la vindicta[309]. No obstante, al igual que lo sucedido en Roma, frecuentemente la figura de la <<composición>> afectaba a la ejecución de la venganza en los casos de crímenes de asesinato a particulares y, por lo tanto, los condenados por estos delitos que pudieran satisfacer la transacción económica podían librarse de la muerte. En definitiva, la pena de muerte -según MELCHOR Y LAMANETTE- quedaba "reservada únicamente para los casos en que el origen afectaba al interés de la seguridad general"[310].

Esta tendencia sería consagrada siglos después en la denominada *Lex Visigothorum* (Código Visigodo), nuevo Código que -a semejanza que la *Lex Romana Visigothorum* impulsada por Alarico II- se caracterizaría por la fuerte influencia de las instituciones contenidas en el Derecho romano[311], pues, de

[307] Cfr. TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo…, ob. cit., p. 34.
[308] Cfr. TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo…, Ibid., p. 34.
[309] Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 45. Asimismo, GIL MAESTRE ha advertido que esta venganza del ofendido y su familia era la tendencia general en los primeros tiempos de la invasión bárbara sobre el imperio romano, aunque no la única. En efecto, según el citado autor, esta forma de concebir a la penalidad no era la única porque "al mismo tiempo que ella, por más que circunscrita a pocos y determinados delitos, vemos otra impuesta por los concilios nacionales o por los consejeros elegidos por estos, se encuentra la venganza privada, la venganza de familia, de la sangre, no muchos siglos después conocida como la *vendetta*, y que, cual M. FRANK, hasta en el nuestro se perpetúa en algunos departamentos franceses. La venganza de sangre es la penalidad de los pueblos en que aún no hace sentir su acción la autoridad, o más bien, es la defensa individual a falta de defensa social". Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XVII.
[310] Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 47.
[311] Vid. ROSA BENITES, A.: Proyección Histórica del Derecho…, ob. cit., p. 51. La influencia romana en la legislación visigoda se debe en parte a que específicamente los visigodos fueron "uno de los pueblos germánicos más romanizados de los que se asientan en el territorio del Imperio romano occidental". Cfr. MARLASCA MARTÍNEZ, O.: "Los actos jurídicos documentados en los textos legales visigodos", en *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, Vol. 58, N.º 1, 2010, p. 83. Para un estudio detenido

acuerdo con MELCHOR Y LAMANETTE, en el Código Visigodo fue establecido "el principio de expiación, de la culpa y de la defensa social, sobre el antiguo sistema de compensaciones y de la venganza privada; se seguía autorizando la pena del Talión en los casos de golpes y heridas, pero aplicado bajo la vigilancia del juez que procura sustituirle casi siempre la pena de multa; castigábase el asesinato con la muerte en la horca o por la decapitación. Los delitos que no alcanzaban tanta gravedad, tenían asignadas penas aflictivas que guardaban cierta proporción, tales como la perdida de una mano, de la nariz o de los ojos"[312].

Por otra parte, retomando al bosquejo de los aspectos relativos a la administración de justicia penal durante la primera etapa de la conquista teutónica sobre los romanos, GIL MAESTRE ha observado que "en los Concilios, o juntas generales de la nación, se nombran los príncipes y consejeros que habían de administrar la justicia, y se juzgaban las causas criminales por delitos públicos, castigándose con la pena de muerte los de traición, deserción y cobardía; y con multa otros de menor importancia. Entre los lombardos el raptor de una mujer o el que la mancillaba, debía pagar veinte sueldos por la violencia y otros tanto por la *faida*. Según la costumbre general, los maridos eran jueces únicos de las infidelidades de sus mujeres, pero el adulterio, crimen inexpiable, se castigaba arrojando a la mujer, desnuda y con cabellos sueltos, de la casa de los padres en presencia del marido que la azotaba en todo el cuerpo. Las violencias y los robos cometidos dentro de las casas se reprimían con penas muy severas, considerándose en este caso según las leyes escandinavas, como el más grave de los delitos, sin que pudiera rescatarse la pena con cantidad alguna, ni concederse por el príncipe la paz al asesino, a no ser con el consentimiento de los parientes de la víctima"[313].

Ahora bien, pese a que, aparentemente, la penalidad de esta temprana época medieval se encontraba reglada e inspirada en las consideraciones de justicia emanadas del Derecho natural, no es de extrañar que, a semejanza de lo que sucedía en la Roma monárquica, el Derecho penal de este primer periodo se caracterizara por la arbitrariedad en la aplicación de la ley donde -al decir de ANTÓN ONECA[314], SAINZ CANTERO[315] y MORILLAS

acerca de la constante influencia que ha tenido el Derecho romano en el Derecho continental europeo de la Edad Media, Vid. SAINZ EZQUERRA-FOCES, J. M.: "Tradición romanista y decisión justa", en Anuario de Historia del Derecho español, N.º 68, 1998, pp. 390 y SS.; y, concretamente para un análisis sobre la estructura y contenido de las leyes que conformaron el Código Visigodo, Vid. OSABA GARCÍA, E.: "Reflexiones en torno a las leyes visigodas", en *Monteagudo: revista de literatura española, hispanoamericana y teoría de la literatura*, N.º 8, 2003, pp. 57-72.

[312] Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 49.

[313] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., pp. XVI y XVII.

[314] Vid. ANTÓN ONECA, J.: Derecho Penal. Editorial Akal, Madrid, 1986, pp. 57 y 58.

[315] Vid. SAINZ CANTERO, J. A.: Lecciones de Derecho penal, Parte General. Editorial Bosch Barcelona, 1990, p. 96.

FERNÁNDEZ[316]- el Derecho se caracterizaba por generar desigualdades "cargado de privilegios, heterogéneo, caótico, excesivamente riguroso y cruel, arbitrario, basado en la intimidación general, con penas desiguales según la condición social del culpable, y con responsabilidades por los crímenes más graves que trascendían a los parientes próximos del culpable"[317].

Hasta ahora, muy someramente hemos explicado algunos puntos que consideramos fundamentales para comprender la penalidad en los albores de la Edad Media; no obstante, para tener una visión general de la penalidad durante el resto de este periodo debemos hacer algunas precisiones adicionales acerca de la organización de los llamados *señoríos feudales* y *fueros*.

3.1.3.- Los señoríos feudales: Aproximación a su organización política, su Derecho positivo y a su modelo de administración de justicia

Los territorios conocidos como <<señoríos feudales>> estaban regentados por los <<señores feudales>>. Así, estos <<señoríos feudales>> fueron los territorios que los <<señores feudales>> obtenían como contraprestación y privilegios recibidos por sus servicios de vasallaje ofrecidos a los mayores tenedores de tierras y, por lo tanto, a los mayores poseedores de poderes y privilegios: los Reyes (o jefes militares convertidos en reyes)[318]. Los vasallos o servidores del Rey que obtuvieron mayores tenencias, "recibieron también el derecho de producirse como señores absolutos, de hacer sus propias levas militares, acuñar moneda si querían, imponer contribución y tener sus tribunales independientes. Primero esas tenencias fueron teóricamente revocables, a voluntad del donante, pero al fin se hizo cada día más difícil retirarlas. De un modo inevitable llegaron a ser hereditarias y nacieron de ellas las grandes familias"[319].

---

[316] Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: "Origen y delimitación científica de la criminología…, ob. cit., p. 47.

[317] Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: "Origen y delimitación científica de la criminología…, Ibid., p. 47.

[318] Vid. ÁLVAREZ BORGE, I.: "Sobre nobleza y riqueza, tierra y dinero en el feudalismo castellano. Una primera aproximación a los cambios y transformaciones en el siglo VIII", en *Studia historia. Historia medieval*, Vol. 41, N.º 1, 2023, p. 16. Por su parte, FLORES DÁVILA al referirse al vasallaje ha precisado que este se "fundaba en el homenaje, ceremonia que creaba una relación personal entre el jefe y el guerrero, y que tenía como característica la fidelidad y obediencia pero que, al ser vitalicia, podía verse afectada por la desaparición de una de las partes integrantes de la relación. Además, era una institución proveniente del mundo bárbaro por lo que la Iglesia se sintió obligada a transformarla, <<cristianizándola>> con la inclusión de la llamada fe o fidelidad, juramento que se presentaba sobre la Biblia, Evangelio u otro elemento religioso, dando un carácter religioso al compromiso establecido entre seños y vasallo. A esos elementos de tipo personal, lentamente se agregó uno de tipo material, la investidura, la entrega del beneficio o bien económico, sean armas o caballos y posteriormente tierras". Cfr. FLORES DÁVILA, G. C.: "De la sociedad feudal a la génesis del Estado moderno en Europa occidental", en *Agenda internacional*, Vol. 6, N.º 12, 1999, p. 114.

[319] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 230 y 231.

La lealtad de los señores feudales hacia el Rey se debía a que el Rey era el poseedor nominal y general de las tierras y, como tal, el Rey era el que confería los privilegios que los señores feudales gozaban. Sin embargo, los señores feudales al tener entre los privilegios conferidos por el Rey, el de también asignar las tierras que estuvieren bajo sus dominios, los señores feudales gozaban -a su vez- de la lealtad exclusiva de sus propios vasallos o beneficiarios; por lo tanto, en virtud del carácter exclusivo de la lealtad que los señores feudales recibían de sus vasallos, -en el mejor de los casos- el Rey sólo recibía una obediencia indirecta de los beneficiarios de los señores feudales y, -en el peor de los casos- la lealtad de los vasallos de los señores feudales hacia el Rey era prácticamente inexistente; de manera que, en la práctica, los señores feudales eran quienes gozaban de un poder real y verdadero sobre la tierra y sus hombres, pues, el primer deber de un hombre era servir a su señor inmediato[320].

Convertirse en vasallo de un señor feudal implicaba mayor estabilidad y seguridad, pues, como ha advertido WOODROW WILSON, "el señor feudal debía protección a sus vasallos, en la más amplia acepción de la palabra. Sin señor, un hombre no podía obtener reparación, sino en los tribunales reales, lejanos siempre. No había otro protector inmediato que el señor. Estaba fuera del orden normal de la sociedad, y podía verse obligado siempre a ceder a la fuerza"[321].

Ahora bien, la instauración del sistema feudal representó la desintegración del modelo de Estado establecido hasta el ocaso de la civilización romana, donde todos los territorios estaban sometido al poder supremo de un gobernante[322], pues, el Estado "ya no era un todo, sino unas partes semindependientes. No había en él autoridad central, que obrase directamente sobre todos los individuos en su territorio común a todo un pueblo. El rey intervenía directamente con su poder en los grandes señores, sólo, que, según la teoría feudal, eran vasallos inmediatos. La autoridad no se

[320] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 231 y 232. Completa este panorama WOODROW WILSON advirtiendo que, "así éste era, pues, el sistema feudal. El rey no tenía otros súbditos más que los grandes señores, y los vasallos que vivían sobre sus propias haciendas señoriales; y los grandes señores no le obedecían, sino en cuanto tenían fuerzas militares suficientes para obligares a obedecer. Sus vasallos le servían al rey sólo cuando sus señores le servían a ellos, y porque les servían, tomando las armas por el rey, como las habrían tomado contra él, según la orden que recibieran de sus señores. En una palabra, todo barón era, de hecho, soberano de quienes tenían las tierras de él. Su orden era la que los enviaba a campaña; su poder el que les defendía contra quienes osara oprimirlos o despojarles. El Derecho, naturalmente tomo la forma de una costumbre, pero las costumbres de las baronías diferían entre sí. A no ser por los sacerdotes y juristas, que hacían revivir los principios del Derecho romano, en las consultas que daban a los señores, ningún elemento de uniformidad preparaba en la práctica un sistema de Derecho unificado. Era aquello una yuxtaposición de gobiernos, una confederación de pequeños Estados desemejantes". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 235.

[321] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 232.

[322] Vid. Cfr. FLORES DÁVILA, G. C.: "De la sociedad feudal a la génesis del Estado moderno en Europa occidental…, ob. cit., p. 113.

filtraba hasta los grados más bajos de la sociedad, sino a través de los superiores. Era aquello un sistema fundado, no sobre la sumisión general a un Derecho común, sino a la obediencia personal y en la subordinación, basadas en el dominio de la tierra"[323].

Este nuevo sistema feudal impactó también en la forma en como se venía ejecutando la penalidad del pueblo bárbaro fundamentada también en la <<venganza de sangre>>, modelo éste consustancial con las agrupaciones basadas en la primitiva sociedad domestica o familia patriarcal. En efecto, nos enseña GIL MAESTRE que los bárbaros "que habían permanecido largo tiempo en las fronteras sin traspasarlas, que habían tenido algún contacto con la civilización romana, modificaron sus costumbres primitivas, y reconcentraron sus fuerzas en un solo jefe y familia con menoscabo de las demás familias y jefes, dieron más fuerza a la autoridad, y como consecuencia de todo, perdió terreno la venganza privada, ganándolo intencionalmente la intervención del Estado, bosquejo de la monarquía, fortalecimiento de la autoridad"[324]. En consecuencia, si bien el sistema feudal trajo consigo la desintegración del modelo de Estado romano, este sistema trasladó la tradicional autoridad del jefe de familia a una instancia <<superior>> encarnada en el <<señor feudal>>, como máxima autoridad de los incipientes Estados feudales que estaban surgiendo.

Ahora bien, a pesar de la referida desintegración del modelo estatal romano, un elemento unificador presente en el Estado romano se mantuvo dentro del modelo estatal feudal: el elemento religioso a través de la *Iglesia Católica Romana*[325]. La máxima autoridad de la Iglesia Católica Romana era el Papa, y en la Iglesia -a diferencia de lo que sucedía con el sistema feudal donde el poder supremo representado por el Rey se disgregaba entre las concesiones otorgadas a los señores feudales- el Papa, como máximo jerarca de la Iglesia Católica Romana conservaba intacto su <<poder supremo y divino>> frente al resto de la jerarquía religiosa, e incluso, frente aquellos religiosos que se habían convertido en señores feudales al llegar a poseer tierras y a tener vasallos a sus servicios[326].

---

[323] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 235 y 236.

[324] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XVIII.

[325] En este sentido, SAINZ-EZQUERRA FOCES ha explicado que "Europa, como entidad cultural, está ligada en sus orígenes a la idea *unidad*, que se manifiesta como objetivo ya desde la Alta Edad Media en su triple dimensión, a saber, política, mediante la concepción e intento continuado de plasmación práctica de la *idea imperial*, a través de la aglutinación producida por el cristianismo que era considerado como única religión *civilizada* y, finalmente, jurídica, al haberse conservado la tradición del Derecho romano, a veces con miras a su vigencia práctica y siempre con referencia última del pensamiento jurídico". Cfr. SAINZ-ESQUERRA FOCES, J. M.: "Tradición romanística y decisión justa", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N.º 68, 1998, p. 389.

[326] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 239; Vid. VILLARROEL GONZÁLEZ, O.: "Reyes, Obispos y Papas en Castilla: El papel de los Prelados en las relaciones con el papado (Siglos XII y XV), en *Anuario de Estudios Medievales*, Vol. 51, N.º 1, (enero-

En efecto, la Iglesia Católica Romana basaba su unidad en un terreno donde ella ha ejercido su poder, su fundamento y su existencia: el plano espiritual[327]. El mundo del espíritu no tiene fronteras, por lo tanto, no podía ser dividido de conformidad con la práctica terrenal humana[328] de aquel entonces; además, atendiendo a la tradición plasmada en las Sagradas Escrituras, la figura del <<Papa>> se estableció -como el sucesor legítimo de Pedro[329]- como Máximo Pontífice y cabeza de la Iglesia Católica Romana[330].

---

junio) 2021, p. 31; Vid. DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, S.: "El pontificado Bajomedieval y los Obispos Hispanos. Luchas de poder por la colocación de beneficios eclesiásticos al comienzo del papado de Aviñón", en *Anuario de Estudios Medievales*, Vol. 51, N.º 1, (enero-junio) 2021, p. 78.

[327] Sobre este aspecto, pese a que ORLANDIS ROVIRA advierte que la Iglesia si bien tiene propósito sobrenatural no se puede segregar de la existencia humana y, por lo tanto, no puede concebirse como una cuestión sobrehumana; en consecuencia el citado autor -al diferenciar la cristiandad del secularismo- destacó que "ese era el ideal del orden religioso por el que lucharon los paladines de la Cristiandad medieval y que pudo creerse casi al alcance de la mano -al menos en el Occidente Europeo, que era su contexto vital-, en las horas estelares de la Edad Media", de manera, que el poder terrenal era el medio para alcanzar la misión divina o celestial se salvación de las almas. Cfr. ORLANDIS ROVIRA, J.: "La historia de la Iglesia", en Anuario de historia de la Iglesia, N.º 1, 1992, pp. 19.

[328] En este orden de ideas, frente al llamado *dualismo* que caracterizaba al Estado medieval, dualismo derivado de la señalada circunstancia de que el poder estatal estaba fragmentado en pequeños Estados, nos encontramos con el *monismo* característico de la Iglesia Católica que gozaba de un poder central e indivisible; esta circunstancia, nos enseña JELLINEK, hizo que la Iglesia Católica ofreciera "a los Estados de la Edad Media el ejemplo vivo y permanente de una asociación unitaria que no admite dentro de sí división ni oposición alguna, mostrando con ello de un modo indubitable el valor que tiene una organización autoritaria y monista. Es verdad que la Iglesia también ha tenido una época en que la oposición del Papa y el concilio parecía repetir la oposición entre el rey y el reino; más desde el comienzo no pudo caber duda, dada la tradición que dominaba a la Iglesia, de a cuál de estos órganos debía de corresponder la victoria. Una organización dualista no podía conciliarse con la idea de esta". Cfr. JELLINEK, G.: Teoría General del Estado…, ob. cit., p. 311.

[329] De acuerdo con las Sagradas Escrituras (MATEO 16, 18) CRISTO le dice a PEDRO: "Tu eres PEDRO y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia". Dice PEREZ HERRERO que, "a la confesión de Pedro en Cesarea de Filipo, el evangelista san Mateo, y sólo él, hace seguir una amplia declaración de Jesús a Pedro, que incluye una bienaventuranza y una promesa. La bienaventuranza se justifica aludiendo a la revelación divina que Pedro ha recibido. La promesa gira en torno a una misión que es explicitada con la ayuda de tres imágenes concretas: roca, llave, poder de atar y desatar"; cuestión esta que hace clara referencia a la conexión entre el cielo y tierra, y, por lo tanto, al poder de la Iglesia en el plano espiritual. Cfr. PEREZ HERRERO, F.: "Pedro y la Iglesia. Perspectiva Bíblica", en Estudios Bíblicos 65 (2007), pp. 340 y 341. Para una aproximación detenida acerca de la importancia de la continuidad apostólica de la obra de Pedro en el desarrollo de la fe católica, Vid. VILLAR, J. R.: "La sucesión de Pedro y el Obispo de Roma (Entorno al Coloquio Católico Ortodoxo de Bari), en *Scripta Theológica* 22 (1990/3), pp. 917-923. También, para un estudio detenido de la influencia teológica del ministerio ejercido por Pedro en el posterior funcionamiento de la Iglesia Católica, Vid. PIET-NINOT, S.: "Pedro y la iglesia perspectiva teológica", en Estudios Bíblicos 65 (2007), pp. 359-377.

[330] En cuanto a la denominación de la figura que actualmente se entiende como Papa, o más exactamente a lo que se conoce como <<papado>>, BLAZQUEZ ha explicado someramente que esta es "una institución secular católica y del occidente, es un elemento constitutivo de la fisonomía del catolicismo. En su configuración actual han dejado huella numerosas y variadas experiencias históricas de la iglesia y del mundo. En la forma en como hoy existe es la resultante de impulsos que arrancan del Nuevo Testamento de una progresiva toma de conciencia eclesial, de factores culturales y políticos. Esta sedimentación histórica se refleja en la serie larga de tirulos que ha podido recibir el <<papa>>: <<Obispo de Roma, soberano del Estado de la ciudad del Vaticano>> (Anuario Pontificio). Podría añadirse todavía: papa, sede apostólica, siervo de los siervos de Dios, santo padre, sumo y romano pontífice… Algunas denominaciones estrictamente teológicas, otras son administrativas, algunas hasta política. Unas suponen la fe católicamente identificada, otras han venido a ser designación común a católicos, cristianos separados y a no-cristianos.

Ahora bien, la influencia de la Iglesia Católica Romana en todos los sectores de la sociedad feudal fue incuestionable, ello en virtud de que la autoridad de la Iglesia se extendía sobre todos los hombres, independientemente del rango y la fortuna que estos ostentaren. Esa influencia contribuyó a que el Derecho romano continuara presente durante el periodo medieval, pues, el Derecho canónico[331]-al estar imbuido en la tradición heredada de Roma- conservó mucho del Derecho civil de Roma. Además, la Iglesia aparte de contar con medios coactivos propios -los tribunales eclesiásticos- para aplicar las normas jurídicas canónicas, también contó con la labor de los tribunales señoriales de los obispos feudales quienes, mediante sus decisiones, contribuyeron a unificar el Derecho[332].

En efecto, la labor de los señores feudales -entre los que se incluían también los obispos con rango de señor feudal- ha sido de vital importancia en la unificación de los Derechos romano, canónico y bárbaro durante la Edad Media; pues recordemos que entre las características de los reinos feudales estaba el hecho de que cada uno de esos dominios estaba gobernado por su respectivo señor feudal quien, además de gobernar, tenía funciones legislativas y judiciales; en consecuencia, no sólo la creación, sino también la interpretación y la aplicación del Derecho recaía sobre el señor feudal, y, por lo tanto, las normas jurídicas finalmente aplicadas en estos territorios provenían de la labor del señor feudal -o de los órganos autorizados por él- al interpretar las disposiciones normativas contenidas en el Derecho romano, en el Derecho canónico, y en las costumbres.

Otra característica destacable relacionada con el aspecto religioso dentro del panorama político feudal, se refiere a que los gobernantes bárbaros

---

A la vista esta acumulación de nombres y de su diverso alcance, indicio de que en su configuración se han dado cita factores complejos, se distingue a veces entre <<papado>> y <<servicio petrino>>, es decir entre la variable configuración y el permanente servicio del obispo de Roma a la unidad de la iglesia universal. En una memorable sesión conciliar PABLO VI renunció a la <<tiara>> pontificia (proveniente del ceremonial iranio y compuesta de tres coronas: una del siglo IX, otra del tiempo de BONIFACIO VIII, y la tercera añadida los papas de aviñon) para significar que el sucesor de PEDRO deponía todo asomo de pretendida superioridad temporal para quedarse en su condición eclesial. El papado es una realidad compleja, venerable, resistente, flexible. Su historia y su presente requieren un discernimiento evangélico. Las denominaciones del papado fueron estudiadas por la Comisión Teológica Internacional en su sesión de octubre de 1970, y como resultado de su trabajo <<recomendó -casi por unanimidad- que se eviten ciertos títulos susceptibles de ser mal entendidos, como *Caput Ecclesiae, Vicarius Christi, Summus Pontifisex, y recomendó asimismo que se diga Papa, Sanctus Pater, Episcopus Romanus, Succesor Petri, Supremus Ecclesiae Pastor*>>. Los nombres utilizados son un signo claro de una eclesiología precisa o desfigurada renovada o envejecida" Cfr. BLAZQUEZ, R.: "El papa centro de unidad de la iglesia", en Salmanticensis, Vol 30, Fasc. 1, 1983 pp. 63 y 64.

[331] No obstante, al contrario de lo sucedido con los francos quienes fueron convertidos al cristianismo; y con los visogodos, los burgundios, los suevos y los lombardos quienes se incorporaron tardíamente -después de una segunda conversión: de paganos a la religión arriana; de practicantes de la religión arriana a fueles católicos - a la Iglesia Católica, los pueblos vándalos asentados en norte de África y los ostrogodos de Italia nunca se convirtieron al cristianismo. Vid. ORLANDIS ROVIRA, J.: "La doble conversión religiosa de los pueblos germánicos", en *Anuario de Historia de la Iglesia*, N.º 9, 2000, pp. 69 y SS.

[332] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 240

tendían a respetar las tradiciones y las costumbres de cada pueblo conquistado, por lo tanto, la religión como manifestación cultural[333] y, por ende, como parte de la costumbre tendía a ser respetada, por lo tanto, aunque las poblaciones conquistadas tuvieren una religión distinta a la profesaba por sus gobernantes barbaros, tales gobernantes eran liberales respecto a las creencias religiosas de sus gobernados, llegando incluso a legislar para garantizar igualdad de trato entre sus súbditos, como sucedía, por ejemplo, con los burgundios[334].

Así, a pesar de que algunos de los pueblos conquistados por los teutones eran de cultura romana y predominantemente católicos[335], no siempre sus nuevos gobernantes profesaban la misma religión -incluso algunos eran paganos y arrianos-. Esta situación de disparidad religiosa entre pueblo y gobernante influía en la determinación de la confesión formal de todo un pueblo, pues, realmente un pueblo era considerado católico o no dependiendo de la confesión religiosa del gobernante, es decir, de si este se hubiera convertido o no a la religión católica; por lo tanto, la determinación formal de la confesión religiosa de un pueblo, no significaba que existiera correspondencia real entre las confesiones religiosas practicadas por el pueblo y por su gobernante[336].

La conversión de los gobernantes barbaros a la religión católica representó un hecho de suma importancia en la evolución del Derecho penal,

---

[333] Acerca de la consideración de la religión como una manifestación cultural Vid. CAMARENA ARENA, M. E. / TUNAL SANTIAGO, G.: "La religión como una dimensión de la cultura", en *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, N.º 22, 2009, pp. 41-55.

[334] Vid. ORLANDIS ROVIRA, J.: "La doble conversión religiosa de los pueblos germánicos…, ob. cit., p. 75. Un caso aparte nos lo ofrece la sociedad hispano-goda, donde los reyes godos -luego de haber sido seducidos por la Iglesia Católica- pretendieron fomentar el progreso de su pueblo por medio de la evangelización católica; sin embargo, advertía GIL MAESTRE, "a pesar del empeño que los reyes ponían en civilizar a la nación, la resistencia de ésta y el apego a sus tradiciones, llegaron al extremo de producir conmociones cual la que se impuso a la reina Amalasunta, que intentaba educar en escuelas romanas a su hijo Atalarico. Coincidió con estos esfuerzos el primer conato de consignar por escrito las costumbres godas, bien con el propósito de conservarlas, ya con el de hacer notar sus vacíos y preparar sus mejoras. Por más que los visigodos se anticiparon a los demás pueblos en la realización de tan importante progreso, no transcurrió largo tiempo, sin que estos siguiesen el camino que les habían trazado. <<En el siglo VI en que se fijó definitivamente el imperio visigodo en la Península, dice el célebre historiador portugués, Herculano, se regían por sus costumbres tradicionales que en todo o en parte se escribieron en el reinado de Eurico, y los hispano romanos por la ley romana, compilada en la misma época>>. Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., pp. XXII y XXIII. Por otra parte, acerca de los orígenes de los burgundios, Vid. STALLA MALLA, I. E.: "El significado histórico de la rivalidad entre alemanes y burgundios", en *Anales de Historia Antigua, Medieval y Moderna*, Vol. 56, N.º 2, 2022, pp. 32-33; Vid. HERNÁNDEZ LOBATO, J.: "La aristocracia galorromana ante las migraciones bárbaras del siglo V: La <<invención>> del burgundio", en *El Futuro del Pasado: Revista electrónica de historia*, N.º 1, 2010, pp. 365-378.

[335] Aunque algunos de esos reinos, como por ejemplo los Suevos de Galicia, tenían orientación pagana. Vid. ORLANDIS ROVIRA, J.: "La doble conversión religiosa de los pueblos germánicos…, ob. cit., p. 75.

[336] Por ejemplo, en el caso de los Visigodos asentados en la península ibérica, estos estaban afianzados en sus tradiciones distintas a la religión de la iglesia católica, aunque hubo intentos dirigidos a lograr la conversión de este pueblo por parte de la Iglesia Católica. Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XVIII.

pues ello traería consigo la consolidación definitiva de la cultura jurídica romana, no sólo en la forma, sino también en cuanto al fondo, al tipificarse las conductas perseguidas penalmente de acuerdo a la correspondencia o no de tales conductas con los preceptos de la Ley Divina[337]. Por consiguiente, con la conversión de los gobernantes a la religión católica durante la temprana Edad Media, el Derecho penal se enmarcaría dentro de una <<concepción iusnaturalista de corte teológico>>, pues la Ley Humana Positiva debía plasmar los postulados de la Ley Natural derivada, a su vez, de la concientización de la Ley Divina o el plan de Dios[338]. Esta lógica es importante para comprender el Derecho penal que imperaría durante la Edad Media, pues las conductas delictivas estarán directamente relacionadas con los pecados, y, por lo tanto, la finalidad de la pena medieval continuaría vinculada con la idea expiacionista de raíz religiosa.

Por otra parte, a partir de la unificación de los pueblos bárbaros a raíz de la restauración imperial intentada por Carlomagno -durante la Edad Media-[339], el Derecho romano influirá con más fuerza en la legislación que regirá a los pueblos unificados; situación que originó que -en palabras de WOODROW WILSON- el nuevo imperio "no sólo fuera testigo silencioso, y a veces un partidario potente, de la unificación, sino que favoreció siempre un régimen jurídico, más avanzado y más favorable a la unidad, que el del feudalismo"[340].

Ahora bien, continuando con nuestra pretensión de reflejar la vinculación que el Derecho tiene con la idiosincrasia -política, social, moral, económica, etc.- imperante en la sociedad de un momento histórico

---

[337] La explicación de la relación de la cultura jurídica romana y la Iglesia Católica Romana nos la da WOODROW WILSON al explicar que "la Iglesia Católica Romana tuvo históricamente relaciones estrechas con el verdadero dominio de Roma. Antes de que el imperio hubiera sido deshecho por el asalto de los teutones y de los turcos, el cristianismo había llegado a ser la religión oficial y reconocida. El Papa en Roma, representa una de las grandes primacías nacidas muy pronto en la Iglesia imperial, y esta Iglesia de Occidente, separada de la Iglesia oriental, por diferencias irreconciliables de doctrina revelaba un instinto de conquista que parecía una herencia directa de la gran la gran Roma pagana de otros tiempos". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 239.

[338] Acerca del Iusnaturalismo teológico, Vid. CARRILLO DE LA ROSA, Y. / CARRILLO VELAZQUEZ, A.: "El pensamiento iusnaturalista y la interpretación jurídica", en *Revista jurídica Mario Alario D´Dilippo*, Vol. 6, N.º 12, 2014, pp. 90-91; AMBROSETTI, G.: "Espíritu y método del Derecho natural cristiano", en *Anuario de filosofía del Derecho*, N.º 16, 1971-1972, pp. 100-104

[339] "Carlomagno fue una de las figuras con mayor proyección histórica en el ámbito de la Europa occidental durante la época medieval, pues no en vano a él le correspondió el mérito, al hacerse coronar en Roma en la Navidad del año 800, de haber puesto las bases para una de las instituciones que más contribuyó a la consolidación de la Europa occidental como ámbito político-cultural con entidad propia: el Imperio. Y, por tanto, nada tiene de extraño que numerosos gobernantes de la Europa medieval se remitiesen a él como a su más ilustre predecesor, y le considerasen el modelo por antonomasia para imitar". Cfr. DIAGO HERNANDO, M.: "La pervivencia y utilización histórica del mito: Los casos de Carlomagno y Federico I Barbarroja", en DE LA ILGESIA DUARTE, J. I. / MARTÍN RODRIGUEZ, J. L.: Memoria, mito y realidad en la historia medieval: XIII Semana de estudios Medievales, Nájera, del 29 de julio al 2 de agosto de 2002. Instituto de Estudios Riojanos, España, 2003, p. 234.

[340] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 241-242.

determinado, vemos cómo -pese a al comentado cuestionamiento silencioso hacia el régimen jurídico feudal- el modelo político territorial feudal -como modelo de organización político social imperante en la época- coadyuvó a la unificación y centralización del poder político de los pueblos europeos a partir de Carlomagno[341]. En efecto, cuando hablamos de unificación y centralización del poder político necesariamente debemos referirnos a la adquisición o traspaso de la propiedad de la tierra, pues, como hemos advertido *supra*, era la propiedad de la tierra la que confería el poder feudal. El traspaso de la propiedad -y, por lo tanto, del poder- se verificó a través de varias vías: la conquista, la herencia, la confiscación, el matrimonio, el contrato, el fraude; vías estas que permitían que las familias feudales se unieran y se hicieran más poderosas, y conformaran verdaderos reinos como sucedió con Francia, Austria y Prusia[342].

Con todo, la reorganización político-territorial de estos lugares se hizo enmarcado dentro de la tradición del Derecho romano, pues, recordemos que los asentamientos que pasaron a formar parte de la dominación bárbara estaban integrados por poblaciones romanas, quienes tenían una cultura jurídica propia y desarrollada. Sin embargo, el largo periodo comprendido entre los siglos V y XII contribuyó a que, lógicamente, desapareciera la distinción entre romanos y germanos, y, por ende, las reglas del Derecho romano pasaron a formar parte del inconsciente colectivo[343].

---

[341] Acerca de la empresa unificadora de Carlomagno, GIL IBÁÑEZ reseña que, "Carlomagno consiguió de nuevo reunificar Europa en el año 799 con un imperio que iba desde el Elba a los Pirineos, y desde la llanura del Po al mar del Norte. Ello llevó al sometimiento total de los sajones y su conversión forzosa al cristianismo, bajo el llamado "Capitular sajón" que implicaba optar entre la conversión o morir a mano de la espada, un proceso que sin embargo no ha sido comparado con el papel, mucho más moderado, que desarrollará posteriormente la Inquisición. Con todo, esta política agresiva y de deportaciones forzosas daría su fruto, pues en 804 Sajonia pasaría a formar parte del Imperio Franco y con el tiempo daría lugar a Germania. Pero Carlomagno hizo también un tímido intento de extender sus dominios al sur de los Pirineos en 778. En realidad, no lo hacía pensando en reunificar Europa o la cristiandad, sino principalmente por aumentar su poder e imperio". Cfr. GIL IBÁÑEZ, A.: "Europa: Una historia pendular de unión y división", en *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Año 22, N.º 45, Tercer cuatrimestre de 2020, p. 536.

[342] Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., pp. 242-244.

[343]De acuerdo con GIL MAESTRE, "cuando ya el antagonismo de las razas latina y germánica, esa llaga de la conquista, comenzó a cicatrizar por los esfuerzos combinados de la autoridad espiritual y el poder temporal. Con efecto, los invasores, pasados los primeros momentos, pugnaron por alcanzar esta fusión, y en semejante faena agotaron sus esfuerzos los reyes y la Iglesia. Coadyuvo también al mismo resultado la persistencia no interrumpida, y cada día más invasora, del Derecho romano. Su influjo se descubre, no tan sólo en los Códigos basados en él, sino también en las compilaciones germánicas. Siendo insuficiente las leyes emanadas del Derecho consuetudinario para regir las naciones extensas, poderosas y de civilización más desarrollada, y supliéndose los vacíos con el Derecho de los vencidos, éste, a pesar de las prohibiciones para que no se citase, comenzó a servir de norma a los dos pueblos, hasta el extremo de que sus preceptos se consignaban en los mismos cuerpos legales que encerraban tales prohibiciones, y de que Carlos Calvo pudo decir, que tanto él como sus antecesores habían vivido bajo la ley romana". Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., pp. XXVI y XXVII.

Pero fue a través de los estudiosos del Derecho romano, encabezados por Irnerius WERNER y los posteriores glosadores[344], que las escuelas de estudio de la legislación romana -entre las cuales se encuentran las pertenecientes a la Universidad de Boloña (1088)[345] y la Universidad de Salamanca (1284)[346]-, cuando el Derecho romano se terminaría de consolidar en la cultura europea[347], pues, mediante la labor de los referidos estudiosos, el formalismo jurídico se impondría ante los usos locales hasta practicado hasta entonces en las instituciones[348], y que de alguna manera u otra era insuficiente para regular las necesidades de las pujantes y variadas relaciones comerciales[349].

---

[344] "Después de Irnerius son los glosadores más célebres, Bulgaro, Martín Gosia, Jacobo, Bogerio, Alberico, Placentino, Eurico de Baila, Suáro Basiano, Burgundio, Azo, Jacobo Balduino y Rofredo". Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XLIII.

[345]Según el especialista en Docencia Universitaria de la Universidad Nueva Granada de Colombia GABRIEL HERNÁNDEZ, la Universidad de Bolonia se ha destacado "porque su *studia generali* sentó las bases de un medio institucional que contribuyó del saber. Fue famosa en la época medieval por ser enseñanza de Humanidades y Derecho, en que fue la primera, y también por el fomento de otras disciplinas anexos. Contó con ilustres estudiantes como el jurista italiano IRNERIO, el monje jurista GRACIANO, al igual que los poetas Dante y Petrarca". Cfr. HERNÁNDEZ, G.: "Origen de las universidades medievales en Italia", en *Revista Educación y Desarrollo Social*, Volumen 3 -N.º 1, enero-junio de 2009, p. 185.

[346] Para una revisión detallada del desenvolvimiento de la Universidad de Salamanca durante los siglos de existencia, Vid. por ambos, FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M. / ROBLES CARCEDO, L. / RODRIGUEZ SAN PEDRO, L. E.: La Universidad de Salamanca I. Historia y proyecciones. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1989; FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M.: La Universidad de Salamanca ocho siglos de magisterio. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991, *passim*.

[347] Vid. TORRENT RUIZ, J. A.: "La recepción del Derecho justinianeo en España en la Baja Edad Media (Siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del Derecho europeo", en *Revista Internacional de Derecho Romano*, N.º 10, 2013, pp. 26 y 27. Sobre este aspecto, BARONA VILAR ha apuntado que "a las Universidades les acompañó precisamente el legado medieval de los documentos escritos, de las copias que se hacían en los monasterios, de las traducciones árabes y de los textos bizantinos, todo lo que, en suma, vino a propiciar la aparición del humanismo (…)". Vid. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., 115.

[348] Desde la desintegración del imperio romano, la costumbre fue el principal mecanismo de control social, mecanismo que subsistió en la mayoría de los pueblos europeos durante toda la Edad Media. La costumbre -en palabras de LÓPEZ VILLALBA- "fue en sus orígenes una *lex non scripta* que se había sedimentado en la vida de los conjuntos humanos porque respondía a las posibilidades que estos demandaban en ella. A nuevas necesidades nuevas respuestas. Así, la praxis diaria se transformó a lo largo de los siglos alto medievales en un repositorio *non script*o donde se buscaban soluciones para redactar por escrito las nuevas leyes. Todo ello sucedió en cada punto de población por pequeño que este fuera, y terminó formando una red que se verá aplicada en la vida del nuevo conjunto urbano, en cada concejo que nace, salvando, claro está, las individualidades y complejidades de cada uno de ellos, transformándose en verdaderos entes experimentadores.

El resultado fue una tendencia generalizada hacia la consolidación de la *lege scripta* como consecuencia del intervencionismo de entidades superiores que otor gaban leyes pretendiendo extender y uniformar, lo que en principio se presentaba como un conjunto de disposiciones particularizadas. Todas ellas configurarán a lo largo del Bajo Medievo las llamadas *iura* propria locales. Ciertamente una realidad jurídica compleja pero necesaria para formar un entramado de soluciones que aparece consolidado, por medio de la escritura, en dichos siglos finales del medievo.". Cfr. LÓPEZ VILLALBA, J. M.: "Los fueros y ordenanzas medievales: El embrión del gobierno de los cabildos coloniales hispanoamericanos", en *Historia. Instituciones y Documentos*, N.º 33, 2006, p. 339.

[349] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 248. De acuerdo con lo observado por GARCÍA Y GARCÍA, el surgimiento de las Universidades medievales de la Edad Media "es un fruto directo del despertar intelectual del s. XII. Se han señalado otras muchas causas de este fenómeno, tales como el fin del mundo feudal con la expansión de la vida urbana, la

Ahora bien, entre los estudiosos del Derecho romano se encontraban laicos y religiosos, situación está que, en cierta forma, contribuía a que las ideas de la Iglesia influyeran en el contenido de las disposiciones normativas, influencia que ya estaba presente antes de la señalada revolución intelectual que derivaría en el Renacimiento, pues, recordemos que el Derecho romano gozaba de gran prestigio incluso entre los teutones, y, por ello, la Iglesia -que desde los albores de la conquista bárbara había permanecido intacta- "había aportado al mundo de la Edad Media una organización gubernamental desenvuelta, y añadía una serie completa de tribunales con apelación en Roma (SMITH). Sus sacerdotes eran hombres instruidos de aquella época, eran indispensables como consejeros y administradores, así como secretarios; eran los que compilaban los códigos de las leyes romanas o teutónicas: tenían, en suma, en todas las cosas, el ascendiente que procura la instrucción y la ciencia"[350].

Asimismo, la creación de escuelas de estudios del Derecho romano dentro de las universidades no sólo contribuiría a la consolidación científica del Derecho romano[351], sino también serviría como principal vía de propagación del mismo a otras regiones donde el Derecho romano, a pesar de estar presente, no era el protagonista absoluto como sucedía, por ejemplo, en Alemania. En efecto, la incorporación del Derecho romano en esta región se debió a la decadencia que padecía la administración de justicia germana, a raíz de la escasa formación de los jueces, cuestión que originó que estos jueces fueran sustituidos por magistrados conocedores de la jurisprudencia italiana, quienes -lógicamente- implementarían los postulados y fundamentos del

formación de las instituciones municipales, la intensificación de los intercambios culturales y comerciales, el nacimiento de un cierto capitalismo financiero, la aparición de una sociedad burguesa, el nacimiento del espíritu laico y, en fin, la tensión entre los poderes supremos medievales (Pontificado e Imperio), que encontrarían una liberación en este tercer poder que es la Universidad. Sin duda que estos factores tuvieron que ver con la aparición de las universidades, aunque en medida diferente en cada caso". Cfr. GARCÍA Y GARCÍA, A.: "Los difíciles inicios (SIGLOS XIII-XIV)", en FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M. / ROBLES CARCEDO, L. / RODRIGUEZ SAN PEDRO, L. E.: La Universidad de Salamanca I. Historia y proyecciones. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1989, p. 16. En todo caso, ya entre los siglos XIII y XVII -nos dice RAYÓN BALLESTEROS- "se estudiaba el *Digesto* por glosadores y comentaristas considerándolo como Derecho vivo y vigente adecuándolo a las nuevas necesidades de su tiempo combinándolo con el Derecho canónico y las normas propias de las diferentes comunidades constituidas básicamente por costumbres y estatutos territoriales". Cfr. RAYÓN BALLESTEROS, M. C.: "Aproximación a la historia de la enseñanza del Derecho en nuestro país", en *Anuario jurídico y Económico Escurialense*, XLIII (2010), p. 217.

[350] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 249.

[351] Si bien el Derecho romano fue aceptado como Derecho positivo en la sociedad medieval, la aplicación del mismo se hacía a través interpretación literal de la ley, pues, según RADBRUCH la interpretación hecha fuera de la letra de la ley -e incluso el estudio científico del Derecho romano- estuvo castigada penalmente. Esta circunstancia empieza a cambiar cuando, por obra del azar, una copia del Digesto de Justiniano "fuese a parar en manos de un hombre genial a quien ha querido llamarse con el gramático Guarnerio de Bolonia, al mismo a quien más tarde se dará (no sabemos bien por qué) el nombre de Irnerio. Este erudito empezó estudiando el códice con ojos de filólogo; cotejó su texto con el de un extracto del Digesto procedente tal vez, de tiempos propios de Justiniano y estableció, a base de ambos, y de su puño y letra, un nuevo texto, la llamada *Vulgata* del Digesto, que habría de mantenerse en vigor hasta el siglo XIX". Vid. RADBRUCH, G.: Introducción a la filosofía del Derecho 3ª ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1965, p. 100.

Derecho romano -concretamente el *Usus modernus Pandectarum* basado en el Derecho romano, el canónico y el lombardo[352]- en sus decisiones[353].

Durante la Alta Edad Media, el uso del Derecho romano se introdujo en la costumbre de una época en la que los territorios feudales se unificarían para formar parte de los reinos europeos gobernados por un rey como sucedió, por ejemplo, en Francia. En efecto, la unificación de los señoríos feudales como parte de un reino no significó que el sistema feudal desapareciera, pues, estos territorios feudales continuaban siendo gobernados por su respectivo señor feudal, el cual mantenía el orden a través de su propio Derecho positivo autóctono y de sus costumbres locales; el Derecho romano, considerado como un Derecho <<común>> a todos los pueblos, sólo se aplicaba subsidiariamente cuando no había acuerdo de cual costumbre aplicar[354].

Pero en este contexto enmarcado dentro de la unificación de los señoríos feudales como parte de un reino, la aplicación de la tradición del Derecho romano estuvo -antes que a la parte sustantiva- más enfocada al procedimiento de juzgamiento[355]. En efecto, en la Francia gobernada por el rey Luis XI se estableció a la figura del rey como una especie de juzgado de apelación frente a los tribunales feudales[356], y esto sucedía así porque, a pesar de la unificación de los territorios feudales con el fin de pasar a formar parte de un solo reino -como acabamos de advertir- en los feudos continuaría rigiendo el Derecho sustantivo autóctono de cada señorío, el rey sólo entraba en escena para conocer -en apelación- las causas de quienes alegaban que sus derechos habían sido vulnerados por la justicia feudal[357].

---

[352]Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 257.

[353] Profundizando en la formación de los jueces de los señoríos germanos que eran parte del Sacro Imperio Romano, WOODROW WILSON ha explicado que "los germanos habían hecho largos estudios en Italia, y el Derecho romano de las escuelas italianas se enseñó en las universidades alemanas desde su fundación. Todos los que estudiaban teología, estaban obligados a estudiar el Derecho romano y canónico, que formaban parte de la enseñanza profesional, por los tribunales espirituales, que durante tanto tiempo quedarán yuxtapuestos en los tribunales ordinarios, en todas partes de Europa. <<El acontecimiento que llamamos la introducción del derecho extranjero, dice el profesor SHOM, consiste por completo en que la jurisprudencia ya adoptada por los tribunales espirituales penetró igualmente en los civiles>>. Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 256.

[354] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 250.

[355] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., pp. 251 y 252.

[356] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 250.

[357] Al respecto WOODROW WILSON ha señalado que "luego que en todos los procesos se pudo apelar a la justicia del rey, el proceso de apelación tendió a ser el mismo en todas partes, y el procedimiento de los tribunales reales, cuando se ocupaban de los juicios de apelación, tendió más y más a extenderse por todo el país, en los sitios donde hasta entonces habían sido diferentes, y esto aunque los jueces reales fueran los llamados a zanjar las dificultades, que se les sometían, en apelación, de conformidad con el Derecho de la región en donde el juicio se había originado". Cfr. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, Ibid., p. 252.

3.1.4.- Los Fueros en la Edad Media: Generalidades acerca de su origen, su organización, su regulación y su penalidad

Para comprender la figura conocida como <<Fueros>>, necesariamente habría que ubicarlos en el contexto o en el sistema donde estos centros políticos territoriales surgieron: <<El sistema feudal>>.

Ahora bien, sin pretender redundar en lo explicado *supra* respecto al sistema feudal, basta con recordar que este sistema estaba conformado por territorios gobernados por los señores feudales, quienes ostentaban la autoridad máxima de un lugar como privilegio por servir como vasallo a un monarca quien, en última instancia, poseía un poder nominal sobre todas las tierras, incluidas aquellas que constituían los dominios del señor feudal; este sistema fue el predominante durante la mayor parte de la Edad Media[358].

La ya comentada desintegración del modelo de Estado Romano que trajo consigo la instauración el sistema feudal fue un elemento que contribuiría a la invasión árabe sufrieron las poblaciones ubicadas en la península ibérica[359]; invasión que tuvo su final a raíz de la llamada <<Reconquista>>. Ahora bien, desde la doctrina especializada se ha dicho que con la reconquista empieza definitivamente la configuración de la nacionalidad española[360], pues, con ello no sólo se confeccionó el nuevo

[358] Si bien, en la Europa occidental medieval la poblaciones estaban distribuidas en los asentamientos feudales, junto a ello también subsistían las ciudades y villas, las cuales no estaban directamente vinculada a algún señorío y tenían su propia forma de gobierno. Para un análisis detenido del rol de las ciudades y villas en la vida medieval y su relación con el sistema feudal de la Edad Media, Vid. MACLAY, A.: "Ciudad y campo en la Europa medieval", en *Studia Historia. Historia medieval*, N.º 2, 1984, pp. 27-53.

[359] Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XXIII.

[360]Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, Ibid., p. LI; también en este sentido, de acuerdo con lo relatado por GARCÍA FITZ, historiadores como SANCHEZ ALBORNOZ ha destacado "la trascendencia de este proceso como elemento conformador de la personalidad jurídica de España", y, "de manera contundente, convirtió a la *Reconquista* en <<*clave de la historia de España*>>, subrayando con ello tres aspectos fundamentales para la formación de la identidad española, a los que conviene aludir: en primer lugar, la extraordinaria influencia que aquel proceso tuvo en la formación de la realidad histórica de España. En sus propias palabras, fueron muchas <<*las proyecciones históricas de esa larga y compleja empresa en la cristalización de muy variadas facies del vivir hispano*>>, desde la política a la economía, pasando por la religiosidad o la cultura. A este respecto, podría concluirse que, a su juicio, fue la reconquista la que <<hizo>> a España". Cfr. GARCÍA FITZ, F.: "La reconquista: un estado de la cuestión", en *Clío & Crimen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, N.º 6, 2009 (Ejemplar dedicado a: Guerra y violencia en la Edad Media), pp. 145-146. No obstante, en cuanto al término <<reconquista>>, recientemente el empleo del referido término ha sido criticado por ser una denominación que los historiadores, a partir del siglo XVIII, le han asignado a ese periodo histórico. No obstante, lo razonable que puedan ser esas críticas, es indudable que con la reconquista ocurre la construcción definitiva de las instituciones que van a caracterizar a la nacionalidad española hasta el presente. Para una revisión de las interesantes críticas a las que ha sido sometido el término *reconquista*; GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M.:" Sobre la ideología de la Reconquista: Realidades y Tópicos", en Memoria, mito y realidad en la historia medieval. XIII Semana de Estudios medievales, Nájera, del 29 de julio al 2 de agosto de 2002. DE LA IGLESIA DUARTE, J. I. / MARTÍN RODRIGUEZ, J. L. (Coord.), Instituto de Estudios Riojanos, Nájera, 2003, pp. 151-170; Vid. AYALA, MARTÍNEZ, C.: "¿Reconquista o reconquistas? La legitimación de la guerra santa peninsular", en *Revista del Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino*, N.º 32, 2020, pp. 3-20.

régimen político, sino que también, se sedimentó la mezcla de culturas que, a partir de ese entonces, caracterizará a los pueblos localizados en la península ibérica.

Ahora bien, adentrándonos ya en la figura de los <<Fueros>> como modelo de organización política, precedentemente hemos visto que entre las características de la desintegración estatal romana estuvo lo que GIL MAESTRE denomina la <<legislación personal>> que regía a cada pueblo conquistado[361]. El contenido de esta <<legislación personal>> se basaba en la costumbre de cada región o poblado, dato este que es relevante porque nos muestra, una vez más, que las ideas derivadas de la idiosincrasia también constituye un elemento condicionante del contenido de las leyes en un momento histórico determinado[362].

Los Fueros se encuentran dentro de este sistema feudal, pero su configuración particular se debe a que sirvieron, por un lado, para restaurar la tradición feudal hispano visigoda, y, por otro lado, como mecanismo para repoblar al territorio ibérico -actualmente conformado por España y Portugal- tras ser reconquistada y recuperada del dominio musulmán[363]. De manera que, cuando nos referimos a los Fueros estamos contextualizándonos al estudio del régimen jurídico de lo que sería la España medieval.

Así, por <<Fuero>> debe entenderse como "la carta expedida por los reyes, y, en su caso, por algunos señores, en virtud del privilegio dimanado de la soberanía en la que se contienen un conjunto de normas destinadas al

[361] Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XXIII.

[362] En este sentido, GUTIERREZ CUADRADO ha advertido que, por ejemplo, en "León, Castilla, y Aragón, el marco jurídico cotidiano altomedieval de las diversas poblaciones estaba constituido, sin duda por el Derecho consuetudinario, que se sustentaba en la oralidad, y, no sólo en Castilla, se rige por la costumbre, por más que el Liber siguiera siendo una obra de referencia. Es importante tener en cuenta que este derecho consuetudinario primitivo solo es accesible a través de testimonios indirectos, de indicios de textos posteriores. Al lado de este Derecho no escrito, aparecen las cartas de la población, privilegios o fueros breves primitivos, que concedían los reyes o los señores a un lugar que se lo había pedido o al que consideraban importante para sus intereses". Cfr. GUTIERREZ CUADRADO, j.: "Los fueros medievales en el NDHE desde una perspectiva filológica", en *Cuadernos del Instituto de Historia de la Lengua*, N. º10, 2017, p. 71.

[363] Para un estudio detenido acerca de la etapa de dominación árabe en la península, Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., pp. XLVIII-LI; y más recientemente, Vid. por todos: MARÍN GUZMÁN, R.: "Los grupos étnicos en la España musulmana: Diversidad y pluralismo en la sociedad islámica medieval", en Revista Estudios, N.º 17, 2003, pp. 169-2015; DOMINGUEZ SÁNCHEZ, S.: "Cristianos y musulmanes en la Península Ibérica. La Guerra, la frontera y la convivencia Una visión a través de las bulas del siglo XIII", en Cristianos y musulmanes en la península ibérica. La guerra, la frontera y la convivencia. XI Congreso de Estudios Medievales. Fundación Sánchez Albornos, León, del 23 al 26 de octubre de 2007, 2009, pp. 177-186; VIGUERA MOLINS, M. J.: "Mozárabes y cristianos de Al-Andalus (siglos VIII-XI)", en Cristianos y musulmanes en la península ibérica. La guerra, la frontera y la convivencia. XI Congreso de Estudios Medievales. Fundación Sánchez Albornos, León, del 23 al 26 de octubre de 2007, 2009, pp. 177-186; LIARTE ALCAINE, M. R.: "La conquista musulmana en Hispania", en *Revista de Claseshistoria*, N.º 3, Artículo N.º 125, (marzo), 2010, pp. 2-24; LIARTE ALCAINE, M. R.: "Organización política-administrativa en Al-Andalus", en *Revista de Claseshistoria*, N.º 3, Artículo N.º 153, (marzo), 2010, pp. 2-8 LIARTE ALCAINE, M. R.: "El gobierno de Al-Andalus", en *Revista de Claseshistoria*, N.º 3, Artículo N.º 154, (marzo), 2010, pp. 2-10;

buen gobierno de las villas y ciudades. Por su parte algunos señores solariegos y los pobladores de algunos parajes de su propiedad llevaron a cabo unos pactos, por medio de los cuales, a cambio de la cesión del suelo efectuada por el señor del sitio, los habitantes de aquellos lugares aceptaban el vasallaje. A este último tipo de convenio se le llamó en un principio encartaciones o encartamiento y pasado el tiempo cartas de poblamiento o cartas pueblas. Ambos documentos marcaron el paso durante los primeros siglos de la recuperación territorial de lo que había sido el reino hispano-visigodo"[364].

Ahora bien, la nobleza y la Iglesia marcaron el rumbo de esta época, ambas instituciones -como miembros de la Corte del monarca- contribuían en la confección de las leyes (ordenamientos de suplicaciones y ordenamiento de leyes), además esta misma nobleza era la cabeza de sus tierras conforme a la tradición visigoda. Esta estructura de gobierno encabezada incipientemente por el monarca, nos asoma también al contenido de las leyes desde una perspectiva tridimensional, pues, el Derecho de esta época si bien reguló la convivencia social en base a textos normativos (criterio lógico-normativo) basados en concepciones morales religiosas (criterio axiológico), al igual que ahora, no dejó de lado los factores sociológicos representados -en este caso- por los intereses políticos de quienes detentan el poder, intereses centrados -principalmente- en la estabilidad del poder político (criterio sociológico).

Ya desde el inicio de la reconquista ibérica (siglo XI) MELCHOR Y LAMANETTE señaló que entre los Fueros creados se encontraban los de León, Logroño, Nájera, Salamanca y Sepúlveda, los cuales -según el citado autor- se fundaron para "establecer sólidamente los comunes de villas y ciudades, erigiéndolas en municipalidades y asegurando un gobierno templado y justo, acomodado a las circunstancias especiales de cada pueblo, a la par que la constitución general del reino"[365].

Ahora bien, al igual que lo sucedido en el sistema feudal de otras localidades europeas como Alemania y Francia, la Administración de Justicia impartida en los Fueros españoles era descentralizada; no obstante, la monarquía tenía la competencia directa para juzgar y sancionar los hechos punibles ocurridos en lugares especiales -como los caminos y las veredas-[366].

---

[364] Cfr. LÓPEZ VILLALBA, J. M.: "Los fueros y ordenanzas medievales…, ob. cit., p. 341. Para un estudio detenido acerca del origen y conformación de los Derechos que rigieron los Fueros de la España medieval Vid. GARCÍA GALLO, A.: "Aportación al estudio de los Fueros", en *Anuario de Historia del Derecho español*, N.º 26, 1956, *passim*.

[365] Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos: Estudio Histórico…, ob. cit., p. 57.

[366] Vid. DIAGO HERNANDO, M. / LADERO QUESADA, M. A.: "Caminos y ciudades en España de la Edad Media al siglo XVIII", en: *En la España medieval*, N.º 33, 2010, pp. 352 y 353. Asimismo, para una revisión detenida acerca del carácter de la función jurisdiccional del Rey, Vid. PÉREZ DE LA CANAL, M. A.: "La justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XIII al XV", en *Historia, Instituciones. Documentos*, N.º 2, 1975, pp. 389-392.

Por otra parte, sin desconocer que estos Fueros tenían sus propias legislaciones locales, asimismo estos señoríos ubicados en la península ibérica contaban con un cuerpo de leyes generales, conocidas como: <<Fuero Juzgo>>. El Fuero Juzgo fue un conjunto de leyes de gran importancia porque, según ha observado GIL MAESTRE, resume los conocimientos jurídicos de aquella época[367], pues su elaboración se inspiró en tres fuentes, a saber: "las costumbres germánicas, las leyes romanas y los cánones conciliares"[368]. En definitiva, el Fuero Juzgo -explica el citado autor- "era una reunión de ordenanzas, constituciones, leyes civiles y criminales que regían los municipios, y su era objeto traer habitantes a las ciudades arruinadas y despobladas, asegurando ventajas y franquicias de todas clases a los *nuevos* vecinos que fijaban en ellas su domicilio, encontrabanse también disposiciones, aunque insuficientes, sobre administración y justicia criminal"[369].

Con estas disposiciones, el reino visigodo español contará con su propio cuerpo normativo adaptado a su idiosincrasia, aunque sin dejar de tener una fuerte influencia del Derecho romano[370]. Sin embargo, la aplicación del Fuero Juzgo pudo haber estado afectada por dos razones destacadas por RAMOS VÁZQUEZ, a saber: 1.- la lejanía de algunos lugares respecto de los centros de población de mayor importancia y; 2.- la tendencia feudalizante que continuaba vigente aún durante la época visigoda[371].

En cualquier caso, la importancia del Fuero Juzgo estriba no sólo en su relevancia como texto normativo regulador de la sociedad medieval hispana, sino también porque este texto legal integró los tres órdenes normativos

---

[367] Mas recientemente, GARCÍA GALLO se ha referido a este cuerpo jurídico como "el Derecho que ha sido juzgado y por el que ha de juzgarse". Cfr. GARCÍA GALLO, A.: "Aportación al estudio de los Fueros", en Anuario de Historia del Derecho Español, N.º 26, 1956, p. 399; definición esta que quizás responde a la particularidad que ORTÍZ CABALLERO ha destacado del Fuero Juzgo, al señalar que "de su conformación se advierte que no se trata de la obra de un legislador o cuerpo de legisladores, ni que fuese elaborado en un lapso más o menos breve; por el contrario, se trata de leyes dictadas por distintos reyes e, incluso, al parecer, de normas transcritas de fuentes romanas". Cfr. ORTIZ CABALLERO, R.: "Estudio sobre la Ley: Del Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 42, 1988, pp. 124 y 125.

[368] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XXVIII. En cuanto a la estructura de estas leyes, BARONA VILAR nos enseña que estaba conformada por cuatro libros: "I, destinado a la religión, la organización militar y la judicial; II, Derecho procesal; III, Derecho civil; y IV, Derecho penal", además la referida autora ha advertido que pese a que la unidad efectiva del ordenamiento jurídico se haría a través del Fuero Real, "esta situación no supuso una metamorfosis instantánea, una transformación revolucionaria, sino que, al contrario, hubo que esperar a que el tiempo fuere aminorando los inconvenientes y recelos que la unidad legislativa propiciaba, que no eran pocos. Una transformación que se hallaba intrínsecamente vinculada al fortalecimiento del poder real y a la unificación de la legislación existente, pasando de los Fueros Municipales al Derecho común". Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 137.

[369] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., pp. LVI y LVII.

[370] Vid. TORRENT, A.: "Una aproximación a la legislación visigótica hispana. La *imitatio imperi*", en *Revista Internacional de Derecho Romano*, N.º 18, 2017, p. 2.

[371] Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008, p. 51.

vigentes o de mayor influencia en la época medieval: las costumbres germanas, las leyes romanas y los cánones conciliares; integración normativa esta que contribuyó al progreso de la legislación que regirá a Europa durante los siglos venideros[372].

Ahora bien, con respecto a los rasgos característicos de la penalidad y el procedimiento criminal contenidos en el Fuero Juzgo, GIL MAESTRE nos enseña que la ley criminal visigoda ve "una tentativa de fusión entre los tan opuestos principios de venganza particular y del sistema de la composiciones pecuniarias", además -continúa el citado autor- "dicha legislación responde a otros principios: no se propuso como norma el terror, ni es una transacción entre la venganza primitiva y el *Wehrgeld*. Verdad que en ellas se encuentran penas hoy calificadas de horribles; verdad que tiene poco de científica en el sentido que se da a la palabra; verdad que muchos delitos pueden rescatarse pecuniariamente; pero también es cierto que el *Wehrgeld* no constituye su carácter privativo, sustituyéndole la multa, la *freda*, pena social, o el talión si el culpable no la rescataba. Su objeto, más que aterrorizar fue proporcionar seguridad a los hombres de bien. Inspirada en las disposiciones del Código Teodosiano, y guiada por los rectos instintos del pueblo, según dice el señor Pacheco, fue un verdadero adelanto, y en algunos de sus preceptos se anticipó a las reformas del siglo XVIII"[373].

---

[372] En tal sentido, GIL MAESTRE, al referirse a la integración de las costumbres germanas, las leyes romanas, y los cánones de la iglesia, ha explicado que dentro del mencionado sistema de fuentes "predomina, como era natural, la primera, en la parte penal, así como las dos últimas en la civil. En la redacción se descubre desde luego el carácter eclesiástico de sus autores, pero también los principales rasgos de la civilización germánica. Es una transacción entre los tres elementos indicados, descubriéndose por poco estudio que de sus disposiciones se haga, la marcha invasora del romanismo, la preponderante influencia de la iglesia, y el retroceso de aquellas instituciones importadas del Norte, de las que aún se conservan restos en nuestra legislación actual. No era de extrañar que así sucediese. La Iglesia estaba entonces en la plenitud de su preponderancia: sus concilios resolvían no tan sólo los asuntos eclesiásticos, sino los más importantes del Estado; a ellos acudían los reyes buscando amparo y consejo, los nobles, los poderosos *Leudes*, ocupaban un puesto subalterno, y el pueblo comparecía únicamente para asentir. Las ciencias refugiadas en los claustros, pugnaban ya por salir de ellos; el Derecho romano volvía a ser objeto de estudio y se borraban antiguas asperezas. Circunstancias tan especiales no podían menos que reflejarse en el Fuero Juzgo. Descúbranse igualmente en él, y sobre todo en la parte que podemos llamar de Derecho público, los nuevos purificadores elementos que a la civilización llevaron los Godos; descúbrase el sentimiento de la dignidad personal, de la libertad individual, de la frugalidad y la templanza, del respeto a la mujer, de la fidelidad conyugal y de la compasión del desgraciado; descúbrase, por último, el principio de respeto a la ley y el amor a la justicia, consignándose en esta y en otras materias, ideas que más bien que nacidas en los albores de la Edad Media y ante los sombríos alcázares del feudalismo, parecen encarnaciones del siglo XVIII" Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., pp. XXVIII y XXIX.

[373] Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, Ibid., p. XXXI. En un trabajo más reciente, LÓPEZ-ALAMO MARÍN advierte la misma idea expuesta aquí por GIL MAESTRE, pero desde una perspectiva distinta. En efecto, una característica de este Derecho penal era la limitación de la venganza privada al previo acatamiento de las formalidades que debían seguirse; y las penas pecuniarias que estaban establecidas -conocidas como Wergeld- eran completamente autónomas de la composición o acuerdo pecuniario como fórmula alternativa para excluir a la venganza como castigo. Vid. LÓPEZ-AMO MARÍN, A.: "El Derecho penal español de la Baja Edad Media", en Anuario de Historia del Derecho Español, N.º 26, 1956, pp. 360-362. Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado por LÓPEZ-ALAMO MARÍN y por GIL

La pretendida loable función que tenía la penalidad contenida en el Fuero Juzgo no la exime de la crueldad de los medios empleados para lograr ese fin, porque no hay que olvidar que -dentro de un contexto donde el delito se confundía con el pecado- la redención sólo podía ser obtenida mediante el sufrimiento[374].

Pero al margen de la modalidad de la sanción y de la crueldad contenida en la misma, la finalidad de la pena impuesta por los visigodos era <<expiacionista>>, pues, la penalidad contenida en el Fuero Juzgo tenía la "pretensión de apreciar la moralidad del acto y castigar la mala voluntad más que el daño material"[375], propósito que -según GIL MAESTRE- se manifestaba en casi todas sus leyes donde se confundía el delito con el pecado[376], cuestión que se explica en la comentada influencia que el clero tenía en la monarquía.

Ahora bien, si nos detenemos en los diversos tipos de penas vigentes en ese entonces, vemos que la penalidad de mayor gravedad fue la denominada: <<perdida de la paz>>. Según ORLANDIS, al culpable de un delito grave se le "priva de la inviolabilidad que aquella (la paz) le confería, y la mayor o menor gravedad del delito se traduce en el hecho de que sea más o menos extenso el circulo de personas frente a las cuales venía a encontrarse en estado de indefensión jurídica. Los delitos especialmente graves originaban un estado de perdida general de la paz, en virtud del cual quedaba su autor falto de protección frente a toda la comunidad política del cual formaba parte y su castigo era no ya una facultad, sino un deber de todos los

MAESTRE, las penas más severas -entre las que se encontraban la del talión- pasarían aplicarse subsidiariamente a falta de la aplicación de la *freda* o el Wergeld.

[374] El sufrimiento exacerbado era el criterio de toda penalidad de la época. Esto se verifica incluso en penas que, en principio, a pesar de ser corporales no implicaban una afectación física, sino moral; ello en una época donde el contenido moral condicionaba la vida de los individuos, sólo comparable con civilización anterior caracterizada por la profunda influencia religiosa en sus leyes, como lo fue el pueblo hebreo donde, al igual que el Derecho visigodo y en los fueros se establecía la decalvación como castigo, penalidad esta que, aunque no necesariamente implicaba un dolor físico, profería una grave afectación moral. Vid. al respecto: ZAMBRANO MORAL, P.: "La marca como pena en el Derecho histórico español: Consideraciones sobre su naturaleza jurídica"; en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos* [Sección Historia de las Instituciones] N.º 40, 2018, pp. 648-666.

[375] Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XXXII.

[376] Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, Ibid., p. XXXII. En esta misma línea, MELCHOR Y LAMANETTE al comparar este nuevo Derecho y el Derecho romano destacó que en el Fuero Juzgo, además de estar enmarcado en los referidos principios de expiación, de la culpabilidad y de la defensa social, se mantuvo "sobre el antiguo sistema de compensaciones y de la venganza privada; se seguía autorizando la pena de Talión en los casos de golpes y heridas, pero aplicado bajo la vigilancia del juez que procura que procura sustituirle casi siempre la pena de multa; castigábase el asesinato con la muerte en la horca o la decapitación. Los delitos que no alcanzaban tanta gravedad, tenían asignada penas aflictivas que guardan cierta proporción, tales como la perdida de una mano, de la nariz o de los ojos" Cfr. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos: Estudio Histórico…, ob. cit., p. 49.

miembros. Equivalía esta situación a una pena de muerte cuya ejecución no se reservaba la autoridad pública"[377].

Entre los delitos de gravedad castigados con esta modalidad de sanción se encontraban los de traición (asesinato del culpable sin declaración previa de enemistad, la muerte causada después de haber dado *fidancias* o *fideisura* de salvo, o después de haber saludado al enemigo[378]), el homicidio, el robo, y el hurto[379]; y en algunos casos, la pena de muerte -donde, como acabamos de advertir, tambien se incluiría la modalidad de pena conocida como <<pérdida de la paz>>- venía acompañada de una pena pecuniaria[380].

Por otra parte, para el caso de los delitos de menor gravedad, el Derecho penal visigodo estableció la posibilidad de resarcir la sanción mediante la figura de la <<composición>>, a través de la cual el victimario era condenado a resarcir el daño causado a la víctima mediante el pago de una contraprestación[381].

Las penas corporales y la privación de libertad (la *tradittio in potestatem* y la reducción a la esclavitud) fueron otras de las categorías de sanciones impuestas de conformidad con el Derecho visigodo vigente en los Fueros españoles. Las penas corporales -explica LÓPEZ-AMO MARÍN- estuvo inspirada en el Derecho romano y en la penitencia eclesiástica, aunque tenían un alcance distinto, pues "el mero principio retributivo o de la venganza privada llega a un abuso de la pena de muerte y a una ferocidad horrible en el empleo de los tormentos, contra cuyos excesos hubo que reaccionar, a su vez, la Iglesia"[382].

En cuanto a la *tradittio in potestatem* y la reducción a la servidumbre, estas sanciones eran empleadas en algunas localidades de la península para castigar a las mujeres condenadas por adulterio. Ahora bien, la mujer

---

[377] Cfr. ORLANDIS, J.: "El Derecho penal español de la baja edad media", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N.º 16, 1946, p. 124. Mas recientemente en este sentido, Vid. PINO ADAD, M.: "La pérdida de la paz durante la Alta Edad Media", en *Revista Aequitas: Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, Vol. 4, 2014, p. 52.

[378] Vid. LÓPEZ-AMO MARÍN, A.: "El Derecho penal español de la Baja Edad Media…, ob. cit., p. 350.

[379] GIL MAESTRE señalaba que, según el contenido del Fuero Juzgo, el homicidio si bien se castigaba con la pena de muerte y a los cómplices con doscientos azotes, decalvación y multa de 500 sueldos; en el caso del robo, este delito era castigado con "la restitución de la cosa y nueve tantos más, y cien azotes; quedando el delincuente a disposición del ofendido en el caso de insolvencia de la multa, y cuando el robo se ejecutaba con violencia, la multa era de once veces el tanto, y además, habiendo fractura, ciento cincuenta azotes"; de manera pues que además de que el autor del delito podía ser castigado con la muerte, según GIL MAESTRE, el robo también era castigado con penas corporales y sanciones pecuniarias. [379] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XXXII.

[380] Vid. ORLANDIS ROVIRA, J.: "Huellas visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media", en *Anuario de historia del Derecho español*, N.º 15, 1944, p. 646

[381] Según LÓPEZ-AMO MARÍN, esta sanción se estableció como remedio frente a la venganza privada, pues, con la adopción de esta medida se pretendía limitar la venganza del ofendido, y, con ello, prevenir el consecuente riesgo de que la comunidad perdiera la paz general. Vid. LÓPEZ-AMO MARÍN, A.: "El Derecho penal español de la Baja Edad Media…, ob. cit., p. 353.

[382] Vid. LÓPEZ-AMO MARÍN, A.: "El Derecho penal español de la Baja Edad Media…, Ibid., p. 348.

condenada a cumplir cualquiera de estas dos sanciones era entregada a su marido, quien, en el supuesto de la *tradittio in potestatem*, podía acabar con la vida de la acusada o hacer lo que quisiere con la vida de ella [383]; mientras que, en el caso de que las acusada de adulterio fuere condenada a la reducción a la servidumbre, la penada quedaba sometida a una modalidad de esclavitud[384].

Finalmente, respecto al régimen procesal penal establecido en el Derecho visigodo vigente en los Fueros españoles, hemos advertido *supra* que el Rey servía como tribunal de alzada frente a las decisiones de los juzgados feudales. Un ejemplo de ello nos lo da el Fuero Juzgo en su Título 1º del Libro 2º, al establecer que "cuando alguna de las partes sospechase que la sentencia había sido dictada con parcialidad, podía alzarse ante el Obispo para que revisase la sentencia, quedando expedito el recurso ante el Rey al perjudicado, si se revocaba[385]. No obstante, RAMOS VÁZQUEZ ha explicado que aunque el Fuero Juzgo pretendió afianzar el proceso de juzgamiento, en la práctica, la justicia real estaba frecuentemente amenazada por "una creciente concepción privatista o patrimonialista del poder que venía determinado por el alto grado de feudalización al que estaba sometido el reino de Toledo", razón por la cual era frecuente la proliferación de disposiciones que reafirmaban la autoridad del juez real en el proceso público, ello, con el objeto de evitar o contener la injerencia de los poderes señoriales que constantemente cuestionaban la autoridad del Rey visigodo y sus oficiales[386].

En cuanto a las garantías procesales de las que gozaba el acusado, el Fuero Juzgo -al liberar al acusado de la carga de demostrar su inocencia- consagraba la <<presunción de inocencia>>. También, en cuanto a los medios de prueba, el tormento fue admitido como medio probatorio, pero con algunas restricciones que prácticamente impedían su aplicación; en efecto, "únicamente por los delitos de lesa majestad, homicidio, y adulterio podía aplicarse, pero a más de exigirse para ello un acusador de igual clase que la del reo, y la cooperación de tres testigos responsables también de sus resultas, a más de tener que aplicarse en público, de quedar el acusador, sino justificase la acusación, a merced del reo para que hiciese de él lo que quisiera menos quitarle la vida, eran responsables los jueces si del tormento resultaba la muerte o la mutilación del paciente, teniendo que satisfacer quinientos sueldos a los parientes del difunto o quedar a disposición suya. Por consiguiente, encontramos en el Fuero Juzgo un procedimiento en el que

[383] Vid. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XXXII.
[384] Vid. LÓPEZ-AMO MARÍN, A.: "El Derecho penal español de la Baja Edad Media…, ob. cit., p. 363. Además de las mujeres adulteras, los falsarios también podían ser sometidos a la pena de servidumbre, pues, estos además de perder la tercera o cuarta parte de sus bienes, "según que fueren *potentiores* u *honestiores*, o se les cortaba la mano, o eran esclavizados, si pertenecían a clases más inferiores". Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. XXXII.
[385] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, Ibid., pp. XXXIII y XXXIV.
[386] Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles…, ob. cit., p. 32.

había de ser fortalecida la acusación por medio de testigos, en el que era responsable el acusador de las consecuencias de su justificada querella, y en el que podía defenderse el reo: procedimiento que admitía como prueba el delito *infraganti*, la confesión, las declaraciones de testigo y el tormento; procedimiento en el que no es ejecutoria la sentencia del Juez, sino apelable ante el Obispo y el Rey; y que, aun cuando imperfecto, constituye un verdadero progreso si se le compara con el que regía en las demás naciones"[387].

Asimismo, continuando con el régimen probatorio contenido en el Fuero Juzgo, GIL MAESTRE ha relatado que "las pruebas eran casi las mismas que las usadas en el periodo Gótico y en el resto de Europa, pero con algunas modificaciones: la confesión, los testigos, las ordalías, la justificación canónica, los conjuradores y el duelo. Con arreglo a muchos Fueros, y entre ellos a los de Caseda y Catalayud, era absuelto el vecino que presentaba doce testigos para acreditar su ignorancia; según bastaba que jurase por la cruz al pie del altar; en varios, como en el de Sahagun, pagaba la multa del homicidio aquel a quien el moribundo designaba como matador"[388].

Por otra parte, como regla general -en palabras de GIL MESTRE- "se establecía la libertad del procesado, bajo fianza, fuese el que fuera el delito consumado"[389]; sin embargo, la privación de libertad tenía naturaleza punitiva cuando los procesados quedaban sometidos a ella, debido a las condiciones de reclusión. En efecto, explica RAMOS VÁZQUEZ, que de acuerdo con el *Liber Iudiciarium* o Fuero Juzgo el arresto o prisión era impuesto "especialmente en los procesos por delitos considerados de carácter público en los que tenía una competencia directa, y sobre todo en relación a aquellos de los que cupiera esperar una huida del presunto autor, la comisión por su parte de nuevos crímenes, o la posibilidad de que se deshiciera del objeto del delito"[390]. No obstante, la citada autora ha advertido que las referidas garantías procesales no eran del todo universales en el sentido de que los límites, condiciones o presupuestos establecidos en la ley no protegían a cualquier persona que estuviese sometida a un proceso judicial, pues, las condiciones establecidas en la referida legislación variaban de acuerdo a la <<categoría social>> de la persona procesada, y a la <<gravedad del delito>> por el cual el sujeto estuviese siendo juzgado[391].

Así, en el supuesto de las garantías dirigidas a proteger al procesado de acuerdo con su <<categoría social>>, los nobles y los dignatarios eclesiásticos

[387] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., pp. XXXIV y XXXV.
[388] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, Ibid., p. LVII.
[389] Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, Ibid., p. LXI.
[390] Cfr. RAMOS VÁZQUEZ, I.: Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles…, ob. cit., p. 33.
[391] Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles…, Ibid., p. 33 y ss.

tenían el privilegio de quedar exentos de ser privados de libertad; a diferencia de lo que sucedía si el acusado fuere un *servus* o esclavo, pues en este caso el esclavo era apresado por cometer cualquier delito, hasta tanto el propietario del esclavo respondiese ante el juez por la conducta de su servidor, y poder así <<compensar>> el delito cometido. Un tratamiento distinto también recibiría un *liberto* u hombre libre, pues si este quedaba sometido a un proceso penal también sería apresado, aunque <<solo>> si el delito -por el cual estaba siendo juzgado- era especialmente cualificado.

Ahora bien, en cuanto al supuesto de la prisión preventiva atendiendo a la <<gravedad del delito>>, si el delito grave era cometido por un esclavo, se consideraba que la prisión preventiva era la única garantía para asegurar la presencia del acusado; pero si el acusado era un hombre libre, el juez podía decretar una fianza en lugar de la reclusión como garantía de comparecencia. De manera que, dentro de este segundo supuesto, también la <<categoría social>> del procesado tenía cierta incidencia en la imposición de la privación preventiva de libertad durante el proceso.

Llegados hasta que vemos que, durante el medioevo, la penalidad continuaba siento esencialmente <<retributiva>> aunque el control de la ejecución de la penalidad es mayor en comparación con los periodos históricos anteriormente estudiado. Esta idea <<retributiva>> de la penalidad tenía como trasfondo la protección de la sociedad, pero sobre todo de mantener la estabilidad institucional y el orden público. Sin embargo, la presencia del elemento religioso como fundamento axiológico del Derecho tendría un impacto en la finalidad retribucionista que tradicionalmente se le viene atribuyendo a la penalidad pues, al igual que sucedía en el pueblo hebreo -cuya penalidad también estaba sustentada en la tradición y en la religión-, las penas tendrían una orientación <<expiacionista>>, donde el condenado redimía su conducta mediante el <<sufrimiento>> soportado durante la ejecución de la sanción.

3.2.- El Estado Moderno (Absoluto) y la penalidad en la Edad Moderna: Especial referencia a la conformación del Estado Absoluto Español

El Estado moderno o absoluto sólo puede entenderse desde los presupuestos existenciales del Estado: Población, territorio y gobierno. Con lo repasado en el apartado anterior, si bien difícilmente se puede considerar que en la Edad Media existió un Estado con todos los referidos elementos integrados, si se puede suponer que durante el periodo medieval se sentaron las bases para la conformación de lo que sería el Estado Absoluto característico de la Edad Moderna.

Como hemos advertido en varias oportunidades *supra*, la grandeza del Imperio romano estribó en que éste tenía un poder centralizado donde no

existía separación entre gobernantes y gobernados, pues, toda la actividad de la sociedad romana giraba en torno a la unidad del pueblo romano. Esta fue una realidad que no dejó de asombrar e inspirar a lideres medievales como -por ejemplo- Carlomagno, quien, en su campaña para construir un imperio a través de la reunificación de Europa, siempre tuvo presente la mítica grandeza del antiguo imperio romano, y, por lo tanto, de su modelo de Estado[392]. Durante la Edad Media, la referida unidad y grandeza del Imperio romano quedó desintegrada con la creación del sistema feudal del cual surgieron, a su vez, una serie de pequeños Estados feudales que, posteriormente, se unificarían definitivamente para conformar un Estado más grande y poderoso, bajo un solo y definitivo poder de dominación.

Sin embargo, durante la Edad Media, existió un Estado visigodo -que aglutinaba los señoríos o pequeños Estados feudales- pero su vigencia no fue del todo pacífica y estable, pues este modelo de Estado se sustentaba en un poder que no era del todo ilimitado, ya que, si bien -como ha advertido JELLINEK- la realeza germánica se desarrolló de tal modo que vino "a reunir en sí estos dos elementos esenciales: el poder soberano sobre las personas y la propiedad igualmente suprema sobre los bienes territoriales, ambos derechos no tenían carácter ilimitados: junto al tribunal real existía un tribunal popular y la propiedad suprema del rey oponíase en muchas ocasiones la propiedad privada intangible para el poder de los reyes. El reino germano nace, pues, como un poder limitado; por consiguiente, desde su comienzo lleva en sí un dualismo: el derecho del rey y el derecho del pueblo, dualismo que jamás ha llegado a superar la Edad Media"[393]; por lo tanto, continúa JELLINEK, esta división dual de la naturaleza del Estado significó "a su vez una atomización del poder público, y toda la historia de los Estados de la Edad Media es al mismo tiempo una historia del ensayo para llegar a vencer este desmembramiento o, al menos, para aminorar sus consecuencias"[394].

Ahora bien, también en la península ibérica existió un Estado hispano-godo medieval el cual -nos dice RUIZ RODRÍGUEZ- "estuvo dirigido por un rey y organizado en el entorno de una serie de instituciones, que sostenían la unidad política. El *Aula Regia* o *Senado visigodo* es el órgano que colabora con el monarca, asesorándole en su labor de dirección político militar, en su actividad legislativa y en la administración de justicia. El núcleo fundamental del Aula Regia lo venían a articular los miembros del Oficio Palatino, que agrupaba a los nobles de la Corte, generalmente gentes de estirpe goda: condes, jefes de los espatarios o guardia del rey, de las Caballerizas, etc. En

[392] Vid. WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica…, ob. cit., p. 252.
[393] Cfr. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, ob. cit., p. 308.
[394] Cfr. JELLINEK, G.: Teoría general del Estado…, Ibid., p. 309.

definitiva, el *Aula Regia* reúne a los altos funcionarios del Ejercito y la Administración hispano-godos"[395].

Con lo dicho por RUIZ RODRÍGUEZ vemos que, desde un principio, el gobierno del Estado visigodo estuvo integrado por un monarca acompañado por una Corte integrada por nobles y -posteriormente- por el clero, configuración ésta que finalmente daría lugar al llamado <<Estado estamental>>.

El proceso político que ha de conducir a la configuración del Estado Moderno o Absoluto en Europa, es decir, a la centralización del poder se llevará a cabo de manera palmaria en la Baja Edad Media[396] -específicamente entre los siglos XIV y XV- cuando el poder estatal reaccione contra dos enemigos que atentarían contra la estabilidad del régimen estatal: las fuerzas *supraestatal* y las fuerzas *infraestatal*. En efecto, estas fuerzas contribuyeron a la desintegración del Estado que aglutinaba los pequeños Estados feudales, pues -como bien ha explicado NAEF-, durante el régimen de los Estados feudales, la vida pública se movía en dos esferas, "de las cuales una es, por así decirlo, *infraestatal*, ya que sus instituciones públicas no se extienden al todo, sólo a un sector especial y concreto: a una religión, no a todas las religiones del territorio de soberanía; a un grupo social, no a todos los que componen el cuerpo nacional; a un hombre, no a todos los hombres súbditos del Estado. La otra, en cambio es de carácter *supraestatal*, porque aquí el poder -constituido por la Iglesia romana o por el Sacro Imperio- no coincide con un territorio determinado y su población"[397].

En España, la reforma del Estado se configuró, por un lado, mediante la demarcación de las fronteras del poder político y religioso en una relación de beneficio mutuo[398], y, por otro lado, a través de la afectación de las inmunidades y de los privilegios que la nobleza tenía -aunque en un principio esta afectación no implicó que la nobleza perdiera influencia dentro del poder

[395] Cfr. RUIZ RODRÍGUEZ, I.: Historia del Derecho y de las instituciones. Editorial Círculo Rojo, España, 2016, p. 111.

[396] Vid. GONZÁLEZ ALONSO, B.: "Del Estado absoluto al Estado constitucional", en *Manuscrits: Revista d´ Història moderna*, N.º 4-5, 1987, p. 82; y para una revisión detenida acerca de este aspecto Vid. DE DIOS DIOS, S.: "Sobre la génesis y los caracteres del Estado absolutista en Castilla", en *Studia histórica. Historia moderna*, N.º 3, 1985, pp. 13-22

[397] Cfr. NAEF, W.: La idea del Estado en la Edad Moderna. GONZALEZ VICEN, F. (Trad.). Aguilar S. A. Ediciones, Madrid, 1973, p. 10

[398] Vid. NAEF, W.: La idea del Estado en la Edad Moderna…, Ibid., p. 12; Vid. GARCÍA MARÍN, J. M.: "Inquisición y poder absoluto", en *Revista de la Inquisición (Tolerancia y derechos humanos)*, N.º 1, 1991, p. 108. También sobre este aspecto, GARRIDO ha precisado que una de las razones por las cuales la Iglesia continuaría ligada al Estado -aunque con ciertas reservas- fue la necesidad de mermar la inestable unidad de la España de aquel entonces; en efecto, de acuerdo con el citado autor la acción socializadora de la Iglesia católica era muy importante, porque se entendía que la Iglesia no sólo predica la salvación individual, sino que asimismo justifica el orden establecido e interviene con especial eficacia en el control y represión de la conductas desviadas. De aquí arranca la aportación más original del reinado de los Reyes Católicos y la de más larga vida: La insumisión". Cfr. LÓPEZ GARRIDO, D.: "El modelo absolutista español", en *Revista de Estudios Políticos,* N.º 26, 1982, p. 73

estatal, pues los estamentos continuaban teniendo responsabilidades públicas a través de los comentados Consejos[399], Consejos que no serán eliminados definitivamente sino hasta la promulgación de los llamados Decretos de Nueva Planta en el siglo XVIII[400]-. Naturalmente, como veremos *infra*, estas medidas impactaron en la estructura estatal y, por ende, en la forma de ejercer la penalidad durante la época del <<Estado Absoluto>>.

Pero el hecho de que la centralización del poder en la figura del monarca haya ocurrido progresivamente, significa que la conformación del Estado moderno venía realizándose antes del arribo definitivo de la monarquía absoluta. En efecto, el Estado estamental, decía NAEF, "fue el primer molde en el que se vacía el Estado moderno"[401]; el poder de la Corona -continúa el citado autor- "existía ya de antiguo; y más tarde, a partir del siglo XIII, comienzan a constituirse los cuerpos estamentales, componiéndose de manera diversa, de la nobleza, el clero y las ciudades, e incorporándose raras veces la clase campesina"[402].

Ahora bien, en el período de los Fueros españoles, la centralización del poder no se configuró hasta finales del siglo XV con la entronización de los Reyes Católicos, momento en que la monarquía empezaría a tener poder efectivo dentro de las instituciones del Estado; poder que unificaría el Derecho vigente hasta entonces[403].

---

[399] Al respecto Vid. el interesante estudio de: MOLINA RECIO, R.: "La evolución del papel político de la nobleza española de la Edad Moderna a la Contemporánea: El ejemplo de Fernández de Córdoba", en *Revista de historia moderna: Anales de la Universidad de Alicante*, N.º 38, 2020, pp. 153-176. Asimismo, acerca de la incorporación de las "casas menores" de la nobleza a la vida política y social durante la Edad Moderna española, Vid. AZNAR ARJONA, J. M.: "Ascenso social en la Edad Moderna: El caso de los Marqueses de Canillejas", en *Anahgramas: Análisis históricos de Grado y Master*, N.º 6, 2019, pp. 40-72

[400] Para un estudio detenido, Vid. BONELL COLMONERO, R. "Los decretos de nueva planta", en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, N.º 8, 2010, pp. 16-39.

[401] Cfr. NAEF, W.: La idea del Estado en la Edad Moderna…, ob. cit., p. 15

[402] Cfr. NAEF, W.: La idea del Estado en la Edad Moderna…, Ibid., p. 15. En el caso particular de España, la nocividad que representaba este modelo de Estado estamental para el poder monárquico, GIL MAESTRE la explica así: -la monarquía- "nacida de la elección popular, elevada sobre los escudos de los guerreros, revela su debilidad la monarquía en los primeros tiempos; es un poder que se inicia, que apenas sobresale de los demás poderes: los reyes no son aún sino los primeros entre sus iguales. Pero poco a poco fue limitándose la elección y convirtiéndose en hereditaria, pero siempre, aún en la época de su mayor poderío, recuerda su origen. Tiene intervalo de lozanía y de decadencia; las minorías, frecuentes y desastrosas, la debilitan y hasta la envilecen; las donaciones hechas a los cuatros grandes llegan a empobrecerla; y al ocupar el trono los Reyes Católicos había que pasar por turbulencias sangrientas, por humillaciones, por trances apurados, había tenido que llorar sus desdichas con D. Alfonso el Sabio, que acatar el fratricidio en la persona de D. Enrique, que verse sitiada y perseguida por D. Juan II, y conducida con D. Enrique IV a la triste ceremonia efectuada en los campos de Ávila. Un solo poder le fue leal siempre; el pueblo, los Consejos; y sin embargo, cuando se creyó fuerte, lejos de atender las justas quejas y sensatas peticiones que rendidamente la dirigían los procuradores a Cortes, lanzó en su contra los escuadrones de la nobleza, hizo perecer en el cadalso a sus caudillos y arrastró por el fango aquellos mismos pendones que tantas veces había visto ondear al frente de las milicias que volaban en su auxilio". Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. LIV.

[403] Para un estudio detenido acerca de la reforma jurídica emprendida por parte de los Reyes Católicos españoles, Vid. ANDRADES RIVAS, E.: "Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas", en *Revista Actualidad Jurídica*, N.º 13 – enero 2006, pp. 376 y SS.

Un elemento esencial del Derecho que contribuye a su eficacia es la <<coactividad>>, entendida esta como la posibilidad de imponer el orden establecido en la Ley mediante la uso de la fuerza. En la época de la nomarquía absoluta -en la cual se enmarcaría el reino de España durante la Edad Moderna- la voluntad del monarca debía cumplirse obligatoriamente, pues, dicha voluntad -como expresión de la soberanía encarnada en el monarca- estaba expresada en la ley; por lo tanto, no es de extrañar que -como afirma RUIZ ATIZ- en la Edad Moderna se produjera "un proceso de reforzamiento y afianzamiento de la capacidad represiva del Estado, lo que se tradujo sin ningún género de dudas en una mayor eficacia de los mecanismos de control"[404]. Así, con el arribo de los reyes católicos al poder, el ejercicio del *ius puniendi* estatal se centralizaría por completo[405], aunque dicha centralización de la justicia penal se hiciese indirectamente, a través de los jueces designados por los propios reyes[406].

Ahora bien, según JOVELLANOS, la penalidad de los albores de la Edad Moderna continuaría teniendo una finalidad <<expiatoria>>, pero encaminada hacia una tendencia utilitaria y preventiva, pues, con la imposición de la pena se pretendía garantizar la paz y la seguridad en la sociedad mediante la <<corrección del delincuente>>[407]. Sin embargo, esta finalidad era complicada alcanzarla porque en la práctica continuaba aplicándose sanciones como la pena de muerte, el destierro y las galeras; castigos estos que -lejos de facilitar la corrección del delincuente- afectaban gravemente la vida, la integridad física y moral de los condenados.

La finalidad expiacionista de la pena estuvo fundada en el elemento religioso, elemento consustancial con las ideas propugnadas por el iusnaturalismo teológico imperantes en aquel entonces. En efecto, si la validez del Derecho positivo dependía de si éste se correspondía con los postulados emanados de la Ley Divina, igualmente, el poder político era legitimo si éste contaba con la bendición de la Iglesia Católica como representante de Dios en la tierra; por lo tanto, la influencia de la Iglesia durante la monarquía absoluta

---

[404] Cfr. RUIZ ATIZ, J.: "Castigos impuestos a los causantes de desórdenes: la actitud de los tribunales de navarra durante la Edad Moderna", en *Sancho el Sabio: Revista de cultura e investigación vasca*, N.º 34, 2011, p. 24.

[405] Vid. GARCÍA VALDES, C./FIGUEROA NAVARRO, C.: "La administración de justicia entre el Antiguo y el Moderno Régimen: Los consejos y las Secretarías de Despacho", en Revista de Estudios Penitenciarios, Extra 2006 (Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús, Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2006, p. 20.

[406] Vid por todos: TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta: Siglos XVI-XVII-XVIII. 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 24; ROLDÁN BARBERO, H.: Historia de la prisión en España. Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1988, p. 8; y RAMOS VÁZQUEZ, I.: "Detenciones cautelares, coactivas o punitivas. La privación de libertad en el Derecho castellano como instrumento jurídico", en *Anuario de Historia de Derecho Español*, N.º 77, 2007, p. 737.

[407] Al respecto, Vid. JOVELLANOS, G.: Informe de la Real Sala del Consejo de Castilla, sobre Indultos Generales (1779). BAE, LXXXVII, Madrid, 1945, pp. 463-468; Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta…, ob. cit., pp. 354 y 355.

española se debió a la utilidad que la Iglesia tenía para legitimar al poder político de la monarquía[408].

Así, esta misma lógica enmarcada dentro del iusnaturalismo teológico sirvió para justificar a la finalidad expiacionista de la pena durante toda la Edad Moderna, pues los castigos penales eran considerados como mecanismos idóneos para redimir los actos moralmente malos conforme a la fe católica: los pecados[409]; tendencia esta que no cambiará hasta las postrimerías del siglo XVIII cuando -con el arribo del Estado de Derecho moderno- el criterio aceptado para considerar la conducta de un individuo como delito ya no será el <<pecado>>, sino el <<daño social>>[410].

Por otra parte, el utilitarismo penal que empezaría a florecer en esta época tendría más fines retributivos -e incluso más neutralizadores que correccionales-, pues, en el caso de la pena de destierro, el condenado quedaba expulsado de su lugar de origen sin posibilidad de regresar nuevamente[411]; y en el caso de la pena de galeras[412], el penado -al cumplir su condena- quedaba

[408] Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta…, ob. cit., p. 222.
[409] Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta…, Ibid., p. 215. También, para una explicación extendida acerca de la vinculación del pecado con el delito, Vid. BARONA VILAR, S.: Proceso penal de la Historia…, ob. cit., pp. 104-105. Por otra parte, desde el punto de vista filosófico jurídico, FALCÓN Y TELLA ha precisado que fue con Tomasio, en 1705, cuando aparece por vez primera una teoría sobre la separación entre el Derecho y la Moral, "por la necesidad de limitar la acción del Estado -es decir del Derecho- y reivindicar la necesidad de reivindicar la libertad de pensamiento -esto es, la esfera de la moral- ". Cfr. FALCÓN Y TELLA, M. J.: Lecciones de Teoría del Derecho. 2ª ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2023, p. 54.
[410] Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta…, ob. cit., p. 239.
[411] Para un estudio detenido acerca de la pena de destierro en el reino de Castilla, Vid. ASENJO GONZÁLEZ, M.: "La exclusión como castigo. La pena de destierro en las ciudades castellanas a finales del siglo XV", en ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE. HISTORIA MEDIEVAL, n.º 18 (2012-2016), pp. 63-93.
[412] "La galera es una embarcación, a remo y vela, caracterizada por un gran eslora (longitud) en relación con la manga (anchura) y con el puntal (calado). Es una embarcación concebida para la guerra, porque todo se sacrifica a la maniobra en las condiciones de defensa y ataque, y tiene una gran rapidez de movimiento". Cfr. CERVERA PERY, J.: "La pena de galera, un correctivo determinante", en *Revista de historia naval,* Año n.º 28, N. º110, 2010, p. 97; y según RODRÍGUEZ RAMOS, la pena de galera se originó en Francia en febrero de 1443, siendo el armador de galeras Jacques Coeur la persona que lo ideó como sanción ante la necesidad de contrarrestar la escasez de remeros voluntarios. Esta solución fue aceptada por Carlos VII de Francia, quien finalmente le otorgó a Jacques Coeur "el derecho a tomar por la fuerza a vagabundos, ociosos y mendigos; en 1490 los tribunales franceses que habían ordenado entregar a galeras a todos los malhechores que habían merecido la pena de muerte o castigos corporales y los que podían ser declarados incorregibles y de vida y conducta perversa". Cfr. RODRIGUEZ RAMOS, L.: "La pena de galera en la España moderna", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales,* Tomo 31, Fasc/Mes 2, 1978, p. 263. Pero no es hasta los albores de la cuarta década del siglo XVI (31 de enero de 1530), cuando Carlos V inserta formalmente esta penalidad de las galeras como conmutación de penas corporales y penas de destierro, "aunque consta que anteriormente algunos reos se condenaron a ellas". Cfr. LLORENTE DE PEDRO, P. A.: "Modalidades de la Ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 57, Fasc/Mes 1, 2004, p. 315. También, para revisión reciente y detenida acerca de las galeras y sus funciones en España, Vid. por todos, FONDEVILA SILVA, P.: "Tipología de las galeras españolas del siglo XVI", en *Revista de historia naval,* Año n.º 28, N. º110, 2010, pp. 25-52; GONZÁLEZ-ALLER HIERRO, J. I.: "Las galeras en la Gran Armada de 1588", en *Revista de historia naval,* Año n.º 28, N. º110, 2010, pp. 53-74; MARCHENA JIMÉNEZ, J. M.: La vida y los hombres de las galeras de España (siglos XVI-XVII) [Tesis de Doctorado no publicada]. Universidad Complutense

gravemente afectado de salud, cuestión que le imposibilitaba realizar tareas que le permitiesen subsistir en libertad[413]. Asimismo, tal como ha advertido GARCÍA VÁLDES, "el sentenciado a tales condenas no recibe impulso moralizante alguno durante el cumplimiento de la pena. Bastará con que realice, con deficiencias, sus tareas forzadas, procurando no incurrir en nuevas infracciones"[414]. En realidad, si bien tanto el destierro como la pena de galeras no pretendían eliminar al penado causándole la muerte, lo que sí estas sanciones buscaban era -además de atormentar y hacer sufrir al penado- causar una deshonra permanente en la persona condenada[415].

Pero en este devenir histórico de la penalidad implementada durante la Monarquía Absoluta española de la Edad Moderna, pareciera que sucediera lo mismo que ocurre actualmente con la pena privativa de libertad donde, como veremos en el *Capítulo IV* de esta investigación, a esta sanción se le atribuye distintas finalidades dependiendo de la fase en la que la conminación penal se encuentre. En efecto, al fin retributivo que la penalidad tenía en la época de Monarquía Absoluta española se unía una finalidad preventiva general que se materializaba mediante la intimidación general[416].

Partiendo de la referida pretensión preventivo general de la pena, la sanción debía infundir terror en la población[417], terror que debía transmitirse

---

de Madrid, Madrid, 2010, pp. 21-83; MARTÍNEZ RUIZ, E.: "El mediterráneo, un mar de galeras", en *Revista de historia naval,* Año n.º 28, N. º110, 2010, pp. 7-24; SÁNCHEZ BAENA, J. J.: "La necesidad y el empleo de galeras en el mar Caribe en la segunda mitad del Siglo XVI" en *Revista de historia naval,* Año n.º 28, N. º110, 2010, pp.75-96; MARTÍNEZ MELÉNDEZ, L. P.: "De la pena de galeras a las fortificaciones. Uso de reos en los escenarios bélicos en el imperio español", en *El Taller de la Historia*, Vol. 12, N.º 2, 2020, pp. 290-313; ORTEGO GIL, P.: "Sobre el establecimiento de la pena de galeras en Castilla", en La historia y el Derecho de España. Visiones y pareceres: homenaje al Dr. Emiliano González Díez. MARTINEZ LLORENTE, F. J. / RUIZ RODRÍGUEZ, I. (Coord.), Depalma S. L., Madrid, 2022, pp. 451-483.

[413] Pese a los perniciosos efectos que esta penalidad tenida sobre los condenados, de acuerdo con TOMÁS Y VALIENTE, los monarcas Carlos I y Felipe II ordenaban "la imposición de las penas de galeras incluso por vía de conmutación, justamente en fechas en que por razones políticos-militares necesitaban hombres para el remo"; de manera que, la utilización de la mano de obra cautiva era la premisa, sin importar los efectos -físicos y morales- posteriores sobre el penado, por lo tanto, la utilidad de la medida privaba sobre la corrección del individuo. Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta…, ob. cit., p. 358.

[414] Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: "Las casas de corrección de mujeres. Un apunte histórico", en VV. AA. CEREZO MIR/SUAREZ MONTES/BERISTAIN IPIÑA/ROMERO CASABONA, eds.: El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López", Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 588 y 589.

[415] Vid. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad de los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 109.

[416] Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta…, ob. cit., p. 355.

[417] En un sentido similar ÁLVAREZ CORA ha puesto de relieve que, "en el *Elogio histórico de la Historia de Madly*, el abate de Brizard se refiere al Derecho del Antiguo Régimen como la época de <<terror de los legisladores>>. El legislador de la monarquía absoluta había producido leyes que venían a caracterizar su tiempo como el de siglos de ignorancia y de barbarie. A este diagnóstico llega por la detección de los dos instrumentos principales de la represión absolutista: la tortura y los procedimientos secretos". Cfr. ÁLVAREZ CORA, E.: "El Derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio", en *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos),* N.º 11, 2005, p. 93.

mediante el tormento del condenado, razón por la cual el suplicio vivido por el condenado debía de ser público; pues se creía que, mediante esto, el resto de la sociedad se abstendría de imitar la conducta del delincuente. Así, la publicidad de la ejecución penal del condenado estaba acompañada de una serie de formalidades como -nos dice TOMÁS Y VALIENTE- "los pregones y colocación de los cuartos de los reos en sitios de mucho tránsito (plazas públicas, cruceros de caminos, entradas o puertas de las ciudades…)[418].

Por otra parte, el <<tormento>> fue un elemento importante en esta época no sólo para alcanzar la finalidad preventiva general de la pena, sino también porque en este periodo, donde la finalidad retributiva de la pena -en comparación con las otras finalidades- estaba arraigada y tenía larga tradición, el tormento constituía un mecanismo para medir la proporcionalidad de la pena que debía sufrir el condenado[419]. En efecto, la monarquía tendía a castigar con la pena de muerte a los autores, cómplices y encubridores; y para ello, facilitaba la prueba procesal que -como veremos *infra*- era obtenida mediante procedimientos tormentosos que atentaban contra la integridad física y moral de los indiciados[420]; en consecuencia, el tormento sufrido por el presunto delincuente durante el transcurso del proceso penal, en conjunto con los distintos tipos de suplicios que sufría una vez fuere sentenciado con la muerte (la horca, la decapitación, el descuartizamiento, la hoguera, etc.) eran los criterios de medición de la gravedad de la pena -o suplicio- que el condenado debía padecer en proporción con la gravedad del delito cometido por él[421].

De lo comentado hasta ahora se puede apreciar que, pese a los avances de la civilización en cuanto a la técnica legislativa en comparación con sociedades antiguas como -por ejemplo- el pueblo hebreo, la comentada finalidad preventiva general atribuida a la sanción no se regía por <<criterios técnicos>> distintos a los de la mencionada sociedad primitiva, pues, el hecho de que la pena de muerte procurara intimidar a la población mediante la publicidad del suplicio sufrido por el condenado, hacía que los tipos castigos y las formas empleadas para ejecutar este tipo de castigos fueran verdaderamente crueles y arbitrarias.

---

[418] Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta…, ob. cit., p. 357.

[419] Para una aproximación detallada sobre el tormento judicial en la Edad moderna, Vid. MARTÍNEZ PEÑAS, L.: "El tormento como instrumento jurídico del Santo Oficio", en *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos)*, N.º 26, 2022, pp. 156-176; Vid. MARTÍNEZ PEÑAS, L.: "Proceso inquisitorial y proceso regio: apuntes para una tentativa de comparación", en *Ihering: Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N.º 3, 2020, pp. 98-102

[420] Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta…, ob. cit., p. 359.

[421] Sobre este punto, TISSOT distinguió el tormento de acuerdo a la fase del proceso o a la finalidad que este tenga durante el desarrollo del proceso criminal; en efecto, según el citado autor, "llamábase tormento preparatorio el que formaba parte de la instrucción, y previo al que seguía a la condena y precedía a la ejecución; éste y tenía por fin el descubrimiento de los cómplices". Cfr. TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o introducción filosófica e histórica al estudio del Derecho penal…, ob. cit., p. 216.

Ello a diferencia de lo ocurrido en sociedades históricamente más próximas a la Edad Moderna como lo fue con el caso de los pueblos feudales de la Edad Media. En efecto, tal como hemos visto *supra* cuando estudiamos la penalidad aplicada durante la Edad Media, si bien en cuanto a los tipos de castigos, estos eran similares a los aplicados en la etapa de la monarquía absoluta, la pena en el sistema feudal estaba generalmente prestablecida en sus leyes locales, pues, en aquellos pueblos se reparaba mucho en el simbolismo de la misma como fórmula intimidatoria[422], situación diferente a lo que sucedía en el reino español donde -paradójicamente- la tradición era la escasa referencia de las sanciones en los textos legales.

Así, el Principio de Legalidad de las penas -tal como se entiende actualmente- fue un principio timorato durante este modelo de Estado absolutista, pues, si bien los jueces estaban encargados de imponer las sanciones, los castigos no estaban previstos en la ley, sino que estos eran estipulados de acuerdo al criterio de los jueces. En efecto, de acuerdo con TOMAS Y VALIENTE, "la ley con demasiada frecuencia remitía directa o indirectamente al juez la decisión de elegir en concreto pena cierta y determinada para el delito"[423].

Esta circunstancia favorecía el abuso de poder y la arbitrariedad al momento de imponer las sanciones, pues, en virtud de que la independencia judicial quedaba quebrantada al someterse la justicia penal a los intereses políticos imperantes, la severidad de las sanciones era medida en función a esos intereses políticos[424]. De manera que, el trasfondo que justificó la dureza

[422] Al respecto, MELCHOR Y LAMANETTE expone algunos ejemplos de sanciones tasadas que se imponían en sociedades más antiguas, en el tenor siguiente: "En algunos pueblos de la antigüedad, si se descubría que una joven soltera se hallaba en cinta. Era enterrada viva bajo el hielo, para que en tan frio lecho se apagara el fuego ardiente de la concupiscencia: he ahí un símbolo por vía de contraste. Los sajones empalaban a las infanticidas, indicando ahí la ley a las madres desnaturalizadas que debían perecer por las entrañas, ya que habían dado muerte al fruto de sus entrañas. En la Alemania, el cazador furtivo sorprendido infraganti, era atado a un siervo y luego lanzado este a través de los pinos y honduras de los bosques. No eran menos simbólicas que las precedentes, las penas que consistían en cortar la lengua a los que habían proferido blasfemias, y al perjuro, los dedos con que había tocado cosas santas al invocar la divinidad". Cfr. Vid. MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad de los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 66.

[423] Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta…, ob. cit., p. 375. Aparentemente, de acuerdo con lo observado por ORTEGO GIL, La discrecionalidad del juez al momento de ordenar la pena de vergüenza publica, por ejemplo, se debía "a la necesidad de mantener en la tradición punitiva castellana, de modo similar a otros territorios europeos." Cfr. ORTEGO GIL, P.: "La pena de vergüenza pública (siglos XVI-XVIII): Teoría legal castellana y practica judicial gallega", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 51, Fasc/Mes 1-3, 1998, p. 154.

[424] Esta situación se puede apreciar en la desproporcionalidad que existía en los casos en que se establecían las sanciones de los delitos de menor relevancia y que no merecían la pena de muerte, los cuales los explica detalladamente, TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta…, ob. cit., p. 358-360. Esta práctica constituía parte de la tradición penal en un contexto donde los privilegios característicos del régimen feudal se imponían al momento de ejercer la justicia penal, pues durante la vigencia del Fuero Juzgo, según lo dicho por GIL MAESTRE, en su texto también se apreciaba como "las penas desproporcionadas y horrorosas, señaladas generalmente contra ciertos crímenes, formaban singular contraste con la inexplicable lenidad con que otros, más graves aún, eran castigados, cuando no quedaban absolutamente impunes". Cfr. GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar" …, ob. cit., p. LIX.

de las sanciones en este periodo -además de contener el aumento de la criminalidad que proliferó en toda la Europa de la Edad Moderna debido a una pluralidad de factores- era el de mantener la estabilidad de la estructura política encabezada por la monarquía y la Iglesia, pues, en estas instituciones residían los principales aparatos de administración de justicia penal de la época[425].

Por otra parte, si bien el cambio de régimen de gobierno y de organización política territorial que representó la monarquía absoluta transformó la estructura del Estado, la tradición jurídica penal que venimos revisando en este estudio continuó vigente durante la Edad Moderna; pues, pese a que cada uno de los reinos que se conformaron en la Europa de la Edad Moderna confeccionaron sus leyes penales de acuerdo a sus costumbres e intereses, todos conservaron la tradición jurídica reflejada en las similitudes relativas a la definición del delito, a la proporcionalidad del castigo y a la pena aplicable[426].

Finalmente, en cuanto al procedimiento judicial, la formalidad empleada por los tribunales de la inquisición que venían funcionando en España desde el año 1952[427] influyó en la configuración del proceso penal hispano implementado durante la Edad Moderna; aunque en el siglo XVI -advierte BARONA VILAR- se produce una fusión de los modelos Acusatorio e Inquisitivo, esa simbiosis -en palabras de la mencionada autora- "se va produciendo en la puesta en escena procesal, no mediante una transformación legal. Se va reforzando en la práctica la figura del juez, que va extendiendo su actuación de oficio en el proceso en relación con prácticamente todo tipo de delito; y simultáneamente, se mantiene una concepción que ha otorgado idiosincrasia al proceso español a lo largo de los tiempos y es el interés en un proceso con partes, especialmente con la presencia del ofendido en el mismo, aun cuando se hubiere iniciado de oficio por el juez o a través del ejercicio de la acusación por parte del fiscal. Se mantuvo por ello la figura del acusador particular como iniciador de la persecución penal"[428].

En definitiva, si reflexionamos sobre los hechos y las experiencias aquí transcritas acerca del modelo de Estado y su penalidad vigente en la Edad Moderna, podemos extraer algunos aspectos que no sólo definen el modelo de organización político social imperante en el territorio español durante la Edad Moderna, sino que también nos muestran el contenido o el verdadero

[425] Para una revisión de los criterios de distribución de competencias entre las jurisdicción penal ordinaria, y el Santo Oficio o Inquisición. Vid. GARCÍA VALDES, C./FIGUEROA NAVARRO, C.: "La administración de justicia entre el Antiguo y el Moderno Régimen…, ob. cit., pp. 21 y 22.
[426] Vid. MELCHOR Y LAMANETTE, E.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, ob. cit., p. 94.
[427] Vid. MELCHOR Y LAMANETTE, E.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos…, Ibid., p. 87.
[428] Cfr. BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia…, ob. cit., p. 235.

sentido de la justicia penal que estuvo presente en las diversas finalidades de la penalidad de la época. En cuando al modelo de organización política conocido como Estado Absoluto u Antiguo Régimen, efectivamente, dentro de este modelo ya se configuraron todos los elementos existenciales del Estado (territorio, población, gobierno), pero la nota característica de este modelo de Estado estuvo en que todas las funciones de los poderes públicos, es decir, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial dependerán directamente de la voluntad del monarca, pues, éste -además de gobernar y legislar- nombraría directamente a los jueces, quienes -como expusimos *supra*- podían incluso elegir la pena a imponer.

También, en cuanto al contenido de la justicia penal impartida durante este modelo de Estado Absoluto, hemos visto que la penalidad -sea que ésta esté dirigida a corregir al penado, o a retribuir el mal al condenado, o a prevenir que el delito sea reproducido por la sociedad mediante el ejemplo del tormento sufrido por el delincuente- se materializaba con el <<suplicio del condenado>>; de manera que, el contenido de la justicia penal se basaba en el <<paradigma del sufrimiento>>, paradigma que -como también hemos visto *supra*- incluso constituía el baremo de medición de la proporcionalidad de la pena a imponer al penado, pues: <<a mayor gravedad del delito cometido por el delincuente, mayor era el suplicio que el convicto debía sufrir no sólo durante el proceso penal, sino también, durante la ejecución de su pena capital>>.

Así, más allá de los fines que se le atribuyan al suplicio o al tormento experimentado por el delincuente, tales suplicio son una manifestación del mal recibido por el procesado o condenado como respuesta al mal ocasionado por este a la sociedad. Por lo tanto, vemos una vez más la presencia del carácter predominantemente <<retributivo>> que tiene la penalidad, aunque con la misma se persigan otros fines adicionales de acuerdo con el sentir y pensar de la estructura estatal imperante. Sentir y pensar este que, si bien condiciona la existencia del Derecho mismo, pareciera que ni siquiera trastocara a la esencia retributiva que ha venido acompañando a la penalidad vigente en las distintas civilizaciones estudiadas hasta ahora.

CAPITULO IV
EL ESTADO DE DERECHO Y LOS LÍMITES PARA EL EJERCICIO DE LA PENALIDAD. ESPECIAL REFERENCIA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

4.1.- El Estado social y democrático de Derecho: El sometimiento del Estado a la ley como presupuesto de una penalidad justa y garantista de la dignidad humana

El Estado de Derecho surgió como consecuencia del cambio de mentalidad de los integrantes de la sociedad con respecto a la posición que los gobernantes debían tener frente a la ley, pues con la creación del Estado de Derecho no sólo los ciudadanos, sino también los gobernantes estarían sometidos a los límites establecidos en el ordenamiento jurídico[429].

A partir del Estado liberal de Derecho[430], los límites al ejercicio del poder quedarán consagrados en la <<Constitución>> la cual -como *norma normarum*- establece los órganos del Poder Público, distribuye las competencias de los mismos, y estipula los controles a los que los órganos del Poder Público están sometidos para así evitar que el poder estatal actúe fuera de los límites de la ley[431]; todo ello para finalmente garantizar los derechos de los ciudadanos frente al uso arbitrario del poder[432].

Así, dentro del modelo de Estado de Derecho, no sólo los límites en el ejercicio del poder por parte del Estado quedarán plasmados en la ley, sino también la propia existencia del Estado dependerá del Derecho, pues -en palabras de KELSEN- "el Estado es, por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema; y sabido esto, se ha llegado ya al conocimiento de que el Estado, como orden, no puede ser más

---

[429] Vid. GRANADOS CALERO, F.: "El Estado social y democrático de Derecho", en *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, N.º 15, 2004, (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución Española), pp. 369-367.

[430] Al respecto, Vid. DIAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática. 1ª ed. Editorial Cuadernos para el Dialogo S. A., Madrid, 1966, pp. 11-29.

[431] En sentido similar, VON ECKARDT ha advertido que "mediante la Constitución no sólo deben fijarse de antemano la distribución de poderes, su estructura interior, su función y su alcance, sino que también ha de constar taxativamente el modo de proceder en cada caso", Cfr. VON ECKARDT, H.: Fundamentos de la política. Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1932, p. 196. También al respecto, Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La Constitución como norma suprema", en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 32, N.º 2-3, 1979, p. 298.

[432] Particularmente acerca del término <<Constitución>> -al igual que la figura del Estado de Derecho- nos dice ÁLVAREZ RODRIGUEZ, "resulta indiscutible es que la generalización de la <<Constitución>> en la modernidad se debe al constitucionalismo de corte liberal", ello en virtud de que la palabra <<Constitución>> está ligada "está ligada a las ideas liberales mediante las revoluciones liberales que acontecieron, básicamente, en el siglo XVIII (y en adelante: 1830, por ejemplo). Cfr. ÁLVAREZ RODRIGUEZ, I.: "Una aproximación a la idea de cultura constitucional", en *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N.º 34, 2020, p. 133.

que el orden jurídico o la expresión de su unidad. Todo el mundo admite que el Estado mantiene relaciones esenciales con el orden jurídico"[433].

Ahora bien, como hemos venido advirtiendo a lo largo de la presente investigación, si bien, actualmente el Derecho no se puede concebir fuera del formalismo legal que propugna el iuspositivismo, pues, para que el Derecho sea válido, este debe corresponderse con los condicionantes formales de validez prestablecidos en el ordenamiento jurídico[434]; ello no significa que el Derecho esté exento de consideraciones morales y sociológicas. En efecto, aunado a los requisitos formales de validez del Derecho, también existen requisitos materiales contemplados en la Constitución y que se inspiran, precisamente, en la idiosincrasia y moral emanada del pueblo soberano. Esta circunstancia además de otorgarle al Derecho mayor legitimidad, coadyuva a su <<eficacia>>[435].

---

[433] Cfr. KELSEN, H.: Teoría General del Estado. 5ª ed. Ediciones Coyoacán S. A., México D. F., 2015, p. 21. Aunque, según lo apuntado por FISCHBACH, la teoría planteada por KELSEN no ha sido del todo pacífica, pues incluso -en palabras de FISCHBACH- ha sido criticada precisamente porque "Kelsen pretende que el concepto de <<Estado>> sea simplemente establecido desde el punto de vista jurídico. En ello radica también, sin embargo, la debilidad de su teoría; Kelsen sólo ve lo formal, y no la vida que se oculta detrás de la forma. Produce extrañeza, en primer término, la teoría del origen o de la norma fundamental, que es, según Kelsen, la <<Constitución>> como ultima idea generadora del Derecho. Como nadie establece esta norma fundamental, sólo puede ser fruto de una convicción jurídica general. Ahora bien, como esta estructura abstracta debe ser la célula generatriz de la ordenación jurídica general, no parece susceptible de un origen voluntario. La ordenación jurídica misma consta solamente de normas objetivas de Derecho; su contenido es la pugna entre el imperante, es decir, el que establece la norma jurídica, y los súbditos, es decir, los obligados a la ejecución de las normas. Los derechos subjetivos, en especial los denominados derechos fundamentales y de libertad, no existen: en ellos solamente se trata de formas de manifestación del Derecho objetivo (visible reminiscencia de las teorías de Duguit). Tampoco puede admitirse la distinción entre Derecho público y privado, consecuencia a la que nos interesa adherirnos desde luego. Propiamente, todas las funciones del Estado son sólo aplicaciones de ordenación jurídica, y todos los órganos del Estado son órganos productores del Derecho. Pero a Kelsen no le interesan los órganos como tales; a su juicio, sólo se trata de funciones orgánicas objetivas, realidades que son reguladas por la orientación jurídica. Kelsen fracasa en su intento cuando trata de identificar su <<ideología del Estado>> con el sistema de ordenación jurídica, <<pues la ordenación jurídica sólo es un sector de todo aquel sistema ideológico, que representa el fundamento del Estado en toda su amplitud". Cfr. FISCHBACH en O. G.: Teoría General del Estado. 3ª ed. Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1934, pp. 35 y 26.

[434] Al respecto, Vid. CUENCA GÓMEZ, P.: "Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 25, 2008-2009, pp. 207-234.

[435]El Derecho tiene un contenido moral que le fortalece y legitima y esto es una realidad que difícilmente se puede desconocer. En efecto, HART reconoce que entre el Derecho y la moral existen vínculos que no sólo contribuye a la validez del Derecho, sino también a su eficacia. Así, para el citado autor, "el Derecho de todo Estado muestra mil puntos de influencia tanto de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran en el Derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y de a poco a través del proceso judicial. En algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. En otros sistemas, como en Inglaterra, donde no hay restricciones formales a la competencia de la legislatura suprema, su legislación puede, sin embargo, conformarse escrupulosamente, en grado no menor, a la justicia o a la moral. Las formas adicionales en que el Derecho refleja a la moral son numerosísimas, y todavía no han sido suficientemente estudiadas: las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales; el campo de los contratos exigibles pueden ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por delitos civiles y criminales puede estar adecuada a los puntos de vista predominantes sobre responsabilidad moral. Ningún <<positivista>> podría negar que

Por otra parte, el Derecho tiene un sentido pragmático, pues este es creado para regular la convivencia humana en sociedad, por lo tanto, el Derecho surge para evitar que proliferen problemas sociales que puedan perturbar esa convivencia, mas no para solucionarlos definitivamente, pues la solución de los mismos muchas veces depende de otros factores. Sin embargo, aunque el Derecho no soluciona definitivamente los problemas sociales, si contribuye significativamente a solucionarlos -o al menos a mermar sus efectos-, y, para que el Derecho pueda alcanzar este último objetivo, su contenido debe ajustarse a la idiosincrasia y a los valores imperantes en una sociedad determinada[436]; valores e idiosincrasia que finalmente -como acabamos de decir- también quedan plasmados en el texto constitucional.

Asimismo, la señalada concepción iuspositivista en la que KELSEN concibe al Derecho y al Estado -y que nosotros acogemos-, lejos de obstaculizar la garantía de los derechos de los ciudadanos, contribuye a precisar los límites del poder del modelo Estado surgido en las postrimerías del siglo XVIII con la aparición del Estado <<liberal>> de Derecho. Esto es así porque el Derecho, al contener aspectos morales y sociológicos, contribuye a la protección efectiva y justa de los derechos fundamentales, debido a que el contenido y garantía de estos pueden limitarse legítimamente, si el ejercicio de alguno de esos derechos fundamentales pone en riesgo el ejercicio de otros derechos cuyo goce está vinculado con aspectos morales y sociológicos pertenecientes a una sociedad determinada, como sucede -por ejemplo- con el derecho a la libertad religiosa[437].

Así, la comentada vinculación que debería existir entre el Derecho, los valores y la idiosincrasia de un lugar determinado, además de hablarnos del contenido del Derecho, nos revela los límites que existen para el ejercicio de los derechos reconocidos por el propio Derecho. Pero en el caso de la configuración del Estado de Derecho moderno, este tiene su base en una serie de <<exigencias>>, todas ellas vinculadas con la formalidad que ofrece el

---

estos sean hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos dependa de tales tipos de concordancia moral. Si es esto lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria del Derecho y la moral, su existencia debe ser concebida". Cfr. HART, H. L. A.: El concepto del Derecho. Trad. CARRIO G. R. 3ª ed. Reimpresión. AdeledoPerrot, Buenos Aires, 2012, p. 252.

[436] Para una reflexión detenida acerca de la incorporación de consideraciones morales en el Derecho. Vid. CARRILLO DE LA ROSA, Y.: "La inclusión de la moral en el Derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico", en *Diálogos de saberes: Investigaciones y ciencias sociales*, N.º 31, 2009, pp. 213-230.

[437] El derecho a la libertad religiosa está garantizado en países occidentales como, por ejemplo, sucede en España. Sin embargo, el ejercicio del mismo está limitado por consideraciones de <<orden público>>, cuyo concepto jurídico está vinculado con los conceptos de <<seguridad pública>>, <<salud pública>> y <<moral pública>>. Al respecto, Vid. por ambos, RODRÍGUEZ BLANCO, M.: Derecho y religión. Nociones de Derecho eclesiástico del Estado. Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2013, pp. 105-106; COMBALIA, Z.: "Los límites al derecho fundamental de libertad religiosa", en GARCÍA GARCÍA, R. (Coord.) / ROSSELL, J. (Coord.): Derecho y religión. Edisofer / Universidad de Valencia, España, 2020, pp. 238-243.

Derecho positivo. En efecto, de acuerdo con DIAZ, "las características generales que corresponden, como exigencias imprescindibles, a todo autentico Estado de Derecho pueden concretarse fundamentalmente en las siguientes notas:

- Imperio de la ley: Ley como expresión de la voluntad general.
- Separación de poderes: Legislativo, ejecutivo y judicial.
- Legalidad de la Administración: Regulación por la ley y control judicial.
- Derechos y libertades fundamentales: Garantía jurídico-formal y realización material"[438].

A los efectos de la presente investigación, aunque en nuestro análisis del impacto de las reformas legislativas Neo-retributivas en la ejecución de la pena privativa de libertad -transversalmente- abordaremos todas las mencionadas <<exigencias>>, en este *Capítulo IV* vamos a centrarnos a analizar la referida al <<Imperio de la ley>>, pues, el estudiar esta exigencia no sólo nos sirve para conocer aspectos relativos al concepto y a las características que la <<Ley>> tiene dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, sino también nos permite aproximarnos al resto de exigencias o garantías que legitiman al Estado de Derecho moderno y que impactan en la aplicación de la penalidad.

Dentro de un contexto de Estado de Derecho moderno, según DÍAZ, la <<Ley>> puede entenderse como "la concretización racional de la voluntad popular, manifestada a través de un órgano de representación popular libremente elegido. La ley ordinaria se conexiona y subordina a la ley fundamental (Constitución) y el control de constitucionalidad de las leyes asegura precisamente esa conexión y subordinación"[439].

Así, concretamente dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la principal fuente del Derecho es la <<Constitución>> porque -en palabras de PÉREZ ROYO- "una de sus tareas esenciales, si no *la* tarea esencial de todo texto constitucional, consiste en disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas, precisando tanto los órganos competentes para ello, como las categorías básicas a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos y las relaciones entre las mismas por razón de jerarquía y competencia (…)"[440].

En consecuencia, vemos que, dentro de un modelo de Estado de Derecho, la <<Ley>> tiene un rol trascendental en el reconocimiento del individuo como sujeto de derechos -o como personas consideradas en su dignidad humana-, y en las implicaciones que este reconocimiento acarrea en

[438] Cfr. DIAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática…, ob. cit., p. 18.
[439] Vid. DIAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática…, Ibid., p. 19.
[440] Cfr. PÉREZ ROYO, J.: Las fuentes del Derecho. 5ª ed. Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 31.

el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado; porque si a través de las leyes se desarrollan los preceptos constitucionales[441], entonces la actuación de los poderes públicos está sujeta directamente a los límites establecidos en los preceptos legales para garantizar y asegurar la dignidad humana.

Pero acabamos de ver que la legitimidad de la Ley deviene de que es una expresión de la voluntad general y una reafirmación de la soberanía popular -al desarrollarse los preceptos constitucionales a través de esa soberanía popular-, por consiguiente -y a diferencia de lo que sucedía en el modelo de Estado absolutista-, la Ley no es creación de una soberanía emanada de la autoridad divina del monarca, ni es un producto de un pacto entre el rey y sus súbditos, sino que es una creación de los ciudadanos representada en el parlamento, órgano legislativo que, a su vez, es creación del Derecho porque su creación y sus funciones están prestablecidas por la Constitución, pero de este tema nos ocuparemos con más detenimiento *infra*, lo relevante a destacar en este lugar es que los <<límites legales al poder estatal>> es una manifestación del Estado <<liberal>> de Derecho, como primer modelo de Estado de Derecho.

Si bien el Estado <<liberal>> de Derecho trajo consigo el reconocimiento del individuo como sujeto de derechos, en un principio, debido a la naturaleza abstencionista del Estado Liberal, tal reconocimiento sólo favorecía al sector de la población que tenía capacidad política y económica para satisfacer los derechos conocidos actualmente como sociales, económicos y culturales[442], quedando de facto el sector más desfavorecido sin la posibilidad de acceder al goce de tales derechos económicos, sociales y culturales.

Así, esta circunstancia originó que, ya en el siglo XX, la figura del Estado <<social>> de Derecho se consolidase. El calificativo <<social>>, que se incorporaría al modelo de Estado de Derecho, hace referencia -de acuerdo con DÍAZ- "a la corrección del individualismo clásico liberal, a través de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social; <<al lado de los derechos de libertad -dice Lucas Verdú- aparecen, como en Weimar, los derechos sociales>>, y paralelamente actúa como meta la consecución de un bienestar social, que configura precisamente el Estado

[441] Vid. DE CARRERAS, F.: "Norma y ordenamiento jurídico en la Constitución Española", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 9, 1991, p. 53.

[442] Para un estudio detenido acerca del contenido de esta categoría de derechos, Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: "Los derechos económicos, sociales y culturales su génesis y su concepto", en Derechos *y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Año N.º 3, N.º 6, 1998, pp. 15-34; Vid. BARRANCO AVILÉS, M. C.: "Los derechos económicos, sociales y culturales: Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos", en *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Año N.º 2, N.º 3, 1994, pp. 597-610; Vid. CELIZ DANZINGER, G.: "Los derechos económicos, sociales y culturales. Limitaciones y proyecciones", en *Revista de Derechos Fundamentales*, N.º 2, 2008, pp. 59-90; Vid. LLANOS MANSILLA, H.: "Los derechos económicos, sociales y culturales DESC", en *Ars Boni et Aequi*, Vol. 6, N.º 1, 2010, pp. 149-198.

social de Derecho como *Welfare State* y como Estado material de Derecho, frente al carácter meramente formal que, no muy fundadamente, se atribuye a la fórmula institucional del liberalismo <<se puede concluir -afirma Lucas Verdú- que el *sozialer Rechtsstaat* es una feliz expresión que designa una realidad mentada anteriormente cuando la incorporación de los derechos sociales a las Constituciones europeas. Trátase del intento loable de convertir en derecho positivo viejas aspiraciones sociales, elevadas a la categoría de principios constitucionales protegidos por las garantías del Estado de Derecho"[443].

En definitiva, con el modelo de Estado <<social>> de Derecho, la consecución de los derechos sociales será posible mediante un Estado intervencionista[444], mas no autoritario, pues, la intervención estatal se configura dentro del marco y límites establecidos por la <<Ley>>. Ahora bien, precisando un poco más, el Estado <<social>> de Derecho nace por la necesidad de compatibilizar el modelo capitalista como forma de producción y la consecución del bienestar social[445]. Así, el Estado social de Derecho propende a alcanzar la <<procura existencial de los ciudadanos>>[446], mediante la garantía de los derechos sociales, cuya satisfacción depende de la actuación del Estado porque el individuo es incapaz de satisfacerlo por sus propios medios[447].

Ahora bien, en un contexto político democrático y enmarcado dentro del ideal de justicia social, el mantenimiento del <<bien común>> es necesario para lograr la procura existencial de las personas que habitan un territorio determinado, pues, el <<bien común>> -en palabras de REALE- "no es la suma de los bienes individuales, ni la medida del bien de todos. El bien común, hablando con rigor, es la ordenación de lo que cada hombre puede realizar sin perjuicio del bien ajeno, una composición armónica del bien de cada uno con el bien de todos"[448]. Este término de <<bien común>> tiene naturaleza jurídica en virtud de que el bien común forma parte del contenido

[443] Cfr. DIAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática…, ob. cit., p. 66.
[444] Vid. DIAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática…, Ibid., p. 67.
[445] Vid. DIAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática…, Ibid., p. 73.
[446] Vid. DIAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática…, Ibid., p. 70.
[447] Respecto al concepto de procura existencial que aquí manejamos, éste viene aparejado con el término <<necesidad existencial>>, el cual -de acuerdo con FORSTHOFF- consiste en "aquella situación en la que se halla quien debe proveerse de los abastecimientos vitales no por medio de la utilización de cosas propias (de las que carece), sino por medio de la apropiación (*Appropiation*), término que tomará expresamente Weber". Cfr. MAGALDI, N.: "El concepto de procura existencial (*daseinsvorsoge*) en Ernst Forsthoff y transformaciones de la Administración Pública", en *Revista de Derecho Público, teoría y método*, N.º 11, 2020, p. 154. También para una aproximación al concepto de <<procura existencial>> de acuerdo con la teoría de FORSTHOFF: Vid. ALLI ARANGUREN, J. C.: "El Derecho administrativo y la evolución del Estado", en *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, Vol. 49, N.º 1, 2001 pp. 206-212; y más recientemente, Vid. SOTO DELGADO. P.: "La procura existencial como función de la administración en el Estado social y su contraste con el principio de subsidiaridad", en *Ius y Praxis*, Vol. 30, N.º 3, 2024, pp. 202-204.
[448] Cfr. REALE, M.: Introducción al Derecho. 8ª ed., Ediciones Pirámide, Madrid, 1987, p. 66

del Derecho, ello es así porque para que el Estado pueda alcanzar el <<bien común>> se requiere que las decisiones y los actos jurídicos orientadas a ese propósito se configuren y se verifiquen a través de las normas jurídicas. Por lo tanto, el principal garante del bien común es el Estado, función que realiza a través de sus instituciones creadas por el propio Derecho.

Partiendo de esta premisa, cuando el ordenamiento jurídico de un determinado Estado de Derecho autoriza y facilita que cualquier ciudadano pueda participar en la consecución del bien común a través de las instituciones del Estado, estamos frente al siguiente grado de evolución del Estado de Derecho: el Estado <<democrático>> de Derecho[449]. Pues, tal como nos advierte DÍAZ, el Estado <<democrático>> de Derecho implica la participación real de los ciudadanos en el diseño de las políticas públicas, es decir, la existencia de una sociedad democrática entendida como "aquella capaz de lograr una efectiva incorporación de los hombres, de todos los hombres, en el mecanismo de *control de las decisiones* y una *real participación* de los mismos en los *rendimientos de la producción* (…)"[450].

Pero obsérvese que el adjetivo <<democrático>> incorporado al modelo de Estado de Derecho permite precisar que, aunado a las mencionadas exigencias que están presentes en todo Estado de Derecho (la separación de poderes, el respecto de los derechos humanos y las libertades fundamentales), se incorpora un elemento adicional, la <<participación ciudadana>>[451], y, con ello la exigencia de que <<los gobernantes tienen su fuente de legitimidad en la elección popular basada en el sufragio universal y secreto>>[452].

Llegados hasta aquí vemos que la figura del Estado social y democrático de Derecho es la síntesis de las distintas formas de Estado que se han configurado a lo largo de los más de 200 años de la Edad Contemporánea, formas de Estado que han pretendido responder a las exigencias sociales y políticas que, como el Derecho mismo, son necesarias cuidar para mantener la estabilidad del Estado, y, por ende, de la sociedad.

---

[449] Para una aproximación más detenida de la figura del Estado Democrático de Derecho, Vid. DIAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática…, ob. cit., pp. 89-127; Vid. HABERNAS, J.: "El Estado democrático de Derecho ¿Una unión de principios contradictorios?, en *Anuario de Derechos Humanos*, N. 2º, 2001, pp. 435-458; DURÁNGO ÁLVAREZ, G.: "El Estado democrático de Derecho y los derechos fundamentales. Una aproximación al pensamiento iusfilosófico haberniano", *Revista Ratio Juris*, Vol. 1, 2004, pp. 51-63; Vid. ALARCÓN REQUEJO, G.: "Estado democrático de Derecho", en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N. º 8, 2015, pp. 229-241.

[450] Cfr. DIAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática…, ob. cit., p. 98.

[451] Para un estudio detenido acerca del impacto de la participación ciudadana dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, Vid. RODRÍGUEZ ARANA, J.: "La participación en el Estado social y democrático de Derecho", en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Vol. 7, N.º 7, 2014, 65-82.

[452] Vid. BREWER-CARIAS, A. R.: La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho. Iustel, Madrid, 2017, p. 33.

En efecto, y ahondando en lo que ya hemos advertido *supra*, todas las formas de Estado de Derecho que hemos estudiado hasta ahora en este apartado están vinculadas con el <<concepto racional normativo de la Constitución>>, concepto que relaciona la existencia y la razón de ser del Estado con el sometimiento a la Ley Suprema, es decir: a la <<Constitución>>. Recordemos que la Constitución expresa la voluntad de la soberanía popular, pues, si bien la Constitución de un Estado de Derecho organiza y delimita las competencias de sus poderes públicos, estos límites constitucionales -para ser eficaces- deben corresponderse con la idiosincrasia y la moral social de la comunidad expresada a través de los principios y los valores consagrados en la Constitución, y que, en última instancia, condicionan la validez de todo el ordenamiento jurídico del Estado de Derecho[453]. En todo caso, la Constitución -en palabras de GARCÍA PELAYO- es un compendio normativo "establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos. La Constitución es, pues, un sistema de normas"[454].

Por otra parte, vincular a la figura del Estado social y democrático de Derecho con la <<concepción racional normativa de la Constitución>>, no significa que concibamos al Estado desde una concepción positivista alejada de la realidad que está llamada a regular, pues, como hemos advertido *supra*, el Derecho surge para regular la convivencia social y, por lo tanto, <<debe ser pragmático>> y tener efectos prácticos para poder mantener la convivencia social.

Dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, el pragmatismo del Derecho empieza por <<limitar el ejercicio arbitrario del poder>>, pues solo limitando al poder se pueden materializar los fines del Estado dirigidos a garantizar los derechos de los individuos[455]. Sin embargo,

---

[453] En el caso español, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, "el artículo 1.1 de la Constitución proclama hoy contener <<valores superiores del ordenamiento jurídico>>, y el artículo 9.1 declara que <<los ciudadanos y los poderes públicos *están sujetos* a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico>>, lo que implica reconocer su carácter normativo y universal, en todas sus partes u contenidos. En cuanto que la Constitución vincula a todos <<los poderes públicos>>, vincula a todos los jueces y Tribunales; en cuanto vincula a <<los ciudadanos>>, <<los preceptos de la Constitución son alegables ante los Tribunales>>". Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Los fundamentos constitucionales del Estado", en *Revista española de Derecho constitucional*, Año n.º 18, N.º 52, 1998, p. 13.

[454] Cfr. GARCÍA PEAYO, M.: "Constitución y Derecho constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)", en *Revista de estudios políticos*, N.º 37-38, 1948, p. 55.

[455] En este sentido, GARCÍA PELAYO al analizar el <<concepto racional normativo de la Constitución>>, dijo: "junto con este momento de organización, o más bien en correlación con el mismo, opera también un importante momento social y económico, en cuanto que afirmar la soberanía de la Constitución y relativizar la vigencia de los preceptos jurídicos a las normas constitucionales significa la eliminación de poderes arbitrarios, así como la negación de toda autoridad más allá de la establecida por normas jurídicas precisas. Es el elemento fundamental para la afirmación del *Rechtsstaat*, que en sus orígenes es un concepto polémico, contra el *Obrigkeiksstaat*. Aquél es <<un Estado colocado totalmente bajo el signo del Derecho, cuya suprema voluntad no es el *Rex*, sino la *Lex*, una comunidad en la que las relaciones de los individuos no, sólo entre sí, sino ante todo con respecto al poder del Estado, están determinadas por reglas jurídicas, y

ese pragmatismo enfocado en la limitación del ejercicio arbitrario del poder en favor de los derechos de los individuos, es una consecuencia del surgimiento de un Estado <<liberal>> de Derecho, modelo estatal nacido a raíz del impacto que las ideas reivindicadoras de los derechos del hombre de la Ilustración del siglo XVIII tuvieron en la forma en cómo el Estado Absoluto operaba.

En efecto, como reacción a las arbitrariedades ejercidas por el poder político dentro del Estado absoluto, en palabras de MORILLAS FERNÁNDEZ, "el iluminismo surge con un aire absolutamente innovador y reformista ya que, frente a la rigidez y dureza de las leyes vigentes, comprende la transformación de las estructuras jurídicas, lo que exige una reforma de las leyes penales y una adecuada administración de justicia, sobre unas premisas científicas basadas en el respeto de principios elementales de cualquier ciudadano, vulnerados constantemente en los sistemas anteriores por la estructura jerárquica del poder, sobre la base de la defensa de la dignidad de la persona como ciudadano de un Estado"[456].

Generalmente las convulsiones o revoluciones políticas -como las sucedidas en los Estados Unidos y en la Francia de finales del siglo XVIII y que dieron origen al Estado de Derecho moderno- están fundadas en doctrinas y pensamientos que intentan romper con la evolución natural experimentada por la sociedad en su devenir histórico. Los cambios que traen consigo estas revoluciones afectan a distintas parcelas de la realidad social, parcelas sociales que -debido al carácter omnipresente del Derecho- están

---

no según *tel est notre plaisir* de las personas gobernantes>> (ANSCHÜTZ), le es, pues, inherente una jerarquización de las normas jurídicas debidas a fuentes distintas: Constitución (Asamblea constituyente), Ley (Parlamento), Decreto (Gobierno). Es decir, significa que la voluntad de una Asamblea Constituyente y las de los Parlamentos son superiores a todas las demás, que sólo pueden moverse, en los términos marcados por aquéllas; pero, ¿quién compone esta Asamblea y estos Parlamentos? La contestación a esta pregunta hace patente hasta qué punto el concepto racional de Constitución es expresión de una situación social en la que la burguesía es, o pugna por ser, el estrato dirigente, carácter burgués cuya expresión cínica serían los doctrinarios al afirmar, una <<soberanía de la razón>> y considerar a la burguesía como portadora de tal razón. Por lo demás, la eliminación de la arbitrariedad en la vida política y jurídica (valga el contrasentido), por debajo de su valor universal, va también radicalmente vinculada a una situación social y económica concreta, pues, es esencial a la economía capitalista el constituir un sistema económico racionalizado basado en el cálculo más preciso posible. Ahora bien: como expresa MAX WEBER, <<para que la explotación económica capitalista proceda racionalmente precisa confiar en que la justicia y la administración seguirán determinadas pautas>>; no es, por consiguiente, compatible con una situación de inseguridad jurídica, ya que sobre ella no puede fundarse ningún cálculo seguro, y, viceversa, tendrá tanta mayor seguridad cuantos menos resquicios se abran a la excepción, cuanto menos margen quede a la arbitrariedad, cuanto menor sea la imprecisión del régimen jurídico en cuyas formas se albergue la vida económica. Pero el supuesto fundamental de esta seguridad jurídica es la afirmación de la soberanía de la Constitución. En consecuencia, el concepto racional de Constitución no es -como quiere mostrar una fácil crítica sociológica- algo sin conexión con la realidad social, sino, por el contrario, algo perfectamente vinculado con una situación social concreta, que adquiere sentido dentro de esa realidad y que, por tanto, lo pierde cuando aquélla se transforma". Cfr. GARCÍA PEAYO, M.: "Constitución y Derecho constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos) …, ob. cit., pp. 60-62.

[456] Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: "Origen y delimitación científica de la criminología…, ob. cit., p. 48.

reguladas por el Derecho. Por lo tanto, estos cambios obligan a estudiar al Derecho positivo -como realidad objetiva- surgido a raíz de esos cambios, estudio que se debería hacer desde distintas perspectivas -morales y sociológicas-, no sólo para conocer la realidad jurídica vigente, sino también para comprender los motivos de su existencia y consolidación.

Por otra parte, hemos advertido en el *Capítulo I* de esta investigación que, si bien la penalidad es tan antigua como la sociedad, no sucede lo mismo con el método científico dirigido a conocer las causas del delito en los términos que actualmente lo conocemos, pues este método científico es de reciente data. En efecto, como veremos en el *Capítulo V* de este estudio cuando estudiemos la contribución de la Escuela Positivista en la ejecución de la pena privativa de libertad, el estudio de un fenómeno social como lo es la <<criminalidad>> fue resultado de la racionalización del contexto político social que trajo consigo el nuevo modelo de Estado de Derecho, pues con ese proceso de racionalización se instalan las condiciones para que la ciencia no sólo se limite a estudiar los fenómenos de la naturaleza, sino también otro tipo de acontecimientos que impactaban en las condiciones de vida de la sociedad como, por ejemplo, lo es <<la criminalidad>>.

Ahora bien, así como el Estado liberal de Derecho fue el resultado de la adopción de las ideas propugnadas por la ilustración, ideas estas consagradas en los trabajos de ROSSEAU, LOCKE y MONTESQUEAU[457], la penalidad aplicada a partir del Estado liberal de Derecho estará inspirada -principalmente- en las ideas de BECCARIA y HOWARD[458]. La revisión histórica de los distintos modelos de sociedad políticamente organizada en conjunto con las distintas formas de manifestarse su penalidad -que hemos repasado brevemente en los *Capítulos I*, *II* y *III* de este estudio- nos deja entrever que la vida del individuo en sociedad es el <<estado natural del hombre>>, y, por lo tanto, la existencia de la sociedad es consustancial con la existencia del ser humano; pero, en virtud de que cada individuo tiene intereses particulares, para que la sociedad subsista, se requiere que exista

[457] Vid. GARRIDO GÓMEZ, I.: Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho. Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2007, p. 35.

[458] Para una aproximación al legado y las aportaciones de HOWARD a la humanización del encierro punitivo: Vid. BEJARANO GUERRA, F.: "John Howard: Inicio y bases de la reforma penitenciaria", en GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.): Historia de la prisión: Teorías economicistas, critica. Edisofer, Madrid, 1997, pp. 113-132; Vid. GARCÍA RAMÍREZ, S.: "Estudio Introductorio: John Howard: La obra y la enseñanza", en HOWARD, J.: El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2003, pp. 7-159; Vid. RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS, F.: "Crónica de la vida de John Howard, alma mater del Derecho penitenciario", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 58, Fasc/Mes 1, 2005, pp. 95-170; Vid. CARO P., F.: "Jhon Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII", en *Eguskilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º 27, 2013 (Ejemplar dedicado a: Tutela judicial efectiva frente a la impunidad. Aportaciones desde la justicia vecinal), pp. 149-168; Vid. FAJARDO GÓMEZ, M. I.: "Una cuestión de fe. Los movimientos reformistas de prisiones y algunos de sus nombres (John Howard. Elizabeth Fry y Concepción Arenal)", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N.º 16-18, 2013-2015, pp. 279-348;

una autoridad encargada de ordenar y dirimir los conflictos de intereses surgidos entre los integrantes de la sociedad.

Hemos visto que, previo al arribo del Estado de Derecho, los métodos empleados para castigar el delito muchas veces eran peores que los métodos delictivos empleados por los propios delincuentes, y ello se explica en el hecho de que la concepción de la <<dignidad humana>>, y de la <<igualdad>> que dicha dignidad implica, no estaba arraigada en el ideario social de aquel entonces. Fue la Ilustración quien propugnaría la <<igualdad>> frente a la ley como un requisito indispensable para garantizar la libertad del individuo. La fórmula que haría posible dicho propósito sería el <<reconocimiento de la persona humana como sujeto de derechos>>, en conjunto con la configuración de un sistema donde los poderes públicos estuvieran sometidos a los límites establecidos en la Ley: el Principio de Legalidad[459].

Pero esta configuración del Estado de Derecho, como fórmula para proteger los derechos y las libertades del individuo frente al poder arbitrario -característico del Antiguo Régimen-, se hizo aún más patente en el ámbito de la penalidad, pues, en virtud de que dentro del modelo de Estado liberal de Derecho, la libertad estaba basada en la idea de igualdad de los hombres ante la ley, en teoría, el individuo al ser dueño de su libertad frente a sus iguales y frente al Estado, regía su conducta conforme al <<libre albedrío>>.

Así, desde finales del siglo XVIII, el nuevo modelo de Estado limita su propia actuación y amplía la libertad del individuo, pues tanto el Estado como el individuo estarán sometidos al Derecho, y, por lo tanto, la penalidad estará más cerca a la idea de justicia que a la pretensión de venganza, es decir, la penalidad estará más encuadrada en la <<razón>> que en la <<pasión>> u odio instintivo[460]. Como veremos *infra* en el *Capítulo V*, el Estado no sólo procurará reprimir el delito sólo como una respuesta al <<mal causado>>, sino también buscará evitar su repetición mediante la <<prevención especial>>, buscándose de esta manera que la penalidad, antes que justa, sea más garantista de la dignidad humana, aunque ello dependería en realidad de si verdaderamente el Estado respetare o no los límites establecidos en la ley.

Actualmente, como ya hemos advertido desde el *Capítulo I* de este estudio, el Derecho penal no puede entenderse fuera de la ley. La nota de legalidad característica del Derecho punitivo moderno hace que incluso su estudio por la ciencia del Derecho penal se centre sobre un determinado Derecho positivo. Así, de acuerdo con el modelo de Estado de Derecho, el

[459] Vid. LAMARCA PÉREZ, C.: "Principio de legalidad penal", en *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, N.º 1, septiembre 2011-febrero 2012, p. 157.
[460] Acerca de las diferencias entre el castigo penal y la venganza, Vid. FRANCK, A. D.: Filosofía del Derecho Penal. Imprenta de Sebastián Cerezo, Salamanca, 1878, pp. 17-27.

Derecho positivo, por una parte, faculta al Estado para perseguir, enjuiciar y condenar al individuo que cometa un delito (Derecho penal subjetivo) y, por otra parte, regula esa facultad punitiva a través de "normas estatales referentes a los delitos y a las penas y otras medidas preventivas o reparatorias que son su consecuencia" (Derecho penal objetivo)[461].

A pesar de que en el presente *Capítulo IV* centraremos nuestro análisis en el Derecho penal en sentido subjetivo -como potestad punitiva estatal-, difícilmente -debido al principio legalista- podrá desligarse dicho análisis de consideraciones que atañen al Derecho penal objetivo; ello, en virtud de que "al hablar del fundamento del Derecho penal subjetivo se cuestiona sobre el fundamento mismo del Derecho penal objetivo. Porque éste no puede desplegar su eficacia sino a condición de que se atribuya a un ente jurídico (el Estado) la facultad de esclarecer normas penales y de exigir la actuación del precepto penal secundario (pena) cuando se compruebe el presupuesto contenido en el precepto primario"[462].

Por otra parte, las particularidades del Principio de Legalidad penal no se agotan con el estudio del Derecho objetivo -en el sentido explicado- como una manifestación de la potestad punitiva del Estado, sino que también, para comprender el alcance del referido Principio, se requiere estudiar cómo se manifiestan las garantías que el delincuente posee cuando éste se encuentra sometido a la justicia penal. En efecto, las garantías del Principio de Legalidad están presentes no sólo en el momento previo a la comisión del delito -pues, como veremos *infra*, para que una conducta pueda ser considerada ilícita penalmente debe estar previamente tipificada en la ley- sino también, durante la persecución, el enjuiciamiento, y la ejecución de la sanción que -en virtud de la ley penal transgredida- el Estado está obligado a imponer.

En todo caso, la <<Ley>> como límite de la actuación del Estado social y democrático de Derecho, se constituye como una garantía de los derechos y de la dignidad humana de los individuos, incluidos aquellos sometidos a la justicia penal.

---

[461] Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho penal español. Parte General. Impreso de Artes Gráficas Carasa, Madrid, 1981, p. 10.

[462] Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho penal español. Parte General…, Ibid., p. 37. Consideración está que ya venía siendo defendida desde el finales del siglo pasado por pensadores como TISSOT quien sostenía, al referirse de las garantías preventivas del delito que ofrecía el derecho de castigar al agresor por parte del Estado, que todos están de acuerdo en decir que el ejercicio del derecho de castigar debe abandonarse al soberano en estado social, ello en virtud de que, la pena supone un superior que la imponga y un inferior que la sufra, porque si no fuese de esta manera, la justicia fuere de imposible cumplimiento y pondría en riesgo a la sociedad en caer en la disolución más completa. Vid. TISSOT, J.: El derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo. Introducción filosófica e histórica al derecho penal por J. TISSOT versión castellana de la edición de 1880 por J. ORTEGA GARCÍA. Aumentada con notas y algunas indicaciones biográficas del autor por A. GARCÍA MORENO. Tomo Primero. F. Góngora y compañía, Editores, Madrid, 1880, pp. 243-246.

En las líneas que siguen se intentará sintetizar los aspectos más importantes de la potestad punitiva estatal, para luego revisar de forma breve, pero sin dejar de ser pormenorizada, las particularidades del Principio de Legalidad, como principal limitante del *Ius Puniendi* ejercido en el contexto de Estado social y democrático de Derecho.

4.2.- El Ius Puniendi: concepto, fundamento y justificación en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho

El *Ius Puniendi* o derecho penal subjetivo es el derecho del Estado a imponer penas y a ejecutarlas cuando se comete un delito[463]. La base fundamental de esta potestad punitiva dentro del marco del Estado de Derecho, la encontramos explicada ya desde mediados del siglo XVIII en la obra de Beccaria[464] quien planteo -en palabras de JIMÉNEZ VILLAREJO- que el derecho de castigar e imponer penas "se encuentra limitado por dos consideraciones: porque tal derecho nace del agregado en que se unen pequeñas porciones de libertad, no libertades cedidas en plenitud; y porque, siendo el origen del derecho la defensa de ese agregado o depósito, todo castigo que exceda de lo necesario es abuso y no derecho"[465].

Como ya hemos asomado en reiteradas oportunidades en los *Capítulos* precedentes de esta investigación, el derecho subjetivo de castigar

---

[463] También, para un estudio detallado acerca del *Ius puniendi*, su concepción y límites, Vid. entre otros, MIR PUIG, S.: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi", en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 14, 1989-1990, pp. 203-216; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D.: "Los límites del *ius puniendi*", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 3, 1994, pp. 87-114; TOMOS MAS, J.: "¿Quién debe ejercer el <<*ius puniendi*>> del Estado?", en *Revista española de derecho administrativo*, N.º 161, 2014, pp. 11-16; IJÁLBA PÉREZ, J.: "Límites del *ius puniendi* en el Estado social", en *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 65, 2022, pp. 89-108.

[464] El pensamiento de BECCARIA quedó plasmado en su obra titulada <<De los delitos y las penas>>, donde criticó no sólo la crueldad de método punitivo vigente en aquel entonces, sino que también propuso los principios que deberían regir a la administración de justicia estatal. Para una revisión de su obra, Vid. BECCARIA, C.: De los delitos y de las penas. Con el "comentario" de Voltaire. Alianza Editorial, Madrid, 2018, *passim*. También, acerca de la influencia del pensamiento de BECCARIA en el Derecho moderno, Vid. entre otros: LENIS CASTAÑO, J. F.: "Mecánica de la tentación. El delito, la culpa y la pena a partir de Cesare Beccaria", en *Estudios de Derecho*, Vol. 70, N.º 155, 2013, pp. 201-222; AMBOS, K.: "Cesare Beccaria y la humanización del Derecho penal. Una lectura crítica con especial énfasis en su fundamento sobre la abolición de la pena de muerte", en HERMIDA DEL LLANO, C. (Coord.) / SANTOS ARRAIZ, J. A. (Coord.) / OLLERO TESSARA, A. (Coord.): Una filosofía del Derecho en Acción: Homenaje al profesor Andrés Ollero, Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones. Departamento de publicaciones: Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015, pp. 971-981; GARCÍA RAMÍREZ, S.: "Beccaria en nuestra América", en *Revista Penal de México*, N.º 8, 2015, pp. 29-47; LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. / LUGO ARTEAGA, L.: "La influencia de Beccaria en el Derecho penal moderno", en *Derecho penal y Criminología"*, Vol. 36, N.º 101, 2015, pp.133-151; LLORET RODRIGUEZ, J.: "Beccaria y el nacimiento del garantismo constitucional en el Derecho penal y procesal", en ARROYO ZAPATERO, L. A. / ESTRADA MICHEL, R. / NIETO MARTÍN, A. / ALVARADO URIZAR, A.: Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente. Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2016, pp. 177-188.

[465] Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: Estudio preliminar: Releyendo a Beccaria tras medio siglo de experiencia jurisdiccional. En: BECCARIA, C.: De los delitos y de las penas. Trad. DE LAS CASAS, J.A., Editorial Técnos, Madrid, 2008, p.14.

perteneciente al Estado nace de la necesidad de la sociedad de protegerse frente a los ataques susceptibles de sufrir de parte de sus propios integrantes. El hombre, individualmente considerado, difícilmente puede vivir fuera de la sociedad, pues -como ha advertido CALDERÓN COLLANTES- en ella nace "y sólo dentro de ella y por su protección y apoyo puede ejercer sus facultades y gozar de sus legítimos derechos"[466]; ello, en virtud de que el desenvolvimiento de las civilizaciones a lo largo de la historia ha dejado claro, entre otras cosas, que "el objeto de toda sociedad es satisfacer las necesidades del individuo, y como entre éstas es la primera la conservación de su existencia, de su libertad y de su propiedad, que en una u otra forma es el fruto de su trabajo, la sociedad necesita de un poder que le proteja y defienda, que ampare todos aquellos derechos, usando de la represión necesaria para alcanzar este fin. De aquella necesidad social nace el Estado"[467]. En consecuencia, el poder de castigar que el Estado posee tiene su límite en la propia necesidad de ejercer un castigo en beneficio de la sociedad que está llamada a ser protegida, porque si se emplease sin atender a esa necesidad toda pena sería ilegítima debido a que -en palabras de CALDERÓN COLLANTES- "imponer un castigo que no es necesario para conservar el orden social, que es el respeto a la inviolabilidad de todos los derechos, es un acto de fuerza, un abuso de poder; no es la justicia"[468].

La pena constituye un mal físico, una aflicción[469], que se aplica a un integrante de una sociedad determinada, como respuesta de esa misma sociedad al ataque hecho contra ella por parte de dicho integrante. Sin embargo, la necesidad de satisfacer una justicia absoluta ante tal ataque no legítima a la sociedad a responder a ese ataque mediante la pena, pues al reducir la respuesta penal a alcanzar la justicia sin ningún fin ulterior dirigido a proteger a la sociedad, no se estaría hablando propiamente de justicia sino de venganza[470].

En efecto, la necesidad de castigar a quien transgrede el orden social se fundamenta en la necesidad de la sociedad de defenderse o en interés de su conservación. De esta premisa emana el carácter fragmentario del derecho

[466] Cfr. CALDERÓN COLLANTES, F.: "Discurso leído en la Junta Pública del día 29 de junio de 1874, por D. Fernando Calderón Collantes, Académico de Número, Sobre el derecho del Estado de castigar y la legitimidad de la pena de muerte", en: *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Resumen de sus Actas y Discursos leídos en la Junta Pública General, Celebrada en 29 de junio de 1871 para la distribución de premios y en memoria de la fundación del cuerpo*. Imprenta de F. Martínez García, Madrid, 1871, p. 33.

[467] Cfr. CALDERÓN COLLANTES, F.: Discurso leído en la Junta Pública del día 29 de junio de 1874…, Ibid., p. 33.

[468] Cfr. CALDERÓN COLLANTES, F.: Discurso leído en la Junta Pública del día 29 de junio de 1874…, Ibid., p. 33

[469] En este sentido, Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del delito. 5ª ed. Civitas- Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S.A, Pamplona, 2011, p. 21.

[470] Vid. TISSOT, J.: El derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo…, ob. cit., p. 236. También en este sentido, FRANCK, A. D.: Filosofía del Derecho Penal…, ob. cit., pp. 17 y ss.

penal como uno de los límites del *Ius Puniendi*, límite que MIR PUIG encuadró dentro de los derivados del <<fundamento funcional>>, es decir, propiamente de la necesidad de proteger a la sociedad[471].

Pero la necesidad de <<protección de la sociedad>> es una finalidad que también está limitada por linderos específicos para impedir que bajo dicha premisa protectora se cometan abusos contra el transgresor del orden social. El carácter fragmentario del Derecho penal -en palabras de MIR PUIG- constituye, junto con el Principio de *ultima ratio*, uno de los "dos principios que sirven para una mejor concreción del postulado genérico de la necesidad como límite del *Ius Puniendi*"[472]. Actualmente, cuando nos referimos al carácter fragmentario del Derecho penal significa que "el Derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades más peligrosas para ellos"[473].

El carácter fragmentario del Derecho penal evidencia la concepción que, actualmente, justifica la vigencia de las sanciones penales: <<la finalidad preventiva de la pena>>. Una concepción absolutista de la pena mermaría la utilidad de dicho principio, pues el hecho de discriminar y excluir del ámbito del Derecho penal los ataques más leves que pueden ser repelidos a través de medios menos lesivos contra el individuo, sería completamente incompatible con un sistema de justicia basado, exclusivamente, en la realización de la justicia en sentido absoluto o <<retribucionista>>, propio -por ejemplo- del modelo de Estado Liberal de Derecho de principios del siglo XIX.

Llegados hasta este punto, consideramos importante acotar que la pena como medio de protección social no excluye a la pretensión de justicia, por el contrario, se afianza a ella y no puede exceder de sus propios límites; no obstante, la pena no se agota en sólo satisfacer el sentimiento de justicia de la sociedad, pues con la sanción penal también se trata de evitar que los ataques del trasgresor de las normas se repitan.

Ahora bien, la configuración del Estado como social y democrático de Derecho, implica que el derecho de castigar por parte del Estado posee algunas particularidades que aseguran, en gran medida, que el ejercicio de su potestad punitiva se realice con las debidas garantías. En efecto, de acuerdo con lo sostenido por MIR PUIG, "el Principio de **Estado de Derecho** impone el postulado de sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los limites derivados del principio de legalidad, la idea del **Estado social** sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran

[471] Para un estudio más detenido acerca del carácter fragmentario del derecho penal como límite del ius puniendi, vid. MIR PUIG, S.: Introducción a las Bases del Derecho Penal. 2.ª ed., Editorial IB de F, Buenos Aires-Montevideo, 2018, pp. 108-112.
[472] Cfr. MIR PUIG, S.: Introducción a las Bases del Derecho Penal…, Ibid., p. 109.
[473] Cfr. MIR PUIG, S.: Introducción a las Bases del Derecho Penal…, Ibid., p. 110.

en torno a la exigencia de la necesidad social de intervención penal. Por último, la concepción del **Estado democrático** obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como la dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano"[474].

Así, el *ius puniendi* y sus límites nace de la propia configuración jurídica del modelo de Estado actual, cuya legitimidad -tal como vimos *supra* en el apartado anterior de este *Capítulo IV*- se origina a su vez de las prerrogativas constitucionales que le asigna el poder de legislar, con especial cuidado, las distintas materias que afectan sensiblemente la convivencia entre los miembros de la sociedad[475] [476]. Un Estado social y democrático de Derecho

[474] Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General. 10ª ed. Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, p.114.

[475] Entre las materias que requieren una formalidad especial para ser legisladas se encuentran aquellas que afectan los derechos fundamentales.

Así lo consagra la Constitución española en su artículo 81:

"1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto".

En similares términos, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) en su artículo 203 establece la referida formalidad, en el tenor siguiente:

"Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo a otras leyes. Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley. Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas. Las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decidirá en el término de diez días contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación. Si la Sala Constitucional declara que no es orgánica, la ley perderá este carácter. Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes habilitantes deben fijar el plazo de su ejercicio".

La especial formalidad establecida para la creación de leyes que afectan derechos fundamentales, observada en las Constituciones de países de nuestro entorno cultural como España y Venezuela, es cónsona con el modelo de Estado social y democrático de Derecho, el cual, posee entre sus elementos esenciales: el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y la separación e independencia de los poderes públicos; ambos elementos son indispensables para asegurar la limitación y el control del poder, control que es necesario aún más en materias que afectan sensiblemente a los miembros de la sociedad, y, por lo tanto, es la propia sociedad, a través de sus representantes (Poder Legislativo), la que tiene el deber de establecer dichos límites frente a los gobernantes. Al respecto, Vid. BREWER-CARÍAS, A.: La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho…, ob. cit., pp. 31-34.

[476] Ello, a diferencia de lo que sucedía durante la vigencia del Estado Absoluto el cual poseía un poder ilimitado sobre los derechos de los individuos. En efecto, hace más de 150 años CALDERÓN COLLANTES había advertido, contraponiendo el Estado Absoluto y el Estado de Derecho, que el poder ilimitado del primero a diferencia del segundo, no sólo se refería a los limites fácticos en el ejercicio del poder estatal, sino que este poder absoluto impedía el examen acerca de si debían establecerse limites o no al referido poder del Estado. Así, CALDERÓN COLLANTES desarrolla este planteamiento, "bajo el régimen absoluto este examen era imposible, porque apoyándose exclusivamente en la tradición y en el principio ilimitado de autoridad, la obediencia pasiva y sin examen era la consecuencia; más establecido el

sólo puede legislar legítimamente en materia penal, mediante los representantes del soberano establecidos en el Poder Legislativo, pues, el titular de la soberanía dentro del referido modelo de Estado es el pueblo[477], y es ese titular de la soberanía quien delega, en sentido jurídico, a sus representantes la potestad de crear las leyes[478].

En síntesis, el *Ius Puniendi* del Estado sólo puede ser legitimo si dicha potestad es ejercida por el <<pueblo soberano>> a través de sus representantes ubicados en el Poder Legislativo, quienes, como veremos *infra*, son los que en definitiva establecen cuáles son las conductas punibles. Pero, cabe destacar que, la mera configuración legal de las conductas que deban ser perseguidas penalmente no habilita automáticamente al Estado para que este pueda materializar su derecho subjetivo, pues, aunado al establecimiento legal de la conducta susceptible de ser perseguida por el Estado, se requiere la vulneración del mandato prestablecido en el precepto de la norma por parte del individuo y, por ende, se necesita que dicha vulneración de la ley por parte del individuo ponga en riesgo la vigencia del orden jurídico[479], riesgo que se

---

principio opuesto de libertad y libre discusión, no basta al Estado aquel principio; el apoyo que por una parte le falta tiene que buscarle por la otra: la opinión ilustrada del país, que no se le concede sino a condición de examinar títulos de su poder y autoridad. Ni el prestigio de la antigüedad, ni la fuerza de la tradición y de la costumbre, ni la aquiescencia de los pueblos durante siglos, nada es bastante. El poder ha existido siempre, no importa; hoy se le exigen los títulos de su legitimidad, se discuten, se contradicen, y ya que no pueda desconocerse la necesidad de su existencia, se limita su extensión. Este es uno de los caracteres distintivos de la civilización moderna". Cfr. CALDERÓN COLLANTES, F.: Discurso leído en la Junta Pública del día 29 de junio de 1874…, ob. cit., p. 28.

[477] De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Española:

"1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.
2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.
3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria".

En términos similares< la Carta Magna venezolana en su artículo 1º en concordancia con el artículo 5º establece que, dentro del modelo de Estado social y Democrático de Derecho, la soberanía recibe en el pueblo en el tenor siguiente:

> Artículo 1º CRBV: "La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador. Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional".
>
> Artículo 5º CRBV: "La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos".

[478] Para un estudio más detenido, Vid. GARCÍA PELAYO, M.: Derecho Constitucional comparado. 4ª ed. Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1957, p. 173 y ss.

[479] Desde la perspectiva procesal, interesante el planteamiento hecho por MONTEJO Y RICA quien considera que, efectivamente, la función jurisdiccional del Estado se legitima en virtud de la negación de un derecho subjetivo cuyo valor está en su consagración en el derecho objetivo y, en consecuencia, el Estado requiere reafirmar la fuerza del derecho objetivo mediante su función judicial. en tal sentido, el referido autor ha señalado, lo siguiente: "y considerando todo lo que del Estado demanda el desenvolvimiento del régimen jurídico y las varias funciones propias para satisfacer esa demanda, hay que reconocer, a la vez, que la que aquí se estudia no parece indispensable, ni se da en efecto, más que en razón, según se ha dicho, a la negación del derecho. No logran poner de manifiesto otra cosa las indicaciones, hechas bajo este propósito, de que se pueda dar y se da en razón de la inseguridad ó á la falta de certeza en

concreta con la comisión del delito. Así lo ha entendido RODRIGUEZ DEVESA al advertir que "la pretensión punitiva o derecho subjetivo del Estado a castigar surge con la comisión del delito"[480].

4.3.- Nociones generales acerca de la evolución del Principio de Legalidad como límite del Ius Puniendi

Como hemos advertido en los *Capítulos* precedentes, el modelo de Estado vigente en un tiempo determinado influye en su Derecho penal[481], por ello, las garantías que ofrece el Estado Social y Democrático de Derecho, necesariamente, deben estar plasmadas en su Derecho penal.

Asimismo, se desprende de lo comentado hasta ahora que, el Principio de Legalidad constituye la base fundamental del Derecho penal, pues la <<Ley>> -como expresión de la voluntad general emitida mediante el Poder Legislativo- es la única fuente primaria del Derecho penal[482].

En este sentido MIR PUIG, al plantear la naturaleza de la norma penal, ha señalado que el Principio de Legalidad implica que "sólo la ley es norma jurídica susceptible de tener carácter penal"[483]. Como advertimos *supra*, esta circunstancia constituye la concreción de las ideas de la ilustración que, desde finales del siglo XVIII, con la Revolución francesa, se ha venido

---

las normas jurídicas ó a los obstáculos con que la realización de las mismas puede tropezar en la práctica, pues lo cierto es que si se reclama y se emplea la función judicial por la citada inseguridad ó incertidumbre, tiene esto lugar en virtud de una situación de hecho que obliga ó lleva á pensar en la negación ó en la amenaza de la negación, y no se advierte, por otra parte, cuáles puedan ser, fuera de los que estas últimas implican ó representan, los obstáculos invocados. La idea de que la acción no es más que el poder jurídico de promover la actividad judicial del Estado, y de que en tal concepto corresponde, no sólo el titular de un determinado derecho subjetivo, sino, igualmente, á toda individualidad á quien pueda interesar su ejercicio, tampoco vale afirmar que pueda haber casos en que la expresada actividad sea ejercida en razón, únicamente, de un simple interés no relacionado con la negación; porque no es, en suma, dudoso, que el interés que, en realidad, puede llevar á solicitar y promover la actividad judicial del Estado, es el de llevar a la práctica una norma ó medida, procedente en razón á la negación tantas veces citadas. La propia aserción, repetidamente formulada, de que la acción, bajo el concepto indicado, es consecuencia natural de la evolución jurídica, en virtud de la cual ha sido proscrita la justicia privada, y sustituida por la social, basta para ponerlo de relieve. Y no pasa de ser una suposición de que, frente a la doctrina aquí sustentada, hacen algunos, de que la referencia de la actividad judicial á la negación del derecho, lleva á considerar tal actividad, más que en relación con el objetivo, con los derechos subjetivos, porque estos son determinados y regulados por aquél, que es la norma ó la ley, y la negación de los subjetivos tiene que entrañar la del objetivo. Al hablar genéricamente á la negación del derecho se alude ante todo á la del objetivo, y al decir que el Estado ejerce la función judicial en razón á aquella negación, se da á entender, desde luego, que, en primer término, es en razón a la del mismo derecho objetivo cuya observancia está requerida en el interés social". Cfr. MONTEJO Y RICA, T.: La función judicial. En: Discursos de recepción del Excmo. Señor Don Tomás Montejo y Rica, y de contestación del Excmo. Señor Don Javier Ugarte. Leídos en la Junta pública de 27 de febrero de 1916, Madrid, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1917, pp. 492 y 493.

[480] Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho penal español. Parte General…, ob. cit., p. 43.

[481] Vid. MARÍA ÁLVAREZ, R. C.: Presentación, en MIR PUIG, S.: Introducción a las Bases del Derecho Penal. 2.ª ed., Editorial IB de F, Buenos Aires-Montevideo, 2018, p. 10.

[482] Vid. MIR PUIG, S.: Introducción a las Bases del Derecho Penal…, ob. cit., p. 3.

[483] Vid. MIR PUIG, S.: Introducción a las Bases del Derecho Penal…, Ibid., p. 19.

materializando al reconocerse los derechos de los ciudadanos frente al poder hegemónico del Estado, quienes, a partir de ese reconocimiento, todo individuo por el hecho de ser persona, poseen derechos susceptibles de ser protegidos y respetados por el Estado[484].

Así, a partir de entonces el Derecho penal funciona como mecanismo de regulación del poder que el Estado tiene en el ejercicio de su potestad punitiva, a la vez que sirve como medio para proteger a los propios ciudadanos de ataques graves a sus derechos por parte de terceros. Si bien es indudable que el Derecho penal es una limitante del poder punitivo del Estado, la idoneidad de esta parcela del Derecho para proteger a los ciudadanos en algunas ocasiones ha quedado cuestionada, ello, en virtud de que la respuesta penal puede ser insuficiente para contener el índice delictivo debido a la constante evolución de la criminalidad, y a la complejidad que implica contener penalmente a ciertas personas cuyo temperamento, muchas veces está condicionado por patrones sociales, culturales, e incluso biológicos.

Esta complejidad ha dado lugar a la revisión del concepto de Derecho penal desde el punto de vista formal[485], pues éste, desde finales del siglo XIX, no sólo recurre a las penas sino también a las llamadas <<medidas de seguridad>> para cumplir con su cometido de contrarrestar la criminalidad, medio punitivo idóneo para los casos en que el individuo no imputable cometa algún acto considerado delictivo[486].

---

[484] Dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho los derechos susceptibles de protección estatal son -por antonomasia- los derechos humanos. En efecto, en palabras de NIKKEN, "la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado. El poder público debe ejercerse al servicio del ser humano: no puede ser empleado lícitamente para ofender atributos inherentes a la persona y debe ser vehículo para que ella pueda vivir en sociedad en condiciones cónsonas con la misma dignidad que le es consustancial". Cfr. NIKKEN, P.: "El concepto de Derechos Humanos", en VVAA.: Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José C. R., 1994, p. 15. En sentido similar, FAÚNDEZ LEDESMA ha precisado que "el ordenamiento jurídico es fuente de diversas categorías de derechos -tanto para las personas naturales como para las personas jurídicas-, y que con la expresión <<derechos humanos>> no nos referimos a *todos* los derechos de que pueda ser titular un ser humano, ya sea que esos deriven de sus vínculos familiares, de sus relaciones contractuales o extracontractuales, o de su pertenencia a un grupo social o político. Esta expresión se ha reservado para ciertos derechos básicos o elementales, que son inherentes a toda persona, y que derivan únicamente de su condición de ser humano". Cfr. FAÚNDEZ LEDESMA, H.: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales. 2ª ed. IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999, p. 27.

[485] Vid. MEZGER, E. y BLEI, H.: Strafrecht, Algemeiner Teil, Ein Studienbuch, 16 ª ed., München, 1975, p.4. Entre los autores de habla hispana Vid. MIR PUIG, S.: Introducción a las Bases del Derecho Penal…, ob. cit., p. 8.

[486] Para un estudio detenido acerca de las medidas de seguridad como consecuencia jurídica del delito, Vid. por todos, CUELLO CALÓN, E.: "Las medidas de seguridad", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 9, Fasc/Mes 1, 1956, pp. 9-32; SERRANO GÓMEZ, A.: "Ley de peligrosidad y rehabilitación social", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 27, Fasc/Mes 1, 1974, pp. 73-90; MORÁIS DE GUERRERO, M. G.: "La peligrosidad y medidas de seguridad en el proyecto de Código Penal Sosa-Tamayo", en *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1988, pp. 27-57; LEAL MEDINA, J. / SANTOS REQUENA, A. A.: "El sistema de medidas de seguridad del Código Penal", en *Ciencia policial: Revista del Instituto de Estudios de Policía*, N.º 54 (mayo/junio), 2000, p. 91-119; SANZ

Ahora bien, tal como se verá a lo largo del presente *Capítulo*, el contenido político del Derecho penal se ve reflejado no sólo en la facultad que el Estado tiene para perseguir, enjuiciar y sancionar los delitos, sino también en los límites que este tiene en el ejercicio de tan importante función, cuya más conocida expresión de esos límites se centra en el <<Principio de Legalidad>>.

Como acabamos de advertir *supra*, desde el punto de vista político, el Principio de Legalidad -como límite político del ejercicio de la potestad punitiva por parte del Estado- se configura a través de la voluntad del soberano representado en su órgano legislativo; en consecuencia, el condicionante para que la ley penal sea legítima es que ésta emane del Poder Legislativo nacional[487], ello, sin perjuicio de que otro órgano del poder público nacional -por ejemplo: El Poder Ejecutivo o el Poder Judicial- por vía reglamentaria, e incluso algún órgano administrativo regional puedan "completar" las disposiciones penales contenidas en la legislación penal que así lo requieran, siempre y cuando tales órganos sean expresamente autorizados por la propia Ley penal[488].

También, la potestad punitiva del Estado posee otros limites derivados del actual modelo de Estado que posee países de cultura similar como lo son España y Venezuela. En efecto, el Principio de Legalidad es sólo una manifestación del modelo político de Estado social y democrático de Derecho,

---

MORÁN, A. J.: "Medidas de seguridad y de corrección en el Código Penal", en *Revista de Derecho penal*, N.º 1, 2000, pp. 29-47; FRISCH, W.: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal", en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3, 2007, pp. 2-40; ALONSO RIMO, A.: "Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (A propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad), en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 29, 2009, pp. 107-140; CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B.: Curso de Derecho penal. Parte General. 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 42-44; MARCO FRANCIA, M. P.: "Pasado, presente y futuro de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 73, Fasc/Mes 1, 2020, pp. 553-599; CUERVO NIETO, C.: "Las medidas de seguridad en el Derecho penal español. Consideraciones desde la perspectiva constitucional y del principio de legalidad penal", en *La ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*. N.º 159, 2022, *passim*; GÓMEZ RIVERO, M. C.: "Las medidas de seguridad en el Código Penal", en CORTÉS BACHIARELLI, E. (Dir.) / GÓMEZ TORNILLO, M. (Aut.) / ABEL SOUTO, M. (Aut.): Fundamentos de Derecho Penal. Editorial Tecnos, Madrid, 2023, pp. 407-418.

[487] En términos similares, MIR PUIG, al explicar el origen de la concepción actual del principio de legalidad ha advertido que: "En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una organización política basada en la división de poderes, en la que fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura la participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Solo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular". Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General. 10ª ed. Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, p.115. Por otra parte, JIMÉNEZ VILLAREJO ha destacado este aspecto esencial del principio de legalidad presente en la obra de BECCARIA al advertir que: "solo mediante las leyes pueden ser decretadas las penas que han de corresponder con los delitos y únicamente el legislador, que representa a toda sociedad unida por el contrato social, tiene autoridad para hacerlo". Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: Estudio preliminar: Releyendo a Beccaria tras medio siglo de experiencia jurisdiccional…, ob. cit., p.14.

[488] Al respecto, Vid. MESTRE DELGADO, E.: "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", en *Anuario de derecho peanl y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988, pp. 503-528.

pues el referido Principio define el sometimiento de la actuación de las instituciones del Estado a los postulados establecidos en la ley. La connotación social y democrático del Estado ofrece algunas obligaciones -para que el Estado pueda alcanzar el contenido <<social>>- y restricciones -para que el Estado pueda preservar el contenido <<democrático>>-.

Así, como ya hemos advertido *supra*, el Principio de Legalidad es un postulado que surge del liberalismo político y que, pese a que, en un principio, su finalidad fue la de "limitar" el poder punitivo del Estado, dicha configuración inicial no fue una garantía absoluta de los ciudadanos como sujeto de derechos. En efecto, las garantías del Principio de Legalidad, en el contexto del Estado <<liberal>> de Derecho vigente durante más de medio siglo, se reducían a limitar la intervención estatal a lo estrictamente necesario, cuestión que -lejos de humanizar las sanciones penales-, en la práctica, agudizaba las penurias del condenado durante el cumplimiento de su condena, pues el Estado se limitaba sólo a encarcelar a los delincuentes y a intentar corregirlos sin atender a sus necesidades existenciales, pues, dentro del modelo de Estado Liberal de Derecho, técnicamente el Estado no estaba obligado a <<garantizar la procura existencial de los ciudadanos>>.

El significado político liberal del Principio de Legalidad está enraizado en la idea de la vinculación del juez a los postulados establecidos en la ley, a la cual, como expresión de la voluntad general, todas las instituciones del Estado debían someterse. El libre albedrio, como premisa del Principio de Igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, obstaculizaba que la ejecución de la pena procurase alcanzar otros fines más allá de la mera <<retribución>> por el delito cometido. Este planteamiento es cónsono con la filosofía política liberal que enaltecía un Derecho penal garantista "despreocupado de incidir en la realidad y más bien preocupado de no hacerlo" a diferencia de lo que más adelante el modelo de Estado <<social>> de Derecho propugnaría, pues, el Estado social si estaría llamado a "encarnar un Derecho penal de prevención efectiva"[489] cuestión que, a su vez, implicaría que el Estado no sólo se limitaría a perseguir y sancionar a quien vulnerase la ley como <<imperativo de justicia>>, sino que, para combatir el delito y proteger a la sociedad, el Estado también determinaría las causas que originaban el delito y evaluaría la conveniencia de aplicar la pena para evitar la reincidencia en el delito por parte del condenado, y, para ello, el Estado -a través de la ejecución de la pena- debía intervenir activamente en la vida social del individuo perseguido penalmente[490].

[489] Cfr. MIR PUIG, S.: Introducción a las Bases del Derecho Penal…, ob. cit., p. 197

[490] En Alemania, Von Liszt; en Italia Lombroso, Garófalo y Ferri; en España, Roeder, de la mano con Giner de los Ríos, Silvela, Arenal, Dorado Montero han sido, desde sus distintas escuelas, los grandes impulsores de la finalidad preventiva especial de la pena privativa de libertad y de la introducción del positivismo científico en el Derecho penal. La influencia de estos autores -exceptuando la doctrina correccionalista de

El final de este breve recorrido evolutivo del Principio de Legalidad en las últimas dos centurias, se concreta con la adopción del modelo de Estado <<democrático>> de Derecho, el cual implicaría la obligación estatal de respetar la voluntad individual de toda persona, independientemente de su situación jurídica. En efecto, la intervención activa del Estado en la vida social del individuo perseguido penalmente, sin considerar la voluntad del mismo, implicaba su envilecimiento y pérdida de identidad al ser el reo reducido a un objeto de estudio con miras al alcanzar su rehabilitación, ello con el consecuente detrimento de los derechos humanos y la dignidad humana de estas personas.

En definitiva, con la connotación <<democrática>> del Estado social de Derecho quedaron sintetizadas las aportaciones garantistas y protectoras de los modernos Estado <<liberal>> y Estado <<social>> sin desconocer la <<dignidad humana>> del individuo pues, con la connotación <<democrática>>, se intentó corregir la desprotección en la que el individuo quedaba frente a los abusos o arbitrariedades que el Estado podía cometer durante el ejercicio de su potestad punitiva, aunque esta potestad estuviere limitada por la ley[491].

4.4.- Las manifestaciones del Principio de Legalidad

Como bien ha afirmado MIR PUIG, "el Principio de Legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, procedente, pese a su formulación latina, de Feurbach, quien vino a reflejar una de las conquistas centrales de la Revolución francesa"[492], así, con el Principio de Legalidad se configura un límite a la potestad punitiva del Estado. El Principio de Legalidad -en palabras de MARTÍNEZ ESCAMILLA- "suele calificarse de <<principio formal>> porque no limita qué conductas

Roeder que sólo tendría relevancia en el contexto español- tuvo -y continúa con ciertos matices- gran influencia en el Derecho penal y penitenciario moderno.

[491] Aunque para el momento en que CALDERÓN COLLANTES escribió las líneas que siguen aún no se había configurado el modelo de Estado democrático, tal como actualmente se concibe, conviene traer a colación lo afirmado por el referido autor con ocasión a la necesidad de armonizar las teorías absolutas y las socialistas e individualistas para asegurar el progreso de la sociedad, reflexión ésta muy acorde con el fundamento garantista que años más tarde vendría a sustentar el modelo de Estado democrático de Derecho: "Se necesitan dos cosas, decía Sieyes, para que una nación subsista y prospere: trabajos particulares y funciones públicas. Dejad á la libre actividad del hombre los primeros, pero no neguéis al poder las segundas. Sin la prudente armonía de estos dos elementos en vano aspirarán las sociedades á su progresiva prosperidad". Cfr. CALDERÓN COLLANTES, F.: Discurso leído en la Junta Pública del día 29 de junio de 1874…, ob. cit., p. 29.

[492]Cfr. MIR PUIG, S.: Introducción a las Bases del Derecho Penal…, ob. cit., p. 125; y más recientemente en MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., p.114. Por otra parte, en cuanto a la procedencia latina del aforismo *nullum crimen nulla poena* sine lege, Vid. DEDES, C.: "Sobre el origen del Principio <<*nullum crimen nulla poena sine lege*>>", en *Revista de Derecho penal y Criminología*. N. 9, 2002, pp. 142-143.

pueden castigarse ni qué sanciones pueden imponerse. Tan sólo establece **cómo** han de proceder el legislador y el juez en el uso del Derecho penal"[493].

Como hemos advertido *supra*, el Principio de Legalidad penal se manifiesta de varias formas, ello en virtud de que existen varios momentos durante el ejercicio de la potestad punitiva del Estado: *tipificación en la ley de los delitos y de las penas, el enjuiciamiento y la ejecución penal*. Los referidos momentos del ejercicio de la potestad punitiva estatal están enmarcados dentro de las cuatro garantías del Principio de Legalidad, de los cuales, según MAPELLI CAFFARENA, sólo tres afectan directamente a las penas[494]. El estudio de las referidas garantías se realizará a continuación.

4.4.1.- El principio nullum crimen sine lege

Esta consecuencia del Principio de Legalidad, se traduce en la frase: No hay delito sin ley, y constituye lo que la doctrina denomina la <<garantía criminal>>[495]. La garantía criminal -en opinión de RODRIGUEZ DEVESA- además de suponer que para que la persecución penal sea legitima la conducta delictiva debe estar previamente tipificada en la ley, y, por consiguiente, sólo mediante la ley penal se debe determinar las conductas delictivas (*delicta iuris naturalis*), también esta garantía supone -como consecuencia última- que "los tribunales carecen de facultades para considerar como delitos hechos distintos a los que consignan la ley" pues, para este autor, "el juez que olvida esta regla invade la competencia del legislativo"[496]. Por lo tanto, este Principio tiene "el carácter y el rango de una importante garantía política del ciudadano, y más aún, el de garantía humana que protege al individuo contra la arbitrariedad de los jueces"[497].

La garantía política que acompaña al Principio de Legalidad se fundamenta en la teoría del contrato social que, en su esencia, se corresponde con los argumentos planteados precedente cuando abordamos el tema de la fundamentación del *Ius Puniendi*. En efecto, -en palabras de MIR PUIG- la <<teoría del contrato social>> "presuponía una organización política basada en la división de poderes en la que la ley fuera competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto – contrato social en el que

[493] Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / MARTÍN LORENZO, M. / VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: Derecho penal Teoría jurídica del Delito. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2023, p. 40.
[494] Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del delito…, ob. cit., p. 25.
[495] Vid. por todos Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho penal español. Parte General…, ob. cit., p. 162; y más recientemente, MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del delito…, ob. cit., p. 25.
[496] Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho penal español. Parte General…, ob. cit., pp. 162 y 163.
[497] Cfr. CUELLO CALÓN, E.: Derecho penal. Tomo I (Parte general). Bosch, Casa editorial, S. A., Barcelona, 1980, p. 200.

asegura su participación y control de la vida política de la comunidad, tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo que representa al pueblo, sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular" y, en consecuencia, "el Principio de Legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo una posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admite el pueblo"[498].

Obsérvese de lo comentado hasta ahora que, el Principio de Legalidad en términos generales, blinda los derechos de los ciudadanos frente a la posible actuación arbitraria, no sólo de los órganos del Poder Público encargado de ejecutar las potestades estatales, sino también de los órganos jurisdiccionales encargados, precisamente, de restablecer el orden jurídico en caso de que éste se vea vulnerado. Esta cuestión nos asoma no sólo al Principio de Legalidad de la Administración como una de las comentadas <<exigencias del Estado de Derecho>> -al cual entra en juego al momento de ejecutar la medida preventiva de privación de libertad decretada durante el proceso judicial, o al instante de ejecutar la pena privativa de libertad, una vez el procesado haya sido condenado-, sino también a las garantías del debido proceso al que está sometido el juez durante la celebración del proceso penal.

4.4.2.- El Principio nulla poena sine lege

Otras de las consecuencias del Principio de Legalidad, de vital importancia, es la que se traduce en: No hay pena sin ley, y se conoce como la <<garantía penal>>.

Para RODRIGUEZ DEVESA, de la <<garantía penal>> emanan las siguientes derivaciones: "a) La ley tiene que determinar claramente la clase de pena que procede a imponer a cada delito. Una ley que, como ocurría en el Antiguo Régimen, dispusiera que un delito ha de ser castigado con pena arbitraria quebrantaría este principio; b) No pueden imponerse penas absolutamente indeterminadas en su duración, porque supondrían un retorno a las penas arbitrarias; c) Los tribunales no tienen facultades para imponer penas distintas de las que señala la ley; d) No pueden variarse las circunstancias de ejecución de las penas: garantía en la ejecución o administrativa"[499]

Lo advertido por RODRIGUEZ DEVESA describe el contenido de este Principio, el cual, a nuestro modo de ver, actualmente adquiere especial relevancia en virtud de la creciente tendencia observadas en países como España, donde se ha pretendido contrarrestar la comisión de algunos delitos,

[498] Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., p.115.
[499] Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho penal español. Parte General…, ob. cit., p. 163.

acudiendo a penalidades -como la prisión permanente revisable- ya derogadas por su crueldad y su comprobada escasa utilidad para prevenir los delitos, pero que, sin embargo, debido al efecto simbólico de seguridad que este tipo de sanciones penales ofrecen al colectivo, políticamente favorecen su vigencia en detrimento de la evolución de las garantías frente al poder estatal observadas hasta ahora.

En cualquier caso, la <<garantía penal>> implica que -en palabras de ROXIN- "no sólo la circunstancia de una determinada conducta sea ya punible, sino también la clase de pena y su posible cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho"[500].

4.4.2.1- La exigencia lex praevia

Ahora bien, tanto la <<garantía criminal>> como la <<garantía penal>> son expresiones del Principio de Irretroactividad de la ley penal (desfavorable)[501], Principio este que se corresponde a su vez con la primera exigencia del Principio de Legalidad: *lex praevia*. Como acertadamente afirma MAPELLI CAFFARENA, "la irretroactividad de las penas no sólo es una garantía para la sociedad que previene de esta manera de coyunturalismo y arbitrariedades, sino que responde a fines preventivos generales. Difícilmente, puede una persona sentirse intimidada por la ley si ésta no existía cuando cometió el delito. Este razonamiento vale tanto para la norma que describe la conducta infractora, como para la que señala la pena. Así pues, todo el sistema de penas, incluidas las reglas de la determinación, está sometido a las garantías de la irretroactividad"[502].

Ahora bien, la prohibición de aplicar retroactivamente una ley penal procede sólo en los casos de que la aplicación retroactiva vaya en detrimento del individuo, pues es posible aplicar la ley retroactivamente en los casos en que las disposiciones penales derogadas por la nueva ley penal resultaren más favorables como, por ejemplo, ocurren con las normas que suprimen algún delito o atenúan alguna pena[503]. Pero también, existen supuestos donde el contenido concreto de la pena no se encuentra acabado en una única norma penal, sino que para completar el referido contenido es necesario acudir a

[500] Cfr. ROXIN, C.: Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. LUZÓN PEÑA, D.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; DE VICENTE REMESAL, J. Editorial Civitas, S. A., 1997, p. 138.
[501] Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., p.116. También en este sentido, Vid. RUIZ ANTÓN, L. F.: "El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia", en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N.º 7, 1989, p. 149; y, en opinión contraria a lo que afirma la doctrina acerca de la vinculación del principio de legalidad con la irretroactividad de la ley penal, encontramos a Vid. OLIVER CALDERÓN, G.: "El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal", en *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 21, 2000, p. 107.
[502] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del delito…, ob. cit., p. 26.
[503] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del delito…, Ibid., p. 26.

otras normas pertenecientes al ordenamiento jurídico. El Principio de que sólo la ley penal es la única fuente del Derecho penal, no debe entenderse en el sentido de identificar la ley sólo con el Código penal, pues, a pesar de que este texto contiene las disposiciones penales por excelencia, el Código no es la única fuente del Derecho penal, ya que también las <<leyes penales especiales>> son consideradas fuentes de Derecho penal, así como, las llamadas <<leyes penales impropias>>, denominadas así porque aunque la ley no fue originalmente concebida para alcanzar finalidad penal alguna, no obstante, esta categoría de leyes contienen disposiciones que establecen sanciones penales para asegurar la observación de sus preceptos[504].

4.4.2.2.- La exigencia lex scripta

La *lex scripta* es otra exigencia del Principio de Legalidad que afecta tanto a la <<garantía criminal>> como a la <<garantía penal>>. Con esta exigencia queda excluida la apelación a la costumbre como posible fuente de delitos y penas; e implica, además, que sólo las normas emanadas del Poder Legislativo tienen la legitimidad para establecer los delitos y las penas, cuestión que, a su vez, se traduce en la exclusión -como fuente de delitos y penas- de las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo[505].

Como ya hemos advertido en otras oportunidades *supra*, el Principio de Legalidad surge como una garantía al arbitrio judicial característico durante el llamado Antiguo Régimen. En efecto, como bien ha apuntado CUELLO CALÓN, "antes que la reforma penal iniciada por Beccaria, dominaba en Europa el arbitrio más excesivo, los jueces podían incriminar por sí mismos hechos no previstos por las leyes y aplicar las penas a su albedrío. Aún en los momentos en que el arbitrio se otorgó para sustraer a los reos de las penas señaladas en las leyes, que la consciencia popular rechazaba por su dureza, también se empleó en defensa de intereses personales o de clase"[506] [507].

Ahora bien, a pesar de que, con fundamento en las garantías criminal y penal, actualmente, la costumbre no es aceptada como fuente de Derecho penal; esta circunstancia no es óbice para que la costumbre pueda ser empleada en supuestos donde el derecho afectado se encuentre regulado por

[504] Vid. CUELLO CALÓN, E.: Derecho penal. Tomo I…, ob. cit., p. 207.
[505] Vid. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., p.117; Vid. CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: "Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho penal y su eficacia", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 12, Fasc/Mes 1, 1959, p. 66.
[506] Cfr. CUELLO CALÓN, E.: Derecho penal. Tomo I…, ob. cit., p. 211.
[507] Pese a los vicios y prácticas que, actualmente, son consideradas vejatorias y arbitraria; cabe destacar que estas conductas respondían al valor agregado a la costumbre como fuente directa e inmediata del Derecho penal, y por lo tanto mediante ella era un mecanismo "idóneo" para la creación de delitos y penas. Vid. CUELLO CALÓN, E.: Derecho penal. Tomo I…, Ibid., pp. 211 y 212.

otras ramas del derecho que si acuden a la costumbre como mecanismo de interpretación.

4.4.2.3.- La exigencia lex stricta

La tercera exigencia, *lex stricta*, se refiere al grado de precisión que debe tener la norma penal, cuestión que excluye la analogía cuando esta perjudicare al reo. Sobre este aspecto, MIR PUIG ha advertido que "el postulado de precisión de la ley da lugar al llamado mandato de determinación, que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear", cuestión que constituye, según el referido autor, "un aspecto material del Principio de Legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho Principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar clausulas generales absolutamente indeterminadas"[508].

Ahora bien, la exclusión de la *analogia in malam partem* es una exigencia que impide el retorno de prácticas habituales en regímenes autoritarios. En efecto, de acuerdo con lo advertido por CUELLO CALÓN, una de las más acusadas características y de la de mayor trascendencia de esos regímenes autoritarios fue la de "romper con el tradicional Principio de Legalidad, sustituyendo la máxima *nullum crimen sine lege* por la máxima *nullum crimen sine poena* para lo cual se estableció la aplicación de la ley por analogía. De acuerdo con esta norma, cuya justificación se ha intentado invocando las mayores posibilidades de protección social contra la criminalidad que proporciona, e incluso la necesidad de aproximar el Derecho a la moral, para que un hecho sea castigado basta que se repute criminal, aunque la ley penal no lo incluya en la lista de delitos. Como consecuencia de aquel Principio todo hecho que se considere peligroso o nocivo para el régimen imperante o para intereses estimados por éste dignos de protección, aun cuando no constituya una figura delictiva legal puede ser objeto de sanción penal. Es pues esta concepción, como nacida de revoluciones políticas y sociales y encaminada a la protección del Estado, de origen y de sentido señaladamente político"[509].

Actualmente, en los países de entornos culturales similares como España y Venezuela, el Principio de Legalidad es acogido en sus ordenamientos jurídicos. En el caso de España, la garantía penal se ha venido incluyendo en todas las Constituciones que ha tenido hasta ahora[510]. Sin embargo, MAPELLI CAFFARENA ha observado que concretamente la garantía penal "no está recogida en la Constitución, ya que el artículo 25.1 se refiere y de forma deficitaria, tan sólo a la llamada garantía criminal, referida

[508] Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., p.117.
[509] Cfr. CUELLO CALÓN, E.: Derecho penal. Tomo I…, ob. cit., p. 201.
[510] Cfr. CUELLO CALÓN, E.: Derecho penal. Tomo I…, Ibid., p. 210.

a los delitos", no siendo así en el Código Penal -donde según el referido autor- el artículo 2.1 *ejusdem* al señalar que: "no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración[511]", este precepto "recoge la irretroactividad de las leyes penales como corolario natural del Principio de Legalidad. Pero el legislador se presta a señalar con la misma contundencia que las penas pueden ser retroactivas cuando favorecen al reo, aplicándose con anterioridad a su entrada en vigor"[512].

En otros países, como por ejemplo Venezuela, las cuatro garantías del Principio de Legalidad penal están consagradas constitucionalmente. En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la garantía criminal (artículo 49 numeral 6º CRBV), la garantía penal (artículo 44 numeral 3º), la garantía jurisdiccional (artículo 44 numeral 1º y artículo 49 CRBV) y la garantía ejecutiva de la pena (artículo 272 CRBV)[513].

4.4.3.- El Principio nulum poena sine juditio

El Principio *nulum poena sine juditio* implica que la imposición de la pena "está reservada a los órganos jurisdiccionales del Estado, a los Tribunales de justicia, con observancia a los dictados de la ley procesal y como consecuencia de un previo juicio penal"[514].

Ahora bien, los órganos judiciales del Estado son los encargados de ejercer la función jurisdiccional como una de las tantas manifestaciones de la función judicial que tiene el Estado[515]. Por medio de la función jurisdiccional, el Estado cumple su cometido o potestad punitiva de conformidad con el régimen jurídico vigente. Frente a la comentada negación del Derecho por parte del delincuente, el Estado actúa por medio de sus tribunales para restablecer el orden jurídico lesionado por el delito, cuestión que se hace efectiva mediante la determinación de la consecuencia jurídica aplicable,

---

[511] Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del delito…, ob. cit., p. 25.
[512] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del delito…, Ibid., p. 25.
[513] Vid. OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Situación de las visitas de los familiares y los allegados de los reclusos a los lugares de reclusión de Venezuela. Fundamentos, Análisis de la situación y recomendaciones. Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2020, p. 8.
[514] Cfr. MORÁIS, M. G.: La pena. Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal. 3ª ed. Vadell Hermanos Editores, Caracas-Valencia, 2007, p. 24. Sin embargo, tal como ha observado BARBOSA CASTILLO, "el principio de legalidad puede manifestarse en el proceso penal no sólo desde una óptica estrictamente formal, esto es, legalidad del procedimiento y legalidad del tribunal, sino desde perspectivas materiales. El Estado, a través de su órgano judicial, debe valorar las conductas de sus habitantes conforme a pautas sustanciales y adjetivas predeterminadas en la ley" Cfr. BARBOSA CASTILLO, G.: "Principio de legalidad y proceso penal", en *Derecho penal y criminología*, Vol. 26, N.º 78, 2005, p. 109
[515] Para un estudio más completo sobre la función judicial del Estado Vid. el importante trabajo de MONTEJO Y RICA, T.: La función judicial…, ob. cit., pp. 482-542

cuando se comprueba que el individuo vulneró el bien jurídico protegido por la ley penal.

Así, ya desde inicios del siglo XX estaba asentada la idea de que la función jurisdiccional estaba indefectiblemente unida a la observancia del régimen jurídico, pues por medio de ella "se declara el derecho tanto el derecho en razón a cuya negación viene el Poder Judicial a actuar cuanto aquel que corresponde actuar frente a la misma negación", por ende, esta manifestación de la función judicial "representa la defensa del Derecho objetivo por virtud de la cual se obtienen protección las facultades subjetivas con el mismo acordes"[516]. Por esta razón, la reflexión formulada por MONTEJO Y RICA, al tratar de justificar la importancia de la función judicial a principios del siglo XX, continúa vigente, pues, como bien afirmó el referido autor "si es natural incumbencia del legislador en términos generales el Derecho y lo que frente a su negación es de hacer, el Poder Judicial, que es el que en razón a la negación del proceder, toca o incumbe cumplir lo dispuesto en previsión de la misma negación, y es obvio que su acción tiene que subordinarse a la recta inteligencia, a él naturalmente encomendada, del Derecho preestablecido a que quepa y se venga a referir la negación, así como del aplicable frente o en vista de ella"[517].

Así, la función judicial opera a través de los tribunales quienes -en palabras de MONTEJO Y RICA- son los encargados de apreciar "los hechos sometidos a su conocimiento, apreciación que supone la de las pruebas de los mismos hechos, y lo referente a la realización, por el propio Poder judicial, de los actos y medidas a que la actuación por su parte del Derecho da lugar"[518].

Ahora bien, el Principio de Legalidad Procesal implica que la labor de los tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional debe estar enmarcada en las normas procesales contempladas en el Derecho positivo, quien es, asimismo, el que consagra la competencia de los órganos jurisdiccionales para juzgar y ejecutar lo juzgado[519]. En tal sentido, MONTEJO Y RICA ha advertido que la función judicial ejercida por los tribunales "se halla integrada por la serie de actos y operaciones indispensables para determinar el referido hecho antijuridico y para aplicar o hacer valer el Derecho en vista del mismo aplicable"[520].

[516] Cfr. MONTEJO Y RICA, T.: La función judicial…, ob. cit., p. 520.
[517] Cfr. MONTEJO Y RICA, T.: La función judicial…, Ibid., pp. 520-521.
[518] Cfr. MONTEJO Y RICA, T.: La función judicial…, Ibid., p. 484.
[519] Vid. UGARTE Y PAGÉS, J.: Contestación del excmo. Sr. Don Javier Ugarte y Pagés al Discurso de recepción del excmo. Sr. Tomás Montejo y Rica, leído en la junta pública de 27 de febrero de 1916. Tesis: La función judicial. Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1916, p. 551.
[520] Cfr. MONTEJO Y RICA, T.: La función judicial…, ob. cit., p. 538.

Ya desde el siglo XVIII, BECCARIA vendría a poner de relieve la importancia del buen funcionamiento de los tribunales penales[521], ello pese a que el referido filántropo italiano no cuestionó las líneas principales del sistema procesal vigente en aquel entonces[522]. En efecto, BECCARIA se centró en propugnar algunas garantías que el referido autor consideraba insoslayable en cualquier proceso penal, incluso en aquellos donde la adopción de tales postulados garantistas podría resultar *contra natura* como lo sucedía con el Sistema Inquisitivo.

Entre los Principios que según BECCARIA deberían estar presentes en el proceso penal para garantizar su buen funcionamiento se encontraban, esencialmente, los Principios de Imparcialidad, de Publicidad, de Celeridad Procesal (plazo razonable, ausencia de dilaciones indebidas), y, con ciertos matices, los derechos a la presunción de inocencia, a no declararse culpable o a declarar contra sí mismo[523].

Por otra parte, como acabamos de advertir, si bien la práctica el proceso penal estaba enmarcado dentro del modelo inquisitivo, pues en aquel entonces la figura del juez iniciaba el proceso de oficio, investigaba, acumulaba pruebas y dictaba sentencia sin concederle al acusado la posibilidad de defenderse judicialmente en igualdad de condiciones; BECCARIA planteó la posibilidad de cambiar el modelo procesal inquisitivo hacia otro que ofreciese mayores garantías al procesado como, por ejemplo, lo es el Sistema Acusatorio, pues el referido autor italiano al afirmar que el establecimiento de "comisarios que en nombre público acusen a los infractores de la ley" constituye una excelente medida, sin duda equivale -en palabras de JIMÉNEZ VILLAREJO-"a postular a una institución como la del Ministerio Público que contribuye a situar al juez en el centro equidistante de la acusación y el acusado"[524].

Actualmente, la vigencia del Principio de Legalidad dentro del proceso judicial es indiscutible -al menos formalmente-, pues, el modelo de Estado social y democrático de Derecho así lo exige. En efecto, recordemos que entre las exigencias del Estado social y democrático de Derecho se encuentra la obligación de proteger los derechos humanos de las personas, y esa exigencia de protección implica no sólo que los derechos estén expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, sino que también, junto a ese

[521]Vid. JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: Estudio preliminar: Releyendo a Beccaria tras medio siglo de experiencia jurisdiccional…, ob. cit., p. 38.
[522] "*No cuestiona, por ejemplo, un rasgo tan definitorio del proceso inquisitivo como es la acumulación de el mismo juez de la función instructora y de la decisoria*" Vid. JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: Estudio preliminar: Releyendo a Beccaria tras medio siglo de experiencia jurisdiccional…, Ibid., p. 41.
[523] Vid. BECCARIA, C.: De los delitos y de las penas. Con el "comentario" de Voltaire. Alianza Editorial, Madrid, 2018, pp. 111-113.
[524] Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: Estudio preliminar: Releyendo a Beccaria tras medio siglo de experiencia jurisdiccional…, ob. cit., p. 48.

reconocimiento se establezcan mecanismos de exigibilidad como, por ejemplo, los tribunales.

Los mecanismos de exigibilidad de derechos deben ser efectivos en el sentido de que la actuación de tales mecanismos no sólo este regida por la ley, sino que esté orientada a hacer cumplir la ley, tarea que actualmente les compete a los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, no es de extrañar que cuando se trata de la <<materia penal>>, donde por su naturaleza los derechos de los individuos pueden verse vulnerados con mayor facilidad, en ninguna sociedad civilizada se discuta actualmente la vigencia del Principio de Legalidad, "mucho menos el de legalidad penal, ni el sometimiento, único según el artículo 117.1 de nuestra Constitución, de los jueces al imperio de la ley"[525].

Por último, en la actualidad, el principio de legalidad procesal está consagrado en gran parte de los Estados que -en sus respectivas Constituciones- han reconocido los derechos humanos consagrados en tratados internacionales tales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, entre los cuales se encuentra el <<derecho al debido proceso.

Sin perjuicio de que *infra*, en el *Capítulo VII*, trataremos algunos extremos del <<derecho al debido proceso penal>>, vamos ahora a realizar una primera aproximación del mismo, partiendo de su reconocimiento en uno de los instrumento internacionales de carácter universal, como lo es: El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. El <<derecho al debido proceso>> estipulado en el artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, reza: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (…)".

Del precitado precepto se desprende que, todo Estado parte del referido Tratado Internacional, para garantizar el <<derecho al debido proceso>> no sólo debe regular el proceso penal, sino que éste debe estar inspirado en los Principios de un Sistema predominantemente Acusatorio. Así lo entendió el Estado venezolano cuando -en palabras de VÁSQUEZ GONZÁLEZ- "el dispositivo constitucional, contemplado dentro del capítulo que trata del Poder Judicial y del Sistema de Justicia, vino a reforzar las previsiones del Código Orgánico Procesal Penal que, promulgado el 2 de enero de 1998 y vigente de manera plena a partir del 1 de julio de 1999, se

[525] Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, J.: Estudio preliminar: Releyendo a Beccaria tras medio siglo de experiencia jurisdiccional…, ob. cit., p.17.

adelantó al constituyente, sustituyendo el anterior proceso penal inquisitivo por uno acusatorio formal caracterizado por la simplificación de los trámites y la celeridad procesal, de allí -continúa la citada autora- que en su artículo 1º haya incorporado el siguiente principio: Juicio previo y debido proceso. Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, ante un juez o tribunal imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República"[526].

En España, por ejemplo, el proceso penal se encuentra regulado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), de 14 de septiembre de 1882[527], "a cuyas prescripciones han de someterse todos los tribunales"[528]. Este texto legal consagra en su artículo 1º el principio de legalidad procesal, en el siguiente tenor: "no se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por juez competente".

De la precitada disposición de la ley adjetiva penal española se desprende que, efectivamente, el proceso penal se encuentra regulado por la ley. Pero, además, nos advierte BANACLOCHE PALAO, "el sistema que rige en el proceso penal español actual es el acusatorio formal o mixto, que fue implantado por la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. En ella -continúa el citado autor- se consagra un proceso dividido en dos fases (preliminar o de instrucción, y decisoria o de enjuiciamiento), atribuidas cada una de ellas a órganos distintos (en su origen, a los Juzgados de Instrucción y

[526] Cfr. VÁSQUEZ GONZÁLEZ, M.: "Reforma legislativa y retardo procesal en el ámbito penal", en *Estudio de Derecho penal, procesal penal, penitenciario y derechos humanos*, Volumen 1, año 2019, p. 30.
[527] Debido a la antigüedad de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, GIMENO SENDRA ha advertido que la referida Ley "ha sido objeto de múltiples reformas parciales, de entre las que cabe señalar la operada por la LO/1988 de creación del Tribunal de Jurado, la LO 5/200º sobre el proceso penal de menores, modificada por la LO 8/2006, la LO 8/2002 creadora de los juicios rápidos, la 27/2003 reguladora de la orden de protección de la violencia de género o la LO 1/2009 y 13 /2009 de implantación de la Oficina Judicial que otorgó nuevas competencias a los secretarios judiciales (hoy denominados Letrados de la Administración de Justicia), la LO 5/2015 de reforma de la LOPJ y de la LECrim para la transposición de las Directiva 2010/64/UE, la L 4/2015 del Estatuto de la víctima y finalmente las LO13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de medidas de investigación tecnológica y la L. 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, que ha supuesto una profunda reforma de nuestra justicia penal, de una relevancia similar a la que supuso la citada L. 7/1988". Cfr. GIMENO SENDRA, V.: Derecho procesal penal. 3ª ed. Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2019, p. 60.
[528] Cfr. GIMENO SENDRA, V.: Derecho procesal penal…, Ibid., p. 60.

a las Audiencias), y con una clara separación entre funciones de acusar y enjuiciar"[529]

4.4.4.- Principio de Legalidad de la Ejecución Penal

Como un complemento importante del Principio de Legalidad de la pena y del delito se encuentra el Principio de Legalidad de la Ejecución Penal que, según Moráis, se enuncia del siguiente modo: "la ejecución de las penas y medidas de seguridad no debe quedar al arbitrio de la autoridad judicial y/o administrativa, sino que deberá llevarse a cabo de acuerdo a lo dispuesto en las leyes y reglamentos"[530]. Por su parte, CUELLO CALÓN ha destacado la importancia de esta garantía de ejecución penal, al advertir que "la garantía penal, asegurada por el principio de legalidad de las penas, quedaría incompleto en gran parte sin la garantía ejecutiva que protege la legalidad de la ejecución"[531] y, por ende, el citado catedrático de Derecho penal, postuló la idea de que la <<garantía criminal>>, la <<garantía penal>>, y la <<garantía ejecutiva>> constituyen las principales garantías de la persona en el campo represivo[532].

La ejecución de la privación de libertad, desde que empezara a usarse como pena, ha estado a cargo de lo que actualmente se conoce como Administración Penitenciaria, aunque -como veremos *infra* en el *Capítulo V* de este estudio- quienes en un principio administraban las primeras prisiones decimonónicas no contaran con la especialización técnica que actualmente amerita gestionar las prisiones, especialización que actualmente se exige a la Administración Penitenciaria. Ahora bien, la ordenación legal de este tipo de sanción con miras a regular la relación jurídica que surge entre la

[529] Cfr. BANACLOCHE PALAO, J./ ZARZALEJOS NIETO, J.: Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal. 4ª ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 35

[530] Cfr. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución…, ob. cit., p., 77. En España, este planteamiento ha sido defendido por CUELLO CALÓN en varias de sus obras, Vid. por todas, CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología…, ob. cit., p. 10; CUELLO CALÓN, E.: Derecho penal. Tomo I…, ob. cit., pp. 203 y 204.

[531] Cfr. CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología…, ob. cit., p. 10.

[532] Vid. CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología…, Ibid., p. 10. Más recientemente, en la misma línea de CUELLO CALÓN se inscribe MAPELLI CAFFARENA, pues el referido Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Sevilla ha advertido que "*de las cuatro garantías que se desprenden del principio de legalidad para el derecho penal, tres de ellas afectan a las penas de forma directa*", Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del delito…, ob. cit., p. 26. Aun cuando la expresada separación de tres de las garantías emanadas del principio de legalidad podría entenderse en razón a la finalidad preventiva de la pena, la cual debe inspirar tanto la tipificación del delito como sus mecanismos de represión dentro de los cuales se encuentra la pena, desde el punto de vista de la protección de los derechos de la persona que se encuentra sometida a un proceso penal, difícilmente podría separarse la garantía jurisdiccional de las otras tres garantías. Ello, porque la pena o la medida de seguridad de la que sea acreedora la persona enjuiciada sólo será válida cuando el tribunal ordene su imposición respetando los extremos y garantías contenidas en la legislación procesal; y porque si bien en España el régimen de detención preventiva se encuentra regulada en la legislación penitenciaria, en algunos países como Venezuela, al menos hasta reciente data, la protección de los derechos de las personas procesadas han sido las competencia de los tribunales correspondientes a las fases procesales anteriores a la ejecución penal, ello, de conformidad con la legislación procesal de aquél país.

Administración Penitenciaria y la persona condenada es de más reciente data. Ello se debe a que con el reconocimiento de la persona privada de libertad como sujeto de derechos, se estableció una relación jurídica de derechos y deberes recíprocos entre el órgano administrativo y el condenado[533]. Esta circunstancia, trajo como primera consecuencia que el amparo de los derechos subjetivos, de ambas partes, debían ser tutelados por un órgano independiente, a fin de que tales derechos sean garantizados eficazmente.

Otra de las consecuencias de la creación de un régimen jurídico que regulara la relación entre la Administración Penitenciaria y la persona privada de libertad deriva de la naturaleza misma de la función judicial, la cual está integrada por la función de juzgar para dirimir las diferencias entre las partes y de ejecutar lo juzgado. Sin embargo, la referida función ejecutiva por parte de los tribunales no ha sido siempre pacífica pues, como nos enseña MONTEJO Y RICA, para principios del siglo XX un sector de la doctrina consideraba que "no cabe entregar al Poder judicial la ejecución de sentencias ni en materia penal, en la que se puede estimar que se ejerce la soberanía de un modo saliente y completo, y en la que los avances del Derecho penal han puesto de manifiesto la necesidad para aplicar el tratamiento a que deben ser sometidos los delincuentes de conocimientos y prácticas especiales"[534].

Pese a que la referida lógica operativa de la ejecución de la pena privativa de libertad, basada en la finalidad preventivo especial atribuida actualmente a la pena, podría justificar la supresión de la facultad ejecutiva de los tribunales en los términos expresados por un sector de la doctrina, lo cierto es que "es un hecho que no cabe separar por entero el juicio y la ejecución, porque lo dispuesto en las sentencia resulta comienzo de la ejecución que, al comparecer ante los tribunales, se reclama. Y hay que constar, asimismo, con que se despojaría al Poder judicial de la autoridad para afirmar prácticamente el Derecho, si no se le otorgara, cual siempre se le ha concedido, la facultad de unir a sus fallos un mandato, o una fórmula imperativa de ejecución, que es sin duda, facultad ejecutiva"[535].

Ciertamente, la ejecución de las penas privativas de libertad implica la realización de tareas de orden técnico multidisciplinar, tareas que van orientadas a procurar la reinserción social del condenado durante su reclusión. Pero también, como consecuencia de la señalada función preventivo especial del encierro punitivo, la ley prevé estrategias que facilitarían la reinserción del penado mediante su acercamiento progresivo a la vida en libertad, a través de los llamados beneficios penitenciarios o fórmulas alternativas de cumplimiento de condena, medidas estas que en sí misma alteran la naturaleza de la pena privativa de libertad y que, por lo

[533] Vid. CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología…, ob. cit., p. 11.
[534] Cfr. MONTEJO Y RICA, T.: La función judicial…, ob. cit., p. 484.
[535] Cfr. MONTEJO Y RICA, T.: La función judicial…, Ibid., pp. 484-485.

tanto, para su aprobación deben ser revisadas por el órgano jurisdiccional competente[536].

La garantía judicial durante la ejecución de la pena privativa de libertad implica la reafirmación del régimen jurídico y, por ende, mediante la intervención del órgano jurisdiccional, queda descartada cualquier atisbo de arbitrariedad por parte de la administración al momento de conceder las medidas de libertad anticipada. Cabe destacar que no ha sido pacífica la aplicación de medidas de prelibertad a los condenados, pese a la efectividad de las mismas para alcanzar los fines reinsertadores de la pena privativa de libertad. Entre las razones que dan lugar a las críticas hacia la implementación de los beneficios penitenciarios, se encuentra la creencia de que estas medidas implican impunidad, idea esta que se intensifica especialmente en momentos de índices de criminalidad elevados.

Pero, al contrario de lo que se puede llegar a pensar, estas medidas de libertad anticipada no implican impunidad, pues para que los tribunales de ejecución puedan autorizar tales medidas, el condenado debe cubrir una serie de requisitos objetivos y subjetivos y, el condenado, una vez en libertad, debe observar y cumplir con una serie de condiciones y obligaciones asignadas por el tribunal durante el tiempo restante de la condena, cuestión que certifica que el penado continúa cumpliendo su sanción penal aun estando en libertad, pues, en caso de inobservancia de tales condiciones, la medida debería ser revocada por el órgano jurisdiccional.

En definitiva, la inobservancia de la ley por parte del condenado sometido a una medida de prelibertad da lugar a la revocatoria de la referida medida y, en virtud de ello, no habría razones fundadas para dudar de que la misión estatal de hacer cumplir la ley continua vigente durante la ejecución de las medidas de prelibertad; en todo caso, este punto lo volveremos a ventilar *infra* cuando en el *Capítulo VII* analicemos el impacto de las reformas legislativas Neo-retributivas en la ejecución del pena privativa de libertad.

Por otra parte, la exigencia de juridicidad durante la ejecución de la pena, además de ser una consecuencia del referido reconocimiento de la persona privada de libertad como sujeto de derechos independientemente tenga el estatus de procesado o condenado, es una exigencia misma del modelo democrático del Estado social de Derecho en los términos que estudiamos precedentemente. El desarrollo que, en la última centuria ha tenido la regulación de la relación jurídica entre la persona privada de libertad y la Administración Penitenciaria, ha consolidado el Derecho penitenciario

[536] Para un estudio detenido acerca de los beneficios penitenciarios y su influencia en la ejecución de la pena privativa de libertad orientada hacia la <<prevención especial>>, Vid. MILLA VÁZQUEZ, D.: Los beneficios penitenciarios en Iberoamérica. Historia, Teoría y Praxis. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2016, *passim*.

como disciplina autónoma respecto de otras ramas del Derecho como el Derecho penal, el administrativo o el procesal[537].

Actualmente se puede hablar de la autonomía del Derecho penitenciario no sólo por tener una denominación propia y por poseer un cuerpo normativo propio, sino también por tener un objeto científico de conocimiento y su autonomía jurisdiccional[538].

Hasta ahora, con ocasión al análisis de la <<garantía ejecutiva>> del Principio de Legalidad en el ámbito penal, hemos dejado entrever el objeto científico de conocimiento del Derecho penitenciario, el cual se traduce en el estudio del conjunto de normas jurídicas que regulan la relación jurídica que -durante la ejecución de las penas y las medidas de seguridad privativas de libertad- surge entre la administración penitenciaria y la persona privada de libertad[539]. Pero en cuanto al tema que nos ocupa en el presente apartado, mayor relevancia tiene el aspecto referido a la ley penitenciaria y al órgano jurisdiccional encargado de velar por su cumplimiento, pues, con ello la relación entre la persona privada de libertad y la Administración Penitenciaria queda regulada y sometida a los controles establecidos por esa regulación.

En España, la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad está regulada en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), LO 1/1979, de 26 de septiembre y por el Reglamento Penitenciario (RP) RD 190/1996, de 9 de febrero, Reglamento que "mantiene la vigencia de los artículos 108, 109, 110 y 111 y del primer párrafo del artículo 124 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 787/1984, de 26 de

[537] La configuración de un texto legal que regule la relación jurídica entre la persona privada de libertad y la administración penitenciaria es, a nuestro modo de ver, determinante. Un ejemplo de ello nos lo muestra lo sucedido en España, pues antes de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de 26 de septiembre de 1979, existía, según observa GARCÍA VALDÉS, una evidente dispersión normativa caracterizada por "escasos preceptos sustantivos y adjetivos, en unión de diversos Decretos, Órdenes Ministeriales y Circulares de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias" las cuales regían este tema "obligando al interprete a una continua y delicada labor de exégesis y concordancia" Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: Derecho Penitenciario (Escritos. 1982-1989). Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 11. Ante el referido panorama no era de extrañar que, previo a la entrada en vigencia de la referida legislación penitenciaria hispana, un sector de la doctrina penológica negara la autonomía del Derecho penitenciario respecto de otras disciplinas jurídicas, como sucedió con CUELLO CALÓN, cuando en su citada obra "la Moderna Penología" -publicada 30 años antes de la señalada hecha por el reformador y penitenciarista español GARCÍA VALDÉS y que acabamos de reproducir- destacó que no le parecía muy acertada la tesis de la autonomía en virtud de que "si se examina el contenido de este derecho de ejecución penal, o derecho penitenciario, se percibe claramente que apenas se integra con normas propias, ya que, en gran medida, está formado por elementos de derecho penal material, de derecho procesal penal y de derecho administrativo, y que, además, carece de objeto propio y autónomo". CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología…, ob. cit., pp. 11 y 12. También, acerca de algunos antecedentes a la Ley General Penitenciaria española, Vid. JUANATEY DORADO, C.: Manual de Derecho penitenciario. 1ª ed. Iustel, Madrid, 2011, p. 61.

[538] Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Derecho Penitenciario…, ob. cit., p. 11.

[539] En este sentido, Vid. por todos, CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología…, ob. cit., p. 11; GARCÍA VALDÉS, C.: Derecho Penitenciario…, ob. cit., p. 14.

marzo, relativos a las faltas o infracciones de los internos, a las sanciones disciplinarias y a los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada (Disposición derogatoria RP), Hay que tener en cuenta las reformas operadas por la LO 6 y /2003, de 30 de junio, y otras posteriores"[540]; además de las disposiciones aplicables del Código Penal de 2015, de la Ley Orgánica General del Poder Judicial y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[541].

Ahora bien, de conformidad con la LOGP, las penas privativas de libertad están orientadas a la <<prevención especial>>, cuestión que se traduce en que, durante la ejecución del encierro, la Administración Penitenciaria -con fundamento en los conocimientos científicos- debe brindar al penado las herramientas necesarias para facilitar su reinserción social una vez éste recupere su libertad al finalizar la condena[542]. En consecuencia, la referida finalidad que la Ley Orgánica General Penitenciaria concede a esta modalidad de sanción penal responde -en palabras de JUANATEY DORADO- "a la firme voluntad del legislador de 1979 de remarcar el carácter científico del tratamiento, que se ha de programar sobre la base de un estudio individualizado de la personalidad y del historial completo del interno, ha de consistir en la variable utilización de métodos científicos, y ha de ser de carácter continuo y dinámico"[543].

En atención a la referida finalidad <<preventivo especial>>, el eje central de la ejecución de la pena privativa de libertad en el Derecho penitenciario español es el "tratamiento penitenciario", y, por lo tanto, en torno a él gira el funcionamiento de las prisiones. De acuerdo con lo señalado por GARCÍA VALDÉS -redactor de la LOGP- por <<tratamiento penitenciario>> ha de entenderse como: "el conjunto de disciplinas y de las consiguientes actividades encaminadas a procurar la meta constitucional y legal de la reinserción del penado, entendida modestamente, desde un principio, con un planteamiento llamado de mínimos consistente en cómo hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la ley penal (art. 59 LOGP) o sencillamente que sea capaz, en el futuro, de llevar una vida sin delitos"[544].

La LOGP para alcanzar el objetivo reinsertador a través del tratamiento penitenciario estableció -en su artículo 72 numeral 1º- el denominado sistema

[540] Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., p.115.
[541] Vid. JUANATEY DORADO, C.: Manual de Derecho penitenciario…, ob. cit., p. 62.
[542] Artículo 72 LOGP: "*Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, de acuerdo con lo que determina el Código penal*"
[543] Vid. JUANATEY DORADO, C.: Manual de Derecho penitenciario…, ob. cit., p. 62.
[544] Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: Apuntes históricos del derecho penitenciario español. Discurso pronunciado en la solemne apertura del curso académico 2014-2015, el 5 de septiembre de 2014, en el Paraninfo de la Universidad de Alcalá. Edisofer S. L. Libros Jurídicos, Madrid, 2014, p. 42.

de individualización científica[545], separado en grados, como forma cumplimiento de las penas privativas de libertad, produciéndose de esta manera -en palabras de GARRIDO GUZMÁN- "un importante acontecimiento: el abandono del tradicional sistema progresivo español, con las consecuencias de índole jurídico-penal y penitenciario que tal hecho lleva consigo"[546].

Ahora bien, de conformidad con la LOGP, el primer grado se corresponde con el régimen cerrado, el segundo grado se refiere al régimen ordinario; el tercer grado lo constituye el régimen abierto, y un cuarto grado que se traduce en la libertad condicional, Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en Establecimientos ordinarios y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los Establecimientos de régimen cerrado (art. 72/2º LOGP).

El sistema de individualización científica contenida en la LOGP ofrece la ventaja de que, al ser un sistema flexible, "permite que el penado pueda ser situado inicialmente en cualquier grado, salvo el de la libertad condicional", y "en los ascensos de un grado a otro no hay exigencia de tiempos mínimos"[547] lo que permite -en palabras del redactor del Título III de la referida ley penitenciaria, ALARCÓN BRAVO[548]- "libertad de elección en el momento clasificatorio inicial", siendo además "decisivo exclusivamente para la progresión o regresión los criterios que radican en la persona (comportamentales o de evolución de la personalidad), no los externos o jurídicos penales"[549].

Este sistema de individualización científica, en su tiempo, representó una innovación frente al tradicional régimen progresivo, que aun actualmente conservan algunas legislaciones penitenciarias como sucede, por ejemplo, en

[545] Para un estudio más detenido y completo acerca del sistema de individualización científica Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: Individualización científica y tratamiento en prisión. Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 2014, pp. 479-530; y Vid. FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "El sistema de ejecución de condenas en España. El sistema de individualización científica", en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 35, 2015, pp. 125-187; y más recientemente, CERVELLÓ DONDERIS, V.: "Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 155-179; y FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "Del sistema progresivo a la individualización científica: La elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979 en el Derecho penitenciario", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 483-519.

[546] Cfr. GARRIDO GUZMAN, L.: Manual de ciencia penitenciaria. Edelsa, Editoriales de Derecho Reunidas, Caracas-Madrid, 1983, p. 288.

[547] Cfr. GARRIDO GUZMAN, L.: Manual de ciencia penitenciaria…, Ibid., p. 290.

[548] Vid. GARCÍA VALDÉS, C: Comentarios a la Ley General Penitenciaria. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1980, p. 154; Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Apuntes históricos del derecho penitenciario español…, ob. cit., p. 42.

[549] Cfr. ALARCÓN BRAVO.: "El tratamiento penitenciario", en: *Estudios penales*, II, la Reforma Penitenciaria, Santiago de Compostela, 1978, p. 41.

el caso venezolano[550]. El sistema progresivo, tal como acertadamente lo ha explicado MIR PUIG, "en sentido estricto, supondría la necesidad de atravesar distintas fases en el cumplimiento de la pena, cada una de las cuales representaría una mejora (progresión) de las condiciones de la condena en comparación con la fase o fases anteriores"[551].

Por otra parte, la LOGP acertó al separar los diversos aspectos que conllevan las diferentes actividades regimentales, tales como: el trabajo, la disciplina, la asistencia sanitaria y religiosa, los permisos, entre otros. Así, de conformidad con lo dispuesto en la LOGP, el tratamiento penitenciario se presenta como una actividad autónoma fuera del genérico desarrollo del régimen penitenciario[552]. Ahora bien, GARCÍA VALDES, al explicar el contenido de las disposiciones de la LOGP referentes al tratamiento penitenciario, advirtió que el objetivo del tratamiento está inspirado en el artículo 25.2 de la Constitución española, pues con ello se pretende "hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a la familia, al prójimo y a la sociedad en general"[553].

Tal como se ha apuntado *supra*, la connotación <<social>> del modelo de Estado de Derecho, obliga al Estado a intervenir activamente en la vida del individuo con miras a alcanzar su procura existencial. Sin embargo, la connotación <<democrática>> que también acompaña al modelo de Estado actual, exige que éste no invada la esfera de la personalidad más allá del límite exigido por la <<dignidad humana>> de la persona privada de libertad. Por ello, se entiende -en palabras de GARCÍA VALDÉS- la referencia al obligado respeto a los derechos constitucionales como único límite a los métodos de tratamiento penitenciario que puedan emplearse, pues, como acabamos de

[550] Para una aproximación al régimen penitenciario venezolano vigente desde la Ley de Régimen Penitenciario del año 1961 y sus sucesivas reformas, Vid. LINARES ALEMÁN, M.: El sistema penitenciario venezolano. Universidad Central de Venezuela-Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas-Instituto de Ciencias Penales y criminológicas, Caracas, 1977, *passim*; Vid. MORÁIS DE GUERRERO, M. G.: "La Constitución venezolana y la Ley de Régimen Penitenciario. Compatibilidades y contradicciones", en *Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 44, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1992, pp. 77-106; MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit. pp. 90-101; MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera 1958-2008. Fundación Empresas Polar, Caracas, 2001, pp. 30-52; y más recientemente, tras la promulgación del Código Orgánico Penitenciario Vid. AÑÉZ CASTILLO, M. A.: "Código Orgánico Penitenciario ¿Hacia la Transformación del Sistema Carcelario?", en *Cuestiones políticas*, Vol. 32, N.º 57 (julio-diciembre) 2016, pp. 96-116.

[551] Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., p. 779.

[552] Vid. GARCÍA VALDÉS, C: Comentarios a la Ley General Penitenciaria…, ob. cit., p. 153.

[553] Vid. GARCÍA VALDÉS, C: Comentarios a la Ley General Penitenciaria…, Ibid., p. 154.

advertir, estos métodos deben realizarse respetando el derecho a la dignidad humana de las personas privadas de libertad[554].

Ante el supuesto de negativa del condenado a participar en el tratamiento, el legislador suprimió cualquier tipo de sanción disciplinaria para esos casos, ello con el propósito de fomentar y garantizar la participación espontanea del interno en el tratamiento penitenciario, pues, con la supresión de esa sanción el legislador intentaría diferenciar el deber del condenado de participar en estas actividades, de los otros deberes que sí implican una infracción disciplinaria dentro del entorno penitenciario[555].

Por otra parte, el mantenimiento de las condiciones idóneas que faciliten la implementación del tratamiento individualizado depende en gran medida del régimen imperante dentro de la prisión. Así, el régimen penitenciario consiste en "la recta ordenación de la vida en el interior de las prisiones, del mantenimiento en las mismas de una razonable convivencia. Y en él cabe todo elenco de instituciones: la inicial separación de los reclusos en los ingresos, la disciplina y el control de las personas y enseres, la sanción y el modelo premial; el sistema de organización de los centros en su conjunto, desde los horarios hasta la uniformidad; el trabajo remunerado y con prestaciones sociales, la asistencia sanitaria, religiosa o educacional; los beneficios penitenciarios, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida o, para finalizar, las visitas y comunicaciones de los reclusos"[556] .

Obsérvese hasta aquí que, los aspectos esenciales de la gestión penitenciaria se encuentran actualmente regulados por la ley. Esta circunstancia es una exigencia natural del Principio de Legalidad de la Ejecución Penal, pues, sólo así se podría evitar que el personal penitenciario, en el ejercicio de su especialísima labor, pueda incurrir en abusos en detrimento de los derechos y la dignidad humana de las personas privadas de libertad.

Asimismo, aunado al reconocimiento de derechos a las personas privadas de libertad, también los internos tienen <<deberes>> que cumplir para que el régimen dentro de la prisión funcione de idóneamente. Así, con la determinación legal de los deberes de las personas privadas de libertad se procura mantener el orden y la disciplina en el interior de los establecimientos penitenciarios, por lo tanto, el desacato de los mismos por parte de los internos implica la imposición de determinadas sanciones previamente estipuladas en la ley.

[554] Vid. GARCÍA VALDÉS, C: Comentarios a la Ley General Penitenciaria…, ob. cit., p. 155.
[555] Vid. GARCÍA VALDÉS, C: Comentarios a la Ley General Penitenciaria…, Ibid., p. 156; Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Apuntes históricos del derecho penitenciario español…, ob. cit., p. 43.
[556] Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: Apuntes históricos del derecho penitenciario español…, Ibid., p. 42

Ahora bien, como puede observarse, el principio de legalidad en general, y su vertiente como <<garantía ejecutiva>> en particular, está íntimamente relacionado con el reconocimiento de la persona privada de libertad -y particularmente el condenado con una sentencia firme- como sujetos de derechos, es decir, como un *aliene juris*, como una persona que "se halla en una relación de derecho público con el Estado y descontados los derechos perdidos y limitados por la condena, su condición jurídica es igual a la de las personas no condenadas"[557]. Sin embargo, como bien apunta MORÁIS, "el problema de los Derechos Humanos en general y de los Derechos Humanos de los reclusos en particular, tiene pues doble vertiente: una, relacionada con el reconocimiento de esos derechos y la otra, referida a su efectiva tutela y aplicación"[558] -también sobre esta cuestión volveremos *infra*-.

De lo analizado hasta ahora se desprende que la potestad punitiva del Estado implica la previa tipificación de los delitos y la determinación de la pena, la persecución y enjuiciamiento penal del infractor de la ley penal de conformidad con los parámetros previstos en la legislación procesal penal, y la ejecución de la pena aplicable con fundamento en la ley sustantiva penal y en la legislación penitenciaria. Sin embargo, pese a que la materialización del Derecho en la práctica, desde hace centurias, se verifica mediante la actuación de los tribunales durante la fase de enjuiciamiento penal, la presencia de los tribunales de ejecución penal es una figura de más reciente data.

La explicación de esta circunstancia la encontramos en la ya reiterada necesidad de proteger los derechos de los condenados durante su reclusión. Pero también, el juez de vigilancia penitenciaria -o de ejecución penal, terminología empleada en Portugal[559] y en Venezuela; o juez de ejecución de penas, como se denomina en Francia- es una manifestación de la independencia del Poder Judicial "*poder al que corresponde juzgar, pero también hacer ejecutar lo juzgado según el artículo 117.3º de la Constitución*"[560].

La judicialización de la ejecución de las penas privativas de libertad es un acontecimiento relativamente novedoso en países de nuestro entorno cultural. En España, la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria[561] nació con

[557] Cfr. MORÁIS, M. G.: La pena: su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., p. 77.
[558] Cfr. MORÁIS, M. G.: La pena: su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, Ibid., p. 77.
[559] Para una revisión detenida acerca de la experiencia portuguesa, Vid. por todos, BURÓZ ARISMENDI, R. / RIVAS GÓMEZ, E.: Aspectos penitenciarios de la individualización judicial: Ponencia al Octavo Congreso de Defensa Social (Paris 1971). Facultad de Derecho, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1971, p. 22; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: El juez de vigilancia penitenciaria. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1985, pp. 92-95; la misma, "La institución del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el Derecho comparado: Sus relaciones con la Administración Penitenciaria", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, Fasc/Mes 1, 1986. pp. 83 y 84.
[560] Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: El juez de vigilancia penitenciaria. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1985, p. 19.
[561] Para un estudio más detenido acerca del Juez de Vigilancia Penitenciaria, Vid. por todos, CANO MATA, A.: "El Juez de Ejecución de Penas", en Revista de Estudios Penitenciarios, N.º 176-177, enero-junio 1967,

la Ley Orgánica General Penitenciaria, y en Venezuela la judicialización de la ejecución penal se estableció con la introducción del nuevo sistema acusatorio contenido en el Código Orgánico Procesal Penal que entraría en vigencia en el año 1998.

Ahora bien, la primera consecuencia que, desde el punto de vista práctico, nace con la creación del control judicial durante la fase de ejecución de la pena privativa de libertad, estriba en que la aplicación de la referida sanción penal adquiere una doble naturaleza: <<administrativa y jurisdiccional>>.

La naturaleza administrativa de la ejecución de la pena estriba en que corresponde a la administración penitenciaria la ingente labor de gerenciar las instituciones penitenciarias, y ejecutar materialmente la pena privativa de libertad. La labor de la administración penitenciaria es crucial para el funcionamiento correcto del Sistema Penitenciario, porque, entre otras razones, a la administración penitenciaria le compete directamente mantener el equilibrio entre los elementos que integran al sistema penitenciario, a saber: <<población reclusa, edificaciones y personal penitenciario>>[562].

---

pp. 61 y ss; ORTEGA LLORCA, V.: "El Juez de Vigilancia Penitenciaria", en Cuadernos de la Facultad de Derecho. Palma de Mallorca, 1982/1, pp. 91 y ss.; JAEN VALLEJO, M.: "El Juez de Vigilancia", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, noviembre-diciembre 1982, pp. 31 y ss.; BUENO ARÚS, F.: "Los jueces de vigilancia penitenciaria y la criminología", en *Poder Judicial*, n º 7, 1983, pp. 121 y ss.; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: El Juez de vigilancia…, ob. cit., *passim*; la misma, "la institución del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el Derecho comparado: Sus relaciones con la Administración Penitenciaria"…, ob. cit., *passim*; la misma: "El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria", en *Cuadernos de Política Criminal*, n º 40, 1990, pp. 147 y ss.; ASENCIO CANTISÁN, H.: "El juez de vigilancia penitenciaria", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n º 237, 1987, p. 7 y ss.; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "La problemática actual del Juez de Vigilancia", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n º s 232-235, 1981, pp. 7 y ss.; el mismo: "Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los Jueces de Vigilancia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXVII, Fasc/Mes 1, 1984, pp. 84 y ss.; el mismo: "El juez de Vigilancia", en VV. AA.: Lecciones de Derecho penitenciario, 2ª ed. Salamanca, 1989, pp.173 y ss.; GONZÁLEZ NAVARRO, F.: "Los jueces de Vigilancia Penitenciaria", en *Actualidad Administrativa*, n º 27, julio 1990, pp. 299 y ss.; y en *Actualidad Penal* nº 33, septiembre 1990, pp. 359 y ss; CONDE PUMPIDO, M.: Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: Valoración crítica, especial referencia al artículo 76, en VV. AA.: VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación-Junta de Andalucía, Sevilla, 1990, *passim*; RUIZ VADILLO, E.: "Perfil del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción", en VV. AA.: Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria), Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, pp., 239 y ss.; PEITEADO MARISCAL, P.: La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad. Edersa, Madrid, 2000, *passim*; MARTÍN DIAZ, F.: El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Garante de los Derechos de los Reclusos. Comares, Granada, 2002, *passim*; GARCÍA VALDÉS, C.: "Competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria: Necesidad de asumir nuevas competencias", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n º 17, 2003, pp., 79 y ss.; el mismo; "Los orígenes y la puesta en marcha del Juez de Vigilancia en la legislación penitenciaria española", en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n º 107, 2014, pp. 9 y ss; ZARAGOZA HUERTA, J.: Derecho penitenciario español. Elsa G, De Lazcano, México, 2007, pp. 37-58. Y más recientemente, también ALONSO DE ESCAMILLA, A: "Las nuevas competencias del juez de vigilancia penitenciaria", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 75 y ss.

[562] Vid. MORÁIS, M.G.: EL Sistema Penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera 1958-2008. Fundación Polar, Caracas, 2011, p. 24.

En efecto, y como intentaremos comprobar *infra* en el *Capítulo VIII* de este estudio, para que el Sistema Penitenciario funcione idóneamente, se requiere que los establecimientos penitenciarios cuenten con la infraestructura necesaria para que las actividades regimentales (trabajo, educación, etc.) se desarrollen con normalidad de conformidad a los parámetros legales; asimismo, el personal penitenciario debe gozar de las condiciones y garantías necesarias (ej. Tener el estatus de funcionarios públicos, condiciones laborales dignas) para ejercer eficientemente su función[563]; aunado a ello, la Administración Penitenciaria debe garantizar que los recintos de reclusión cuenten con el personal penitenciario, debidamente formado y en número suficiente, para custodiar a la población reclusa[564].

---

[563] Al respecto, Vid. el trascendental informe de las Naciones Unidas donde se estudia las condiciones mínimas con las que el personal de los establecimientos penitenciarios debe contar para realizar eficazmente su labor. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Personal. Estatuto, selección y formación del personal penitenciario. Informe de la Secretaría. ONU, Ginebra, 1955, pp. 1-36.

[564] Los estándares internacionales emanados tanto de organismos universales -Organización de las Naciones Unidas-, como de organismos internacionales regionales -Consejo de Europa, Organización de Estados Americanos, etc.- ponen especial énfasis en la selección, capacitación y mantenimiento del personal que labora en las prisiones. En el plano universal, las reglas 74 y 75 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela), establecen lo siguiente:

"**Regla 74**

1. La administración penitenciaria seleccionará cuidadosamente al personal de todos los grados, puesto que de la integridad, humanidad, aptitud personal y capacidad profesional de dicho personal dependerá la buena dirección de los establecimientos penitenciarios.
2. La administración penitenciaria se esforzará constantemente por despertar y mantener, en el espíritu del personal y en la opinión pública, la convicción de que la función penitenciaria constituye un servicio social de gran importancia y, al efecto, utilizará todos los medios apropiados para informar al público.
3. Para lograr los fines mencionados será indispensable que los miembros del personal penitenciario sean profesionales contratados a tiempo completo con la condición de funcionarios públicos y, por tanto, con la seguridad de que la estabilidad en su empleo dependerá únicamente de su buena conducta, de la eficacia de su trabajo y de su aptitud física. La remuneración del personal deberá ser suficiente para obtener y conservar los servicios de hombres y mujeres capaces. Las prestaciones laborales y condiciones de servicio serán favorables, teniendo en cuenta el difícil trabajo que desempeñan.

Regla 75

1. Todo el personal penitenciario poseerá un nivel de educación suficiente y dispondrá de la capacidad y los medios necesarios para desempeñar sus funciones de una manera profesional.
2. A todo el personal penitenciario se le impartirá, antes de su entrada en funciones, una capacitación adaptada a sus funciones generales y específicas, que refleje las mejores prácticas contemporáneas de base empírica en el ámbito de las ciencias penales. Solo los candidatos que superen satisfactoriamente las pruebas teóricas y prácticas al término de la capacitación recibirán autorización para ingresar en el servicio penitenciario.
3. La administración penitenciaria impartirá de manera continua cursos de formación en el empleo con miras a mantener y mejorar los conocimientos y la capacidad profesional del personal después de su incorporación al servicio y durante su carrera profesional."

Por su parte, las Reglas Penitenciarias Europeas establecen en términos similares los estándares aceptados por los Estados de la región europea, los cuales se reproducen a continuación:

"**Selección del personal**

76. El personal será seleccionado cuidadosamente, deberá tener una formación adecuada, tanto en lo relativo a su formación inicial como a su formación continua, y se le remunerará como mano de obra cualificada y tendrá un estatus que le asegure el respeto de la sociedad civil.
77. A la hora de seleccionar nuevos miembros del personal, las autoridades penitenciarias pondrán énfasis en la necesidad de integridad, de cualidades humanas y de competencia profesional de los candidatos, así como en las habilidades necesarias para ejercer el complejo trabajo que les espera.

Sin embargo, para que el Sistema Penitenciario pueda cumplir con el cometido establecido en la ley es necesario que los elementos que la integran

78. Normalmente, el personal penitenciario profesional será contratado de manera permanente como funcionarios públicos y, por lo tanto, disfrutará de seguridad laboral en función solo de su buena conducta y eficiencia, su forma física, su salud mental y un nivel de educación adecuado.
79.1 La remuneración será suficiente para poder contratar y conservar al personal competente.
79.2 Las prestaciones sociales y las condiciones de empleo se determinarán teniendo en cuenta la naturaleza exigente de cualquier trabajo realizado como parte de un servicio de mantenimiento del orden.
80. Siempre que sea necesario contratar a personal a tiempo parcial, los criterios anteriores se aplicarán en la medida que sean pertinentes.
Formación del personal penitenciario
81.1 Antes de asumir las funciones, el personal seguirá un curso de formación general y especial y tendrá que superar unas pruebas teóricas y prácticas. 81.2 La administración velará para que, a lo largo de su carrera profesional, el personal mantenga y mejore sus conocimientos y sus competencias profesionales mediante la asistencia a cursos de formación continua y de perfeccionamiento, organizados a intervalos adecuados.
81.3 El personal que tenga que trabajar con grupos específicos de internos (extranjeros, mujeres, menores, enfermos mentales, etc.) deberá recibir formación específica adaptada a sus tareas especializadas.
81.4 La formación de todos los miembros del personal incluirá el estudio de instrumentos internacionales y regionales para protección de los derechos humanos, en particular la Convención Europea de Derechos Humanos (STE nº 5) y la Convención Europea para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (STE núm. 126), así como la aplicación de las reglas europeas de prisiones".
También, la Organización de Estados Americanos -a través de la Relatoría de sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad- ha publicado los Principios y Buenas Practicas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, donde en su Principio XX sobre "El personal de los lugares de privación de libertad" estableció los estándares que deben ser tomados en cuenta por los Estados americanos, en el tenor siguiente:
"El personal que tenga bajo su responsabilidad la dirección, custodia, tratamiento, traslado, disciplina y vigilancia de personas privadas de libertad, deberá ajustarse, en todo momento y circunstancia, al respeto a los derechos humanos de las personas privadas de libertad y de sus familiares.
El personal deberá ser seleccionado cuidadosamente, teniendo en cuenta su integridad ética y moral, sensibilidad a la diversidad cultural y a las cuestiones de género, capacidad profesional, adecuación personal a su función, y sentido de responsabilidad.
Se garantizará que el personal esté integrado por empleados y funcionarios idóneos, de uno y otro sexo, preferentemente con condición de servidores públicos y de carácter civil. Como regla general, se prohibirá que miembros de la Policía o de las Fuerzas Armadas ejerzan funciones de custodia directa en los establecimientos de las personas privadas de libertad, con la excepción de instalaciones policiales o militares.
Los lugares de privación de libertad para mujeres, o las secciones de mujeres en los establecimientos mixtos, estarán bajo la dirección de personal femenino. La vigilancia y custodia de las mujeres privadas de libertad será ejercida exclusivamente por personal de sexo femenino, sin perjuicio de que sus funcionarios con otras capacidades o de otras disciplinas, tales como médicos, profesionales de enseñanza o personal administrativo, puedan ser del sexo masculino.
Se dispondrá en los lugares de privación de libertad de personal calificado y suficiente para garantizar la seguridad, vigilancia, custodia, y para atender las necesidades médicas, psicológicas, educativas, laborales de otra índole.
Se asignará al personal de los lugares de privación de libertad los recursos y equipo necesarios para que puedan desempeñar su trabajo en las condiciones adecuadas, incluyendo una remuneración justa y apropiada, y condiciones dignas de alojamiento y servicios básicos apropiados.
El personal de los lugares de privación de libertad recibirá instrucción inicial y capacitación periódica especializada, con énfasis en el carácter social de la función. La formación de personal deberá incluir, por lo menos, capacitación sobre derechos humanos; sobre derechos, deberes y prohibiciones en el ejercicio de sus funciones; y sobre los principios y reglas nacionales e internacionales relativos al uso de la fuerza, armas de fuego, así como contención física. Para tales fines, los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos promoverán la creación y el funcionamiento de programas de entrenamiento y de enseñanza, contando con la participación y cooperación de instituciones de la sociedad y de la empresa privada".

estén equilibrados, equilibrio que depende también, y en gran medida, del correcto funcionamiento del resto de los órganos del Poder Público que integran el Sistema de Administración de Justicia (Policía, Tribunales, Ministerio Público). Como acertadamente ha advertido MORÁIS, en el ámbito penitenciario "la visión sistemática es clave, pues lo penitenciario es el último eslabón de la cadena dentro del Sistema de Administración de Justicia Penal que, a su vez, está inserto en las condiciones políticas del país. Por ejemplo, la población reclusa -como uno de los elementos del Sistema Penitenciario- es el resultado del aumento de la criminalidad, así como de la acción policial y judicial"[565].

En cuanto a la naturaleza jurisdiccional de la fase de ejecución penal, esta se centra en la labor de supervisión que el tribunal ejerce para verificar y controlar las condiciones de reclusión en las que se encuentra la persona privada de libertad. Esta tarea, el tribunal de ejecución las puede realizar de varias maneras; por ejemplo, en el caso venezolano, los tribunales de ejecución podían inspeccionar personalmente los establecimientos penitenciarios, además, de hacer comparecer a los condenados ante el tribunal también con la intensión de verificar las condiciones en las cuales se encontraban los reclusos[566].

Ahora bien, naturalmente, para que el tribunal de ejecución pueda realizar su labor garantista requiere de cierta discrecionalidad en esta tarea. No obstante, la doctrina ha advertido acerca de la necesidad de que los linderos de esa discrecionalidad jurisdiccional estén claramente definidos[567]. En cualquier caso, con la definición clara de las funciones y los límites quedaría reafirmada la natural independencia que, en un Estado social y democrático de Derecho, debe existir entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, independencia que, desde luego, no implica que el Principio de colaboración que debe existir entre ambos poderes quede relegado.

Finalmente, el Principio de Legalidad de la Ejecución Penal es una garantía de que la condena va a ser cumplida de acuerdo al contenido de la sentencia en una sanción orientada hacia la <<prevención especial>> como sucede, por ejemplo, en la comentada legislación penitenciaria española. En

---

[565] Cfr. MORÁIS, M.G.: El Sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera…, ob. cit., p. 302.

[566] Con la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico Penitenciario, esta competencia de los tribunales de ejecución ha quedado mermada en Venezuela. Al respecto, Vid. OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Situación de las visitas de los familiares y los allegados de los reclusos a los lugares de reclusión de Venezuela…, ob. cit., p. 10.

[567] En un sentido similar, Vid., por todos, GARCÍA VALDÉS, C.: Introducción a la penología. 2ª ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982, p. 154; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: Relaciones entre la Administración Penitenciaria y el Juez de Vigilancia…, ob. cit., pp. 84 y 85; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: El juez de vigilancia penitenciaria…, ob. cit., p. 30; también en; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: "La institución del Juez de Vigilancia en el Derecho Comparado…", ob. cit., p.75.

efecto, dada la pretensión reinsertadora del planteamiento preventivo especial, el tiempo de prisión o de encierro efectivo puede verse acortado dependiendo de la evolución o de la progresión observada por la administración penitenciaria en el penado y, en consecuencia, la naturaleza de la pena podría cambiar sustancialmente, al pasar de un régimen de privación de libertad a otro de semilibertad o de libertad restringida. En este caso, la autoridad lógica que podría alterar el tiempo de duración del encierro debería ser el tribunal, y no la Administración Penitenciaria.

En cualquier caso, acerca de algunos de los puntos tratados en este apartado relativos al <<Principio de Legalidad de la Ejecución Penal>>, volveremos más adelante cuando realicemos los análisis normativo y fenomenológico del impacto que las reformas Neoretributivas penales y procesales tienen en la pena privativa de libertad ejecutada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

CAPÍTULO V
LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DENTRO DEL CONTEXTO DEL ESTADO DE DERECHO. EL DESARROLLO DE SU FINALIDAD PROTECTORA DE LA SOCIEDAD MEDIANTE LA REPRESIÓN Y PREVENCIÓN DEL DELITO, DESDE LAS POSTRIMERÍAS DEL SIGLO XVIII HASTA LOS ALBORES DEL SIGLO XXI

5.1.- La pena privativa de libertad como expresión de la humanización de la penalidad

Con la revisión de la historia de la penalidad y su relación con las formas de organización política imperante en las sociedades occidentales -de tiempos pasados- que hemos realizado en los *Capítulos* precedentes, podemos percatarnos de que la penalidad ha sido un mecanismo empleado por la sociedad para defenderse de los ataques cometidos en su contra por los delincuentes.

Asimismo, a lo largo del resumen histórico expuesto hasta ahora -principalmente en los tres primeros *Capítulos*- hemos visto que la sociedad no sólo ha procurado contrarrestar el ataque delictivo mediante la imposición de un simple castigo que sirviera de escarmiento al delincuente, pues los castigos iban más allá del mero escarmiento al buscar eliminar o, por lo menos, inhabilitar al delincuente, para así acentuar el reproche penal y, con ello, intimidar al resto de los integrantes de la sociedad.

En efecto, obsérvese que antes del surgimiento del Estado de Derecho, con el tormento y la pena capital se pretendía -además de reprimir el delito mediante la inhabilitación o eliminación del delincuente- que la recriminación de la conducta delictiva por parte de la sociedad quedase aún más patente, pues, a mayor sufrimiento del delincuente -a semejanza de la idea religiosa de que mediante la aflicción se alcanzaba el perdón de la Divinidad- se daba el mensaje a la sociedad de que la vindicta pública quedaba asegurada y el orden social quedaba restablecido, para así intimidar al resto de la población que pretendiera imitar la conducta del delincuente. Por lo tanto, el fin último de la penalidad era el de preservar el orden social mediante la <<retribución>> en conjunto con la llamada <<prevención general>>, aunque ello representase la vulneración de la dignidad humana del delincuente.

Esta realidad empieza a transformarse lentamente con el arribo de la pena privativa de libertad junto a la adopción de los valores democráticos materializados en el Estado de Derecho surgido desde finales del siglo

XVIII[568], aunque la pena privativa de libertad -cuya ejecución está enmarcada dentro de un modelo penitenciario- no fue una derivación directa de la figura del Estado de Derecho, porque -como veremos *infra*- su inspiración proviene de los valores religiosos presentes en los practicantes de la filosofía calvinista radicados en Norteamérica. En definitiva, la humanización de la penalidad a través de la pena privativa de libertad ha sido -y continúa siéndolo- un proceso lento, porque la pretensión humanizadora de la pena privativa de libertad ha tenido que convivir con la innegable esencia <<retributiva>> del castigo.

Pero que el castigo tenga una esencia <<retributiva>> por ser una respuesta natural de la sociedad frente a la agresión dirigida contra ella mediante el delito, no significa que la pena privativa de libertad tenga como fin último -o único- la represión del delincuente donde -en palabras de NEUMAN- "no interesa un ápice el hombre preso"[569], pues la pena privativa de libertad -a diferencia de los otros tipos de penalidades que la precedieron- además de castigar, procura proteger a la sociedad de futuros ataques por parte del delincuente, protección que se pretende alcanzar sin necesidad de acabar con la vida o lesionar la integridad física del mismo. Bajo esta premisa, el castigo se consuma con la sola privación de la libertad, pero también el encierro punitivo tiene la tarea de evitar que el delincuente reincida en el delito, y ello implica que las prisiones cuenten con los medios necesarios para reducir la posibilidad de que el penado vuelva a delinquir, pero sin lesionar la <<dignidad humana>> de la persona. En esto se traduce la humanización de la penalidad a través de la pena privativa de libertad: las prisiones pasan de ser recintos infestos donde el individuo es visto como un ser *infra zoológico*, a ser lugares destinados a retener seres humanos que -por circunstancias sociales, económicas, biológicas, etc.- han cometido delitos y que, como condenados, deben cumplir sus penas en condiciones dignas; pues, recordemos que una de las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho es -precisamente- garantizar los derechos humanos a todas las personas sin discriminación alguna.

Así, la profesión penitenciaria surgió para asegurar que la finalidad de la pena privativa de libertad se lleve a cabo con humanidad, aunque en un principio -en consonancia con el modelo de Estado social de Derecho- esta profesión se confeccionase para asegurar el fin rehabilitador de la pena de la pena privativa de libertad (prevención especial) sin considerar al recluso como sujeto de derechos[570]. En efecto, GARCÍA RÁMIREZ, refiriéndose a la

[568] Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I.: "El principio de la personalidad de la pena en el Derecho histórico castellano", en *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos)*, N.º 11, 2005, p. 245.
[569]Cfr. NEUMAN, E.: Prisión abierta. Una experiencia penológica. Editorial Porrúa, México D.F. 2006, p. XIII.
[570] Para un estudio detallado acerca del origen y desarrollo del personal penitenciario moderno Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Personal. Estatuto, selección y formación del personal penitenciario. Informe de la Secretaría…, ob. cit., *passim*; Vid. FIGUEROA NAVARRO, C.: "Del soldado

profesión penitenciaria, ha advertido que sus antecedentes no están, "por supuesto, en el custodio brutal de las prisiones antiguas, y ni siquiera ha tomado su origen fundamental entre cultivadores de Derecho, la profesión penitenciaria es la alianza de la filantropía de los viejos visitadores de cárceles, del <<amigo de los prisioneros>>, con la ciencia hecha afanosamente, dentro de un inicial empeño antropológico, entre los muros de los reclusos. El penitenciarismo, así, ha brotado con singular espontaneidad de ese difícil concierto: es síntesis de cuidado humano, de desvelo cordial, solidario, con esfuerzo médico, antropológico, psicológico, sociológico. Es, por ello, más que una pura técnica: es una genuina <<profesión de personalidad>>; en ella se cuentan, al parejo, el pensamiento, el sentimiento y la voluntad; no sólo lo saben los penitenciaristas: además, así lo perciben los prisioneros. Hay en estos, como en el paciente frente al médico, una casi instintiva discriminación entre el penitenciarista profesional, que despierta la subterránea simpatía, y el áspero improvisado, que de algún modo prolonga al perseguidor y es, por lo menos, el enemigo"[571].

Sin embargo, esta es una concepción finalmente modelada por los duros procesos por los cuales la humanidad ha pasado, y que la ha llevado indefectiblemente a ser más respetuosa con la dignidad de todas las personas, incluidas las que se encuentran condenadas a la pena privativa de libertad. Sin embargo, hay que tener siempre presente que, en palabras de MAPELLI CAFFARENA, una nota esencial de la pena es su carácter aflictivo, pues "toda pena está concebida como un daño con independencia de cómo la perciba el condenado, de otro lado no se podría afirmar la vigencia de la amenaza penal y del Derecho"[572]. De lo dicho por el citado autor, podemos destacar que ni siquiera dentro de un modelo de Estado de Derecho el carácter aflictivo de la pena queda mermado, porque ese carácter es consustancial con la pena misma.

Por otra parte, desde la perspectiva de la sociedad afectada por el delito, siempre la pena ha tenido carácter vindicativo, al estar el castigo -en palabras de NEUMAN- ligado "al sentimiento de expiación respecto de aquel que ha violado la norma de convivencia y se expresa por la aflicción al agente de las penalidades más atroces: muerte, mutilación, tormento, trabajos forzados, alimentación <<pan y agua>>, deportación ultramarina, etc."[573]. De hecho, aunque con el arribo del Estado de Derecho se ha pretendido difundir la idea de sustituir las medidas aflictivas por métodos orientados a corregir o a reformar la conducta del delincuente -con la idea de que la referida crueldad

al empleado de establecimientos penales y al funcionario: Historia del personal penitenciario", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales,* Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 265-309.

[571] Cfr. GARCÍA RAMIREZ, S.: La prisión. Fondo de Cultura Económica - Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1975, pp. 21 y 22.

[572] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del Delito…, ob. cit., p. 21.

[573] Cfr. NEUMAN, E.: Prisión abierta. Una experiencia penológica…, ob. cit., p. 5.

de las sanciones cambiara- el tiempo ha demostrado la dificultad que existe en la práctica -y en el imaginario social- para librar al recluso de la aflicción y del maltrato que se cree debe sufrir por el hecho de haber cometido un delito.

En efecto, como profundizaremos *infra*, a pesar de la pretensión humanizadora de la pena privativa de libertad, desde los primeros pasos del Sistema Penitenciario estadounidense -e incluso también se puede observar en las antiguas casas de corrección del siglo XVI[574]- se observa la vigencia de la idea de que para alcanzar la enmienda no sólo bastaba el arrepentimiento del delincuente, pues también el penado debía soportar un calvario durante su encierro para obtener su redención. No será sino a partir de la segunda posguerra cuando -advierte NEUMAN- definitivamente se pretenda suavizar el rigorismo de la ejecución penal, pues, fue a partir de ese entonces cuando "ya no se trata de <<reformarle por la expiación>>, sino al contrario, de arbitrar todos los métodos posibles para lograr mediante el tratamiento penitenciario y postpenitenciario la reinserción útil al cuerpo social"[575].

Al igual que lo observado en las Edades Antigua y Media donde el enfoque de la penalidad ha respondido a la cultura, al pensamiento imperante, y a los valores de la sociedad de cada época, la pena privativa de libertad -desde sus inicios en la Edad Contemporánea- ha respondido a la doctrina ético-calvinista presente en la sociedad estadounidense, a los ideales de la Ilustración vigentes en el viejo continente a finales del siglo XVIII, y a las exigencias que trae consigo la universalización de los derechos humanos en el siglo XX, pues, el reconocimiento de la dignidad de la persona humana apareció primero, como manifestación de la vinculación parental del hombre con la divinidad cristiana, y, después como reconocimiento de la naturaleza <<humana>> del hombre, naturaleza que le otorga dignidad y lo convierte en <<sujeto de derechos>>.

Pero esto es sólo el preámbulo de la evolución humanitarista que la penalidad -en general- y la pena privativa de libertad -en particular- ira

[574] Acerca de estas Casas de Corrección, RUBIO HERNÁNDEZ ha reseñado que al hombre le fue dado un establecimiento de este tipo en "Londres hacia 1552 la <<House of Correction>> (Casa de Corrección) y aunque fue creada en el siglo XVI su primer objetivo era el aprovechamiento del trabajo de los reclusos. Fue hasta 1595, en Ámsterdam, que se reprodujeron centros similares: Rasphuys y Spinnhyes en 1597. En el primero se albergaba a mendigos o delincuentes jóvenes; en el segundo caso las personas recluidas eran encerradas por decisión de sus parientes. Este modelo se reprodujo en Europa, especialmente en España (Madrid, Valladolid y Granada); en Inglaterra (Worcester, Norwich y Bristol); Italia (Roma, Florencia, Milán y Venecia); Alemania (Hamburgo, Dantzig, Bremen, Lubeck, Munich, Osnabruck y Berlin); Francia (Paris y Lyon); Bélgica (Gante); Suiza (Schellenwerke), etc.". Cfr. RUBIO HERNÁNDEZ, H. E.: "La prisión. Reseña Histórica y Conceptual", en *Ciencia Jurídica*, Vol. 1, N.º 2, 2012, p. 13.; también al respecto Vid. CÁMARA ARROYO, S.: Internamiento de menores y sistema penitenciario…, ob. cit., pp. 115-120; y para una aproximación a este modelo de reclusión de la Edad Moderna en España, Vid. RAMOS VÁZQUEZ, I. "El sistema reformatorio (Reformatory Sistem). Antecedentes, influencias y primeras experiencias en España", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 68, Fasc/Mes 1, 2015, pp. 149 y ss.

[575] Cfr. NEUMAN, E.: Prisión abierta. Una experiencia penológica…, ob. cit., p. 5.

experimentando, pues, dentro del marco del Estado de Derecho, la ejecución de la pena privativa de libertad será más humanitaria no sólo en la medida en que las ciencias vayan progresando y vayan, a su vez, adquiriendo mayor protagonismo debido a su utilidad para cumplir con la finalidad reinsertadora de la pena privativa de libertad, sino también, en la medida en que la persona privada de libertad fuere reconocida como sujeto de derechos y que, junto a ese reconocimiento, se estableciesen mecanismos jurisdiccionales a los que los reclusos puedan acudir en el caso de que sus derechos fueren conculcados por la Administración Penitenciaria.

A continuación, estudiaremos -brevemente- cómo ha sido ese proceso evolutivo que ha llevado a la pena privativa de libertad -como penalidad imperante dentro del modelo de Estado de Derecho desde las postrimerías del siglo XVIII hasta los albores del siglo XXI- pues, sólo así podemos determinar -con mayor exactitud- la correspondencia de la pena privativa de libertad con las exigencias del Estado social y democrático de Derecho.

5.2.- Generalidades acerca de la experiencia penitenciaria norteamericana como precursora del penitenciarismo universal y de una pena más humanitaria

Como hemos asomado en el *Capítulo IV* de esta investigación; el Estado de Derecho surgió como consecuencia de un cambio ideológico, cambio que implicó la adopción de la doctrina de la resistencia y de la doctrina de los Derechos del Hombre como fundamentos del Estado de Derecho.

Ahora bien, los colonos ingleses, que se asentaron en el territorio que actualmente conforman los Estados Unidos de Norteamérica, trajeron al Nuevo Mundo no sólo sus costumbres y tradiciones religiosas, sino también sus pensamientos e ideas políticas inspiradas también en la doctrina de su confesión religiosa calvinista, profesada por los cuáqueros ingleses[576].

En efecto, según NAEF, el calvinismo tuvo una participación importante dentro de la comentada Doctrina de la Resistencia, pues la *Institutio* de Calvino representó un primer paso para la constitución de una Teoría del derecho de resistencia[577]. De hecho, la proclamación de los derechos del hombre en los Estados Unidos fue resultado de las concepciones religiosas propugnadas por el calvinismo, pues -de acuerdo con lo advertido por NAEF- el germen de ese reconocimiento se encuentra en el calvinismo, por cuanto allí "se encuentra un elemento individualista, la idea de que el individuo aislado y cada una de las comunidades singulares se hallan bajo la ley de Dios y de Cristo, y que aquí el poder del Estado tiene sus límites, este concepto lo llevaron a América los colonos puritanos. Como súbditos británicos, estos

[576] Vid. STROPPA, R.: "El aislamiento penitenciario: De la *espiatio* religiosa a su secularización inocuizadora", en *Delito y sociedad*, Vol. 30, N.º 51, 2021, pp. 130-132
[577] Vid. NAEF, W.: La idea del Estado en la Edad Moderna…, ob. cit., p. 22.

colonos poseen además una serie de derechos y libertades perfectamente garantizados, conquistados por ellos en el curso de la historia y asegurados por el parlamento; derechos consagrados en las leyes positivas como el acta *Habeas Corpus* o el *Bill of Right*. Estos gérmenes, empero, encuentran en América un suelo extraordinariamente favorable. El curso de la colonización norteamericana, las presuposiciones del suelo y su explotación, todo provoca una situación de base esencialmente individualista: las fundaciones de Estados, como la de New-Plymouth en el camarote de *Myflower*, tiene lugar efectivamente por un contrato; la comunidad estatal se constituye por individuos que combinan sus fuerzas y que hacen coincidir sus voluntades aisladas con el fin de alcanzar objetivos comunes"[578].

Así, con el comienzo de la revolución norteamericana amparada por esta ideología calvinista, se inicia en Estados Unidos una reformulación de la sanciones penales con miras a mermar la crueldad de las mismas[579]. Esto no significa que las denominadas penas de sangre dejarían de existir -en efecto, aún en la actualidad la pena capital está vigente en algunos de los Estados que conforman los Estados Unidos-[580], sino que estas sanciones compartirían espacio dentro del <<catálogo de castigos>> con la pena privativa de libertad.

Asimismo, la consolidación de la privación de libertad como modelo punitivo no significa que, fuera de las fronteras norteamericanas, los tormentos como forma de penalidad desaparecieran, pues, la deportación -por ejemplo- no sólo se continuaría utilizando por el imperio británico hasta mediados del siglo XIX, sino que dicho modelo punitivo sería también utilizado en Francia y otros países[581].

Ahora bien, la reforma penitenciaria nace inspirada en la filosofía calvinista, y modelada por las ideas de HOWARD quien propugnaba, entre otras medidas, la construcción de edificaciones adecuadas para solucionar el problema de la aireación de los infectos establecimientos observado en su

[578] Cfr. NAEF, W.: La idea del Estado en la Edad Moderna…, ob. cit., p. 23.

[579] En efecto, TOCQUEVILLE y BEAUMONT fueron categóricos en afirmar que "el verdadero mérito de sus fundadores -del Sistema Pensilvánico ensayado en la Prisión de Walnut Street- fue el de abolir las leyes sanguinarias de Pensilvania y, al introducir en su lugar un nuevo sistema, provocar la atención del público sobre la cuestión". TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia. Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 108. Hasta el arribo de las ideas que humanizaron las sanciones penales, la principal sanción era la pena de muerte, cuya ejecución no difería en crueldad a las aplicadas en el antiguo continente, y aunque este tipo de sanción sigue vigente, sus medios de ejecución son mucho más modernos. Al respecto, Vid. RAMIREZ MORELL, V.: "La pena de muerte en los Estados Unidos de América", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 21, Fasc/Mes 2, 1968, pp. 367-387.

[580] Este arraigo de la pena capital en la cultura norteamericana no ha significado que la constitucionalidad de esta categoría de pena haya sido cuestionada. Al respecto, Vid. YAÑEZ ROMÁN, P. L.: "Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en Estados Unidos de América", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 27, Fasc/Mes 2, 1974, pp. 265-328.

[581] Para un estudio detenido al respecto, Vid. NEUMAN, E.: Prisión abierta. Una experiencia penológica…, ob. cit., pp. 22-35.

larga travesía por las cárceles europeas[582], cuya experiencias fueron plasmadas en su obra publicada en 1776, titulada: *The state of prisons in England and Wales with an account of some goregn*.

La reforma penitenciaria propugnada por HOWARD se centraba en una formulación básica: aislamiento, trabajo e instrucción. He allí, dice NEUMAN, "la irrefragable síntesis y la verdad que HOWARD ofrendó a los tiempos venideros. Cada una de esas palabras constituyen los acápites de la vida del hombre en prisión, y si bien son planos que resultan habituales, consabidos y hasta teóricamente superados, en la época en que él los lanzó fueron excepcionalmente revolucionarios. Es que el concepto de la pena y el fundamento del derecho de penar eran completamente distintos al del actual. A partir de HOWARD se empieza a sentir de otro modo. He ahí su importancia"[583].

Por otra parte, la consagración universal de la privación de libertad como principal sanción dentro del catálogo de penas se debió -además del influjo y la proyección que tuvo la experiencia norteamericana comandada por los cuáqueros estadounidenses- al reconocimiento de la libertad del individuo dentro de la revolución francesa[584]; aunque dicho reconocimiento en la práctica no se materializaría inmediatamente en el continente europeo debido a los momentos convulsos -propios de las luchas por el poder- que esta región experimentó en las primeras décadas del siglo XIX, y que impedían que las sociedades europeas se centraran a construir sus naciones[585].

A diferencia de lo que sucedía en Europa, en los Estados Unidos de finales del siglo XVIII, al ser una tierra de paz por no padecer de conflictos internos, "podía dedicarse a cuestiones como la reforma carcelaria y construir <<prisiones científicas>>, mientras Europa se debatía en las conspiraciones y vivía en plena época de terror"[586]. La circunstancia de paz vivida en tierras

---

[582] Vid. NEUMAN, E.: Prisión abierta. Una experiencia penológica…, ob. cit., p. 43.
[583] Cfr. NEUMAN, E.: Prisión abierta. Una experiencia penológica…, Ibid., p. 42.
[584]Al respecto, MORÁIS nos enseña que "la privación de libertad, la cárcel, aparece establecida por primera vez, como sanción penal, en el Código Penal francés de 1791". Cfr. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal. 3ª ed. Vadell Hermanos Editores, Caracas-Valencia, 2007, p. 49.
[585] NEUMAN, E.: Prisión abierta. Una experiencia penológica…, ob. cit., p. 49.
[586] Cfr. NEUMAN, E.: Prisión abierta. Una experiencia penológica…, Ibid., p. 49. Así se expresaba TOCQUEVILLE en la "Advertencia de la duodécima edición", del Tomo I del libro Democracia en América, respecto a la estabilidad de la nación norteamericana, estabilidad que permitió que el país se centrara en crear sus instituciones, entre las que se encuentra el sector penitenciario: "Desde hace sesenta años, ese principio de la soberanía del pueblo, entronizado recientemente entre nosotros, reina allí sin discusión y se ha puesto en práctica de la manera más directa, más limitada, más absoluta. Desde hace sesenta años, el pueblo que lo ha convertido en principio común de todas sus leyes crece incesantemente en población, en territorio, en riqueza, y, tenedlo en cuenta, durante este periodo no sólo ha sido el más próspero, sino también el más estable de la tierra. Mientras todas las naciones europeas quedaban asoladas por la guerra o desgarradas por discordias civiles, el pueblo americano era el único en paz del mundo civilizado. Las revoluciones conmovían a casi toda Europa; en América no había ni motines; allí la República no trastornaba, sino que conservaba todos los derechos; ningún otro país garantizó como él la propiedad individual y tanto la anarquía como el despotismo quedaron inédito". Cfr. TOCQUEVILLE, A.:

norteamericanas es una consecuencia de la idiosincrasia religiosa, intelectual y puritana arraigada en la sociedad estadounidense desde sus inicios, y que ha constituido un elemento distintivo de esta sociedad nacida de la colonización emprendida por el imperio británico.

Un ejemplo de ello lo observamos en el perfil de los colonos que fundaron la colonia de Nueva Inglaterra, ubicada al noreste de la Unión americana. Los integrantes de esta colonia, decía TOCQUEVILLE, "llevaban consigo admirables principios de orden y de moralidad; eran hombres que se trasladaban al desierto acompañados de sus mujeres y de sus hijos. Pero lo que principalmente les distinguía de los demás emigrantes era el fin mismo de su empresa. No era la necesidad los que les obligaba a abandonar su país, puesto que en el dejaban una posición social estimables y medios de vida seguros. Tampoco marchaban al Nuevo Mundo afanosos de mejorar su situación o de aumentar sus riquezas; estos seres renunciaban a las dulzuras de la patria obedeciendo a una necesidad puramente intelectual; exponiéndose a los rigores inevitables del exilio, lo que perseguían era el triunfo de *una idea*"[587].

Estos emigrantes son conocidos como: <<puritanos>>. El puritanismo, decía TOCQUEVILLE, no sólo era una doctrina religiosa, sino que en muchos puntos se identificaba con las teorías democráticas y republicanas, y a raíz de las persecuciones emprendidas hacia ellos por parte de la madre patria, los <<puritanos> "buscaron una tierra tan bárbara y olvidada que les permitiese vivir a su manera y rogar a Dios libremente"[588].

Así, la nación estadounidense nace y se desarrolla dentro de la doctrina religiosa cristiana protestante, doctrina que no sólo inspiraba a las leyes penales, sino que fundamentaba a otros aspectos relevantes para la construcción moral de la persona humana en sociedad como lo es la <<instrucción pública>>. En efecto, respecto a la instrucción pública, ya a mediados del siglo XVIII la ley obligaba a los padres a velar porque los hijos asistieran a la escuela porque se consideraba que Satanás, como enemigo del género humano, "halla en la ignorancia de los hombres sus más poderosas armas, y que es de general interés que las luces que trajeron nuestros padres no permanezcan sepultadas en su tumba; considerando que la educación de los niños es uno de los primeros intereses del Estado, con la ayuda del Señor"[589]; en resumidas cuentas, como bien ha advertido TOCQUEVILLE "en

La democracia en América I. Trad. SÁNCHEZ DE ALEU, D. 3ª Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2017, p. 33.

[587] Cfr. TOCQUEVILLE, A.: La democracia en América I…, Ibid., p. 76.

[588] Cfr. TOCQUEVILLE, A.: La democracia en América I…, Ibid., p. 77.

[589] Cfr. TOCQUEVILLE, A.: La democracia en América I…, Ibid., p. 89.

América es la religión la que conduce a la ilustración; es la observancia de las leyes divinas lo que conduce al hombre hacia la libertad"[590].

Entonces, si enfocamos nuestra atención en el Sistema Penitenciario norteamericano, la configuración del mismo se inspiraría también en la doctrina calvinista, pues con la ejecución de la pena privativa de libertad se procuraría no sólo perdonar la vida a los condenados a la pena capital, sino que también se buscaría que el penado, además de sufrir un justo castigo por el delito cometido, corrigiera su conducta mediante el arrepentimiento.

Ahora bien, al igual que lo sucedido en el continente europeo, antes de la independencia de los Estados Unidos, los lugares de reclusión estadounidenses fungían como meras cárceles, es decir, como lugares destinados a la detención preventiva de los individuos que se encontraban a la espera de ser sentenciados, o de ser ejecutados[591]. Con la independencia de los Estados Unidos, en la colonia conocida como Pensilvania surgirá un nuevo modelo de prisiones dirigido no sólo a retener y custodiar preventivamente a los reos de delitos, sino también a ser el medio material de la privación de libertad como pena propiamente dicha.

El planteamiento inicial del encierro punitivo era el de establecer el arresto nocturno y el trabajo productivo durante el día, trabajo que en un principio consistiría en la limpieza de calles, la construcción de edificios y demás obras públicas; pero este propósito implicaba llevar a los penados a trabajar al aire libre y, por lo tanto, implicaba el establecimiento de medios de contención contra la evasión. Este modelo inicial -según un Informe de la Sociedad de Prisiones de Filadelfia- fue rechazado debido a que las pésimas condiciones de Prisión de Walnut Street -lugar donde estaban recluidos los delincuentes destinados a trabajar en las obras públicas- caracterizadas por el hacinamiento, la insalubridad y la promiscuidad, lejos de contribuir a la reforma de los penados, propiciaban la corrupción de los mismos; por ello, en su lugar la Sociedad de Prisiones propuso la adopción de un modelo basado en la posibilidad de que el recluso trabajare bajo un régimen de aislamiento estricto, este modelo se ensayaría incipientemente dentro de la misma Prisión de Walnut Street [592].

---

[590] Cfr. TOCQUEVILLE, A.: La democracia en América I…, ob. cit., p. 90.

[591] Por ejemplo, VON HENTIG refiriéndose a la Cárcel Municipal de Williamsburgo (Virginia) explica que: "De 1704 a 1773 la Cárcel fue al tiempo prisión militar, manicomio y lugar de custodia de deudores. Los edificios se llenaban y vaciaban con bruscas oscilaciones. Tras cada periodo de actuación de los tribunales penales, las celdas quedaban libres de inquilinos, y sólo así pueden explicarse las pequeñas dimensiones del edificio. El infradesarrollo económico de la colonia puede inferirse del hecho de que tanto las rejas de las ventanas como los cerrojos tenían que ser importados de Inglaterra. Los presos estaban encadenados, aunque podían permanecer durante el día en el patio. La mortalidad era elevada, alcanzando sobre todo a los indios y a los negros. La comida era mala. En un país rico en caza, se les suministraba carne salada, corrompida después de interminables viajes en barco". Cfr. VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición…, ob. cit., p. 220.

[592] Vid. VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición…, Ibid., pp. 221 y ss.

Ahora bien, como hemos venido asomando en el presente apartado, la relevancia del Sistema Penitenciario norteamericano estriba en que el encierro adquiere un sentido más allá del mero castigo, sentido este que impulsara constantemente la reforma del régimen penitenciario, a fin de perfeccionarlo con miras a hacerlo más idóneo para corregir la conducta del condenado.

Por otra parte, otro factor que también contribuirá a la aparición de varios modelos penitenciarios fue la forma en cómo estaba organizada políticamente la sociedad estadounidense: el Estado federal, forma de organización política de la sociedad que -si bien no estaba bien asentada en sus inicios[593]- ha sido el modelo de Estado consustancial de la sociedad estadounidense[594].

La forma de Estado federal contribuyó a que los distintos Estados que conformaban la Unión norteamericana[595], acentuaran la búsqueda de mecanismos que contribuyeran a procurar la enmienda del delincuente durante el encierro. Sin embargo, como advertiremos *infra*, a pesar de que los primeros Estados que integraron la Unión norteamericana eran independientes entre sí y tenían particularidades en sus costumbres, las distintas comunidades confluían en rasgos culturales, religión y lengua comunes, rasgos estos que estuvieron presentes e influirían en la finalidad correctiva de la pena privativa de libertad.

---

[593] Según TOCQUEVILLE, luego de la Guerra de Independencia "cada colonia, convertida en república independiente, se adscribió una soberanía absoluta. El gobierno federal, a quien su propia Constitución condenaba a la debilidad, y al que ya no sostenía el sentimiento de peligro, vio abandonado su pabellón a los ultrajes de los grandes pueblos de Europa, a la vez que no disponía de recursos para hacer frente a los pueblos indios y pagar el interés de las deudas contraídas durante la Guerra de Independencia. A punto de perecer, él mismo declaró su importancia y apeló al poder constituyente". Cfr. TOCQUEVILLE, A.: La democracia en América I…, ob. cit., pp. 189 y 190.

[594] En efecto, dice TOCQUEVILLE, "una primera dificultad debió presentarse al espíritu de los americanos. Se trataba de dividir la soberanía de tal manera que los diferentes Estados que conformaban la Unión continuasen gobernándose a sí mismos en todo aquello que sólo afectase a su prosperidad interior, sin que la nación entera, representada por la Unión dejara de formar un cuerpo y de proveer a las necesidades generales. Cuestión compleja y difícil de resolver" Cfr. TOCQUEVILLE, A.: La democracia en América I…, Ibid., p. 192.

[595] Para un estudio detenido acerca del origen y desarrollo y funcionamiento del <<federalismo norteamericano>>, Vid. por todos, OLTRA PONS, J.: "El federalismo norteamericano, antes y ahora", en *Historia y vida*, N.º 343, 1996, pp. 61-71; AHUMADA RUÍZ, M.: "Jueces y administración en el federalismo norteamericano", en *Revista española de Derecho constitucional*, Año N.º 17, N.º 50, 1997, pp. 261-267; BAKER, R.: "El federalismo y la administración de justicia en los Estados Unidos", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 52, 1999, pp. 497-502; OLIVEROS GONZÁLEZ, A.: "El origen histórico del Federalismo Norteamericano", en *Letras jurídica: Revista electrónica de Derecho*, N.º 10, 2010, pp.1-16; DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: "El federalismo norteamericano", en TAJADURA TEJADA, J. (Aut.) / DE MIGUEL BÁRCENA, J. (Aut.): Federalismo del siglo XXI. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 97-152; MENSA GONZÁLEZ, A.: "Federalismo norteamericano: Enfoque histórico, económico", en CARRANZA, G. G. (Coord.) / BERNAL, R. M. (Dir.) / PIZZOLO, C. (Dir.): Modelos para armar procesos federales actuales, descentralización del poder y desafíos del gobierno multinivel. Universidad Nacional de Córdoba: Astrea, Argentina, 2018, pp. 389-409.

Ahora bien, sin perjuicio de que más adelante vamos a revisar por separado los principales rasgos de los modelos que integraron el Sistema Penitenciario norteamericano, vamos ahora a delinear los aspectos generales que se extraen de ambos modelos.

En la prisión de Walnut Street se estableció la primera prisión celular, la cual fue confeccionada tomando en cuenta las ideas de HOWARD[596]. En efecto, como desarrollaremos enseguida, esta prisión fue diseñada para aplicar la formula diseñada por HOWARD consistente en el aislamiento, el trabajo y la instrucción. En un principio, este fue el mecanismo considerado adecuado para mantener a los presos alejados entre sí y evitar la contaminación moral entre ellos.

De la experiencia de la Prisión de Walnut Street surgen una de las fases del régimen penitenciario que conforman al sistema progresivo. En efecto, el Sistema Penitenciario norteamericano ensayó dos métodos para alcanzar la reforma de los condenados: Sistema Filadelfico o Pensilvánico basado en el <<aislamiento>>, y Sistema Auburniano sostenido por la regla del <<silencio>>. Estos métodos son consustanciales con el planteamiento religioso de que la enmienda del penitente sólo se podría alcanzar mediante la <<meditación>> -la oración- y el <<silencio>>.

Ahora bien, a pesar de que esta idea religiosa se corresponde con la *praxis* religiosa cristiana en una época de la historia donde el pecado y el delito estaban entremezclados[597], la inspiración de los puritanos norteamericanos encabezados por WILLIAM PENN venía de las ideas preconizadas por HOWARD, y de la doctrina calvinista que propugnaba "que el penado reflexionara sobre el criminal y se pusiera bien con Dios"[598].

Por otra parte, como puede percatarse, la formulación de los métodos empleados por el Sistema Penitenciario estadounidense tenía un basamento meramente empírico, pues la implementación de los mismos no estaba fundada en un estudio individualizado, técnico y científico de los condenados. Como veremos *infra*, el aislamiento del penado era absoluto y sólo podía recibir visitas del capellán y de algunos funcionarios, visitas que en esencia no tenían carácter clínico, pues la actuación de ellos se limitaba al acompañamiento moral y religioso del penado, independientemente de si estas visitas eran beneficiosas o no para la salud mental y emocional de los presos. En cualquier caso, estas visitas tenían un propósito: garantizar la <<instrucción>> de los condenados.

---

[596] Vid. DEL PONT, M.: Penología y sistemas carcelarios. I Penología. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 60.
[597] Vid. NEUMAN, E.: Prisión abierta: una nueva experiencia penológica…, ob. cit., p. 102.
[598] Cfr. RODRIGUEZ ALONSO, A. / RODRIGUEZ AVILÉS, J.: Lecciones de Derecho penitenciario. 4 ª ed. 2011, p. 234.

La <<disciplina>> fue otro elemento consustancial que ha estado presente en el Sistema Penitenciario estadounidense desde sus inicios. En efecto, en una institución cerrada y total como lo es la prisión, la disciplina se constituye como una figura fundamental para asegurar su funcionamiento. La <<disciplina>> dentro del Sistema Penitenciario estadounidense estaba asegurada con el <<aislamiento>> y -en el caso de que los penados tuvieren que realizar actividades en común- el <<silencio>>.

El <<trabajo>> durante la reclusión fue también un mecanismo empleado dentro de los establecimientos penitenciarios norteamericanos para procurar la reforma de los penados, y para evitar -a su vez- la corrupción de los mismos, pues esta actividad era considerada como una medida idónea para contrarrestar a la <<ociosidad>>.

Así, el <<aislamiento>>, la <<instrucción>>, la <<disciplina>> y el <<trabajo>> son las principales características del sistema penitenciario estadounidense, sistema que se manifestó a través de dos grandes modelos: el <<Sistema Filadelfico o Pensilvánico>> y el <<Sistema Auburniano>>. A continuación, vamos a repasar someramente como se manifestaban las referidas características del Sistema Penitenciario estadounidense en el <<Sistema Filadelfico o Pensilvánico>>, en el <<Sistema Auburniano>>, y en el Sistema mixto resultado de la fusión de ambos.

5.2.1.- Sistema Filadelfico o Pensilvánico

El <<Sistema Filadelfico o Pensilvánico>> o también conocido como sistema celular[599] es el resultado de la revisión del régimen celular implementado en la Prisión de Walnut-Street para los condenados a la pena capital[600] y, excepcionalmente, también este régimen era aplicado a los presos pertenecientes al régimen ordinario que habían quebrantado las disposiciones del reglamento de la prisión[601]. El Sistema Pensilvánico consistía en un <<aislamiento diurno y nocturno sin posibilidad de trabajar>>[602].

Ahora bien, la revisión y reforma del régimen celular característico del Sistema Pensilvánico se debió al hacinamiento que padeció la Prisión de Walnut-Street, pues esta sobrepoblación carcelaria impactó en la capacidad

[599] Vid. CERVELLO DONDERIS, V.: Derecho Penitenciario. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 26.
[600] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 109
[601] Acerca del régimen ordinario o general implementado en la Prisión de Walnut Street, TOQUEVILLE y BEAUMONT advirtieron que "los culpables de inferior categoría eran apiñados desordenadamente en prisión y, a diferencia a diferencia de los presos de las celdas, debían trabajar durante el día y el único castigo disciplinario al que su guardián podía castigarles, en caso de infracción del reglamento, era el aislamiento en solitario a pan y agua". Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, Ibid., p. 109
[602] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, Ibid., p. 106.

instalada del establecimiento para mantener aislados y separados a los condenados, y afectó la correcta ejecución del régimen celular, frustrándose con ello el objetivo de reformar al condenado.

Pero a esta circunstancia estructural que afectaba al logro del objetivo reformador del régimen ensayado en esta prisión, se han unido las críticas a las fallas que el régimen celular tenía y que afectaban también a la consecución del objetivo reformador de la prisión. La Prisión de Walnut-Street padecía defectos que quebrantaban tanto al régimen establecido para los presos ordinarios, como a la rutina de aquellos condenados <<especiales>> que se encontraban sometidos al régimen celular. Estos defectos se traducen en la falta del control disciplinario para los casos en que los presos debieran trabajar juntos (régimen ordinario) y en la ausencia de actividad laboral para los penados que se encontraren aislados (régimen celular)[603].

Ahora bien, con el propósito de mantener y asegurar el cumplimiento efectivo del régimen celular ensayado en la Prisión de Walnut-Street, se proyectó construir las penitenciarías de Cherry Hill y de Pittsburg, aunque finalmente fue en el Ala Norte de la <<Prisión de Auburn>> donde -por primera vez- se ensayaría el régimen celular cabalmente. Pero el régimen celular ensayado en la Prisión de Auburn pondría de relieve otro problema inherente al aislamiento prolongado, y que era desconocido hasta ese momento. En efecto, con la experiencia celular auburniana se reflejaría varias consecuencias adversas, entre ellas: los problemas que el aislamiento absoluto acarreaba sobre la salud de los reclusos, y la poca idoneidad para reformar moralmente al condenado[604]; ambas cuestiones propiciaron que el régimen celular implementado en la Prisión de Auburn fuese modificado para disminuir sus efectos nocivos sobre la salud de los presos; así, el aislamiento prolongado se recortaría para permitir que el preso trabajase en común con otros presos, pero bajo la <<disciplina del silencio>>.

Con esta primera modificación, tanto los problemas de salud que el aislamiento celular generaba sobre el condenado, como la imposibilidad material para aplicar el aislamiento cabalmente -como solía suceder en la Prisión de Auburn y en la finalmente inaugurada Penitenciaría de Pittsburg

[603]Según TOQUEVILLE y BEAUMONT estos defectos lejos de contribuir al objetivo reformador de la Prisión "corrompía mediante el contagio de la comunicación a los condenados que trabajaban juntos y depravaba mediante la ociosidad los presos sumidos en el aislamiento". Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 108. También, la promiscuidad observada en el régimen ordinario de la Prisión de Walnut-Street fue objeto de críticas por parte de la Sociedad de Prisiones de Filadelfia en cuyo informe destacó que la rutina enmarcada en la promiscuidad existente entre los presos era un factor de corrupción entre ellos, pues "los representantes de la Sociedad de Prisiones encontraban en su visita que mujeres y hombres mantenían relaciones entre sí sin ser molestados, incluso durante la noche; que numerosas muchachas se hacían internar en la prisión por deudas supuestas para tener acceso a los hombres". Cfr. VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición. Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1968, p. 222.

[604] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 113.

(1827)[605]- se impulsaría que los partidarios del régimen celular absoluto se replantearan la revisión del aislamiento celular sin posibilidad de trabajar.

En efecto, partiendo del análisis de estas problemáticas, los partidarios del régimen celular diseñaron un sistema que combinara al mismo tiempo la austeridad de sus costumbres con la sensibilidad filantrópica que también los caracterizaba. La experiencia les hizo entender que el aislamiento sin trabajo traía más problemas que soluciones, por lo tanto, en la Prisión de Cherry Hill se conservaría la absoluta separación de los presos (diurna y nocturna), pero se agregaría el trabajo individual dentro de la celda[606].

De acuerdo con las ideas puritanas de los partidarios del Sistema Pensilvánico, el régimen celular tenía como propósito coadyuvar a la reforma moral del penado, y se creía que dicho propósito se lograría a través del aislamiento celular (diurno y nocturno). Esta creencia se corresponde con la práctica religiosa observada en los monasterios medievales europeos[607], donde se empleaba el aislamiento para alcanzar la corrección mediante la reflexión en solitario, cuestión que *mutatis mutandi* debería servir para que el condenado reflexionase por el delito cometido, adquiriera el hábito de trabajo y, finalmente, se sometiera a la ley. Además, se consideraba que con el aislamiento prolongado se evitaba la corrupción del condenado derivada del contacto con otros presos, por lo tanto, el aislamiento prolongado debía ser permanente durante el tiempo de duración de la condena[608].

---

[605] Según TOQUEVILLE y BEAUMONT, la construcción de la Penitenciaría de Pittsburg "era tan defectuosa que resultaba sumamente difícil no escuchar en una celda lo que pasaba en la de al lado y, de este modo, cada preso encontraba en la conversación con su vecino una distracción diaria, es decir, la ocasión de una corrupción inevitable. Y, como estos criminales no trabajan, puede decirse que su única distracción era la de corromperse mutuamente. Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 119. Acerca de esta misma cuestión BARNER y TEETERS, con fundamento en el informe de TOQUEVILLE y BEAUMONT pusieron de relieve la falta de idoneidad del Sistema Pensilvánico para evitar la contaminación moral de los penados recluidos en la Prisión de Auburn, y la consecuente pérdida de aceptación de este sistema dentro de la comunidad estadounidense. Vid. BARNER, H.E / TEETERS, N. K.: New Horizons Criminology. Prentice Hall, Inc. 3ª ed. New Jersey, 1959, p. 345.

[606] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 121.

[607] Para un estudio detenido sobre Vid. VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición…, ob. cit., pp. 199-211.

[608] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 140 y ss. Esta forma de concebir la utilidad del aislamiento ha sido cuestionada porque, según CHIOSSONE, En efecto, CHIOSSONE pensaba que "es imposible que un individuo de condición mental inferior pueda sacar beneficio de la celda cuya finalidad es la meditación. Para meditar se necesita tener algo en la cabeza, se necesita tener un principio de cultura, de conocimientos fundamentales, se necesita tener un principio moral, saber discriminar entre el bien y el mal, entro lo licito y lo ilícito, entre lo legal y lo ilegal. De manera que un primitivo mental, o un analfabeto, que no tienen absolutamente principios en cuestiones fundamentales, no podrán reflexionar sobre el valor de su propia falta; y si no pueden reflexionar, el aislamiento será completamente absurdo". Cfr. CHIOSSONE, T.: Apuntaciones de Derecho Penitenciario: Lecciones dictadas en la cátedra de Legislación y Técnica Penitenciaria durante el año de 1952 en el Instituto para Formación del Personal de Prisiones, del Ministerio de Justicia, Tipografía C.T.P. San Juan de Los Morros, 1954, p. 141.

Partiendo de este carácter celular del estilo de vida que debía tener el condenado, el régimen estaba diseñado de tal manera que garantizaba que el aislamiento se cumpliera con regularidad. En efecto, el penado desde su ingreso a prisión, según TOCQUEVILLE y BEAUMONT, era conducido a "una celda individual, de la que no salía jamás; allí trabaja, come y descansa, y la construcción de esta celda es tan completa que nunca tienen necesidad de salir de ella"[609].

Una de las características de los Sistemas Penitenciarios estadounidense era que algunos recintos empleados como lugares de reclusión fueron especialmente construidos para ello[610], a diferencia de lo que sucedería en países como, por ejemplo, España y Venezuela, donde sus regímenes penitenciario decimonónicos fueron ejecutados dentro de edificaciones originalmente construidos para otras tareas. En efecto, de acuerdo con lo observado por TOCQUEVILLE y BEAUMONT, las características que debían poseer los establecimientos penitenciarios destinados a ejecutar el Sistema Pensilvánico debía contar con celdas espaciosas, bien ventiladas, "provista de todo lo necesario para un lugar del que no se sale nunca y bastante grande para que allí se pueda trabajar sin muchas molestias. Por último, es preciso que a la celda se le ajuste un pequeño patio, rodeado de muros, en el que se pueda, cada día y en el horario fijado por el reglamento, respirar el aire del exterior"[611].

Pero como ya hemos advertido *supra*, el aislamiento prolongado acarreaba el deterioro de la salud de los condenados; para atender a este problema, la reforma del régimen celular implicó que el condenado tuviere la posibilidad de trabajar. En efecto, de acuerdo con lo apuntado por TOCQUEVILLE y BEAUMONT, el modelo celular basado en la propia celda fue ensayado en la Penitenciaría de Cherry Hill, cuyo modelo fue el resultado

---

[609] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 153.

[610]Acerca de este aspecto, VON HENTIG ha advertido que era "casi una tradición el que muchas prisiones norteamericanas, como Sing Sing, San Quintín, Canon City, la penitenciaria de Clemmer, han sido levantadas en canteras. Cuando, al terminar la guerra civil, los Estados Unidos quisieron terminar con los criminales más peligrosos, eligieron Yuma (Arizona) un establecimiento de custodia entre paredes rocosas rojizas y cavernas subterráneas en una formación rocosa que en Alemania llamarían una quebrada. Aquella prisión natural fue llamada en Norteamérica la Isla del Diablo. La abandonaron de nuevo en 1871". Cfr. VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición…, ob. cit., p. 194.

[611] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 218 y 219. Estas celdas debían ser aparentemente más humanitarias que las celdas monacales llamadas *career* o *ergastulum* de donde se inspiró la construcción de las mismas. En efecto, tal como advierte VON HENTIG "en la cárcel monacal se mezclan antiguos métodos mágicos con la separación en el espacio y la purificación mediante las reglas ordinarias de la detención. Entre ellos están la fustigación corporal, la oscuridad y el ayuno, junto a la *separatio* que protege del contagio moral. Las cadenas debieron de ser necesarias a causa de numerosos perturbados mentales. Según un informe que presentó Aviñón en 1350 al rey de Francia el vicario general del arzobispo Esteban de Toulouse, en algunos conventos había cárceles tenebrosas y ocultas que llevaban el nombre de vade in pace. <<El que incurre en esta pena -informa el vicario general- concluye sus días desesperado>>. El rey ordenó una investigación y que se impusiera remedio". Cfr. VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición…, ob. cit., p. 200.

de la combinación de los regímenes ejecutados en las penitenciarías de Auburn y Pittsburg, siendo el aislamiento celular tomado de la primera, y la actividad laboral adoptado de la segunda[612].

En cuanto a la incorporación del trabajo dentro de las penitenciarías estadounidense mencionadas por TOCQUEVILLE y BEAUMONT, si bien en un principio el trabajo fue implementado para combatir la ociosidad del condenado, el trabajo en sí mismo no era suficiente para lograr la corrección del penado, pues -para los partidarios del Sistema Pensilvánico- lo imprescindible para corregir al delincuente era la soledad absoluta en la celda[613]. En definitiva, el trabajo -lejos de ser un mecanismo reformador- realmente fue un medio empleado para disminuir los efectos nocivos del encierro prolongado y, por ende, es dable pensar que el trabajo contribuyó a humanizar la ejecución de la pena privativa de libertad enmarcada en el Sistema Pensilvánico, pues, a diferencia de otros tiempos, el trabajo se impuso para contrarrestar los efectos nocivos que el encierro tenía sobre la salud de los presos, y no -en principio- para agravar el suplicio del condenado.

Desde otro punto de vista, en consonancia con la idea correccionalista que inspiraba a este Sistema, con la incorporación del trabajo se buscaba cuidar que el delincuente no sufriere un daño en la salud que le impidiese -una vez cumplida su pena y recuperase su libertad- sobrevivir sin atentar nuevamente contra las leyes, propósito éste especialmente importante en una sociedad como la estadounidense donde el respeto a la ley, no sólo era la garantía de convivencia, sino también el fundamento de la idea de libertad que impulsó su independencia como nación independiente[614].

En definitiva, con la incorporación de trabajo se buscó -antes que corregir la conducta del penado- hacer menos insoportable el aislamiento que el condenado debía sufrir[615], y con ello asegurar la conservación de un régimen celular que venía siendo cuestionado e incluso sustituido por el

---

[612] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 121.

[613] "El pensamiento eclesiástico de que la oración, el arrepentimiento y la constricción contribuyen más a la corrección que la mera fuerza de la coacción mecánica ha sido de una significación duradera. Sabemos poco sobre el mecanismo psicológico de la penitencia. Pero pudiera ser exacto que el <<recogimiento>>, conseguido luchando en la soledad de la celda, o en la soledad relativa del convento, <<renovase>> (reformase) más fácilmente que en la corriente del mundo. Las penas infamantes, como la exclusión de la comida en común o del rezo en común, debieron de influir mucho más profundamente en la vida del castigado, constituir una realidad mucho más dolorosa que afuera, donde la vida era más variada (…)". Cfr. TOCQUEVILLE, A.: La democracia en América I…, ob. cit., p. 130.

[614] En efecto, en palabras de TOCQUEVILLE Y BEAUMONT, "la revolución en los Estados Unidos fue el fruto de un gusto maduro y reflexivo por la libertad, y no de un instinto de independencia vago e indefinido" ¿Qué quisieron decir los citados autores al hacer esta afirmación? Pues que en los Estados Unidos "no se ha pretendido que el hombre, en un país libre, tuviera derecho a todo, sino que, por el contrario, se le han impuesto más obligaciones sociales que en cualquier otro país (…)".

[615] En tal sentido, TOCQUEVILLE y BEAUMONT destacaron que en principio el trabajo "lejos de suponer el agravamiento de la condena representó un auténtico beneficio". Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 139.

Sistema Auburniano, el cual surgió como una forma de corregir los desaciertos derivados de la implementación del régimen celular o Sistema Pensilvánico.

También, la educación moral y religiosa dentro de las prisiones fue de vital importancia[616], pues, como advertimos *supra*, para los Estados Unidos la instrucción era una obligación que debían acatar incluso los ciudadanos libres, pues recordemos que -similar a lo que sucedía en los antiguos griegos- la sociedad estadounidense veía en el Estado la obra de Dios, y, por lo tanto, el Estado no sólo debía ocuparse del Derecho, sino también de la honestidad de la vida.

Ahora bien, acerca de la instrucción de los presos como mecanismo de reforma de su conducta, TOCQUEVILLE y BEAUMONT han explicado que cada preso, además de ser visitado por el superintendente o director de la penitenciaria, recibía visitas de los inspectores -autoridades encargadas de supervisar la labor de la dirección de los establecimientos- dos veces por semana[617], pero la labor instructiva más importante la tenía el <<capellán>>, quien cumplía su misión mediante la instrucción en solitario con el penado. Entre los textos que estaban a disposición de los presos se contaban: "la Biblia y algunas hojas separadas que contenían anécdotas edificantes"[618].

Finalmente, otros de los elementos presentes en el Sistema Pensilvánico es el referido a la <<disciplina>>, aunque esta estuvo presente en este Sistema con menor intensidad que en el Sistema Auburniano. En efecto, en virtud de la naturaleza solitaria del régimen celular la disciplina no presentaba mayores complejidades, pues la reclusión en solitario impedía que los presos infringieran el régimen de la prisión, y el quebrantamiento del régimen sólo era plausible si se realizaba en conjunto con otros presos.

---

[616] No obstante, lo sucedido en la Penitenciaría de Filadelfia fue una excepción a esta tendencia. En efecto, en esta Penitenciaría no existía escuela destinada para que los condenados recibieran este tipo de educación, sin embargo, las autoridades del establecimiento facilitaban los medios necesarios para que los presos pudieran instruirse. En este sentido, advierten TOCQUEVILLE y BEAUMONT, que "cuando los inspectores o el superintendente observan buena disposición, o, por cualquier motivo, muestra interés por aprender, le dedican más atención que los otros y comienzan por facilitarle los primeros elementos de la instrucción". Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 186.

[617] Además de estas visitas, según VON HENTIG, a los visitantes de todas partes del mundo que acudieron para conocer el Sistema Penitenciario estadounidense, entre los que se encontraban TOCQQUEVILLE y BEAUMONT, "les hicieron saber que la soledad de los reclusos era aliviada por visitantes, entre ellos el gobernador del Estado, diputados, jueces, los alcaldes de las ciudades de Filadelfia, Pittsburg y Lancaster, sheriffs y miembros de la Sociedad para la Mitigación de la Miseria en las Prisiones. Sabemos cuál era el alcance de este alivio: los miembros de las Sociedad de Prisiones podían dedicar cuatro horas y media al año a cada penado y en ayuda espiritual se limitaba a admoniciones de tipo teológico". Cfr. VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición…, ob. cit., p. 223.

[618] Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 186

Sin embargo, existía un instante -dentro del régimen celular- donde la disciplina que demandaba el régimen general del establecimiento podría verse afectada, y ello sucedía al momento del ingreso del condenado a prisión, pues, es en esa oportunidad donde las frustraciones y los temores brotaban y, en consecuencia, el reo tendía a "acusar a la sociedad de injusta y cruel, y, en semejante disposición espiritual, llegaba algunas veces a desafiar las ordenes que se les daban y a rechazar los consuelos que le ofrecían". Para mantener la disciplina en estas circunstancias "el único castigo que el reglamento de la prisión permitía infligirle era el encarcelamiento en una celda tenebrosa con reducción de comida"; castigo éste más que suficiente para contener y corregir los casos de rebeldía del penado[619].

El látigo fue uno de las sanciones disciplinarias que atentaban contra la integridad física de los presos. Como veremos *infra*, el mecanismo del látigo fue asiduamente utilizado dentro de las prisiones regidas por el Sistema Auburniano. No obstante, por las razones antes apuntadas, el látigo no era frecuentemente utilizado por las autoridades del establecimiento regido por el Sistema Pensilvánico, e incluso hubo prisiones como la Penitenciaria de Filadelfia donde no se usaba en absoluto[620].

5.2.2.- El Sistema Auburniano

Si el Sistema Pensilvánico -conformado por el aislamiento prolongado, el trabajo en solitario, la instrucción moral y religiosa, y la disciplina- es el resultado del régimen diseñado y ensayado en la Prisión de Walnut Street, el <<Sistema Auburniano>> surgió por la necesidad de subsanar los errores que se venían observando en la implementación del Sistema Pensilvánico.

En efecto, en el año 1818, en la ciudad de Auburn (Estado de Nueva York), se inauguró una prisión, "donde se aplicaría el Régimen Filadelfico, pero luego se modificó, puesto que sus características son: el régimen celular nocturno; trabajo en común; disciplina severísima impuesta mediante castigos corporales y silencio absoluto"[621]. En efecto, como ya advertimos *supra*, el Sistema Pensilvánico implementado en la Prisión de Auburn sufrió algunas modificaciones en detrimento del aislamiento celular diurno y nocturno; y este Sistema estaba dirigido a los condenados cuyas penas de sangre fueron conmutadas por la pena privativa de libertad. Sin embargo, en la práctica, el

[619] Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., pp. 166 y 167.
[620] En virtud de que el Estado de Pensilvania era "quizás el único de los Estados de la Unión que continuaba protestando contra el empleo del régimen de sus prisiones. Los cuáqueros no cesan de protestar contra la inhumanidad de esta pena". Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, Ibid., p. 175.
[621] Vid. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., p. 57.

régimen ensayado en la Prisión de Auburn se limitó a unas cuantas clasificaciones y, además, cada una de las celdas acogía a dos condenados[622].

Ahora bien, como también hemos advertido *supra*, el Sistema Pensilvánico -con todos sus componentes- fue ensayado por primera vez en el Ala Norte de la Prisión de Auburn cuya construcción finalizo en el año 1821. Durante aproximadamente 2 años, en las celdas del referido edificio anexo de la prisión auburniana, se puso en práctica el aislamiento celular diurno y nocturno, ensayo este que resultó contraproducente para los objetivos reformadores propuestos, pues, los prisioneros que fueron sometidos a este régimen, a cabalidad, "cayeron en un estado de deterioro físico tan manifiesto que sus guardianes se asustaron; su vida corría peligro si permanecían más tiempo en prisión sometidos al mismo régimen; cinco de ellos sucumbieron en el transcurso de un año, su moral no era menos inquietante; uno de ellos se había vuelto loco, otro, en un ataque de desesperación, había aprovechado un momento en el que el carcelero le traía alguna cosa para precipitarse fuera de la celda corriendo el riesgo, casi inevitable, de una caída mortal"[623].

Si bien el Sistema Pensilvánico dejaría de ejecutarse en el establecimiento auburniano por los efectos nocivos comprobados que este régimen celular tuvo sobre la salud de los condenados, también a la sustitución del Modelo Pensilvánico por el Sistema Auburniano contribuyó la demostración de que el régimen celular era ineficaz para evitar la reincidencia, pues, algunos exconvictos de esta prisión que cumplieron condena bajo el Sistema Pensilvánico reanudaron su conducta delictiva al recuperar su libertad[624].

En consecuencia, la conveniencia de reformar el Sistema Pensilvánico se debió a la persistente creencia de que era posible corregir la conducta delictiva del penado mediante aislamiento prolongado, pero, para mantener este método penitenciario era necesario flexibilizar dicho aislamiento para que no comprometiera la salud de los condenados. Entonces, para lograr que el delincuente no reincidiere en el delito empleándose un método que no pusiere en riesgo la salud del penado, el aislamiento celular prolongado (diurno y nocturno) sería finalmente flexibilizado, al limitarse el aislamiento

---

[622] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 111.

[623] Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, Ibid., pp. 113.

[624] Acerca de la inconveniencia y nocividad del Sistema Pensilvánico para corregir al penado, BEAUMONT y TOCQUEVILLE engloban todo lo comentado hasta aquí al expresar que "en la antigua Prisión de Auburn se ha ensayado el aislamiento sin trabajo, y los presos que no se han vuelto locos, o que no se han muerto de desesperación, solamente han vuelto a la sociedad para cometer nuevos crímenes". Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, Ibid., pp. 140. Otro ejemplo de los efectos nocivos del régimen celular prolongado nos lo ofrece DEL PONT, al señalar que en el plazo de un año cinco penados habían fallecidos y otros tantos se volvieron locos furiosos. Vid. DEL PONT, M.: Penología y sistemas carcelarios. Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 62.

a sólo para las horas de la noche, y al permitirse que el trabajo diurno sea organizado de tal manera que el penado lo realice en comunidad con otros condenados, aunque bajo una estricta disciplina sustentada por fuerte castigos.

Este nuevo Sistema Auburniano fue acogido por la sociedad estadounidense al considerar que este modelo regimental era más idóneo para disciplinar e infundir en el condenado la obediencia a las reglas, porque a pesar de que el condenado se encontraba trabajando acompañado de otros presos debía realizar su trabajo en silencio[625], y, por lo tanto, bajo este Sistema la capacidad de obediencia a las normas internas de la prisión se ponía a prueba[626].

Ahora bien, adentrándonos en los elementos que componen al Sistema Auburniano, como ya hemos advertido *supra*, el régimen celular permanece vigente dentro de este nuevo modelo, pero con ciertos matices que lo hacían más digerible para el condenado. En efecto, de acuerdo con lo explicado por TOCQUEVILLE Y BEAUMONT, el condenado era sometido al aislamiento celular "pero sólo por unos días, transcurridos los cuales se le hace salir de la celda para ocuparse de los talleres. Al amanecer, los presos se despiertan con el sonido de una campana, señal de levantarse, y los carceleros abren las puertas. Los presos forman en fila bajo la dirección de sus respectivos guardianes y se dirigen primero hacia el patio, en el que se paran para lavarse las manos y la cara, y de allí a sus talleres para ponerse inmediatamente a

[625] Vid. LAMDROVE DÍAZ, G.: Las consecuencias jurídicas del Delito. Boch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1976, p. 62.

[626] Ello a diferencia de lo que ocurría con el Sistema Pensilvánico donde la disciplina aunque estaba presente, se encontraba mermada por la naturaleza misma del régimen celular donde no era necesario que el condenado observara las reglas de la disciplina y el silencio con el mismo rigor que presenta el Sistema Auburniano, pues el penado, debido a su soledad, guardaba un silencio inevitable, y el trabajo que el condenado debía realizar en su celda, más que una actividad laboral productiva, tenía un finalidad terapéutica al servir como vía de escape al abatimiento y desesperación que la soledad producía; en otras palabras, la precaria situación de vida del preso sometido al modelo Pensilvánico propiciaba que las exigencias del régimen fueran asumidas por el condenado como un remedio contra los efectos nocivos del encierro prolongada. Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., p. 143. Acerca de este mismo aspecto VON HENTIG ha explicado que "el sistema celular trató de conseguir, por el procedimiento arquitectónico de la absoluta separación, seguridad en la custodia y una soledad que produjera frutos educativos. El aislamiento total excluía los influjos perniciosos en cuanto no estuvieran arraigados en el penado mismo, en su fantasía, sus instintos y sus excesos masturbatorios. La consecuencia fue que los mecanismos normales de adaptación quedaron exangües y desarmados. Todos los problemas de disciplina parecieron simplificados. Los penados residían en cientos de celdas que no abandonaban más que para un breve paseo, que había de darse en silencio, al aire libre. La vida común, fundamento de las relaciones humanas y de toda civilización, fue desmenuzada de mil pequeños pedazos y el hombre obligado a descender al estado de un eremita por fuerza, encerrado en una jaula de piedra, inmóvil. Allí debía producirse mediante el <<recogimiento>>, pura y simplemente una conversión, que se consideraba ajena a la presión de cursos causales, que debía encontrar en sí misma una única causa eficaz". Cfr. VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición…, ob. cit., p. 223.

trabajar. El trabajo solamente se interrumpe a la hora de las comidas. No hay ni un solo instante dedicado al entretenimiento"[627].

En cuanto al trabajo en común que debían realizar los presos, este debía realizarse sin interrupción y -a diferencia de la precaria actividad laboral del penado sometido al régimen Pensilvánico realizaba dentro de su celda- el trabajo debía ser útil. Asimismo, el trabajo del régimen auburniano no era remunerado debido a que en este contexto penitenciario regía el Principio de que "el criminal debe a la sociedad todo su trabajo para indemnizarla por los gastos derivados de su encarcelamiento"[628].

Ahora bien, la actividad laboral que formaba parte del régimen Auburniano no se consideraba beneficioso sólo porque contrarrestaba la ociosidad del penado, sino también porque contribuía a la reforma de la conducta del penado. En efecto, con el trabajo realizado en comunidad se pretendía que los reclusos aprendieran un oficio que le permitiera vivir al salir de la prisión[629], modalidad laboral que era mucho más viable para reformar al condenado que el empleado por el Sistema Pensilvánico, ello en virtud de que el formato laboral Auburniano facilitaba que la Penitenciaría organizara una gran variedad de oficios útiles para la actividad económica de la nación estadounidense[630].

Otro elemento que estuvo presente dentro del modelo Auburniano fue el relativo a la instrucción moral y religiosa. La educación dentro de este Sistema era distinta al impartido dentro del Sistema Pensilvánico, pues la instrucción se realizaba generalmente los domingos antes de la celebración de los oficios religiosos. Aparte de ello, los capellanes acudían a las celdas de los presos otros días de la semana, especialmente "por la tarde, cuando, los condenados después de su trabajo, regresaban a sus celdas"; y, además de ello, cada penado "tenía en su celda una Biblia proporcionada por el Estado,

[627] Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., pp. 155.
[628] Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, Ibid., p. 162.
[629] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, Ibid., p. 158.
[630] No obstante, la organización del trabajo bajo el Sistema Auburniano no estuvo libre de controversias desde el punto de vista económico. En efecto, los artesanos libres y los obreros al ver afectado sus intereses al considerar que la mano de obra reclusa representaba para ellos una importante competencia en el mercado, alzaron la voz su voz para impedir que se organizaran actividades laborales que representaran para ellos un riesgo para su prosperidad económica, como sucedió, por ejemplo, en la Prisión de Sing Sing: "La penitenciaría de Sing Sing fue instalada en 1827. Había allí una cantera que suministró los materiales para la construcción de los edificios públicos circundantes. Se hacían trabajos de herrería. Sing Sing cerró un contrato por el cual se comprometió a suministrar una caldera a <<México, en Sudamérica>>. La envidia de los competidores encontró pronto una fórmula que sonaba honorablemente. Afirmaban que el mármol que se sacaba no era de alta calidad y lo rechazaban, con vergüenza y desaliento de los que, cual simples animales, enganchados a carros, tenían que extraer los bloques de piedra". Cfr. VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición…, ob. cit., pp. 227 y 228.

que puede leer durante todo el tiempo en que no esté dedicado a su trabajo"[631].

Finalmente, en cuanto a la disciplina, la disciplina era más compleja y cruel en comparación con la observada en el Sistema Pensilvánico. Los mecanismos de coacción física variaban de acuerdo al establecimiento que estuviere implementando el Sistema Auburniano; así, en las prisiones sometidas al formato auburniano se empleaban para someter la conducta de los reclusos díscolos, algunos instrumentos o medios de castigos, como: el látigo[632], el aislamiento prolongado con limitación de la comida y privación de cama[633], así como otras medidas adoptadas discrecionalmente por las autoridades del establecimiento[634].

5.3.- El régimen penitenciario como presupuesto de la pena privativa de libertad

Como hemos venido advirtiendo en el presente *Capítulo V*, la pena privativa de libertad -como sanción principal dentro del catálogo de penas vigentes dentro del modelo de Estado de Derecho moderno- surgieron paralelamente con el nacimiento del nuevo modelo de Estado de Derecho a partir de las revoluciones norteamericana y francesa de finales del siglo XVIII[635]. Si bien, en la sociedad estadounidense la pena privativa de libertad fue expresión de las ideas religiosas que inspiraban el estilo de vida de esta comunidad, en el caso de los franceses, la pena privativa de libertad surgió como como expresión de la ideología liberal plasmada en sus leyes entre las que se encuentra el Código Criminal francés de 1791. En este último caso nos enseña SANDOVAL que a través de este Código se redujeron los delitos sancionados con penas de muerte (de 115 a 32), se suprimieron las mutilaciones y otros tormentos que aún subsistían de los periodos anteriores y fueron introducidas tres modalidades de privación de libertad: el calabozo, la <<gene>> y la prisión[636].

Así, desde las postrimerías del siglo XVIII, del influjo que el movimiento independentista de los Estados Unidos y las ideas de la revolución francesa tuvieron en las sociedades occidentales del viejo y nuevo

[631] Cfr. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, ob. cit., pp. 183 y 184.
[632] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, Ibid., pp. 168 y 169.
[633] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, Ibid., pp. 169 y 170.
[634] Vid. TOQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos…, Ibid., pp. 168 y ss.
[635] Vid. LÓPEZ MELERO, M.: "Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, N.º 5, 2012, p. 403.
[636]Vid. SANDOVAL, H.: Penología…, ob. cit. p. 66; también en Vid. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., p. 52

continente, en palabras de MORÁIS, surgió "la aspiración de corregir a quien ha vulnerado el orden, de manera que no se repita su acción se reprodujo rápidamente y pasó a ser la <<razón de ser>> de la reacción institucional ante el delito. El Estado se reafirma como único titular de la potestad punitiva ante los comportamientos punitivos delictivos y se introduce el concepto de <<régimen penitenciario>> porque, si la sanción tenía una pretensión correccionalista, era necesario implementar esa aspiración, es decir, indicar cómo modificar el comportamiento del condenado. El régimen penitenciario se entiende como la técnica y las reglas concebidas y aplicadas para lograr ese objetivo"[637].

Así, ya para la segunda mitad del siglo XVIII -nos dice VON HENTIG- "el arco de la pena de muerte estaba excesivamente tenso. No había contenido el aumento de los delitos ni la agravación de las tensiones sociales, ni tampoco había garantizado la seguridad de las clases superiores. La picota fracasaba frecuentemente tratándose de delitos leves o de casos dignos de gracia, porque la publicidad de la ejecución daba más lugar a la compasión y a la simpatía que al horror. El destierro de las ciudades y las penas corporales habían contribuido al desarrollo de un bandidaje sumamente peligroso, que se extendía con impetuosa rapidez cuando las guerras y las revoluciones habían desacreditado y paralizado a los viejos poderes. La pena privativa de libertad fue el nuevo gran invento social, intimidando siempre, corrigiendo a menudo, que debía hacer retroceder al delito, acaso derrotarlo, en todo caso encerrarlo entre muros. La crisis de la pena de muerte encontró así su fin, porque un método mejor y más eficaz, excepción hecha de pocos de los más graves casos, ocupaba su puesto"[638].

Además, el Régimen Penitenciario se constituye como un conjunto de normas que regula a la ejecución de la pena privativa de libertad[639], de manera que, a través del Régimen, el desenvolvimiento de la vida tanto de los privados de libertad como del personal penitenciario dentro de la prisión se hace posible. En efecto, como veremos *infra* en el *Capítulo VII* de este estudio, dentro del modelo de Estado de social y democrático de Derecho, el Régimen Penitenciario se encuentra regulado por la ley, y aunque va dirigido a controlar la rutina de los privados de libertad, su implementación implica que el Estado -a través de su personal penitenciario- actúe para asegurar el cumplimiento de la ley, cuestión que hace nacer una relación jurídica entre el recluso y el personal penitenciario.

En consecuencia, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, si bien el Régimen Penitenciario está orientado a crear las

[637] Cfr. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., p. 52.
[638] Cfr. VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición…, ob. cit., p. 186.
[639] Vid. LÓPEZ MELERO, M.: "Cuestiones sobre el régimen y el tratamiento penitenciario", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 67, Fasc/Mes 1, 2014, p. 331.

condiciones necesarias para que la ejecución de la pena se realice idóneamente, con el Régimen Penitenciario se pone en marcha el ejercicio de los derechos y obligaciones recíprocas entre el personal penitenciario y la población privada de libertad[640], cuestión que activa, a su vez, la actuación de los órganos jurisdiccionales en los casos en que surjan conflictos surgidos entre el personal penitenciario y la población reclusa. De manera que, en la pena privativa de libertad enmarcada dentro del Principio de Legalidad de Ejecución Penal, el Régimen Penitenciario constituye un pilar fundamental no sólo para el funcionamiento de las prisiones, sino también para las garantías de los derechos de las personas privadas de libertad.

5.4.- El hito de la Escuela Positiva en la tecnificación de la ejecución de la pena privativa de libertad durante la vigencia del Estado de Derecho

La privación de libertad ha existido siempre, aunque no siempre ha servido como pena en sí misma. Antes de la adopción de la pena privativa de libertad, difícilmente se podría pensar que la penalidad en general era aplicada con criterio científico. En efecto, como hemos asomado *supra*, la ejecución de la pena privativa de libertad se basaba más en criterios místicos e intuitivos que en criterios científicos, es decir, la práctica penitenciaria de principios del siglo XIX no resultaba de la implementación de los conocimientos derivados de un método científico orientado al estudio del delito y al tratamiento del delincuente, tal como sucede actualmente.

La tecnificación de la pena privativa de libertad llega con la incorporación de la antropología criminal, criminología o ciencia criminológica. Según un importante sector de la doctrina especializada esa tecnificación se vincula con el nacimiento de la Criminología contemporánea, es decir, -en palabras de MORILLAS FERNÁNDEZ- con "la aparición de positivismo criminológico; esto es, la Escuela Positiva italiana y, en particular, en la figura de Lombroso (1835-1959)"[641].

Sin embargo, MORILLAS FERNÁNDEZ ha sugerido que "si bien es cierto que la Escuela Positiva Italiana supuso un punto de inflexión considerable en el pensamiento criminológico, un salto cualitativo hacia la experimentación y el empirismo, existen diversas manifestaciones anteriores, más embrionarias, que configuran su origen: la criminología clásica, que

[640] También en este sentido, Vid. FREIXA EGEA, G.: "Régimen penitenciario / clasificación y Art. 75 del Reglamento Penitenciario ¿Es el art. 75 RP un nuevo régimen de vida?, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* N.º 14, 2012, pp. 09:3-09:4.
[641] Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: "Origen y delimitación científica de la criminología…, ob. cit. 45.

marca las bases de la nueva Criminología; y, sobre todo, la denominada etapa precientífica o antecedentes al positivismo"[642].

En efecto, pese a que generalmente dentro de la doctrina se cree que el origen de la criminología se debe a la obra de LOMBROSO, hay un sector de la doctrina que defiende -entre los que se encuentran GARCÍA PABLOS DE MOLINA y MORILLAS FERNÁNDEZ- que la referida disciplina científica es el resultado de un conglomerado de ciencias que la precedieron y que, por separado, han contribuido al conocimiento del delincuente, e incluso se ha llegado a afirmar que " LOMBROSO no hace más que tomar, si acaso, consolidar premisas o postulados ya existentes"[643], es decir, que el positivismo surgió partiendo de la metodología empírica empleada por disciplinas científicas imperantes durante el predominio de la Escuela Clásica del Derecho penal tales como: la fisionomía, la frenología, la psiquiatría, la antropología y la Estadística Moral[644].

Ahora bien, independientemente de que la ciencia criminológica sea el resultado del perfeccionamiento de los métodos precedentes que venían siendo empleados accidentalmente para conocer la causa del delito, a nuestro modo de ver, lo relevante de la aparición de la ciencia criminológica fue el hecho que su creación constituyó un indicador de la creciente criminalidad que, desde la tercera década del siglo XIX, Europa estaba experimentando[645]. Así, la necesidad de contrarrestar la criminalidad llevó a los Estados a unir esfuerzos contra el mal común a través de la celebración de Congresos internacionales en las ciudades de Londres (1872), Estocolmo (1878), Roma (1885), San Petersburgo (1893)[646].

Concomitantemente a estos eventos científicos internacionales, nos enseña VIDAL, Italia "producía una nueva escuela de criminalistas que, rompiendo enteramente con las tradiciones hasta aquí admitidas en la legislación penal, pretendía, por medios tan radicales como sencillos, asegurar la defensa de la sociedad contra sus enemigos, destruyendo en sus bases más profundas los principios fundamentales de la filosofía y del Derecho penal. No tardó esta escuela en presentarse como terrible adversario, con el que se debe contar, gracias a los notables trabajos de sus fundadores: Un médico

[642] Cfr. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: "Origen y delimitación científica de la criminología…, ob. cit., p. 45.
[643] Vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: "Origen y delimitación científica de la criminología…, Ibid., p. 51.
[644] En este sentido, Vid. GUTIERREZ HINOJOSA, T. D.: "La explicación científica en Criminología", en *Derecho penal y criminología*, Vol. 33, N.º 94, 2012, p. 129. Y para una aproximación a los planteamientos precientíficos -desde el punto de vista criminológico- aportados por autores clásicos del Derecho penal como BECCARIA, LARDIZABAL, ROMAGNOSI, entre otros, Vid. SERRANO GÓMEZ, A.: "La criminología en los primeros clásicos", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 26, Fasc/Mes 1, 1973, pp. 73-90.
[645] Para una revisión de la criminalidad en la Europa del siglo XIX, Vid. VIDAL, J.: Principios fundamentales de la Penalidad en los sistemas más modernos…, ob. cit. pp. 9-15.
[646] Vid. VIDAL, J.: Principios fundamentales de la Penalidad en los sistemas más modernos…, Ibid. p. 16.

legista, LOMBROSO; un profesor de Derecho penal, FERRI, y un magistrado, GARÓFALO; ganaba partidarios en el extranjero, en Francia, en Alemania y en Rusia; propagaba sus doctrinas en una revista creada con este fin en Turín en 1880. *El Archivo de sichiatria, ciencia penal y pantropología criminal,* y las desarrollaba discutiéndolas en un Congreso de antropología criminal celebrado en Roma en 1885 al mismo tiempo que el Congreso penitenciario"[647].

Como hemos visto *supra*, en el *Capítulo IV* de este estudio, con el arribo del Estado liberal de Derecho, la política estatal estaba orientada a crear las condiciones necesarias para asegurar el ejercicio de las libertades de los individuos. En una época donde el método científico empleado para el estudio de los fenómenos de la naturaleza era considerado altamente efectivo, se consideraba que el ese método científico era útil para estudiar fenómenos sociales como lo es la criminalidad, y para ofrecer soluciones para prevenirla. Así, nos dice MAPELLI CAFFARENA, "aflora la nueva escuela en unos momentos en los que las ciencias humanas intentan explicar y proponer soluciones a los problemas sociales siguiendo la misma metodología y pautas que se emplean para los fenómenos naturales. Todos, pero especialmente LOMBROSO, estaba muy influido por las ideas evolucionistas de DARWIN. El tratamiento de los delincuentes no es más que una manifestación específica de la lucha por la conservación de la especie. La pena tiene como única misión neutralizar la peligrosidad de los criminales aprovechando las aportaciones de las ciencias médicas y biológicas[648].

Así, la necesidad de medidas eficaces contra la criminalidad fue aparentemente satisfecha con el arribo de la Escuela Positivista italiana[649], pues, se creía que con la implementación del método científico positivista, el cual partía de la base de que, negándose el libre albedrio, y considerando al delincuente como un individuo predestinado para hacer el mal, se creía también "poder prever con éxito la conducta futura de los hombres colocados bajo la influencia fatal e inmediata del determinismo, y tiende así a hacer de la legislación penal una ciencia exacta y positiva", en consecuencia, "la simplificación y la certidumbre serían, pues, los caracteres de esta ciencia más psicológica que jurídica, y los problemas sociales que suscita la penalidad se resolvían fácilmente por simple comprobaciones psicológicas y algunos principios tan sencillos como positivos"[650].

---

[647] Cfr. VIDAL, J.: Principios fundamentales de la Penalidad en los sistemas más modernos…, ob. cit. p. 16.

[648] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del delito…, ob. cit., p. 62.

[649] Si bien en el presente estudio nos enfocamos en la Escuela Positiva italiana como precursora de la teoría de la prevención especial, dicha teoría preventivo especial ha sido defendida o representada por otras corrientes como: el correccionalismo, la Escuela Sociológica alemana y el movimiento de la defensa social. Al respecto, Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del delito…, Ibid., pp. 62-65.

[650] Cfr. VIDAL, J.: Principios fundamentales de la penalidad en los sistemas más modernos…, ob. cit., p., 26.

Entonces, esta circunstancia, hizo nacer lo que ROSA DEL OLMO llamó fase resocializante o rehabilitadora donde "el delito ya no sería producto del libre albedrío sino determinado por fallas en la constitución física y moral del individuo. Se planteaba, por lo tanto, la necesidad de transformarlo, utilizando las técnicas de la nueva ciencia. Se impone el método del tratamiento, utilizado por la medicina, y la noción de castigo y arrepentimiento se reemplaza por la resocialización o rehabilitación"[651].

Con ello, continúa ROSA DEL OLMO en el mismo sentido que MIRALLES, "la prisión dejó de ser un simple observatorio para convertirse en un laboratorio. Se inicia el sistema de la *profilaxis criminal* con dos pilares fundamentales: *La responsabilidad social y el estado de peligrosidad*. Para cada individuo en el laboratorio carcelario habrá un tipo de tratamiento. En este proceso, será sometido a relaciones autoritarias, colocado bajo la autoridad médica en la terapia y bajo custodia en el trabajo"[652].

Este método se corresponde con la tendencia criminológica imperante en los primeros tiempos de la Criminología, donde, además, el condenado no era considerado como un <<sujeto de derechos>>, sino como un <<objeto de estudio>>, donde la dignidad del individuo quedaba condicionada o relegada por el objeto preventivo de la sanción, pues, lo importante era que el penado no reincidiera en el delito una vez recuperase la libertad.

No obstante, pese a la aparente injusticia que acompaña a la pena privativa de libertad enmarcada dentro del modelo resocializador, la implementación del método científico en la ejecución de la pena privativa de libertad ha contribuido a la racionalización de la misma, pues a través de la ciencia no sólo se ha intentado reinsertar al recluso en la sociedad, sino también se ha pretendido reducir los efectos nocivos que la reclusión tiene sobre la salud física, mental y moral de los penados; así, planteado de esta manera, la Administración Penitenciaria -a través de la ciencia aplicada dentro de los límites legales- vela por la salud de las personas privadas de libertad, cuestión que constituye una obligación cónsona con el modelo de Estado social y democrático de Derecho.

5.5.- La compatibilidad de la pena privativa de libertad con el modelo de Estado social y democrático de Derecho

Como ya hemos advertido a lo largo de la presente investigación, la penalidad ha formado parte de la dinámica de vida de las civilizaciones occidentales, pues mediante la penalidad, la sociedad ha pretendido asegurar

[651] Cfr. DEL OLMO, R.: Segunda ruptura criminológica. Universidad Central de Venezuela-Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas-Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas-Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Caracas, 1990, p. 170.
[652] Cfr. DEL OLMO, R.: Segunda ruptura criminológica…, Ibid., p. 170.

la convivencia social entre sus integrantes, finalidad esta que ha hecho de la penalidad una institución imprescindible para la vida de toda sociedad. En efecto, si las primeras sociedades humanas fueron el resultado de la necesidad de <<sobrevivir>> que el individuo tenía, para que estas sociedades se mantuviesen a través del tiempo era necesario que sus integrantes <<convivieran>> pacíficamente o, al menos, no atentaran unos miembros contra otros, cuestión que ha sido posible a través de la regulación de la conducta a través de normas coactivas de convivencia.

Ahora bien, de todo lo expuesto hasta ahora a lo largo de la presente investigación, podemos extraer que todo ordenamiento jurídico necesita de mecanismos eficaces para asegurar su cumplimiento, y la penalidad ha sido uno de los mecanismos de cumplimiento más antiguo con el que las normas han contado. En consecuencia, si las normas de conducta son inherentes a la sociedades, y la penalidad es inherente a las normas de conductas, entonces, la penalidad es una institución inherente a la sociedad. Esta inherencia de la penalidad a la sociedad justifica que aquella -a lo largo de la historia de las civilizaciones occidentales estudiadas *supra* en esta investigación- haya y continúe sufrido transformaciones para ajustarse a los cambios experimentados por la sociedad, y, por lo tanto, se justifica que la penalidad haya estado en permanente reforma para adaptarse a la idiosincrasia y al pensamiento de cada momento histórico, porque sólo así la penalidad podría subsistir.

Actualmente, como ya hemos advertido *supra*, las normas de conducta validas jurídicamente, es decir, las normas que son imponibles *erga omnes* son las que provienen del Derecho, ya que sólo esta categoría normativa tiene carácter coactivo. La coactividad de las normas jurídicas proviene de la vinculación que estas tienen con el Estado, pues, en la sociedad moderna el Estado es el único legitimado para hacer cumplir el Derecho mediante el uso de la fuerza.

Por otra parte, hemos visto también que la pena de muerte, las penas corporales y las penas pecuniarias han sido los principales medios de materialización del castigo a lo largo de la historia de la penalidad, quedando el encierro punitivo como una medida subsidiaria o secundaria. Actualmente, esta realidad ha cambiado debido a que la pena privativa de libertad es la principal -o más severa- sanción punitiva vigente en la mayoría de los países occidentales, pues, entre otras razones que repasaremos *infra*, esta sanción -a diferencia de la pena capital, por ejemplo- es la más compatible con las garantías de los derechos de los condenados.

Asimismo, al margen de que la pena privativa de libertad pueda ser más humanitaria y garantista que otro tipos de penas corporales, la vigencia de la pena privativa de libertad ha llegado a satisfacer el legítimo sentimiento vindicativo de la sociedad de forma controlada, pues, aunque el sufrimiento

del privado de libertad no es mensurable -porque depende de factores como la personalidad, la solvencia intelectual, y la fortaleza emocional y espiritual de cada individuo-, la intensidad del castigo social puede ser canalizada para materializar una respuesta enmarcada en la justicia, pero sin dejar de satisfacer un propósito retributivo y preventivo.

Otra razón que, a nuestro modo de ver, justifica la vigencia de la pena privativa de libertad dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, parte de la idea de que la persona humana en sí misma es perfectible y, de igual forma, sus acciones son imperfectas. Esta es una realidad que, además de estar abalada por la ciencia, es constatada tanto individual como colectivamente por los miembros de la sociedad. La justicia, por ejemplo, en los términos de ULPIANO es la "constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo"[653], este ideal de justicia es perfecto pero la forma en cómo puede materializarse puede llegar a ser imperfecto tanto por los errores -humanos- al momento del juzgamiento penal, como desde el instante en que se inicia y desarrolla la ejecución de la pena privativa de libertad.

La mera posibilidad de que los errores cometidos por el hombre investido de autoridad como juez para impartir justicia en nombre el Estado puedan llegar a ser reparados es, a mi modo de ver, una importante razón para justificar la vigencia de la pena privativa de libertad frente a otras modalidades de sanción como lo es, por ejemplo la pena de muerte, la cual aniquila al culpable del delito, sin posibilidad de que el Estado -y la sociedad representada en él- pueda solventar el error que eventualmente el Estado cometa en el ejercicio de su potestad punitiva.

La perfectibilidad del hombre también es una razón no sólo para justificar la vigencia de la pena privativa de libertad, sino también su constante reforma a fin de ajustarse al ideal de justicia sin abandonar el propósito reinsertador de la misma. Sin embargo, para los casos de los delincuentes de profesión o estado, desde mediados del siglo XX, el insigne CUELLO CALÓN planteó que la inocuización del delincuente de profesión era el remedio ante a la imposibilidad de la reforma de este perfil delincuencial[654].

La inocuización del delincuente de profesión o de estado no sólo podría justificar que existan sanciones como la pena de muerte, sino también las penas privativas de libertad indeterminadas o perpetuas, cuyo ejemplo es la prisión permanente revisable vigente en España desde el año 2015, y que analizaremos más adelante. Sin embargo, la vigencia de esta sanciones -para que sean justas- deben responder concomitantemente a Principios de

[653] Cfr. DIGESTO, Libro I, Ley 10. Instituciones de Justiniano. PEREZ ANAYA, F. (Trad.) / PÉREZ RIVAS, M. (Trad.). Cultural Cuzco, Lima, 1995, p.11.
[654] Al respecto, Vid. CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología…, ob. cit., pp. 21 y ss.

idoneidad, proporcionalidad y necesidad, pues de esta forma la sanción tipificada en la ley es el resultado del ideal de justicia y no de la mera idea de venganza.

A través de la revisión histórica plasmada en el presente estudio, hemos visto que todas las sanciones que han existido a lo largo de la historia de la civilización humana occidental son consecuencias de las circunstancias materiales, del sentir emocional y del pensamiento imperante en un momento dado; cuestión ésta que muestra que las instituciones humanas son creadas para solucionar problemas que la misma sociedad crea.

Un aspecto a destacar que no es ajeno a la búsqueda de una sociedad más segura frente al delito es el tema relativo al progreso de las ciencias y a los avances tecnológicos que de ella se derivan. Si bien las nuevas tecnologías provenientes de la actividad científica han contribuido a facilitar la vida de los integrantes de la sociedad, tanto los métodos como los resultados de la investigación científica -al ser una actividad humana- no se escapa de ser regulada por el Derecho, pues, la Ciencia a pesar de buscar resultados objetivos dentro de la lógica del Principio de Causalidad, los métodos empleados para estudiar sus objetos de estudio pueden chocar con la moral y, por ende, indirectamente con el Derecho.

En efecto, aunque la Moral y el Derecho son planos normativos distintos están interconectados entre sí, interconexión que sale a relucir cuando por ejemplo determinadas actividades moralmente incorrectas -como someter a las personas a experimentaciones científicas en contra de su voluntad- ponen en riesgo el ejercicio de determinados derechos -derecho a la vida, derecho a la libertad personal, derecho a la libertad de pensamiento, etc.-, en cuyo caso, la actividad científica pasaría a ser susceptible a enjuiciamiento jurídico.

Por otra parte, actualmente, al igual que sucede con el resto de las ciencias, las ciencias penales y criminológicas han avanzado en la búsqueda de soluciones o medidas más efectivas en la lucha contra el crimen[655]. Así, con la implementación de las nuevas tecnologías no sólo se ha logrado mayor precisión y eficacia al momento de ejecutar políticas criminales dirigidas a prevenir el delito, sino que también, con estos avances tecnológicos se ha

[655] Para una aproximación al empleo de las nuevas tecnologías para combatir el crimen, Vid. por ambos, VALLS PRIETO, J.: "Nuevas formas de combatir el crimen en internet y sus riesgos", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 18, 2016, pp. 1-36; MORENO JORGE, M. / PORRAS ARAGÓN, I. J. / CESPEDES GONZÁLES, C. M.: "El uso de herramientas tecnológicas para prevenir el crimen", en ESCPOGRA PNP: Revista Académica de la Escuela de Posgrado de la Policía Nacional del Perú, Vol. 3, N.º 1, 2023, pp. 34-43.

conseguido asegurar la eficacia de las medidas de seguridad, sin poner en riesgo la dignidad humana y demás derechos de los prisioneros[656].

Sin embargo, los avances tecnológicos no sólo han contribuido a mejorar las medias adoptadas por el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, sino que también, con las nuevas tecnologías han surgido nuevas formas delictivas que, a su vez, han propiciado que el Estado busque nueva fórmulas para contrarrestarlas, fórmulas que se traducen en la proliferación de estudios e investigaciones científicas dirigidas a explicar esas nuevas realidades y a crear mecanismos que las contrarresten.

Ahora bien, dentro de un modelo de Estado de Derecho, los mecanismos tecnológicos dirigidos a contrarrestar las modernas tendencias delictivas deben respetar la dignidad humana reconocida a toda persona sin discriminación alguna. En el ámbito penal y penitenciario, el respeto a la dignidad humana exige la separación de los condenados de los procesados, prohíbe penas o tratos crueles inhumanos y degradantes, y propugna que el Estado respete la orientación asignada por el Derecho a la pena privación de libertad.

La pena privativa de libertad desde su surgimiento -como sanción principal y más severa dentro del compendio de sanciones contemporáneas- se ha justificado e incluso legitimado desde hace más de dos siglos en base de una multiplicidad de factores económicos, sociales, culturales e ideales, y, más recientemente, se ha considerado que la vigencia del encierro punitivo, esencialmente, se justifica si su ejecución se hace dentro del respeto y la garantía de los derechos humanos que subsisten y no están expresamente limitados por la ley, la sentencia y la naturaleza de la sanción.

En definitiva, en el contexto actual enmarcado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la penalidad y concretamente la pena privativa de libertad debe -sin desconocer la realidad y el sentir de la sociedad- responder a criterios técnicos y garantistas para evitar penas desproporcionadas y desajustadas con los objetivos de prevenir el crimen o que causen un daño del que se pretende evitar.

En teoría, así se ha entendido y continúa entendiéndose la privación de libertad como medida preventiva durante el proceso penal y como pena

---

[656] Por ejemplo, Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en su Principio XXI relativo a <<Registros corporales, inspección de instalaciones y otras medidas>>, estableció que: "Los registros corporales, la inspección de instalaciones y las medidas de organización de los lugares de privación de libertad, cuando sean procedentes de conformidad con la ley, deberán obedecer a los criterios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Los registros corporales a las personas privadas de libertad y a los visitantes de los lugares de privación de libertad se practicarán en condiciones sanitarias adecuadas, por personal calificado del mismo sexo, y deberán ser compatibles con la dignidad humana y con el respeto a los derechos fundamentales. Para ello, *los Estados Miembros utilizarán medios alternativos que tomen en consideración procedimientos y equipo tecnológico u otros métodos apropiados*". (*Cursivas Nuestras*)

propiamente dicha, pero aun dentro del marco del Estado social y democrático de Derecho muchas veces esto no se ha asimilado enteramente en la práctica. Entre las razones por las cuales creemos que esto es así, se encuentra el hecho de que se continúa considerando que la relación de especial sujeción en la que se encuentra el privado de libertad, es un derecho en pro de la Administración Penitenciaria, y no una limitación que ubica al Estado como <<especial garante>> de los derechos que continúan teniendo los penados, al no estar tales derechos expresamente limitados por la sentencia condenatoria.

Como veremos en el *Capítulo VI* de este estudio, La especial posición de garante que el Estado tiene respeto a la población reclusa es una derivación del reconocimiento de la persona privada de libertad -concretamente del penado- como <<sujeto de derechos>>, pues, ese reconocimiento exige que el Estado adopte las medidas necesarias para compatibilizar las exigencias del régimen y del tratamiento penitenciario con las garantías que demanda el respeto a la dignidad humana.

Desde la tercera década del siglo XX, la comunidad internacional ha fomentado mejoras en el servicio penitenciario de los Estados modernos, mejoras que, si bien han estado principalmente orientadas a asegurar que las prisiones cumplan con la orientación <<preventiva especial>> que la ciencia criminológica ha venido propugnando desde finales del siglo XIX, no cabe duda que las exigencias de ese propósito contribuye en líneas generales a mejorar la calidad de vida de las personas privadas de libertad dentro de las prisiones.

Dada la importancia que ha representado la creación de unas normativas de carácter internacional con miras a mejorar la ejecución del encierro punitivo, a continuación, el siguiente apartado vamos analizar cómo el pensamiento penitenciario ha contribuido a adecuar a la privación de libertad a las exigencias y límites del Estado social y democrático de Derecho.

5.6- La filosofía penitenciaria en los estándares internacionales en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente

El Derecho positivo está conformado por un conjunto de normas jurídicas vigentes en un determinado Estado, y cuyo cumplimiento es obligatorio para todos los habitantes que se encuentran dentro del territorio que conforma ese Estado. Ahora bien, los estándares internacionales se refieren a normas de carácter internacional que han emanado del acuerdo entre varios Estados, y son creados para regular determinadas materias cuya

realidad es común entre los Estados[657]. El ejemplo más emblemático de estos estándares internacionales -en materia penal y penitenciaria- lo constituyen las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mínimas).

Las Reglas Mínimas son el resultado de la revisión de las "Reglas generales para el Trato de los Presos" sancionadas mediante Resolución de 25 de septiembre de 1934 dictada por la Sociedad de Naciones. Decimos que las Reglas Mínimas son resultado de estas últimas porque el Consejo Económico y Social aprobó la revisión de las mismas el 17 de febrero de 1950, con el propósito de actualizar las Reglas generales para el Trato de los Presos de conformidad con los progresos realizados por el pensamiento y la practica en cuestiones penitenciarias[658].

De acuerdo, con la Teoría de la Validez del Derecho, para que una ley sea válida jurídicamente es necesario que su creación se haga respetándose los condicionantes formales y materiales contenidos en el ordenamiento jurídico, cuya cúspide del mismo es la Constitución. Pero también, dentro de un Estado social y democrático de Derecho, además de las normas jurídicas contenidas en las leyes, los tratados internacionales son fuentes del Derecho. No obstante, para que un tratados internacional sea parte del ordenamiento jurídico de un Estado, de acuerdo al procedimiento prestablecido en su ordenamiento jurídico, es necesario que el referido instrumento internacional sea firmado y ratificado por el Estado[659].

Ahora bien, existen instrumentos internacionales que no son vinculantes porque no se constituyen como tratados internacionales propiamente dichos, sino que son una especie de normas marco que los Estados pueden tomar en cuenta para hacer sus políticas públicas, e incluso legislar conforme a ellas. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos son las <<normas marco>> que han sido tomadas en cuenta por los Estados modernos para legislar la materia penitenciaria en sus respectivos territorios, pues, el valor del referido instrumento internacional proviene de que su contenido es el resultado de los avances alcanzados por la práctica penitenciaria, y por el progreso de la ciencia criminológica y penitenciaria.

---

[657] Para un estudio detenido acerca de la naturaleza y valor de los <<estándares internacionales>> con especial referencia a los derechos humanos, Vid. DE CASAS, I.: "El concepto de <<estándares internacionales>> según la doctrina jurídica", en *Prudentia Iuris*, N.º 96, 2023, pp. 1-23.

[658] Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Reglas Generales: Reglas Mínimas para el Trato de los Presos. Informe de la Secretaría. Primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955, p. 1.

[659] Acerca de los tratados internacionales como fuente de Derecho Vid. SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: "Los Tratados como fuente del Derecho en la Constitución", en *Revista de las Cortes Generales*, N.º 9, 1986, pp. 293-308; Vid. REVELO, J.: "Los Tratados internacionales como criterio de interpretación de los derechos fundamentales constitucionales en el ordenamiento jurídico español", en *Revista Derecho del Estado*, N.º 11, 2001, 105-131.

El modelo de Estado social y democrático de Derecho es una figura de reciente data, y, en consecuencia, posterior a las referidas Reglas Mínimas, cuestión que ha dado lugar a que la adopción por el Derecho positivo del contenido de la referida normativa internacional, en algunos casos, se haya venido haciendo ajustándose no sólo a la experiencia penitenciaria concretas de los Estados, sino también al progreso de las ideas que giran en torno a los derechos humanos, ideas que indefectiblemente afectan a todas las fases el ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Pues, recordemos que, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, la garantía de los derechos humanos -como exigencia del referido modelo estatal- junto con la finalidad asignada a la pena, constituye uno criterio de legitimidad de la pena privativa de libertad.

Por otra parte, como hemos advertido *supra*, para que un tratado internacional se incorpore dentro de un ordenamiento jurídico concreto, el tratado internacional debe ser firmado y ratificado de conformidad con el procedimiento establecido en el Derecho positivo del Estado parte[660]. Pero en el caso de las Reglas Mínimas, al ser una especie de normas marco, la incorporación de sus disposiciones se realiza de manera indirecta mediante la consideración de su contenido al momento de legislar la materia penitenciaria perteneciente a un territorio determinado[661].

---

[660] Vid. ZAPATERO, V. / GARRIDO GÓMEZ, M. I.: El Derecho como proceso normativo…, ob. cit., p. 123. Sin embargo, -de acuerdo con BREWER CARÍAS- en materia de derechos humanos, la incorporación de las disposiciones contenidas en los Tratados Internacionales puede tener validez en el Derecho interno de un país a través de las siguientes técnicas, a saber: "en primer lugar, mediante la progresiva incorporación en las constituciones de las cláusulas abiertas de derechos humanos, sobre derechos inherentes a la persona humana; en segundo lugar, mediante la aplicación inmediata de las previsiones constitucionales sobre derechos humanos, sin necesidad de reglamentación legislativa, con base en lo regulado en instrumentos internacionales; en tercer lugar, mediante la constitucionalización progresiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, con la consecuente aplicación directa en el orden interno; y en cuarto lugar, mediante la inserción en las constituciones de reglas de interpretación constitucional de los derechos, sea de acuerdo con lo establecido en tratados internacionales o con lo declarado en los instrumentos internacionales, o conforme al principio de la progresividad en la aplicación e interpretación de los derechos humanos, permitiendo la aplicación de las normas más favorables contenidas en tratados o convenciones internacionales". Cfr. BREWER CARÍAS, A.: "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina", en *Revista IIDH*, Vol. 46, 2007, pp. 219-220.

[661] Allí radica la <<proyección universal>> con que fueron creadas las Reglas Mínimas, pero ello no implica que su adaptación al Derecho interno se haga mejorando aún más su contenido de acuerdo a la progresividad de los derechos humanos. Incluso las Reglas Mínimas han sido referencia para estándares regionales como sucedió con el caso de las *Normas penitenciarias europeas*, las cuales no sólo reprodujo las disposiciones de las Reglas Mínimas, sino que las mejoró para adaptarlas a las exigencias de la nuevos tiempos; al respecto Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, N.º 8, 2006, 1-44. En el caso español, según GARCÍA VALDEZ, La Ley Orgánica General Penitenciaria española fue redactada considerándose "esas grandes especie de códigos tipos, que son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los reclusos, elaboradas por las Naciones Unidas en Ginebra, en el año 1955, y actualizadas por el Consejo de Europa, en 1973". Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios a la legislación penitenciaria. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982., p. 19.

Una característica de la institución penitenciaria es que esta responde a las particularidades e idiosincrasia de cada región. En efecto, si bien la pena privativa de libertad va universalmente dirigida a limitar el derecho a la libertad deambulatoria del individuo, la forma en como cada región ejecuta dicha sanción puede variar de acuerdo a las condiciones e infraestructura con que cada Estado cuenta, ello aunado a que la concepción de la penalidad vigente en esa región no es ajena a su realidad política, social, económica y cultural. Por lo tanto, esta complejidad de la cuestión penitenciaria justifica que las Reglas Mínimas sean normas marco con la flexibilidad necesaria para que su aplicación sea ajustada a las circunstancias y condiciones particulares de cada región[662]. Sin embargo, aunque "en las Reglas Mínimas solamente se describen las condiciones mínimas que los gobiernos deberían observar en la administración de las prisiones. Las reglas mínimas suponen siempre una obligación, aunque no sea más que en forma de recomendación de lo que sería <<deseable>>. No figuran en el texto disposiciones puramente facultativa, ya que entre las finalidades que se persiguen con las Reglas Mínimas no figura el proponer un reglamento completo de las prisiones, por útiles y razonables que puedan ser ciertas disposiciones sugeridas por uno y otro grupo regional fuera de las exigencias mínimas que sean, por lo menos, moralmente obligatorias"[663].

La relevancia de las Reglas Mínimas estriba en que estas son producto de la experiencia y de la práctica contrastada de los Estados en su gestión penitenciaria; experiencia y práctica que ha sido recabada, aglutinada y actualizada por un grupo internacional de expertos en materia de prevención y tratamiento de los delincuentes. Este método de elaboración de las Reglas Mínimas nos enseña que las mismas son una forma de difusión de las experiencias comunes en materia penitenciaria, experiencias que se han convertido en prácticas consideradas efectivas para alcanzar la finalidad asignada al encierro punitivo, concretamente a la ejecución de la pena privativa de libertad[664].

---

[662] En consideración a este aspecto, la Secretaría General de las Naciones Unidas ha tenido claro desde un principio esta circunstancia. En efecto, la Secretaría General señaló en el informe que fue sometido a estudio y revisión por el grupo internacional de expertos que "es evidente que, debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y geográficas existentes en el mundo, no se puede aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo tiempo. Sin embargo, deberían servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, en vista de que representan, en general, las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas". Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Reglas Generales: Reglas Mínimas para el Trato de los Presos. Informe de la Secretaría…, ob. cit., p. 6.

[663] Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Reglas Generales: Reglas Mínimas para el Trato de los Presos. Informe de la Secretaría…, Ibid., p. 3.

[664] Una particularidad de las Reglas Mínimas es que regula la materia penitenciaria desde una perspectiva unificadora de los casos con características similares que pueden ser resueltas mediante la implementación de políticas similares independientemente de la cultura e idiosincrasia de la región. En tal sentido, la Secretaría General de las Naciones Unidas señaló que "aunque en el periodo de sesiones del Comité Asesor en 1953 se previó la posibilidad de clasificar en diversos grupos las reglas mínimas tal como habían sido

En efecto, si bien las Reglas Mínimas son previas al reconocimiento internacional de los derechos humanos por la Organización de las Naciones Unidas -la Declaración de los Derechos Humanos data del 10 de diciembre de 1948- por cuanto estas habían sido sancionadas por la Sociedad de Naciones el 25 de septiembre de 1934; la actualización de las Reglas Mínimas se debió no sólo a la necesidad de ajustar su contenido al pensamiento penitenciario imperante a mediados del siglo XX, sino también se hizo en consideración a los avances que la sociedad estaba experimentando en relación con los derechos humanos; pues obsérvese que "el proyecto de reglas fue sometido a la consideración de los gobiernos, los organismos especializados interesados (OMS, OIT, UNESCO) y la *División de Derechos Humanos de la Secretaría de las Naciones Unidas,* en octubre de 1951, para que hicieran las observaciones del caso (…)"[665].

Si bien las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos representó un avance en cuanto a la dignificación de la personas que se encuentran privadas de libertad por haber cometido un delito, esta dignificación no ha sido del todo completa. En efecto, una consecuencia del reconocimiento universal de los derechos humanos ha sido que los mismos amparan a toda persona independientemente de su raza, credo, condición social e incluso independientemente de su situación jurídica[666]. Así el respeto a la dignidad humana se ha convertido en un límite de la actuación estatal en cualquier circunstancia.

En el ámbito penitenciario, la dignidad humana se expresa mediante el derecho al trato humanitario y digno de la persona privada de libertad. El contenido de este derecho básicamente se manifiesta a través de la separación de las distintas categorías de privados de libertad, la prohibición de penas y demás tratos crueles, inhumanos y degradantes, y el respeto de la finalidad del Régimen Penitenciario.

---

adoptadas por las conferencias regionales, incluyendo en el primer grupo las que, por su aceptación general, podían ser consideradas de aplicación universal, en el segundo las que, por sus diferencias, presentaban un carácter puramente técnico debido a la interpretación dada a ciertos términos y, en el tercer grupo de las reglas, solamente las de carácter regional o local, el estudio preparado por la Secretaría ha demostrado que tal clasificación no era necesaria porque las reglas en las que manifiestan diferencias de fondo de orden regional, geográfico, cultural, administrativo, etc., son escasas" Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Reglas Generales: Reglas Mínimas para el Trato de los Presos. Informe de la Secretaría…, ob. cit., p. 3.

[665] Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Reglas Generales: Reglas Mínimas para el Trato de los Presos. Informe de la Secretaría…, ob. cit., p. 1.

[666] Acerca de la igualdad y la no discriminación en materia de derechos humanos, Vid. BAYEFSKY, A..: "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N.º 1-2, 1990, pp. 1-34; Vid. RABOSSI, E.: "Derechos humanos: el Principio de igualdad y la discriminación", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 7, 1990, pp. 175-192; y más recientemente, Vid. MARTÍNEZ PICHARDO, P. J.: "El principio de igualdad, nervio motor del ejercicio efectivo de los derechos humanos", en *Ciencia Jurídica*, Vol. 12, N.º 23, 2023, pp. 19-37.

Sin perjuicio de que en el *Capítulo VI* se abordará someramente el contenido del derecho al trato humanitario y digno, conviene adelantar en este lugar que la versión de las Reglas Mínimas dictadas en el año 1955 adopta la tesis de la <<prevención especial>> como finalidad preferente de la pena privativa de libertad, específicamente la finalidad de "reeducar" al condenado, pretensión esta que difícilmente se podría conciliar con el paradigma de los derechos humanos que serían reconocidos en los posteriores tratados internacionales sobre derechos humanos, tratados estos emanados de la propia organización de las Naciones Unidas.

En efecto, como hemos asomado en el apartado anterior, la pretensión resocializadora de la pena privativa de libertad se corresponde con los postulados de la criminología positivista de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, donde el condenado era considerado como un enfermo social que debía ser tratado para ser rehabilitado, para así, poder retornar a la sociedad sin atentar nuevamente contra el orden jurídico y, en consecuencia, contra la sociedad. La critica que la doctrina ha expuesto en contra de la pretensión reeducadora, se ha centrado en que la señalada pretensión atenta contra la dignidad y libertad de conciencia de la persona privada de libertad, quien es un sujeto vulnerable debido a su situación de cautividad[667].

Así, para reeducar al condenado se requiere que este participe en el tratamiento diseñado por la Administración Penitenciaria, pero el problema no está en la participación en sí misma, sino en que esa participación sea voluntaria o no[668]. El respeto a la dignidad humana de toda persona empieza

[667] El principio de rehabilitación social se ha venido transformando en el principio de reinserción social, el cual, en palabras de MAPELLI CAFFARENA, es un principio que "arranca de las críticas y el fracaso de las pretensiones resocializadoras, más ambiciosas y que a la postre ha servido sobre todo como un poderoso instrumento legitimante de la prisión gracias al cual lejos de convertirla en una pena excepcional de ultima ratio, se nos aparece no solo como la pena hegemónica en relación con las demás, sino que en si misma considerada se emplea con más intensidad y frente a más infracciones que en cualquier otro momento de su historia. La reinserción social nos sitúa frente al condenado más real, más concreto; ante un sujeto con muchas carencias, algunas de las cuales tiene su origen en la propia condición de recluso. El sistema penitenciario no puede pretender, ni es tampoco su misión hacer buenos hombres, pero si puede, en cambio, tratar de conocer cuales son aquellas carencias y ofrecerle al condenado unos recursos y unos servicios de los que se pueda valer para superarlos. En cierta forma se propone que las terapias resocializadoras y la sicología sean desplazadas por la oferta de los servicios sociales y la sociología". Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas…, ob. cit., p. 4.

[668] Desde el punto de vista penitenciario, el respeto de la voluntad del penado de participar o no en el tratamiento penitenciario contribuye al éxito del fin reinsertador de la pena privativa de libertad. Así lo ha entendido GALLEGO DÍAZ al señalar que "para poder garantizar un mínimo de eficacia en su aplicación según las exigencias propias de la ciencias del comportamiento, sobre todo por razones del debido respeto a los derechos del interno no afectados por la condena, el tratamiento no puede imponerse coactivamente, sino que es preciso que el interno acepte libremente someterse a él pues exige la cooperación voluntaria del sujeto tratado. El tratamiento, al igual que los distintos métodos y actividades que comporta, ha de ser un carácter necesariamente voluntario y, en consecuencia, el interno ha de rechazarlo válidamente. La imposición del tratamiento, aparte de atentar contra el principio de respeto de la personalidad de los internos consagrado en el art. 3 de la LOGP, supone ya su propio fracaso". Cfr. GALLEGO DÍAZ, M.: "Tratamiento penitenciario y voluntariedad", en *Revista de Estudios penitenciarios*, Extra 2013 (*In Memorian* del Profesor Francisco Bueno Arús), p. 100.

por el respeto a su libertad de conciencia, a la expresión de su voluntad de realizar o no determinada actividad, por lo tanto, en el entorno penitenciario es imprescindible que el penado participe voluntariamente -sin presión de ningún tipo- en el tratamiento penitenciario, cuestión ésta que es difícil de lograr si consideramos que las personas privadas de libertad son población cautiva sometida a un régimen penitenciario que controla absolutamente todas sus acciones.

Pese a esta critica que acabamos de hacer, la tecnificación del servicio penitenciario dirigido a conseguir un propósito preventivo fue un paso importante en detrimento de la arbitrariedad y empirismo que caracterizaba a la ejecución de la pena privativa de libertad -en cualquiera de sus modalidades- de principios del siglo XIX. En efecto, la tecnificación del servicio penitenciario es una consecuencia de la adopción del "concepto moderno de servicio penitenciario" propugnado por las Naciones Unidas desde mediados del siglo XX[669].

Tal como hemos advertido *supra*, la pena privativa de libertad venía siendo considerada como un mecanismo dirigido a reeducar al delincuente, y, en tal sentido, esta categoría de pena tiene como finalidad <<proteger a la sociedad>>, cuestión que se hacía posible si se aprovechaba <<el tiempo de reclusión para enseñar al delincuente a no volver delinquir>>. Esta exigencia que debía cumplir el Estado a través de la ejecución de la pena privativa de libertad, sólo era posible si, aunado a la construcción de prisiones con espacios para cumplir con determinadas tareas que empíricamente se consideraban útiles para corregir al condenado, se seleccionaba y capacitaba al personal penitenciario que ha de cumplir con las diversas tareas asignadas a la prisión[670].

Así, "dicho personal, homogéneo al comienzo, porque casi únicamente se ocupaba de la custodia de los detenidos, se ha diversificado o tiende a diversificarse para dedicarse a labores especializadas más complejas: observación, educación, ayuda psicológica y social, atención psiquiátrica"[671].

---

[669] Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: Personal. Estatuto, selección y formación del personal penitenciario. Informe de Secretaría. ONU, Ginebra, 1955, p. 4

[670] La Regla 4 de la Reglas Mínimas, consagra en este sentido: "1. *Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo.* 2. Para lograr ese propósito, las administraciones penitenciarias y otras autoridades competentes deberán ofrecer educación, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas y disponibles, incluidas las de carácter recuperativo, moral, espiritual y social y las basadas en la salud y el deporte. Todos esos programas, actividades y servicios se ofrecerán en atención a las necesidades de tratamiento individuales de los reclusos". (*cursivas nuestras*)

[671] Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: Personal…, ob. cit., p. 4.

Por otra parte, como veremos en el *Capítulo VII* de este estudio, el progresivo reconocimiento de los derechos humanos de las personas privadas de libertad trae aparejado el establecimiento de mecanismos de exigibilidad de tales derechos, mecanismos a los que penados puedan acudir en los casos en que sus derechos sean eventualmente vulnerados por la Administración Penitenciaria. Esto es así dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho donde la consagración y protección de los derechos humanos es uno de sus caracteres fundamentales.

Ahora bien, dentro del ámbito penitenciario, si bien la existencia de un órgano jurisdiccional encargado de velar por los derechos de los penados es una figura relativamente reciente, la propuesta de su creación venía ventilándose desde al menos la primera mitad del siglo XX. Concretamente con ocasión de la elaboración de las Reglas Mínimas, la División de Derechos Humanos propuso que en "el caso de un preso acusado de una infracción disciplinaria de cierta gravedad fuera examinado por una persona imparcial -independiente de la administración del establecimiento- y para permitir al preso apelar, ante una autoridad superior, contra cualquier pena disciplinaria"; sin embargo, esta propuesta fue descartada por el Grupo de expertos europeos y del Cercano oriente por considerar que "que la responsabilidad de la materia debía confiarse exclusivamente a la administración de prisiones y que la Regla 30 del proyecto que ofrece a los presos la posibilidad de dirigir, sin censura, quejas a las más altas autoridades, aun a las no penitenciarias, equivale a un derecho indirecto de apelación"[672].

Por otra parte, en cuanto a algunos de los indicadores del derecho al trato humanitario y digno que mencionamos *supra*, la mayoría están relacionados con el Régimen Penitenciario. Como ocurre en cualquier sociedad, para asegurar la convivencia entre sus integrantes es necesario establecer normas de conducta. Como ya hemos advertido *supra*, en el ámbito penitenciario, el conjunto de normas que regulan la convivencia entre los distintos grupos de personas que hacen vida dentro de las prisiones (funcionarios y privados de libertad) son las que configuran el llamado "Régimen Penitenciario".

Actualmente, el Régimen Penitenciario que cumple su función de asegurar la ejecución de la medida o pena privativa de libertad, sin someter al recluso a tratos inhumanos y degradantes, puede considerarse que se ajusta a las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Ahora bien, la característica díscola de la población reclusa -la cual se encuentra privada de libertad precisamente por atentar contra la ley- agrega mayor complejidad a la tarea de mantener la convivencia dentro de las prisiones y, por ello, para asegurar la convivencia entre los integrantes de esta población

[672] Cfr. NACIONES UNIDAS: Reglas Generales: Reglas Mínimas para el Trato de los Presos. Informe de la Secretaría…, ob. cit., pp. 26 y 27.

cautiva se requiere que el Régimen Penitenciario cuente con sanciones disciplinarias.

En las prisiones enmarcadas dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, las sanciones disciplinarias no quedan al arbitrio de la Administración Penitenciaria, pues, tanto las conductas como sus correspondientes sanciones deben estar prestablecidas en la ley. Además, estas sanciones no deben causar sufrimientos insoportables para el recluso; así lo ha entendido las Reglas Mínimas al prohibir expresamente toda sanción cruel, inhumana o degradante. A mediados del siglo XX, periodo temporal en que fueron sancionadas las Reglas Mínimas, aún estaba vigente el paradigma etiológico, pensamiento criminológico que difícilmente se podría conciliar con la idea de que el penado es sujeto de derechos; no obstante, ya en ese entonces la prohibición de cualquier sanción que acarree un trato inhumano y degradante hacia la persona privada de libertad estaba arraigada[673].

Además, una constante dentro del régimen disciplinario ha sido el reconocimiento de las garantías relativas al debido proceso para el recluso, al disponer en la Regla 41 que "los reclusos serán informados, sin dilación y en un idioma que comprendan, de la naturaleza de los cargos que se les imputen, y dispondrán del tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa"[674].

Finalmente, otra manifestación del derecho al trato humanitario y digno contenido en las Reglas Mínimas se refiere a la separación de los reclusos por categorías de acuerdo, entre otras, la situación procesal en la que este es el acusado se encuentre. Así plasma las Reglas Mínimas plasma, en su Regla 11, la referida exigencia en el tenor siguiente: "*Los reclusos pertenecientes a categorías distintas deberán ser alojados en establecimientos diferentes o en pabellones diferentes dentro de un mismo establecimiento, según su sexo y edad, sus antecedentes penales, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles; por consiguiente*: a) los hombres serán recluidos, en la medida de lo posible, en establecimientos distintos a los de las mujeres y, en los establecimientos mixtos, el pabellón destinado a las mujeres estará completamente separado del de los hombres; b) *los reclusos en espera de juicio estarán separados de los penados*; c) los encarcelados por deudas u otras causas civiles estarán

[673] Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Reglas Generales: Reglas Mínimas para el Trato de los Presos. Informe de la Secretaría…, ob. cit., pp. 28-30.

[674] Obsérvese que la citada Regla 41, a diferencia de lo estipulado en las Reglas Mínimas anteriores a la reforma del año 2015, establece los indicadores considerados apropiados para que el recluso pueda hacer efectivo su derecho a la defensa. En la anterior propuesta de Regla Mínima -concretamente la Regla 24- propuesta por la Secretaría General de las Naciones Unidas, se limitaba a establecer que en "ningún detenido será castigado sin haber sido informado de la infracción que se le atribuya y sin que se le haya permitido previamente presentar defensa. La autoridad competente procederá a un examen completo del caso". Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Reglas Generales: Reglas Mínimas para el Trato de los Presos. Informe de la Secretaría…, ob. cit., p. 27.

separados de los encarcelados por causas criminales; d) los jóvenes estarán separados de los adultos" (*Cursivas Nuestras*).

CAPITULO VI
EL IMPACTO DE LAS REFORMAS NEO-RETRIBUTIVAS PENALES Y PROCESALES EN LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EJECUTADA DENTRO DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO (ANALISIS AXIOLÓGICO)

6.1.- Aproximación a la Teoría Tridimensional del Derecho como marco para un análisis integral del impacto de las reformas neoretributivas penales y procesales en la pena privativa de libertad ejecutada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho

La reconstrucción histórica que -en este estudio- hemos realizado acerca de la penalidad y su relación con los modelos de Estado u organización político social que -desde la antigüedad hasta el presente- han enmarcado a las civilizaciones occidentales, nos muestra -entre otras cosas- que el Derecho es un fenómeno social, pues históricamente el Derecho ha servido para regular -o controlar- la conducta libre de la persona humana que vive en sociedad[675].

En efecto, el Derecho contemporáneo regula la conducta humana, y sólo limita las acciones cuya realización depende de la voluntad humana y no de algún factor externo, además, concretamente el Derecho penal sólo responsabiliza de la comisión de un delito a una persona individualmente considerada[676]. Esta forma de concebir al Derecho no siempre fue así, pues, como hemos visto cuando estudiamos la penalidad del pueblo hebreo, toda una familia perteneciente a esta comunicad podía ser condenada por un delito cometido por uno de los integrantes del grupo familiar[677]. Pero lo que es una

---

[675] Al respecto, Vid. DEL VECCHIO, G.: EL concepto del Derecho. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021, pp. 17-32; Vid. MACÍA MANSÓ, R.: "El Derecho y su relación con la moral, según la teoría de J. A. Fichte", en *Anuario de filosofía del Derecho*, N.º 9, 1992, pp. 410-412.

[676] Para una aproximación al principio de culpabilidad penal en el Derecho penal moderno, Vid. por todos, DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A.: "Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 5, Fasc/Mes 1, 1952, pp. 345-360; CEREZO MIR, J.: "Culpabilidad y pena", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 33, Fasc/Mes 2, 1980, pp. 347-366; TORIO LÓPEZ, A.: "El concepto individual de culpabilidad" en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 38, Fasc/Mes 2, 1985, pp. 285-302; GARCÍA ARÁN, M.: "Culpabilidad, legitimación y proceso", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 1, 1988, pp. 71-114; y más recientemente, Vid. SÁNCHEZ DAFAUCE, M.: "Elementos de la culpabilidad penal", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 71, Fasc/Mes 1, 2018, pp. 213-237; Vid. ALONSO ÁLAMO, M.: "La culpabilidad jurídica en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad", en MARAVER GÓMEZ, M. (Coord.) / POZUELO ARQUIMBAU, L. (Coord.).: La culpabilidad. Editorial B de F, Uruguay, 2019, pp. 1-48.

[677] Un estudio detallado sobre la responsabilidad colectiva en la antigüedad Vid. VON HENTIG. H.: La pena I…, ob. cit., pp. 15-33. Mas recientemente en Vid. por ambos, SIMMEL, G.: "Sobre la responsabilidad colectiva", en *Revista de la carrera de sociología: Entramados y perspectivas*, Vol. 5, N.º 5, 2015, pp. 229-

realidad verificable en cualquiera de las épocas estudiadas es que con el Derecho -institucionalizado o no en los términos que actualmente se entiende[678]- se ha pretendido regular la conducta humana mediante el uso de la fuerza, la cual se emplea en caso de que se verificare el incumplimiento de la norma jurídica[679]. Así, entre las características distintivas del Derecho se encuentra la <<coactividad>>, carácter éste que, como acabamos de advertir, implica que las normas jurídicas pueden hacerse cumplir por la fuerza, en caso de que se verificare el incumplimiento o la vulneración de tales normas por parte de los destinatarios[680].

248; Vid. MENÉNDEZ CONCA, L.G.: "Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Ratio Juris*, Vol. 16, N. º 32, 2021, pp. 93-105.

[678] Al respecto, PRIETO SANCHÍS -al referirse a la <<institucionalización>> como criterio distintivo del Derecho- ha advertido que "todo parece indicar que en las sociedades primitivas se carecía de un modelo medianamente desarrollado de esas normas secundarias que expresan la institucionalización del Derecho: no existían órganos permanentes de producción jurídica, sino que las normas se creaban más bien de forma espontánea y por la propia colectividad (costumbres); tampoco se contaba con órganos que de manera exclusiva aplicasen las normas jurídicas (y la fuerza), sino que esa tarea se encomendaba a árbitros elegidos por las partes, o simplemente se atribuía un derecho de venganza en favor del ofendido o de su familia. En definitiva, eran sistemas no institucionalizados o con una institucionalización rudimentaria". Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: Apuntes de teoría general del Derecho…, ob. cit., p. 21.

[679] Cabe precisar en este lugar, que la coactividad reglada además de ser una garantía frente a la arbitrariedad estatal, al quedar sometida el uso de la fuerza al Derecho, evita que la sociedad no se degenere hacia una situación de anarquía y de barbarie que ponga en peligro la integridad existencial de los integrantes de la sociedad. La <<norma jurídica>> como mecanismo de control social formal, se diferencia de otras categorías normativas del espíritu -como lo son las normas morales- en que las normas jurídicas son <<heterónomas>> en cuanto a su origen, pues las normas jurídicas son creadas por un agente externo al individuo obligado, es decir, "el legislador y el destinatario son personas distintas; frente al autor de la ley hay un grupo de súbditos". Cfr. GARCÍA MÁYNES, E.: Introducción al estudio del Derecho…, ob. cit., p. 22. Este carácter heterónomo de las normas jurídicas además de mostrarnos el carácter público de tales normas, nos enseña la condición que le da legitimidad a la <<coactividad>> como mecanismo para lograr la <<convivencia social>> dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho. La <<coactividad>> no es sinónimo de <<arbitrariedad>>, sino más bien, coactividad es el uso de la fuerza estatal conforme al Derecho. En palabras de GABALDÓN, "lo formal remite al protocolo, la rigidez, la jerarquía y las secuencias predefinidas, mientras que lo informal a la espontaneidad, flexibilidad, horizontalidad y las secuencias indefinidas. En materia de coacción, esta distinción tiende a coincidir, dentro del modelo del Estado moderno, con lo aceptable y no inaceptable. El ejercicio de la fuerza, y muy especialmente cuando emana del Estado, debe estar sometido a protocolos de actuación, al principio de legalidad, a la subordinación de sus ejecutores a órdenes y directrices superiores y a escalas progresivas y diferenciadas en su aplicación. Esta formalidad constituye la justificación de su aplicación y su límite, mientras la tecnología permite incrementar su eficacia, selectividad y concentración, así como el control judicial y ciudadano permiten evaluar su necesidad, proporcionalidad y oportunidad". Cfr. GABALDÓN, L. G.: "La coacción entre lo público y lo privado", en *Espacio Abierto*, Vol. 24, N.º 4, octubre-diciembre, 2015, p. 9.

[680] En un sentido restringido, en palabras de GARCÍA BARBENA, "la coactividad del Derecho significa la facultad de imponer sanciones penales. En efecto, aunque el concepto de coactividad no coincida con el concepto de pena, pero es claro que la sanción penal es el más conspicuo y energético modo de manifestarse la coacción de la norma legal (…)". Cfr. GARCÍA BARBENA, T.: "La coactividad en el Derecho de la Iglesia", en *Revista españolade Derecho canónico*, Vol. 19, N.º 57, 1964, p. 663. Para un estudio detenido acerca de la coactividad en el Derecho, Vid. RECASENS SICHES, L.: "El concepto lógico del Derecho: La coactividad", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 73, N.º 145, 1924, pp. 404-446; Vid. MACÍA MANSÓ, R.: "El Derecho y su relación con la moral, según la teoría de J. A. Fichte…, ob. cit., pp. 412-415; Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, N.: "La fuerza del Derecho", en *Anuario de filosofía del Derecho*, N.º 4, 1987, págs. 626-629; Vid. SUÑER, P.: "Moral y Derecho", *Espíritu: Cuadernos del*

Asimismo, de la aproximación histórica que hemos realizado en los *Capítulos* precedentes de esta investigación, se desprende que un análisis completo del Derecho punitivo -vigente en una sociedad determinada- requiere conocer y comprender tanto el ordenamiento jurídico que lo conforma, como la idiosincrasia, las costumbres y los valores que definen a la sociedad a la cual ese Derecho positivo pertenece.

El Derecho está conformado o se manifiesta mediante un conjunto de normas, normas que no provienen de un hecho fortuito ni son producto de circunstancias espontaneas ajenas a toda justificación de utilidad para el ser humano, pues las normas son creadas con el propósito de preservar a la sociedad, la cual, es un medio útil para garantizar la supervivencia del ser humano individualmente considerado. Pero el Derecho, al ser un fenómeno social orientado a garantizar la convivencia social, necesariamente está ligado a la idiosincrasia de la sociedad a la que está llamado a regular, cuestión que -a su vez- justifica que ciertos valores también emanados de la convivencia social y considerados útiles para preservar la convivencia social como lo es, por ejemplo, la justicia, estén presentes dentro del Derecho. De manera que, el Derecho como conjunto de normas, no está del todo desvinculado con la moral y la idiosincrasia de una sociedad determinada.

En efecto, partiendo de lo dicho por BRUSIIN al señalar que "la norma jurídica es un esquema de acción, es <<obligatoria>>, es decir detrás de ella hay una comunidad organizada"[681], debemos aceptar que, aunque el Derecho no se agota en preceptos morales, el Derecho contribuye de alguna u otra manera a preservar algunos aspectos de la moral que son considerados imprescindible para la subsistencia de la sociedad y, por ende, vemos que -en palabras de BRUSIIN- "los actos coactivos sociales (jurídicos) amenazados y ejecutados por los órganos de la comunidad contribuyen esencialmente a reforzar la ética y la moral"[682].

Así, el Derecho, en palabras de REALE, "no es puro hecho ni pura norma, sino que es el hecho social en la forma que le da una norma socialmente promulgada por una autoridad competente, según un orden de valores"[683]. Esta forma de concebir al Derecho implica que, cualquier estudio

Instituto Filosófico de Balmesiana, Año 43, N.º 109, 1994, pp. 46-49; Vid. GREPPI, A.: "Derecho, poder, estructura y función (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio", en *Anuario de filosofía del Derecho*, N.º 12, 1995, pp. 551-554; Vid. RODILLA, M. A.: Teoría del Derecho. *Ratio legis* ediciones, Salamanca, 2013, pp. 225-233; Vid. MARTÍNEZ FERRIZ, J. L. J.: "La coacción en el Derecho", en SANCHEZ DE LA TORRE, A. (ed. Lit.) / FUERTES PLANAS ALEIX, C. (ed. Lit.): Principios jurídicos del Derecho: Principios del Derecho III. Depalma S. L., Madrid, 2016, pp. 241-262.

[681] Cfr. BRUSIIN, O.: La objetividad de la jurisdicción. Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2020, p. 18.

[682] Cfr. BRUSIIN, O.: La objetividad de la jurisdicción…, Ibid., p. 18.

[683] Cfr. REALE, M.: Teoría Tridimensional del Derecho. Edeval, Valparaíso, 1978, p. 102.

que se haga acerca del mismo, deba considerar -conjunta o separadamente- las distintas perspectivas que forman parte de la experiencia jurídica. Pero el enfoque tridimensional que aquí planteamos se refiere a un tridimensionalismo <<específico>> que propugna que entre las distintas perspectivas existe una <<correlación esencial>> o <<dialéctica de implicación-polaridad>>[684], pero sin desconocer que existen linderos entre cada una de tales perspectivas.

En el mundo de los valores y de la *praxis*, dice REALE, se manifiesta "la existencia de ciertos aspectos de la realidad humana que no pueden ser determinados sin ser referidos a otros aspectos distintos, funcionales, e incluso opuestos, pero aun así complementarios"[685], aspectos estos que quedan sintetizadas por la norma jurídica, como manifestación del Derecho.

En el entorno de la ejecución de la pena privativa de libertad -como experiencia jurídica[686]-, la correlación entre la distintas perspectivas se hace aún más patente, ello debido a la exigencia de garantizar los derechos humanos como presupuesto del Estado de Derecho. En efecto, como todo derecho subjetivo, los derechos humanos no se agotan con su mero enunciado o reconocimiento, pues estos deben verificarse en la práctica. Dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, la universalidad de los derechos humanos implica que la pena privativa de libertad no es inmune a los límites establecidos por los derechos humanos, e incluso -como veremos *infra*- los derechos humanos constituyen un presupuesto de legitimidad de la prisión.

---

[684] REALE explica que dentro del tridimensionalismo jurídico se habla de <<dialéctica de implicación-polaridad>> cuando: "hay una correlación permanente y progresiva entre dos o más términos, que no pueden comprender separados unos de otros , siendo al mismo tiempo, irreductibles unos a otros; tales elementos distintos u opuestos de la relación, por otra parte, tienen únicamente plenitud de significado en la unidad concreta de la relación que constituyen, en cuanto que se correlacionan y participan de dicha unidad". Cfr. REALE, M.: Teoría Tridimensional del Derecho…, ob. cit., p. 124. Más recientemente, FALCÓN Y TELLA ha sugerido el método dialectico como un enfoque adecuado para responder a cuáles deben ser los fundamentos y finalidades de la sanción penal, al señalar que "la palabra clave aquí sería el sustantivo <<dialéctica>>. En efecto, más que mirar en una sola dirección, habría que mirar el campo de visión y darse cuenta de que estamos ante un problema complejo que exige de soluciones igualmente complejas. Además, las respuestas y las soluciones conciliadoras de varias doctrinas no deben limitarse a proyectarlas como compartimientos estancos, sino como polos en continua lucha e intercambio, de un modo dialéctico. De la oposición de los contrarios saldrá la síntesis, que, a su vez, ni será estática y definitiva, dada de una vez por todas, sino susceptible de revisiones y abierta siempre a nuevas perspectivas y enfoques". Cfr. FALCÓN Y TELLA, F.: "Límites del Derecho a sancionar", en *Anuario de derechos humanos*, N.º 6, 2005, p. 234.

[685] Cfr. REALE, M.: Teoría Tridimensional del Derecho…, ob. cit., p. 122.

[686] La <<experiencia jurídica>> a la que nos referimos aquí, es la que entendemos en los términos expuestos por REALE como "la efectividad de los comportamientos sociales en función de un sistema de reglas que también designamos con el vocablo Derecho". Cfr. REALE, M.: Introducción al Derecho. 8ª ed. Ediciones Pirámide S. A., Madrid, 1987, p. 67.

Sin embargo, siguiendo a DE ZAYAS, los derechos humanos al ser una manifestación de la cultura, el grado de desarrollo en cada región depende de la idiosincrasia y de las particularidades culturales de cada sociedad o población[687]. Por ello, no es de extrañar que la garantía de algunos derechos sea mermadas o fortalecidas de acuerdo con la visión de cada cultura.

Esta circunstancia justifica aún más la importancia de estudiar e interpretar al Derecho desde una perspectiva que consideré al Derecho en su vinculación con la idiosincrasia y con los valores imperantes en la sociedad, pues con ello se puede evaluar si las razones éticas y morales que justifican al Derecho, en la práctica, han cambiado de acuerdo con las circunstancias históricas que influyen en la idiosincrasia de cada región.

Ahora bien, si hacemos este análisis tridimensional desde la perspectiva de la pena como institución jurídica, a lo largo de los *Capítulos* precedentes hemos visto que la penalidad -en general- es un asunto de interés público, al ser la más severa manifestación del poder del Estado. En los *Capítulos* precedentes de la presente investigación, hemos visto que la severidad de la pena se fundamenta en el sentimiento vindicativo de la sociedad frente a los ataques de algunos de sus integrantes; pero dentro del marco del Derecho la materialización del sentimiento vindicativo no está a la deriva, pues está se concreta mediante el valor de la justicia. Por ende, la justicia se convierte también en un valor que sirve para ponderar la existencia del Derecho.

Dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la norma jurídico penal, como manifestación de la garantía que posee el individuo frente al poder punitivo del Estado, tiene sentido si en la *praxis* es efectiva y eficaz, y ello sólo se puede conocer con el estudio concomitante de las distintas perspectivas, sin desconocer los linderos de cada una de ellas.

En virtud de lo comentado hasta ahora en el presente *Capítulo VI*, podemos ver que el Derecho es en general un fenómeno complejo, complejidad que se verifica al momento de pretender estudiarlo íntegramente, pues el Derecho como objeto de estudio (objeto material) puede ser abordado desde distintas perspectivas (objeto formal)[688]. En efecto, las distintas pero complementarias perspectivas desde las que el Derecho puede

[687] Vid. DE ZAYAS, A.: "Dignidad y derechos humanos", en PRONER, C. / OLASOLO, H. / VILLÁN DURÁN, C. / RICOBOM, G. / BACK, CH. (Coord.): 70º Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La protección internacional de los Derechos Humanos en cuestión. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 63 y 64.

[688] Vid. FALCÓN Y TELLA, M. J.: Lecciones de Teoría del Derecho…, ob. cit., p. 29; Vid. FALCÓN Y TELLA, F.: "Valores, normas y hechos en el Derecho", en *Revista de estudios políticos*, N.º 126, 2004, p. 322.

ser analizado ha dado lugar a varias metodologías de estudio, cada una de ellas destinadas a estudiar las distintas dimensiones en que el Derecho revela su existencia, dimensiones que, a su vez, se corresponden con los criterios de valoración del Derecho, a saber: la justicia, la validez y la eficacia[689].

Pero el empleo de una metodología integral para estudiar el Derecho es de reciente data pues, desde la antigüedad, el estudio del Derecho ha girado en torno a una perspectiva específica y absoluta. Así, como hemos visto cuando estudiamos la penalidad del pueblo hebreo, de las civilizaciones griega, romana, y de las agrupaciones sociales medievales y modernas; el Derecho de cada una de estas sociedades se fundaba en el Derecho natural el cual -con sus perspectivas teológicas y racionalistas- predominaría como criterio legitimador de la validez del Derecho, hasta que, en el siglo XIX, con el arribo definitivo del positivismo jurídico como concepción consustancial con el modelo de Estado de Derecho moderno, la tendencia iusnaturalista se vería mermada, o al menos -si vale el término- positivizada.

Estudiar al Derecho desde una perspectiva única, además del riesgo de obtener conclusiones incompletas y reduccionistas, tiende a confundir incluso a los juristas al momento de formular los conceptos jurídicos. En el área de la justicia penal, desde el siglo XIX, se puede apreciar la referida confusión de perspectivas en las encarnizadas controversias que han existido entre las escuelas clásicas y positivistas -entre juristas y criminólogos- para definir la finalidad de la pena, por ejemplo.

Lo que nos enseña esta controversia es que el análisis del delito y de la pena, además de implicar una perspectiva jurídica o dogmática, tiene también una perspectiva criminológica, penológica y práctica, e incluso una perspectiva moral. Por lo tanto, ante esta realidad no sería de extrañar que el enfoque tridimensional también estuviere presente en las fórmulas creadas por el Estado de Derecho moderno para contrarrestar el delito -entre las que se encuentra <<la pena privativa de libertad>>-. En consecuencia, esta triple perspectiva también se tendría que tomar en cuenta en la política criminal si se quiere hacer reformas que, además de respetar el rigor científico, impliquen medidas verdaderamente efectivas para contrarrestar a la criminalidad sin renunciar a las garantías del Estado de Derecho[690].

---

[689] Vid. BOBBIO, N.: Teoría General del Derecho. 5ª Ed. Editorial Temis-Ediciones Olejnik, Bogotá-Santiago Chile, 2017, pp. 19-21.

[690] Por política criminal se entiende, en palabras de VON LIST, como el "contenido sistemático de principios -garantidos por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena-, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución". Cfr. VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal. 20 ed. Tomo II. Instituto Editorial Reus, S.

Así, aunque actualmente el Derecho sea estudiado -preferentemente- dentro de una concepción normativista avocada al Derecho positivo, el Derecho se manifiesta también en el desenvolvimiento de la sociedad como parte de su realidad existencial, de su devenir cotidiano, ya sea porque la sociedad acata y respeta espontáneamente al Derecho (eficacia), ya sea porque el contenido del Derecho se corresponde con los valores y principios que inspiran a esa sociedad (validez material), y, por lo tanto, el Derecho es objetivamente parte de la realidad y fundamento de ella.

Esta circunstancia reafirma la necesidad de que el Derecho sea analizado desde distintas perspectivas, no sólo porque cada una de esas perspectivas nos habla de la existencia del Derecho, sino porque también nos sirve para analizar si la vigencia del Derecho cumple con su razón de ser: <<regular la convivencia entre los miembros de la sociedad políticamente organizada>>.

En los precedentes *Capítulos* de esta investigación, hemos visto que el Derecho ha estado presente a lo largo de la historia de la civilización humana occidental, sin embargo, hemos centrado nuestro análisis en sólo una de sus instituciones en relación con el Estado: *la Penalidad*. Aparentemente, intentar acercarnos al Derecho a través de la penalidad, sólo nos muestra algunas de las perspectivas por las cuales la penalidad puede ser estudiada, perspectivas estas vinculadas con materias jurídicas específicas, que, a su vez, atienden a tres momentos distintos del ejercicio del *ius puniendi* y del *ius persiquendi* del Estado: el Derecho penal, el Derecho procesal penal y el Derecho penitenciario.

Pero además del plano normativo existen otras perspectivas con la que la penalidad -como institución jurídica- puede ser analizada: el plano de los valores y el plano fáctico, fenomenológico o sociológico; pues no podemos dejar de resaltar que, como bien afirma REALE: "la estructura esencial de la experiencia jurídica, es tridimensional"[691].

Dentro de la Teoría General del Derecho, la distinción que existe entre los distintos planos en que el Derecho y sus instituciones se manifiestan ha sido estudiada por la Teoría Tridimensional del Derecho propugnada por REALE[692]. Esta Teoría comprende un tridimensionalismo estructural, el cual

---

A., Madrid, p. 62; y en estos mismos términos también Vid. LANGE, E.: La teoría de la política criminal. Editorial Reus S. A., Madrid, 1927, p. 16.

[691] Vid. REALE, M.: Teoría Tridimensional del Derecho. Preliminares históricos y sistemáticos. SARDIÑA-PARAMO J. A. (Trad.). Imprenta Paredes-Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, Vol. 12, Santiago de Compostela, 1975, p. 15.

[692] Para un estudio detenido acerca de la Teoría Tridimensional del Derecho, Vid. REALE, M.: Teoría Tridimensional del Derecho. Preliminares históricos y sistemáticos…, ob. cit., *passim*.

va íntimamente relacionado con los distintos campos de conocimiento del Derecho: la Filosofía del Derecho, la Ciencia del Derecho o Dogmática Jurídica y la Sociología del Derecho[693].

Ahora bien, ahondando en la explicación de esta división tridimensional de las formas de conocimiento jurídico, dicha división parte como consecuencia necesaria de la complejidad del Derecho como fenómeno social. En efecto, FALCÓN Y TELLA destacó esta circunstancia al señalar que "parte de un dato verificable a poco que se profundice en el tema: la complejidad del mundo del Derecho, que, lejos de ser una realidad simple, comprende en sí una pluralidad de fenómenos de muy diversa índole. Esta complejidad de lo jurídico lo configura como un objeto material o ámbito de análisis susceptible de ser estudiado desde distintos puntos de vista, perspectivas y métodos. Dicho en otras palabras, el Derecho como objeto material puede tener varias -básicamente tres- perspectivas o enfoques, que corresponden a distintas facetas o planos. Esto permite que a un mismo objeto material -el Derecho- correspondan varios objetos formales, relacionados cada uno de ellos con un plano jurídico"[694].

La reconstrucción historiográfica que en los capítulos precedentes hemos realizado nos reafirma lo apuntado MORÁIS, al señalar que "los cambios socio culturales -ocurridos a través de los tiempos- han ido determinando cuáles son las conductas humanas que las sociedades están dispuestas a tolerar o no, qué constituyen una infracción y cuál es el castigo que esta se merece"[695]. Así vemos que el Derecho, al ser inherente a la sociedad, es un fenómeno histórico social, pues las normas al pretender regular <<hechos>> también expresan ciertos valores -o el alcance y contenido de algunos de ellos en un periodo determinado- apreciándose de esta manera -y una vez más- que el Derecho es una <<realidad dialéctica>>, y, por lo tanto, que puede ser estudiado desde varias perspectivas.

Actualmente, la penalidad se ha visto afectada por el agravamiento de las sanciones penales, cuestión que se ha traducido, entre otras cosas, en: el aumento de conductas perseguidas penalmente; el retroceso de las garantías procesales de las personas sometidas a un proceso penal; y en el establecimientos de requisitos más estrictos para que el penado pueda acceder a los beneficios penitenciarios o fórmulas alternativas de cumplimiento de condena, y, lo que es peor aún, se ha traducido en que la persona privada de

[693] Cfr. FALCÓN Y TELLA, M. J.: Lecciones de Teoría del Derecho…, ob. cit. pp. 37 y 38
[694] Cfr. FALCÓN Y TELLA, M. J.: Lecciones de Teoría del Derecho…, Ibid., pp. 37 y 38.
[695] Cfr. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., p. 21.

libertad -sea procesada o condenada- vea mermado la garantía de sus derechos humanos durante la reclusión.

Desde una perspectiva estrictamente positivista del Derecho, el análisis del problema acabaría sólo con el estudio del ordenamiento jurídico, pero, como ya hemos destacado *supra*, el Derecho va más allá de lo establecido en el Derecho positivo. En efecto, como también hemos advertido *supra*, actualmente la doctrina jurídico filosófica reconoce la existencia de tres tipos de criterios valoración del Derecho dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, es decir, desde una perspectiva estatista del Derecho.

Los referidos criterios de valoración del Derecho (la justicia, la validez y la eficacia) son estudiados por la doctrina jurídico filosófica a través de las perspectivas o planos axiológico (deontológico), normativo (lógico), y sociológico (fenomenológico). Cuando al principio de este apartado advertimos que para comprender en plenitud al Derecho se requería conocer los distintos planos que revelan su existencia, no es sólo con el propósito de que el jurista tenga un conocimiento completo del Derecho positivo, sino también, para que el estudioso del Derecho punitivo no se desvincule de las otras herramientas con las que cuenta para evaluar si la función y finalidad del Derecho, se materializa efectivamente en la práctica. El Derecho -en virtud de su naturaleza heterónoma- nace con vocación de ser cumplido, porque del respeto del mismo por parte de los integrantes de una comunidad depende de que la convivencia social sea exitosa[696].

Ya sabemos que el Derecho positivo de un Estado social y democrático de Derecho deriva de que sus normas sean creadas observándose los condicionantes formales -requisitos prestablecidos en el ordenamiento jurídico- y materiales -correspondencia con los principios contenidos en la

[696] Aclaramos que esta afirmación que hacemos no se debe confundir ni interpretar como una conclusión al problema frecuentemente analizado y descuido por la Filosofía del Derecho referido a la existencia o validez del Derecho. Desde una perspectiva filosófica, la validez de la norma jurídica opera en un plano distinto a la validez de las leyes de la naturaleza. En tal sentido, MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA, ha señalado que, aunque la validez de la norma jurídica -como manifestación del Derecho- implica provocar un acaecer futuro "el concreto concepto de validez de la norma jurídica reside en que se trata de un deber ser, independientemente de la futura eficacia de la misma, de que surta los efectos deseados". La citada autora hace esta precisión no para definir la validez del Derecho, sino para destacar una de las diferencias que existes entre las normas jurídicas y las leyes naturales, pues, ambas categorías normativas tienen ámbito de aplicación diferentes, y su validez se verifica también de forma distinta. Así, la citada autora destaca que "esta diferencia es importante, porque, así como la ley natural es válida porque da una explicación acorde con los hechos que ya se ha producido, la validez de la norma jurídica reside en que prescribe u ordena un deber ser, no en que surta efectivamente ciertas consecuencias en el comportamiento de los hombres, porque no pretende dar una explicación de lo que debería suceder, sino una prescripción de lo que ha de suceder". Cfr. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA, C.: Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. Editorial Dikinson, S. L., Madrid, 2017, p. 51.

norma superior del ordenamiento jurídico-, pues sólo así tales normas serían válidas jurídicamente y, por lo tanto, psicológicamente intimidantes para la sociedad y exigibles coactivamente por el Estado en caso de incumplimiento.

En este orden de ideas, la coactividad es la herramienta con la que cuenta el Derecho para asegurar su cumplimiento, pues a través del uso de la fuerza estatal la eficacia de las normas puede quedar asegurada frente a la pretensión de incumplimiento por parte del individuo. Aparentemente, con lo que acabamos de advertir, vemos que el Derecho se justifica si alcanza el fin de asegurar la convivencia social, y ello implica, en primer lugar, que las normas tengan validez jurídica y sean verdaderamente eficaces.

No obstante, si bien la validez y la eficacia del Derecho puede asegurar la función del Derecho, los referidos criterios de valoración no implican que las normas jurídicas que lo integran sean verdaderamente <<efectivas>> para cumplir con la finalidad del Derecho, pues, función no es lo mismo que finalidad, aunque ambos términos tienden a confundirse; mientras que la función se orienta más hacia el plano factico -el mantenimiento de la convivencia social-, el contenido de la finalidad está más orientado hacia el plano axiológico, es decir, a que la institución jurídica sea idónea para alcanzar el objetivo concreto que la norma haya establecido.

En el ámbito de la penalidad esta distinción es relevante, pues, ello incide en la necesidad de crear medidas punitivas no sólo <<eficaces>> jurídicamente para contener a la delincuencia, sino también <<efectivas>> sociológicamente para configurar los principios de justicia consagrados en la norma suprema de todo ordenamiento jurídico.

Finalmente, si bien los referidos criterios de valoración (la justicia, la validez y la eficacia) son consustanciales a cualquier materia regulada por el Derecho, cuando se trata de analizar los problemas de la penalidad estos también adquieren relevancia especial, si partimos de que la justicia es un valor que inspira al orden jurídico de un Estado social y democrático de Derecho.

En efecto, en los Estados de Derecho donde la pena privativa de libertad constituye la principal sanción penal, el Sistema Penitenciario es de vital importancia para materializar la referida penalidad, aunque, paradójicamente, dentro de la ciencia jurídica no sea un aspecto de la realidad jurídica que haya sido frecuentemente estudiada con especial atención.

En efecto, la ejecución de la pena privativa de libertad es un <<acto jurídico>>[697], y ello implica que la privación legitima de la libertad -al ser una decisión adoptada por los tribunales en aplicación de la ley sustantiva penal, y, de conformidad con las garantías del debido proceso y del juicio previo en la ley procesal penal- no se agota con su mera y arbitraria aplicación por parte de la Administración Penitenciaria, pues, al igual que ocurre con la validez de la norma jurídica, un acto jurídico como lo es la ejecución de la pena privativa de libertad, para que sea válido, requiere que su aplicación administrativa se ajuste al contenido del ordenamiento jurídico.

Pero dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, el Derecho si bien se caracteriza por la formalidad normativa propugnada por el iuspositivismo, el contenido del Derecho no está exento de consideraciones morales y sociológicas, aspectos estos que frecuentemente son puestos de relieve al momento de analizar el entorno penitenciario, cuestión ésta que, si bien ha contribuido a dar una visión integral de la problemática penal y penitenciaria, no deja de propiciar opiniones encontradas debido a los diferentes enfoques con que esa realidad jurídica puede ser estudiada.

En definitiva, si el Derecho esta influido por las tres perspectivas que hemos venido comentando hasta ahora, en palabras de MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA, "examinar el Derecho siguiendo exclusivamente una de tales investigaciones, lograría una visión parcial de la realidad jurídica, a saber: un normativismo more geométrico, una sociologización extremada o una Teología como concepción del mundo y de la vida que olvida el aquí y ahora del hombre, o una filosofía solipsista que desprecia la capacidad normadora del hombre para organizar la convivencia"[698].

Para contribuir a poner la atención, no en la diferencia de enfoques sino en la búsqueda de soluciones, vamos analizar, considerando al Derecho desde las perspectivas axiológica, normativa y sociológica, el impacto que han tenido las reformas Neo-retributivas sustantivas y procesales penales en la ejecución de la pena privativa de libertad; para ello, tomaremos como ejemplo el caso venezolano, por ser este un país enmarcado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, ello, sin perjuicio de que podamos

[697] Desde la teoría pura del Derecho propugnada por KELSEN, se define al <<acto jurídico>> "como un acto con el que una norma es establecida -hablando figurativamente, es creada- o aplicada; y afirma que un acto es un acto creador y aplicador del Derecho sólo si se corresponde con las normas que regulan la creación y la aplicación del Derecho dentro del orden jurídico, esto es, si el acto en cuestión es establecido con fundamento en el orden jurídico". Cfr. KELSEN, H.: "¿Qué es un acto jurídico?", en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, N.º. 4, 1996, p. 66.

[698] Cfr. MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA, M. C.: En torno al tridimensionalismo jurídico. Dykinson, Madrid, 1997, p. 45.

tomar ejemplos de experiencias de otros países occidentales enmarcados también dentro del referido modelo estatal, como lo es el caso de España.

6.2.- El impacto de las reformas neoretributivas penales y procesales en la ejecución de la pena privativa de libertad: Planteamiento del problema desde el punto de vista axiológico

De acuerdo con la reconstrucción de la historia que hemos realizado en los *Capítulos* precedentes que relata la relación que ha existido entre los modelos de organización política de la sociedad y la penalidad, podemos constatar que la pena -en general- ha tenido alguna finalidad predominante e independiente de la naturaleza aflictiva que acompaña a toda sanción.

También hemos visto que entre los pilares del Estado social y democrático de Derecho se encuentra la garantía de los derechos humanos y el sometimiento de los poderes públicos al imperio de la ley. Ambas garantías impactan relevantemente en el ámbito de la ejecución de las medidas preventivas de privación de libertad durante el proceso penal, y, particularmente, en la ejecución de la pena privativa de libertad.

Como hemos visto en el *Capítulo V* de este estudio, la pena privativa de libertad vino a sustituir a otras categorías de penas corporales que resultaban incompatibles con las ideas humanitarias calvinistas y con el modelo nuevo de sociedad que había dado lugar al Estado de Derecho moderno. Sin embargo, cabe recordar que con la asunción de la pena privativa de libertad el planteamiento reformador de la conducta del individuo no surgió automáticamente, pues, en los primeros tiempos de la pena privativa de libertad continuaba imperando un retribucionismo enmascarado en la idea expiacionista, es decir, en la idea de que el penado redimiera su culpa arrepintiéndose del mal cometido, para ello, como hemos visto en el *Capítulo V*, el penado estuvo sometido a un estricto régimen penitenciario caracterizado por la soledad (régimen pensilvánico) o el silencio acompañado de una estricta disciplina (régimen auburniano)[699].

Asimismo, con el Estado liberal de Derecho, las libertades individuales debían ser garantizadas por el Poder Público en base al Principio de Legalidad; sin embargo, dentro de este contexto no dejaron de surgir planteamientos como el de la Teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción

[699] A esta misma conclusión ha llegado MENDOZA TROCONIS al señalar que en los Sistemas Penitenciarios de Estados Unidos del siglo XIX: "(…) la población penal siguió incomprendida. El castigo era únicamente <<expiatorio>>, no tenía finalidad, su objeto era retribuir con un mal ejecutado. La sociedad, que imponía la pena por mediación de los jueces, se olvidó del condenado, y este, en lugar de regenerarse, se degradaba y corrompía". Cfr. MENDOZA TROCONIS, J. R.: Estudios Varios. Ponencias y trabajos presentados en los Congresos Científicos nacionales e internacionales. Graficas Marsiega S. A., Madrid, 1957, p. 62.

la cual -quizás simplificando demasiado porque la abundante doctrina de esta Teoría no se puede agotar en escasas líneas- acarrea la idea de una Administración liberada de los controles del Principio de legalidad[700]. Planteamiento que -con matices- ha sido adoptado en la jurisprudencia constitucional de países como España con ocasión de justificar las sanciones disciplinarias impuestas al condenado por parte de la Administración Penitenciaria en el ejercicio de sus funciones, jurisprudencia esta que no ha estado exenta de críticas por parte de un importante sector de la doctrina penitenciaria del señalado país, entre los cuales se encuentra MAPELLI CAFFARENA[701].

En cualquier caso, es un hecho notorio que la naturaleza del entorno penitenciario crea una relación de dependencia de la persona privada de libertad respecto de la Administración Penitencia, relación que ha dado lugar a dos interpretaciones dentro del contexto del Estado de Derecho. La primera de ellas, de origen alemán, gira en torno a la ya mencionada Teoría de las Relaciones de Sujeción Especial que, esencialmente, en virtud de la <<supremacía>> de la Administración respecto del recluso, el Estado quedaba exonerado de los límites del Principio de Legalidad durante la ejecución de la privación de libertad; mientras que, la segunda interpretación, propugnada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, plantea que dada la situación especial de dependencia en la que la persona privada de libertad se encuentra, el Estado se convierte en <<especial garante de los derechos de estas personas privadas de libertad>>[702].

---

[700] Para un estudio detenido acerca de la Teoría de la Sujeción Especial con especial referencia al ámbito penitenciario Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario", en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 16, 1992-1993, pp. 281-326.

[701] Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario…, Ibid., pp. 307-306.

[702] Así, desde la perspectiva del Derecho internacional de los derechos humanos, la relación especial de sujeción en la que se encuentra la persona privada de libertad a pesar de que se entiende que dada "la relación especial entre el Estado y las personas privadas de libertad bajo su custodia, por cuanto este ejerce un control total sobre ellas, esto no justifica flexibilización alguna de las garantías reconocidas para todas las personas, sino que, muy por el contrario, su acentuación", y en tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en sus sentencias Corte IDH, Caso Mendoza y otros Vs Argentina 2013. Párr. 188 y Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay, 2004, Párr. 152- ha señalado que "esta relación e interacción especial de sujeción entre el Estado y las personas privadas de libertad se caracteriza por la particular intensidad con que el Estado puede regular sus derechos y obligaciones y por las circunstancias propias del encierro, en donde al privado de libertad se le impide satisfacer por cuenta propia una serie de necesidades básicas que son esenciales para el desarrollo de la vida digna". Cfr. CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) / CONECTAS Dereitos Humanos: Aportes para el proceso de revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/NGO.3, Viena, 1º de noviembre 2013, p. 26. Entre la abundante jurisprudencia que refrenda la doctrina de la posición del Estado como <<especial garante de los derechos de las personas privadas de libertad>>, se encuentran, Vid. por todos: Corte IDH.: Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto Argentina. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2004; Corte IDH.: Caso Fleury y otros Vs. Haití. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 23 de noviembre de

Por lo tanto, en el contexto interamericano, el reconocimiento de los derechos humanos a todas las personas -incluido los presos- implica que, en virtud de relación de especial sujeción en la que el sujeto privado de libertad se encuentra, por un lado, el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que la persona privada de libertad goce de los derechos que no están afectados por la medida privativa de libertad, y, por otro lado, que el Estado debe contar con mecanismos que garanticen que tanto la ejecución de la medida preventiva de privación de libertad, como el cumplimiento de la pena privativa de libertad no quede al arbitrio de la Administración Penitenciaria, sino que, por el contrario se garantice la estricta sumisión de la Administración Penitenciaria a los parámetros establecidos en la legislación, y, para ello, el Estado debe contar con mecanismos -independientes e imparciales- de exigibilidad de derechos, como los jueces de ejecución o vigilancia penitenciaria, para velar porque tales derechos sean restituidos en los casos en que estos sean conculcados por la Administración Penitenciaria durante el ejercicio de sus funciones[703].

Por otra parte, entre las medidas con las que el Estado cuenta para garantizar el ejercicio de los derechos humanos de la generalidad de las personas, se encuentra el creación de mecanismos punitivos para perseguir y

2011; Corte IDH.: Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de junio de 2012; Corte IDH.: Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela. Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental (Cárcel de Uribana) respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 13 de febrero de 2013; Corte IDH.: Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de mayo de 2014;

[703] Al igual que lo sucedido con los derechos civiles y políticos, en el caso de los derechos sociales, económicos y culturales -categoría de derechos esta de cuya obligación de prestación estatal se intensifica en reclusión- ABRAMOVICH ha señalado que "Si bien los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho. Si un Estado cumple habitualmente con satisfacer determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social (por ejemplo, si desarrolla un amplio programa de provisión de alimentos a la población amenazada por el hambre), ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de ese derecho (ej. del derecho a una alimentación adecuada y a estar protegido contra el hambre –art. 11.1 y 11.2, PIDESC) como derecho subjetivo, hasta tanto verificar si la población se encuentra en realidad en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento. Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino la existencia de algún poder jurídico de actuar del titular del derecho en el caso de incumplimiento de la obligación debida. Considerar a un derecho económico, social o cultural como derecho es posible únicamente si –al menos en alguna medida- el titular/acreedor está en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación que constituye el objeto de su derecho. Cfr. ABRAMOVICH COSARIN, V.: Los derechos económicos sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos Fernando Volio Jiménez, dictado del 16 al 27 de junio de 1997, San José de Costa Rica, pp. 3 y 4.

sancionar al responsable de atentar contra tales derechos[704]. Hemos visto que, desde finales del siglo XVIII, las sociedades enmarcadas dentro del modelo de Estado de Derecho han adoptado a la pena privativa de libertad como la principal sanción empleada para castigar al delincuente, y entre las razones que originaron su aparición está el hecho de que -en teoría- la privación de libertad es una medida más humanitaria y menos cruel que las denominadas penas de sangre, es decir, la pena capital y los tormentos o penas corporales.

Pero la pena privativa de libertad, más allá del planteamiento factico referido a la magnitud del daño que esta sanción pueda causar sobre el condenado, es una manifestación de la justicia estatal. Por lo tanto, la pena privativa de libertad tiene un contenido de justicia cuyos linderos están enmarcados dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Por otra parte, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la pena privativa de libertad es un acto de fuerza legítima y legal, y ello significa que esta sanción existe jurídicamente porque así está establecida en las disposiciones normativas que integran el ordenamiento jurídico; en otras palabras, la pena privativa de libertad es un acto coactivo legítimo porque está regulado por el Derecho, el cual establece el cuándo, el quién, el cómo y el cuánto de la ejecución de la privación del derecho a la libertad deambulatoria.

Ahora bien, como advertimos *supra*, actualmente el Derecho es visto desde una concepción normativa, pero ello no implica que el Derecho este desvinculado de perspectivas filosóficas o axiológicas y sociológicas o fenomenológicas. Al contrario, dado que el Derecho -como conjunto de normas- regula relaciones humanas, por lo tanto, su contenido está basado en consideraciones morales y sociológicas; aspectos estos que lejos de verse separadamente deben apreciarse correlativamente, pues, todas ellas entre sí se complementan, y, en consecuencia, le dan sentido al Derecho[705].

---

[704] Para un análisis detenido acerca de la protección de los derechos humanos mediante el ejercicio del *ius puniendi* estatal derivada del reconocimiento universal de los Derechos humanos en los tratados internacionales: Vid. PAZ Y PAZ BAILEY, C.: "Derecho penal como mecanismo de protección de los derechos humanos", en GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. (Coord.) / SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (Coord.): El nuevo Código penal: primeros problemas de aplicación. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 11-35; y Vid. SANCINETTI, M. A. / FERRANTE, M.: Derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el Derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina. Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1999, *passim*.

[705] En este sentido, dentro de la doctrina jurídico-filosófico, REALE, para sustentar el carácter complementario de las distintas perspectivas con que el Derecho -como realidad humana- puede ser analizado, ha señalado que: "En el mundo de los valores y de la praxis se manifiesta más en particular la existencia de ciertos aspectos de la realidad humana que no pueden ser determinados sin ser referidos a otros aspectos distintos, funcionales, o incluso opuestos, aun así, esencialmente complementarios. Tal correlación de implicación no puede nunca resolverse mediante la reducción de unos aspectos a otros: en

Desde la perspectiva axiológica, tradicionalmente el Derecho se ha estudiado partiendo de su relación con el valor de la justicia, es decir, en la búsqueda de la legitimación del Derecho en función de si este se ajusta o no al contenido de lo que debe entenderse por justicia en un momento histórico determinado.

Por ende, al igual que ocurre con la dificultad de responder el significado del Derecho, encontrar el significado del término *justicia* es un asunto complejo, pues, la respuesta de esto ha dependido de la vinculación con el contexto y con los sistemas de valores imperante en cada época. Sin embargo, si nos remitimos a la justicia penal podemos hallar una respuesta adentrándonos en los valores consagrados en la Constitución de un país enmarcado dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, donde en virtud de las exigencias que legitiman y definen el referido modelo de Estado, los valores constitucionales están alineados con la obligación estatal de reconocer la dignidad humana a todas las personas y garantizar sus derechos humanos.

Además, hallar una respuesta a lo que se entiende por justicia dentro del contexto del Estado social y democrático de Derecho es relevante porque nos va a permitir construir un análisis más preciso sobre la conveniencia o no de las reformas neoretributivas que se han venido desarrollando últimamente en algunas naciones occidentales enmarcadas dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, como ha sucedido en el caso de Venezuela.

Por ello, en este lugar vamos a ensayar -desde una perspectiva filosófica- una respuesta a la interrogante ¿En qué consiste la justicia penal dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho?

6.2.1.- La <<justicia>> como valor y elemento de legitimidad del Derecho. Especial referencia al artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, modelo en el cual Venezuela se encuentra enmarcado, la <<justicia>> es uno de los valores fundamentales, por lo tanto, para poder evaluar el impacto que las reformas penales y procesales tienen en la ejecución de la pena privativa de

---

la unidad concreta de la relación instituida tales aspectos se mantienen distintos e irreductibles, resultando de ellos la dialecticidad, a través de "síntesis relacionales" progresivas que traducen la creciente y siempre renovada interdependencia que en ella se integran. De la propia estructura de los valores, como entidades polares, resulta la dialecticidad de todos los "bienes culturales" que la especie humana constituye en la tarea histórica de atribuir valor a las cosas y a los actos, constituyendo, gracias al mundo de la naturaleza dada, el mundo histórico-cultural". Cfr. REALE, M.: Teoría tridimensional del Derecho…, ob. cit., pp. 122-123.

libertad en Venezuela, se requiere que nos aproximemos al contenido de este valor de <<justicia>> de acuerdo con el ordenamiento jurídico venezolano.

Como veremos en el transcurso de este apartado, si bien el valor de <<justicia>> es trascendente al Derecho mismo[706], su concreción requiere de un reconocimiento explícito por parte del Derecho, porque no sólo es allí donde se marca su existencia fáctica en una sociedad determinada, sino también es allí donde se pueden encontrar sus elementos definidores.

Por otra parte, el analizar el valor de <<justicia>> desde un ordenamiento jurídico específico, nos facilita el abordaje del Derecho punitivo desde una perspectiva tridimensional del Derecho, pues, si partimos de que los criterios de valoración del Derecho (justicia, validez y eficacia) están interconectados, la verificación de la existencia del Derecho nos obliga a estudiar no sólo las normas jurídicas que lo integran, sino también los valores que lo inspiran y su eficacia en la consecución de esos valores.

Por ello, y en atención al objetivo de esta investigación, vamos a centrarnos -principalmente- en el ordenamiento jurídico venezolano, pues su legislación penal, procesal penal y penitenciaria ha sufrido reformas que -en cierta manera- contradicen los valores consagrados en la Constitución, sobre todo en materias que afectan al mecanismo de aplicación del Derecho por antonomasia: El sistema de Administración de Justicia, dentro del cual se encontraría el subsistema penitenciario.

Si bien, estas reformas legislativas penales y procesales han sido estudiadas sistemáticamente por la academia venezolana, tarea realizada con miras a evaluar la correspondencia que existen entre tales reformas legislativas y las garantías del *ius puniendi* consagradas en la Carta Magna venezolana, hasta ahora no se ha hecho un estudio que, desde una perspectiva tridimensional del Derecho, explícitamente ponga de relieve lo importante que es la coherencia que debe existir entre el Derecho, los valores -constitucionalizados-, y la idiosincrasia de una sociedad para que en la búsqueda de la <<eficacia>> del Derecho en la procura de la convivencia

[706] Sobre este aspecto, resulta interesante la observación realizada por LUCAS VERDÚ, pues deja claro que la existencia de un valor no está en su reconocimiento sino en su valor en sí mismo. En tal sentido el citado autor señaló que: "Los valores superiores no *son*. Su existencia, su *onto* en la positividad constitucional, porque la trasciende; porque la dimensión ontológica de los valores no radica en existencia, ya que, desgraciadamente, porque la dimensión ontológica de los valores no radica en su *existencia*, ya que, desgraciadamente, pueden ser negados o inaplicados, sino en su *valencia*". Cfr. LUCAS VERDÚ, P.: "La justicia, fundamento axiológico del Estado de Derecho", en SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: Luis Legaz Lacambra. Figura y pensamiento. Servicio de Publicaciones- Facultad de Derecho, Madrid, 1993, p. 135.

social, no se arriesguen o vulneren los derechos de las personas individualmente consideradas.

En consecuencia, el panorama venezolano nos brinda la oportunidad de evaluar el funcionamiento de su Sistema Penitenciario desde una perspectiva tridimensional del Derecho, perspectiva que pone cuantía a la incidencia que el Poder Legislativo tiene en la materialización del valor <<justicia>>, como uno de los valores que sostienen el ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de Derecho. Pues, como diría MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA siguiendo a RECASENS SICHES, "el Derecho no es un valor puro, ni es una mera norma con ciertas características especiales, ni es un simple hecho social con notas particulares. Derecho es una obra humana social (*hecho*) de forma *normativa*, encaminada a la realización de valores"[707].

Ahora bien, cuando nos referimos al <<elemento axiológico>> como modelo de análisis en este estudio, nos estamos suscribiendo al mundo de los <<valores>>, los cuales están presentes incluso dentro de la <<concepción iuspositivista>>, concepción esta que actualmente domina la existencia del Derecho que consagra el modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Lo que cada uno de nosotros entiende como <<valor>>, dice GONZALEZ CRUZ, "nace de las percepciones individuales que cada quien le otorga a una determinada realidad. Esta realidad puede ser tangible cuando se refiere a bienes e intangibles cuando son ideas. La palabra valor significa en filosofía y según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua … <<cualidad que poseen algunas realidades, llamadas bienes por la cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores>>. Los valores pueden ser positivos o negativos, pero es evidente que la Constitución se refiere, exclusivamente, a los valores más apreciados por los venezolanos y que se consideran positivos. Como están consagrados en el Carta Magna, deben inspirar todas nuestras acciones públicas y privadas y, fundamentalmente, las actuaciones de quienes ejercen el Poder Público, desde el Presidente de la República hasta los funcionarios que ocupan la base de la Administración Pública"[708].

Así, los valores constitucionales marcan la ruta que el Poder Público debe seguir en el ejercicio de sus funciones y establecen, a su vez, los criterios que contribuyen a determinar cuándo una norma pertenece a un determinado

[707] Cfr. MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA, M. C.: En torno al tridimensionalismo jurídico…, ob. cit., p. 17.
[708] Cfr. GONZÁLEZ CRUZ, F.: "Valores y principios de la Constitución", en *PROVINCIA*, Número Especial 2005, p. 11.

ordenamiento jurídico[709]. En efecto, ya hemos asomado en varias oportunidades a lo largo de la presente investigación que, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, una norma es válida jurídicamente cuando la norma ha sido creada observándose los requisitos o criterios formales prestablecidos en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, si bien estos requisitos formales son necesarios para que exista una norma jurídica como manifestación del Derecho, tales requisitos no son suficientes para asegurar la primacía del Derecho frente al poder político que -en el ejercicio de sus funciones- puede tergiversar la finalidad garantista del Derecho, y, por lo tanto, contrariar los valores que inspiran la existencia del propio Estado.

La legislación que integra al ordenamiento jurídico tiene como función desarrollar los principios y valores consagrados en la Constitución, porque sólo así la legitimidad de las normas jurídicas se reafirma. En definitiva, la <<perspectiva axiológica>> trata de explicar los valores contenidos en el Derecho porque, tal como ha puesto de relieve MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA partiendo de lo dicho LERDO, en las normas jurídicas, "la conciliación de los momentos contrapuestos de la necesidad y la libertad, se obtiene en toda norma en tanto que la necesidad se convierte en exigencia. Toda exigencia manifiesta un valor: es una apelación que un valor o sistema de valores hace a la libertad humana. El obrar humano, exigido por la ley, permanece libre y se hace necesario sólo en el sentido que su cumplimiento es condición necesaria para realizar un valor. La necesidad normativa está condicionada. Sólo vale bajo la hipótesis que se satisfaga un conjunto de valores humanos. Las normas jurídicas se apoyan en un sistema de valores"[710].

Ahora bien, ya adentrándonos dentro del panorama jurídico venezolano, el valor que justicia en el ordenamiento jurídico de Venezuela tiene una trascendencia especial, pues, no sólo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) ubica a la <<justicia>> dentro del catálogo de valores y principios fundamentales, sino que también la Carta Magna enaltece al valor de <<justicia>> al incorporarlo como adjetivo, junto a los

[709] En tal sentido, SOSA GÓMEZ ha señalado que "los valores son considerados normas abstractas y de tipo abierto que orientan la producción e interpretación de las demás normas, fijando criterios de contenido para otras normas. En esa línea, solo están aceptados en un Estado Constitucional, los valores tendientes a otorgar la máxima libertad posible a sus ciudadanos dentro del marco democrático y sometido a reglas prestablecidas en un ordenamiento jurídico de carácter legítimo". Cfr. SOSA GÓMEZ, C.: "Los principios y valores constitucionales aseguran la vigencia de la Constitución y de los derechos humanos", en *Revista de Derecho Público*, N.º 163-164, 2020, p. 304.

[710] Cfr. MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA, M. C.: En torno al tridimensionalismo jurídico…, ob. cit., pp. 42-43.

términos <<social>> y <<democrático>>, para definir el modelo de Estado de Derecho venezolano[711]. Así, esta Carta Magna, dice BELLO RENGIFO, "inédita en nuestra historia constitucional, inserta una cualidad adicional al Estado de Derecho: Justicia, con lo que se plantea una diferencia con sus posibles fuentes de inspiración: La Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Española de 1978"[712].

En efecto, de conformidad con el artículo 2º de la CRBV "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" (*Cursivas Nuestras*).

Este artículo 2º de la CRBV, en palabras de BELLO RENGIFO, "puede ser considerado según estas categorías: principios que reconocen derechos fundamentales y fijan los fines del Estado (dogmática constitucional); principios que organizan el Estado según un orden jurídico y dividiendo sus funciones y principios que garantizan el ejercicio de derechos fundamentales"[713]. Dentro de estos preceptos, continúa al citado autor, "aparece la justicia como valor fundamental de la República y del Estado, y como fin de este último (construcción de una sociedad justa), por lo que ocupa un valor central en la ideología constitucional sin perjuicio de la confusión a que se presta la reiteración del concepto de justicia en distintos niveles"[714].

Ahora bien, desde una perspectiva filosófica, el alcance del valor de <<justicia>> -contenido en el artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- ha sido escasamente analizado en la doctrina venezolana más allá del concepto de <<justicia social>>, que fundamenta al modelo de Estado social de Derecho contemplado en la Carta Magna[715],

[711] En este sentido, COMBELLAS ha señalado que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha subrayado el valor de justicia al ubicarlo "por encima de los demás de los otros valores del Derecho. Para que se entienda mejor, la relación entre el Derecho y la justicia se interpreta aquí en sentido del mandamiento del abogado del gran COUTURE: <<Tu deber es luchar por el derecho; pero el día que encuentres en conflicto el derecho con la justicia, lucha por la justicia". Cfr. COMBELLAS, R.: "Bases constitucionales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Un ensayo Introductorio", en: *Memoria Política* / Universidad de Carabobo. Facultad de Derecho. Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Valencia: Ediciones del Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 8 (2003), p. 18.
[712] Cfr. BELLO RENGIFO, C. S.: "Justicia y Estado de Derecho en la Constitución de Venezuela", en *Ius Comitatis*, Vol. 1, N.º 1, 2018, enero-junio, p. 22.
[713] Cfr. BELLO RENGIFO, C. S.: "Justicia y Estado de Derecho en la Constitución de Venezuela…, Ibid., p. 25.
[714] Cfr. BELLO RENGIFO, C. S.: "Justicia y Estado de Derecho en la Constitución de Venezuela…, Ibid., p. 25.
[715] Para un estudio completo en este sentido, Vid. OCANDO OCANDO, H. / PIRELA ISARRA, T.: "El Estado de Derecho y la Justicia nuevo paradigma del Estado venezolano. Comentarios a la Sentencia N.º 85, Expediente N.º 01-1274 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha

concepción de la justicia ésta que no deja de ser relevante por cuanto, al ser una manifestación y exigencia del modelo de Estado social de Derecho, implica que el Estado -en palabras de PRIETO SANCHÍS- esta "provisto de fines acerca de cómo deben configurarse las relaciones económicas, el acceso a ciertos bienes como la sanidad, la educación, etc., y que por tanto genera una gran cantidad de normas instrumentales: ayudas y subvenciones, organización de servicios, intervención en el mercado, etcétera"[716].

Sin embargo, esta carencia doctrinal en Venezuela, no es obstáculo para hacer -en este lugar- una aproximación del contenido del valor de <<justicia>> como una <<interpretación doctrinal>>, siempre y cuando esta interpretación se haga asumiendo el criterio interpretativo declarado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, mediante Sentencia N.º 1309, de fecha 19 de julio de 2001 (caso: *Hermann Escarrá*). En dicha decisión, el Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señaló que: "Interpretar el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución significa, por tanto, salvaguardar a la Constitución misma de toda desviación de principios y de todo apartamiento del proyecto político que ella encarna por voluntad del pueblo".

Esta prerrogativa jurisprudencial nos subsume en la idea de que, para interpretar una norma jurídica dentro del marco constitucional, es decir, para hallar el <<significado>> de las disposiciones normativas, hay que recurrir a la <<interpretación sistemática>> del ordenamiento jurídico, en el sentido de que la interpretación de una disposición constitucional se haga en relación o concordancia con otras disposiciones contenidas en el texto constitucional. Así, en el caso de la Constitución, el significado de los valores contemplados en el artículo 2º de la CRBV puede hallarse mediante la interpretación en conjunto con otras disposiciones constitucionales entre las que se encontraría, por ejemplo, el artículo 3º de la CRBV, disposición esta que consagra los fines superiores del modelo de Estado contemplado en la Carta Magna.

En efecto, de acuerdo con el artículo 3º de la CRBV, entre los <<fines superiores del Estado social y democrático de Derecho>> se encuentra "(…) el respeto y desarrollo de la persona y el respeto de su dignidad". Partiendo de ello, como veremos en el análisis contenido en los apartados sucesivos del presente *Capítulo VI*, el significado y alcance del valor superior de <<justicia>>, contemplado en el artículo 2º de la CRBV, está vinculado con prerrogativas dirigidas a <<garantizar la dignidad humana de todas las

24/Enero/2002", en *FRONESIS-Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando, Universidad del Zulia, Vol. 15, N.º 2, 2008, pp. 191 - 204

[716] Cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: Apuntes de teoría del Derecho…, ob. cit., p. 87.

personas>>, prerrogativas estas que se manifiestan en el derecho integridad personal y su correspondiente prohibición a la tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes (artículo 46 CRBV); en el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 20 CRBV) y, sobre todo, en la prerrogativa contemplada en el artículo 19 de la CRBV que expresa, que: "El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen".

En todo caso, como intentaremos explicar filosóficamente en los apartados siguientes de este *Capítulo VI*, si de acuerdo con el modelo de Estado social y democrático de Derecho consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el valor de <<justicia>> esta directamente vinculado con <<la protección de la dignidad humana>>, esta protección debe ser <<eficaz>> no sólo a nivel jurídico, sino también, a nivel político y sociológico, pues, en palabras de LUCAS VERDÚ, "la dignidad de la persona humana, en cuanto postulado justiciero, calibra y legitima los Ordenamientos Jurídicos. En este sentido, tales ordenamientos, legitimados por el valor justicia, se conciben como *iuspersonalistas*, como ordenes jurídicos ajustados a la persona humana. Así el punto de vista sobre Justicia cuadra con la dignidad humana"[717].

6.2.2.- Consideraciones generales acerca de las dificultades prácticas que plantea definir el valor de <<justicia>> en relación con la <<dignidad humana>>. Análisis enfocado en la aplicación de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho

Para enriquecer -desde una perspectiva filosófica- el análisis del impacto que las reformas legales penales y procesales Neo-retributivas tienen en la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, vamos en este apartado a repasar algunos de los problemas que dificultan tanto el hallar una definición del valor de <<justicia>> en relación con la <<dignidad humana>>, como el demarcar la vinculación que la ejecución de la pena privativa de libertad tiene con el valor superior de <<justicia>>, para luego -en el apartado siguiente- intentar

[717] Vid. LUCAS VERDÚ, P.: "La justicia, fundamento axiológico del Estado de Derecho", en SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: Luis Legaz Lacambra. Figura y pensamiento. Servicio de Publicaciones- Facultad de Derecho, Madrid, 1993, p. 128.

aproximarnos a lo que debe entenderse por justicia dentro del campo del Derecho penal cónsono con el Estado social y democrático de Derecho.

Como punto previo, conviene aclarar que, tal como ha advertido FERNÁNDEZ GALIANO, si bien con la filosofía se pretende conocer la causa última de las cosas[718], o como diría SILVELA, conocer la esencia de las cosas[719], en puridad esta pretensión de la filosofía es imposible "porque en efecto, el drama de la filosofía repite la historia de Tántalo: en tanto que la ciencia se conforma con la posesión parcial de la verdad, la reflexión filosófica aspira ambiciosamente a lograr la verdad en plenitud, apunta a la filosofía como meta de su afán; pero la sabiduría total y absoluta es inalcanzable para el hombre, pues que es patrimonio divino"[720], y, por ende, las conclusiones filosóficas siempre son <<tendenciales>>. Nuestra pretensión no es sólo aproximarnos a la <<tendencia>> imperante con respecto al significado de la <<justicia>> como elemento legitimador del Derecho, sino -y, sobre todo- plantear nuestra posición acerca de lo qué significa una pena privativa de libertad insertada en una concepción de <<justicia>> encuadrada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Por la razón expuesta, hallar el significado filosófico de la <<justicia>> no es una tarea fácil, no lo era en el pasado cuando eran exiguas las reflexiones al respecto, y los filósofos clásicos de la antigüedad tenían que partir de cero en la búsqueda de un sentido al vocablo <<justicia>>; y tampoco lo es en el presente a pesar de que -actualmente- contamos con las contribuciones realizadas por los grandes pensadores de la filosofía, en general, y de la filosofía del Derecho, en particular[721]; pues se podría pensar que esas contribuciones allanan el camino hacia la meta de conocer -a profundidad- qué significa y cuál es la función de la <<justicia>>.

No obstante, pese al referido problema que plantea el método filosófico para hallar un concepto de justicia o de lo que debe entenderse como lo <<justo>>, esta situación podría resolverse fácilmente si, aceptando la ambigüedad que acompaña al término <<justicia>>, nos remitimos al concepto de justicia aceptado por la jurisprudencia de un Estado determinado, pues, desde la perspectiva positivista -como fundamento del Derecho dentro del modelo de Estado de Derecho moderno- la interpretación

[718] Vid. FERNÁNDEZ GALIANO, A.: Introducción a la filosofía del Derecho. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 3.
[719] Vid. SILVELA, F.: El Derecho penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España. 2.ª ed. Parte Primera. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1908, p. 3
[720] Cfr. FERNÁNDEZ GALIANO, A.: Introducción a la filosofía del Derecho…, ob. cit., p. 5.
[721] Cfr. ZAPATERO, V. / GARRIDO GÓMEZ, M. I.: El Derecho como proceso normativo. 3ª ed. Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2023, p. 26

que tiene validez y eficacia jurídica -en última instancia- es la emanada de los tribunales, como órganos encargados de aplicar la ley[722].

No obstante, la interpretación judicial de disposiciones normativas es una tarea que no es ajena a las consideraciones filosóficas aportadas por la Ciencia Jurídica a través de la <<interpretación doctrinal>>, y, por lo tanto, indirectamente la filosofía -a través de la academia- puede influir en la evolución del Derecho, he ahí la importancia de la aproximación que pretendemos realizar, además, de que -como advertimos *supra*- todo análisis completo y acabado del Derecho implica un análisis que abarque las distintas realidades del mismo, y, como ya hemos advertido *supra*, se puede decir que la <<justicia>> al ser -junto con la validez y la eficacia- uno de los criterios de valoración del Derecho es, por ende, también una de las realidades del Derecho.

Asimismo, aproximarnos al concepto de justicia es de vital importancia porque la <<justicia>> es el principal medio para cumplir con el <<deber ser>> consustancial del Derecho, esto es, con su finalidad última que es la de preservar la convivencia social[723]. Sin embargo, cuando decimos que nuestra pretensión es sólo aproximarnos a lo que debe entenderse por <<justicia>> nos referimos a que en este lugar no podemos recoger todos los trabajos que se han realizado para intentar definirla en virtud de que, además de que ello nos alejaría del objeto de nuestra investigación, dicho material es inabarcable y, por lo tanto, pretender agotar todo el estudio en estas escasas líneas -además de ser un objeto pretensioso- nos llevaría a un resultado deficiente, más aún cuando -por las razones expuestas- dentro de la Filosofía del Derecho no se ha llegado a una conclusión definitiva.

---

[722] Vid. PRIETO SANCHÍS, L.: Apuntes de teoría del Derecho…, ob. cit., p. 232 y ss. Para LATORRE, "cuando se habla de aplicación del Derecho en sentido estricto se piensa en la aplicación del Derecho realizada por los tribunales de justicia, lo que se explica porque los tribunales representan la última garantía de que el Derecho cumplirá y porque su labor repercute sobre la misma formulación de éste (...)", Cfr. LATORRE, A.: Introducción al Derecho. 10ª ed. Editorial Ariel, Barcelona, 1985, p. 74; también en este sentido, Vid. SAAVEDRA LÓPEZ, M.: "Interpretación judicial del Derecho y democracia", en *Travesías: Política, cultura y sociedad en Iberoamérica*, N.º 1, 1996, (Ejemplar dedicado a: Globalización, democracia y derechos humanos), p. 238; Vid. RABBI-BALDI CABANILLAS, R.: "La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas", en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 32, N.º 1, 2005, p. 146; y, PERELMAN, CH.: "La interpretación jurídica", en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, N.º 50, 2016, p. 98. Y para una aproximación más detenida acerca de la interpretación judicial en el Derecho español, Vid. ÁLVAREZ CORA, E.: "La interpretación judicial en el Derecho castellano", *Initium: Revista catalana d'historia del dret*, N.º 26, 2021, pp. 159-198; y para un abordaje completo a la teoría de la interpretación jurídica Vid. RECASENS SICHES, L.: Nueva filosofía de la interpretación del Derecho. Editorial Porrua S.A., México D. F., 1956, *passim*.

[723] En este sentido, ZAPATERO y GARRIDO GÓMEZ advierten que "el gran fin del Derecho es lograr la justicia. Cfr. ZAPATERO, V. / GARRIDO GÓMEZ, M. I.: El Derecho como proceso normativo…, ob. cit., p. 27.

Empero, insistimos en que para hacer un análisis completo del impacto de las reformas legislativas penales y procesales Neo-retributivas que considere una perspectiva axiológica requiere que conozcamos -o por lo menos que nos aproximemos a ese conocimiento- lo que se entiende por <<justicia>> dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, pues, sólo así podríamos evaluar si las reformas legislativas Neo-retributivas contradicen la tarea de hacer <<justicia>> frente al delito encomendada por el Derecho al Estado social y democrático de Derecho, tarea que el Estado debe hacer respetando los derechos y observando las garantías que toda persona tiene frente al poder punitivo del Estado.

Ahora bien, en el análisis que -en los *Capítulos I*, *II* y *III*- hemos realizado acerca del desenvolvimiento de las formas de Estado y la penalidad a lo largo de la historia de la civilización humana occidental, hemos podido constatar que los distintos pueblos han tenido valores básicos compartidos, valores fundados en elementos culturales, concepciones religiosas y en consideraciones derivadas de la razón. La justicia -como valor compartido- ha estado presente en todas esas sociedades, aunque la acepción de la palabra haya variado de sociedad en sociedad.

En la sociedad actual enmarcada dentro del modelo de Estado de Derecho, "toda legalidad es la encarnación de una legitimidad y, a la inversa, toda legitimidad aspira a realizarse a través del Derecho"[724]. Partiendo de esta premisa, cuando intentamos responder a la pregunta de si un sistema, una norma, un acto jurídico es justo o injusto, nos estamos refiriendo a la legitimidad del Derecho mismo, por lo tanto, la respuesta de ello dependerá de la correspondencia que tenga el Derecho con los valores sociales, valores que están plasmados en la cúspide de su ordenamiento jurídico, es decir, en la Constitución.

En esta misma línea, ZAPATERO y GARRIDO GOMÉZ han señalado que "un sistema jurídico es legítimo cuando sus normas coinciden con esa serie de valores, siendo la primera tarea con la que nos enfrentamos la de conocer exactamente cuáles son esos valores o criterios que nos pueden permitir enjuiciar la legitimidad o ilegitimidad de un sistema"[725].

De manera que, para plantear la legitimidad o ilegitimidad del Derecho, esto debe hacerse partiendo de un ordenamiento jurídico determinado, es decir, del Derecho positivo de una sociedad determinada, pues, en el contexto actual, es a través del Derecho que podemos encontrar el

[724] Cfr. ZAPATERO, V. / GARRIDO GÓMEZ, M. I.: El Derecho como proceso normativo…, ob. cit., p. 23.
[725] Cfr. ZAPATERO, V. / GARRIDO GÓMEZ, M. I.: El Derecho como proceso normativo…, Ibid., p. 41.

contenido de los valores y principios pertenecientes a la sociedad a la que el Derecho está llamada a regular.

En las sociedades occidentales -dicen ZAPATERO y GARRIDO GÓMEZ- "la democracia es el criterio de legitimación de cualquier sistema jurídico y el criterio de las mayorías es la regla de decisión más ética y más justa a la hora de tomar decisiones"[726]. Partiendo de ello, la justicia implicaría que el Estado resolviese las controversias de acuerdo con las reglas del Derecho, pero no de cualquier Derecho, sino del Derecho creado democráticamente[727]. No obstante, esto lejos de resolver el dilema, complica aún más la cuestión, porque la historia de la penalidad ha demostrado que el Derecho -aunque sea democrático- puede llegar a ser injusto si la sociedad, al ignorar el contenido e importancia de los valores que ella misma propugna, no está consciente del daño que implica para la garantía de sus derechos la adopción de una medida específica, aunque -aparentemente- la referida medida lesiva goce de legitimidad por haber sido acordada democráticamente, porque -reiteramos y siguiendo en esta oportunidad a RAWLS- para que el Derecho sea considerado justo basta con que este sea formulado respetándose los principios que los ciudadanos han acordado[728], y entre esos principios propugnados por todo sistema democrático también está el de la libertad de decidir y participar activamente en la toma decisión de las políticas públicas[729].

Por ello, si la configuración de un Derecho positivo democrático conlleva la participación de los ciudadanos en la elaboración de las leyes, esto

---

[726] Cfr. ZAPATERO, V. / GARRIDO GÓMEZ, M. I.: El Derecho como proceso normativo…, ob. cit., p. 41.

[727] En el Estado democrático de Derecho, la *norma normarum*, es decir, el principio de legitimidad del ordenamiento jurídico es la Constitución. En efecto, PEREZ ROYO explica esta afirmación que sostenemos recurriendo a la experiencia española, en tal sentido el citado autor ha advertido que "únicamente con el constitucionalismo democrático posterior a la Primera Guerra Mundial, ejemplificado en España con la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931, cambia la perspectiva. La Constitución deja de ser documento político, para convertirse también en documento jurídico, en norma jurídica que es ella misma fuente del Derecho y que disciplina los órganos y procedimientos de creación del Derecho, viéndose reafirmada en tal carácter por la introducción de una serie de garantías a favor de la superioridad de la Constitución sobre los poderes constituidos, fundamentalmente la justicia Constitucional con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y la rigidez de la propia Constitución, que la convierte en un documento sólo modificable por un procedimiento distinto y más agravado que procedimiento legislativo ordinario. Con ello la Constitución dejaba de estar a disposición del poder legislativo, para pasar a convertirse en el criterio determinante de regularidad de la actuación de dicho poder". Cfr. PÉREZ ROYO, J.: Las fuentes del Derecho. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 34.

[728] Vid. RAWLS, J.: La justicia como equidad. Una reformulación. 6ª Reimpresión. Editorial Planeta, Barcelona, 2020, p. 24.

[729] Actualmente no sólo se habla de <<democracia representativa>>, sino también de <<democracia participativa>>, ambos modelos son una manifestación de la soberanía popular; sin embargo, esta distinción al parecer ha generado cierta polémica en virtud de la distinción del grado de participación. Para una aproximación detenida, Vid. RUBIO NÚÑEZ, R.: "La guerra de democracias", en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N.º. 16, 2007, pp. 79-108

implica que los propios ciudadanos deben estar conscientes, por un lado, de la misión que las instituciones del Estado tienen, y, por el otro lado, del impacto que la actuación de estas instituciones tienen en las garantías de sus derechos -aunque esta labor no es, en puridad, una tarea que le corresponda a la filosofía jurídica, sino más bien a la filosofía política-[730] .

Por ejemplo, la sociedad exige y demanda del Estado que éste la proteja de los posibles atentados contra ella, atentados realizados por los individuos refractarios a acatar las normas de convivencia, y, aunque esta exigencia es legítima, la protección estatal no debe conseguirse de cualquier forma ni a cualquier precio; pues, el Derecho existe para asegurar la supervivencia de la sociedad y, en consecuencia, para proteger a la persona humana en su medio de vida natural que es la sociedad. Por lo tanto, el Estado social y democrático de Derecho -como brazo ejecutor del Derecho- actúa dentro de los límites que fundamentan su propia existencia, limites que -como acabamos de advertir- están dirigidos a garantizar la existencia de la persona humana.

Por otra parte, uno de los criterios empleados para definir al Estado social y democrático de Derecho es el la garantía de los derechos humanos y la dignidad humana, los cuales deben ser garantizados por el Estado a través de la adopción de una serie de medidas que creen las condiciones necesarias para que las personas puedan acceder a sus derechos (obligación positiva), y, mediante la obligación de abstenerse de atentar o reprimir el ejercicio de tales derechos (obligación negativa)[731].

Entre las medidas -de obligación positiva- que el Estado moderno ha adoptado para proteger los derechos humanos es la penalidad limitada por el Derecho penal, procesal penal y penitenciaria, pues, con ello se ha pretendido no sólo evitar que terceros -y el propio Estado- atenten contra los derechos, sino también asegurar el disfrute de los mismos por parte de todas las personas, incluidos los delincuentes aun estando privados de libertad[732].

---

[730] En efecto, de acuerdo con RAWLS, entre las funciones que la filosofía política tiene se encuentra la de "contribuir al modo en que un pueblo considera globalmente sus instituciones políticas y sociales, y sus objetivos y propósitos básicos como sociedad con historia -como nación-, a diferencia de sus objetivos y propósitos como individuos o miembros de familias y asociaciones. Además, los miembros de cualquier sociedad civilizada precisan de una concepción que les permita entenderse a sí mismos como miembros que poseen un determinado estatus político -en una democracia, el de ciudadanos iguales- y les permita entender cómo afecta dicho estatus a la relación con su mundo social". Cfr. RAWLS, J.: La justicia como equidad. Una reformulación…, ob. cit., pp. 24 y 25.

[731] Acerca de las obligaciones negativas y las obligaciones positivas de los Estados, en materia de derechos humanos, Vid. FAÚNDEZ LEDESMA, H.: El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos…, ob. cit. pp. 80-84.

[732] Un ejemplo de ello nos lo muestra la propia historia de la penalidad que hemos revisado en los capítulos precedentes, pues, hemos visto con la penalidad institucionalizada se ha pretendido evitar la arbitrariedad en el ejercicio de la justicia, e incluso regular la ejecución de la venganza privada.

Actualmente la penalidad la ejerce el Estado social y democrático de Derecho como titular del *ius puniendi*, potestad punitiva estatal que se circunscribe a una serie de Principios. El Principio de mayor relevancia dentro del Derecho penal es el Principio de Legalidad -el cual estudiamos más temprano en el *Capítulo IV* de esta investigación-. La <<Legalidad>>, como todo Principio, se corresponde con una serie de valores que en el contexto actual están consagrados en la Constitución. Por consiguiente, los Principios tienen una razón de ser, y, por ende, en el ámbito penal, estos Principios existen para asegurar que las penas cumplan con la finalidad de proteger a la sociedad de aquellos individuos que atentan contra ella, pero sin dejar de lado en el cumplimiento de esta tarea, la garantía de la <<dignidad humana>> y los derechos humanos, como valor y derecho plasmado en la Constitución.

La aflicción es la naturaleza de la penalidad, en general, y de la pena privativa de libertad, en particular, pues siempre va a representar un mal para el individuo que la sufre, y, por ende, una reivindicación para la sociedad que se vio lesionada con el delito. Por esa misma naturaleza aflictiva de la pena, la sociedad ha percibido a la pena privativa de libertad como una respuesta <<justa>>, y, por lo tanto, <<retributiva>> con independencia de la orientación o finalidad que formalmente el Derecho le asigne a la pena privativa de libertad[733].

Si volvemos la mirada a las sociedades antiguas que hemos estudiado en el *Capítulo I* de este estudio, vemos que la respuesta natural del hombre primitivo era la venganza, respuesta tan ligada al instinto de supervivencia humana que su propio Derecho -de origen divino- lo legitimaba, pues se entendía que incluso la Divinidad actuaba de la misma manera contra aquel que osaba a desobedecer a su voluntad. Y, como también vimos a lo largo del *Capítulo III* de esta investigación, más allá de la justificación que los teólogos y escolásticos intentaron hacer de la penalidad desde la moralidad cristiana, e independientemente de los finalidades utilitaristas y preventiva general que el poder político civil le asigne a la pena, vemos que dentro del propio Derecho natural -como criterio de validez del Derecho positivo hasta las postrimerías del siglo XVIII- consagraba una penalidad predominantemente <<retributiva>>, pues la redención sólo era posible mediante el <<sufrimiento>>.

Pero al margen de las consideraciones históricas comentadas, lo relevante a reflejar en este lugar es que, en los periodos históricos previos a la adopción del Estado de Derecho moderno, la naturaleza retributiva de la

[733] Vid. MORSELLI, E.: "Neo-retribucionismo y prevención integradora en la teoría de la pena", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, Fasc/Mes 1, 1995, pp. 265 y 266.

pena, entendida como aflicción, pese a su brutalidad, era una función armónicamente aceptada como una respuesta <<justa>> tanto por la sociedad, como por el propio Estado. Actualmente, subsiste la idea retribucionista de la penalidad dentro de la sociedad, realidad que no se puede cuestionar porque sobre esa sociedad es donde recae el delito, y, como toda víctima, reclama una respuesta acorde con el daño causado por el delito.

Uno de los factores que ha favorecido a la reaparición del retribucionismo penal ha sido el aparente fracaso de la finalidad preventivo especial de la pena privativa de libertad[734], finalidad esta que ha venido acompañando -y justificando- a la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del marco del Estado social y democrático de Derecho. Actualmente, el Neo-retribucionismo significa mayor protagonismo del castigo como respuesta al daño cometido por el delito, sin pretender como fin último la reinserción social del penado; así, para el pensamiento retribucionista en todas sus versiones -dice DURÁN MIGLIARDI- "el sentido de la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena. De ahí que su postulado esencial sea que la pena es retribución del mal causado. Por lo que la justificación de la sanción penal, en estas teorías, es sólo y únicamente la realización de la justicia como valor ideal"[735]. No obstante, la configuración del Neo-retribucionismo para que sea medianamente válido debe respetar las exigencias del Estado social y democrático de Derecho, entre las que se encuentra la obligación de respetar la dignidad humana y los derechos humanos.

El respeto de la dignidad humana no sólo implica que se respete la condición del individuo como ser humano, es decir, que la persona no se instrumentalice o utilice como ejemplo para prevenir que se cometan nuevos delitos (prevención general) idea esta que -como veremos *infra* en el *Capítulo VII*- fue defendida por KANT; sino también, el respeto a la dignidad humana implica que -en el caso de la pena privativa de libertad- el tratamiento penitenciario dirigido a reformar la conducta del penado no vulnere, por ejemplo, el derecho al desarrollo de la libre personalidad, ni se traduzca en un trato cruel, inhumano y degradante.

---

[734] Vid. MORSELLI, E.: "Neo-retribucionismo y prevención integradora en la teoría de la pena…, ob. cit. p. 268.

[735] Cfr. DURÁN MIGLIARDI, M.: "Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la Teoría de la Retribución Moral de Immanuel Kant a propósito del Neo-retribucionismo en el Derecho penal actual", en *Revista de Filosofía*, Vol. 67, 2011, p. 126. También, para una revisión completa del Neo-retribucionismo y sus distintas manifestaciones Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: La pena como institución jurídica. Retribución y prevención general. Editorial B de F, Buenos Aires, 2014, pp. 54-64.

Ya hemos advertido que la penalidad ha estado siempre acompañada de la retribución en cualquiera de sus formas, y que esta idea <<retributiva>> de la pena, en cierta manera ha sido naturalmente aceptada por la civilización occidental, incluso se podría afirmar que la <<ejemplaridad>> del castigo (prevención general) es un finalidad pacífica en el sentir de la colectividad. Paradójicamente, como también veremos *infra* en el *Capítulo VII* de este estudio, ha sido la llamada <<prevención especial>> en sus distintas manifestaciones (corrección, rehabilitación, resocialización, etc.) la que probablemente ha sufrido mayor recelo social por su capacidad de modelar el tiempo del encierro punitivo -disminuir la duración del mismo-, al anteponerse la previsibilidad de reinserción social del penado a el daño causado por el delito; postulado preventivo especial que se corresponde con la visión garantista de derechos que ha caracterizado al Estado <<social>> de Derecho.

En efecto, como vimos *supra* en el *Capítulo IV*, el Estado social y democrático de Derecho que resultó de las reivindicaciones exigidas por la sociedad frente al ejercicio del poder, tiene entre sus funciones lograr la <<procura existencial de la sociedad>>; por lo tanto, dentro de este modelo estatal la penalidad va dirigida no sólo a <<retribuir>> el mal causado por el delito, sino también a <<prevenir>> la repetición del delito, al procurar, por un lado, que el penado -mediante la aplicación de un tratamiento penitenciario durante su encierro- no vuelva atentar contra la sociedad (prevención especial) y, por otro lado, intimidar al resto de la sociedad a través de la concreción de la amenaza penal, para así constreñir a los demás miembros de la sociedad a que se abstengan de imitar la conducta del delictiva del condenado (prevención general)[736].

Ante esta aparente contradicción entre el fundamento de la penalidad como respuesta al delito desde la perspectiva de la sociedad, y la razón de ser del Estado social y democrático de Derecho, el legislador -como representante de la sociedad y como dinamizador del Derecho- debe asumir una postura que armonice el interés social con la esencia del Estado que esa misma sociedad aprobó. La vía para realizar esta tarea está en que el legislador adopte una posición de <<legislador reactivo>>, es decir, un legislador que, como representante del Estado, esté decidido a resolver el problema donde no hay consenso observando las exigencias que legitiman el poder del Estado, entre las que se encuentra la primacía de los derechos humanos.

[736] También, para una mayor aproximación a la prevención especial y a la prevención general, Vid. BARBERET HAVICAN, R.: "La prevención general y especial", en *Cuadernos de Derecho judicial*, N.º 15, 1997, pp. 117-148.

Por otra parte, un aspecto a destacar dentro de estas consideraciones generales acerca de los problemas que plantea definir el valor de justicia en relación con el valor de la <<dignidad humana>> dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho estriba en el hecho de que, si en la actualidad difícilmente podemos concebir al Derecho fuera de una perspectiva positivista, no es menos cierto que la perspectiva *iusnaturalista* o del Derecho natural que nos dice que existe una vinculación entre la moral y el Derecho está presente. En efecto, la perspectiva *iusnaturalista* actual vincula al Derecho a una serie de valores, pero no a cualquier valor, sino sólo aquellos considerados válidos por el Derecho.

De acuerdo con NINO, el *iusnaturalismo* implica, por un lado, que existe "una serie de principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana", y, por otro lado, que "un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de <<jurídicos>> si contradicen aquellos principios morales y de justicia"[737].

Ahora bien, el fundamento de la <<justicia>> puede ser enfocado dentro de la garantía de la <<dignidad humana>> y los derechos humanos, cuya garantía de respeto es universalmente aceptada por la mayoría de los países del mundo civilizado. Pero esta afirmación tampoco se podría ver como un valor absoluto en el mismo sentido que se podría interpretar si lo viéramos desde la óptica del Derecho natural, pues los derechos humanos existen y se reconocen como consecuencia de la evolución de la civilización humana, frente a los atentados sufridos por la humanidad a través de una apariencia de legalidad, tal como ha ocurrido en tiempos pasados y recientes; en definitiva, los derechos humanos son un concepto histórico con perspectiva de valores universales y trascendentes en el tiempo[738], ello aunque

[737] Cfr. NINO, C. S.: Introducción al análisis del Derecho…, ob. cit., p. 28.

[738] A pesar de esta observación, tal como ha advertido PÉREZ LUÑO, "los derechos humanos surgieron en la Modernidad como categorías intemporales y eternas, como atributos <<naturales>> que correspondían a todos los seres humanos desde su nacimiento, con independencia de tiempo y lugar" Cfr. PEREZ LUÑO, A. E.: La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, R. (Coord.). Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, p. 257; por lo tanto, visto de esta manera, los derechos humanos tienen un trasfondo iusnaturalista pues serían considerados como valores válidos y asequibles a la razón humana y por lo tanto legitiman al Derecho positivo. En efecto, tales derechos actualmente condicionan la actuación del Estado incluso al momento de legislar, en virtud de que las leyes para ser válidas no pueden contradecir los principios fundamentales, derechos y garantías establecidas en la norma fundamental. Vid. NINO, C. S.: Introducción al análisis del Derecho. 4ª ed. Editorial Ariel, S. A., 1991, p. 28. También, para una revisión más detenida acerca del traspaso del Derecho natural a los derechos humanos Vid. SPECTOR, H.: "La filosofía de los derechos humanos" en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, N.º 15, 2001, pp. 9-13.

se haya desarrollado dentro de una institución de base histórica como lo es el Estado de Derecho.

Que los derechos humanos sean un concepto histórico, significa que los mismos además de tener un sustento racional, tienen un sustento o justificación práctica porque van dirigidos a mantener la convivencia social, y, por lo tanto, la existencia de tales derechos es necesaria para la vida del individuo en sociedad. Ahora bien, esta particularidad de los derechos humanos nos muestra que son el resultado de decisiones adoptadas por los órganos competentes para crear el Derecho, decisiones basadas en el criterio considerado más razonable para resolver el conflicto que el Derecho trata de solventar, pues, en lo razonable, como diría ROBLES, podemos hallar también lo <<justo>>[739].

Ahora bien, en consideración a este último aspecto comentado, para hablar de <<justicia>> dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho debemos necesariamente no sólo considerarla como <<valor>>, sino también como <<valor realizable empíricamente>>, es decir, que sea posible para el Derecho materializarlo en la realidad[740]. En efecto, el contenido de los derechos humanos es verificable en la práctica a través de los <<indicadores>> que definen cuándo un individuo puede acceder a tales derechos[741].

Así, el contenido de los derechos humanos tiene un componente moral, y un componente empírico que constituye tanto el indicador de su validez como el criterio de medición de la efectividad de las garantías[742].

---

[739] Las normas jurídicas son resultado de decisiones también jurídicas emanadas de instituciones con competencia para crear Derecho, en tal sentido ROBLES ha señalado que "una cuestión que surge inmediatamente es qué es lo que sucede con las primeras decisiones que se tomen, cuando aún la comunidad no tiene normas. Es una buena pregunta, que sólo tiene una respuesta. En las primeras decisiones, cada vez que surja un conflicto nuevo, se verán obligados a <<crear>> la norma que aparece más razonable para resolverlo. Y a la luz de los resultados alcanzados aplicando la norma creada, irán modificándola de acuerdo a las circunstancias. Téngase en cuenta esto cada vez que creen una norma, tendrán que pensar cuál es el criterio más *razonable*, o por lo menos simplemente razonable. A lo razonable podemos llamar también lo *justo*" Cfr. ROBLES, G.: Teoría General del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho. Volumen I. 4ª ed. Cívitas-Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Navarra, 2012, p. 60.

[740] Con esta afirmación no pretendemos adherirnos la corriente conocida como escepticismo jurídico de la cual han formado parte -con ciertos matices- KELSEN y ALF ROSS, y que propugna la idea de que "no existen principios morales y de justicia universalmente válidos y cognoscibles por medios racionales y objetivos", en otras palabras, "los únicos juicios cuya verdad y falsedad es decidible racionalmente son -fuera de los juicios analíticos cuya verdad está determinada por su estructura lógica- los juicios que tienen contenido empírico" Cfr. NINO, C. S.: Introducción al análisis del Derecho…, ob. cit., p. 31.

[741] Al respecto, Vid. GARCÍA CARRANZA, P. M.: "Los indicadores de derechos humanos. Una oportunidad de avanzar hacia la interiorización de los derechos humanos", en *Derechos y libertades: Revista de filosofía del Derecho y derechos humanos*, N.º 38, 2018, pp. 359-388.

[742] En este sentido, Vid. RADBRUCH, G.: Introducción a la ciencia del Derecho. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2017, pp. 25 y ss.

Los límites al ejercicio del *ius puniendi* estatal son consecuencia de esta perspectiva, pues con ello se procura evitar que el Estado vulnere los derechos de las personas al momento de perseguirlas y castigarlas penalmente. Si bien, el Principio de Legalidad es un ejemplo de esa necesidad de proteger los derechos humanos, este Principio tiene un trasfondo político que es garantizar el ejercicio de la justicia penal, la cual, como toda representación de la realidad, se manifiesta de manera diferente según las distintas perspectivas de los beneficiarios de la aplicación de la justicia penal. Así, desde la víctima del delito, la pena será siempre <<retributiva>>; y desde el Estado social y democrático de Derecho, la prisión tiene una orientación predominantemente <<preventiva>>. La primera perspectiva (social) la satisface el Estado mediante la labor de los tribunales, y la segunda perspectiva (institucional) se consigue a través del trabajo de la Administración Penitenciaria.

Ahora bien, lo afirmado por GUISÁN al interpretar el pensamiento de MILL acerca de la vinculación entre la justicia y la felicidad, al expresar que la justicia no tendría razón de ser "ni sería sentida como algo imprescindible para la vida humana si no cambiase hermanada, hombro a hombro, con la búsqueda de una sociedad estable donde sea posible la felicidad general"[743], nos sirve para plantearnos si el agravamiento de las penas o la restricción de las garantías procesales con miras a empeorar la condición de las personas sometidas a un proceso de enjuiciamiento penal, verdaderamente contribuye no sólo a materializar de la justicia (retributiva), sino también a satisfacer los intereses de la sociedad (expresados en la garantía de los derechos humanos aun en el caso de aplicación de una pena orientada predominantemente hacia la <<retribución>>).

En efecto, cuando hablamos de que el Derecho penal <<satisface los intereses de la sociedad>> nos estamos refiriendo a que el contenido de ese Derecho debe ser <<efectivo>>, y no sólo <<eficaz>>. Dentro de un contexto de Estado social y democrático de Derecho, el Derecho penal -además de eficaz- debe ser efectivo para satisfacer los interés sociales y el bien común, sin traspasar los linderos que pongan en riesgo los derechos fundamentales de la sociedad en su conjunto[744].

---

[743] Cfr. GUISÁN, E.: Introducción. En: MILL, J. E.: El utilitarismo. 3ª ed. Alianza Editorial, Madrid, 2014, p. 23.

[744] La diferencia entre eficacia y efectividad del Derecho penal se puede apreciar claramente en las decisiones de los tribunales internacionales de protección de los Derechos humanos, como por ejemplo sucede con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En el caso de las Medidas Provisionales dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre algunas prisiones venezolanas, no plantea el problema acerca de si se cumplen o no las medidas preventivas de privación de libertad durante el proceso penal o la condena de privación de libertad, pues, se entiende que las personas se encuentran privadas de libertad en aplicación de una norma jurídico penal; lo que la Corte IDH exige

Como ya hemos advertido en reiteradas oportunidades a lo largo de esta investigación, de entrada, dentro de un contexto de Estado social y democrático de Derecho, para que una norma sea válida jurídicamente se requiere que su creación sea realizada respetándose los condicionantes formales de validez estipulados el ordenamiento jurídico. Esta es la primera condición de validez jurídica de una norma dentro de un Estado de Derecho; sin embargo, sólo esta validez es reafirmada cuando su contenido no contradice o nieva con los valores superiores también contenido en las normas fundamentales del ordenamiento jurídico (condición material de validez del Derecho).

De manera pues que, el Derecho tiene un contenido moral que debe ser respetado, y ello también es una manifestación de lo afirmado por ZAPATERO Y GARRIDO GÓMEZ al advertir que "el positivismo propugna que no hay una conexión necesaria entre Derecho y Moral, no que nunca la haya o que no deba de haberla"[745].

Por otra parte, todo individuo que habita en sociedad está obligado a obedecer al Derecho, obligación que se desprende de su carácter coactivo. Pero sería un error creer que hay que obedecer al Derecho porque se piense que este es justo sólo por existir, pues ello implicaría caer dentro de una peligrosa concepción positivista conocida como <<positivismo ideológico>>, la cual -para algunos autores- ha justificado las acciones más crueles realizadas por el régimen nazi[746]. Así, porque se crea que una determinada ley sirve para lograr determinados fines no significa que, desde el punto de vista moral, nazca la obligación automática de obedecerla, si bien una ley puede cumplir con una determinada finalidad, también se debe exigir que esa ley no

---

con estas medidas es que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar los derechos a la vida e integridad física durante la reclusión, vigencia de estos derechos que justifican los límites establecidos en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Vid., entre otras: Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Internado Judicial de Monagas La Pica, de fecha 6 de febrero de 2006; Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II, de fecha 30 de marzo del 2006; Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental "Uribana", de fecha 2 de febrero de 2007; Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II, de fecha 8 de febrero de 2008; y Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos caso de Internado Judicial de Monagas La Pica, Centro Penitenciario Región Capital Yare I y Yare II, Centro Penitenciario de la Región Centro Occidental "Uribana", Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II, de fecha 24 de noviembre de 2009.

[745] Cfr. ZAPATERO, V. / GARRIDO GÓMEZ, M. I.: El Derecho como proceso normativo…, ob. cit., p. 26.

[746] Para una revisión detenida sobre el positivismo ideológico, Vid. por todos: NINO, C. S.: Introducción al análisis del Derecho…, ob. cit., pp. 32-35; RUIZ MIGUEL, A.: "Positivismo ideológico e ideología positivista", en RAMOS PASCUA, J. A. (ed.) / RODILLA GONZÁLEZ, M. A.: El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 457-480.

contradiga los valores que está llamada a proteger, tales como la justicia, la dignidad humana o la libertad.

Es cierto que la justicia dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho se sustenta en la libertad del individuo de decidir su futuro, pero la referida libertad de decisión no implica que el individuo pueda interferir en la libertad de sus cohabitantes. Ahora bien, cuando un sujeto comete un delito vulnera un precepto jurídico que protege la libertad de todos, pero para que se pueda afirmar que el precepto realiza su función de condicionar la conducta del individuo, además de fundarse en un valor superior, como lo es el valor de <<la libertad>>-, también dicho precepto debe ir acompañado de la coactividad estatal, la cual se manifiesta a través de la amenaza penal y de la posibilidad de la imposición de la misma mediante los órganos jurisdiccionales competentes, en caso de que el precepto fuere incumplido.

Ahora bien, las particularidades del contenido de la amenaza penal el infractor no las tiene que necesariamente conocer, pues, la amenaza se concreta con la plasmación de la acción que el Estado puede emprender para castigar el delito, como sucede, por ejemplo, cuando la legislación sustantiva penal de cualquier país estipula la <<pena privativa de libertad>> como consecuencia jurídica al delito contra la libertad personal, como lo es el delito de secuestro.

En este sentido, las distintas finalidades de la pena privativa de libertad -las cuales se corresponden con las tesis derivadas de la racionalización de la finalidad de la pena puestas en boga desde el siglo XVIII en la doctrina jurídico penal (Tesis Absoluta: Retributiva; y Tesis Relativas: Prevención General y Prevención Especial), Tesis estas que revisaremos someramente en el *Capítulo VII* de esta investigación-, si bien la legislación puede referirse expresamente a algunas de ellas como criterio de orientación para ejecutar la pena privativa de libertad, esto no significa que otras finalidades no expresamente contempladas en el Derecho positivo no puedan estar presente al momento de ejecutar la pena privativa de libertad, como, por ejemplo, la <<retribución>>.

Pero ello -en la misma línea con lo que asomamos *supra* acerca de que la aceptación por parte de la sociedad de determinadas medidas estatales que afecten derechos no las legitima del todo, si tales medidas atentan contra los valores superiores contemplados en la Constitución- tampoco significa que el Estado esté autorizado para disponer libremente de cualquiera de las finalidades, al momento de establecer y ejecutar la pena privativa libertad. Dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la pena no

puede ser un fin en sí misma, pues el castigo punitivo es sólo un medio para proteger los derechos de las personas frente al delito. La función de la justicia penal es resguardar la convivencia social ante los ataques realizados por el delincuente a la sociedad, tarea que el Estado -reiteramos- debe hacer sin afectar los derechos de los integrantes de la sociedad, por lo tanto, el baremo de medición de la legitimidad de la justicia penal, y, en consecuencia, de la pena está en que esta respete la <<dignidad humana de la persona condenada>>.

Hemos visto en los *Capítulos I, II* y *III* de esta investigación, que la penalidad ha estado presente en todas las etapas en las que se desenvuelto la civilización humana occidental. Y en todas esas etapas, sobre la penalidad ha recaído una finalidad predominante de acuerdo a la cultura e idiosincrasia de la época. Así, hemos visto que, durante las civilizaciones hebrea, griega, romana y los reinos de la Era Medieval y de la Era Moderna, la penalidad ha tenido una orientación predominantemente <<retributiva>> e incluso <<preventiva general>>, finalidades estas que se llevaron hasta sus últimas consecuencias al atormentar públicamente a los condenados.

También, ya dentro del modelo de Estado de Derecho y su penalidad estudiado entre los *Capítulos IV* y *V*, hemos visto que la <<prevención especial>> ha sido empleada con procedimientos amparados por la ciencia, pero sin dejar de ser éticamente cuestionable porque -con el pretexto de que el tratamiento estaría avalado por la ciencia- se reducía al condenado a ser un objeto de estudio y no un sujeto de derechos.

Obsérvese que, en todos los supuestos que acabamos de comentar, existe un aspecto en común y que afectarían al concepto de <<justicia penal>> dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho: <<la vulneración de la dignidad humana>>.

Como bien ha observado GOLDSHMIDT, al reflexionar acerca de los problemas que dificultan llegar a un acuerdo en la conceptualización del Derecho, "en el ámbito de las Ciencias de la Naturaleza la novedad de una teoría se basa en la novedad de un hecho: en un descubrimiento en sentido amplio (por ejemplo: el descubrimiento de los rayos X, la desintegración del átomo, etc.). En las Ciencias sociales no se dan descubrimientos. Los hechos sociales en sentido estricto son todos ellos conocidos por ser exclusivamente obra de los hombres mismos. Por ello una teoría llamada nueva sólo efectúa un reagrupamiento y una ordenación"[747]; pero esta situación no es óbice para

[747] Cfr. GOLDSCHMIDT, W.: "La Naturaleza del Derecho y sus problemas", en *Revista de estudios políticos*, N.º 49, 1950, p. 142.

que un hecho natural o cultural repercutiere -continuando con GOLDSCHMIDT- "sobre la factibilidad social, y en este supuesto puede haber, pues, algo nuevo en las ciencias sociales. El invento de la imprenta convierte, por ejemplo, la explotación de las obras literarias en un negocio digno de ser tenido en cuenta, y da así a la teoría nueva sobre la justicia de la protección de la propiedad intelectual que plasma normativamente la legislación de la Revolución francesa. La industrialización del mundo engendra la moderna legislación social, el dominio del aire, la legislación aérea y aeronáutica"[748].

Así actualmente, en ámbito de la pena privativa de libertad, en virtud de la evolución de las ideas, de los avances de la ciencia y del desarrollo de la tecnología, la forma de concebir a la pena privativa de libertad no es la misma a cómo se concebía a la penalidad en general en otros tiempos, donde -además- el contenido de la justicia estaba condicionado por otros factores. Actualmente, la penalidad en general, y la pena privativa de libertad, en particular, está enmarcada dentro del Derecho, un Derecho que centra su atención en la <<dignidad de la persona humana>> y que, partiendo de ello establece límites al Estado en la ejecución de la pena privativa de libertad, límites que regulan la actuación de la Administración Penitenciaria, y límites que están garantizados por la misión supervisora de los juzgados de vigilancia penitenciaria o de los tribunales de ejecución penal, como sucede en España y Venezuela, respectivamente.

Como ya hemos ahondado en el *Capítulo V*, la pena privativa de libertad tiene entre sus finalidades la reinserción social del condenado, pero ello no significa que el sujeto deba -obligatoriamente- aceptar el tratamiento dirigido a reformar su conducta porque su aceptación -además de ser un aspecto indispensable para el provecho de las herramientas otorgadas por el tratamiento- es una exigencia del contenido de justicia que acompaña al Derecho, ya que si no hay aceptación existe imposición, y la imposición en una institución cerrada -como lo es una prisión- pone en riesgo la <<dignidad humana>> al afectar el desarrollo de la libre personalidad.

Ahora bien, con las consideraciones hechas hasta ahora, hemos pretendido explicar el por qué la <<justicia>>, como valor superior del ordenamiento jurídico, moldea a la pena privativa de libertad ejecutada dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho. A partir de este momento intentaremos explicar, racionalmente, el por qué la ejecución de la pena privativa de libertad -independientemente de la finalidad que el

[748] Cfr. GOLDSCHMIDT, W.: "La Naturaleza del Derecho y sus problemas…, ob. cit., p. 142.

Derecho le atribuya- debe respetar el valor de <<justicia>>, y el porqué es importante que la sociedad tenga conciencia de ello.

A diferencia de las leyes de la naturaleza, cuyos postulados se cumplen fatalmente independientemente de la voluntad del individuo, las normas jurídicas si bien son creadas para ser acatadas, pueden ser incumplidas porque su cumplimiento depende de la voluntad del individuo[749], aunque ello acarree sanciones. Esta circunstancia nos da una idea de lo importante que es conocer tanto las normas que regulan la convivencia social, como los principios que justifican la creación de tales normas en un contexto determinado, pues esos principios -al igual que el conocimiento del significado de las disposiciones normativas- pueden tener el suficiente peso <<moral>> para asegurar el cumplimiento de las normas jurídicas.

Ahora bien, si hacemos este planteamiento desde otra perspectiva, el Derecho se manifiesta a través de normas jurídicas. Básicamente las normas jurídicas -para regular la conducta de los individuos- establecen consecuencias jurídicas, pero esto sólo nos habla de la estructura de la norma, no del fundamento de su contenido. Desde una perspectiva tridimensional del Derecho, este tipo de normas, además de tener componente jurídico, tiene aspectos morales y sociológicos; esta circunstancia implica -recordando lo advertido por MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA en el apartado anterior- que el Derecho se justifica en su utilidad para lograr la convivencia social afectando mínimamente los derechos de los individuos, es decir, respetando un valor trascendental, a saber: <<la dignidad humana>>.

De manera que, actualmente el Derecho tiene una razón trascendental y es preservar la integridad del individuo frente al poder del Estado, razón que materializa a través del valor: <<justicia>>. Así, dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho como lo es el caso de Venezuela, la justicia se mide en relación con el respeto efectivo del valor de <<la dignidad humana>>. Por lo tanto, el valor de justicia está ligada a la garantía de los derechos humanos, derechos que recaen en todos los individuos, incluidos los procesados y condenados por ciertos delitos. En consecuencia, en el mismo sentido que venimos comentando a lo largo de este apartado, la ignorancia que la sociedad tenga acerca del significado de los valores superiores que inspiran la creación de la norma jurídica pone en peligro, no sólo la integridad de la persona individualmente considerada, sino también la subsistencia misma de la propia sociedad.

[749] Vid. MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA, C.: Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho…, ob. cit. p. 49.

Cuando hablamos de <<eficacia jurídica>> de la norma jurídica, nos referimos a su idoneidad para producir los efectos esperados de acuerdo a la finalidad que busca el Derecho, cuestión que en materia penal se alcanza cuando se aplica la sanción al declarado judicialmente culpable de haber cometido un delito. Sin embargo, como veremos en *infra* en el *Capítulo VIII* de este estudio, que la pena sea jurídicamente ejecutada no significa que sea <<eficaz en términos sociológicos>>, pues, si la ejecución de la pena no se realiza ajustada a los límites legales establecidos para garantizar la dignidad humana, se está incumpliendo la norma jurídica, y, por lo tanto, el Derecho carece de eficacia en términos sociológicos[750].

Por otra parte, la ignorancia que la sociedad pueda tener acerca de los principios y valores que inspiran a la norma jurídica, puede crear la falsa idea de que la norma es <<eficaz jurídicamente>> si la aplicación de su contenido se corresponde con las orientaciones ideológicas o políticas -incluso con las circunstancias coyunturales de tipo político- que dieron origen a esas normas, aunque, sin embargo, la finalidad pretendida no se ajustare del todo con los valores superiores contenidos en el ordenamiento jurídico. En estos casos, hablamos de <<eficacia política>> mas no de <<eficacia jurídica>>, que, como acabamos de advertir, pueden responder a la necesidad de la solucionar circunstancias coyunturales, aun en detrimento de algunos derechos de las personas que están protegidos jurídicamente.

Como veremos en los *Capítulos VII* y *VIII* de esta investigación, las reformas legislativas Neo-retributivas penales y procesales en Venezuela han estado dirigidas a resolver situaciones coyunturales que afectan a la estabilidad política del gobierno de turno, cuestión que nos aproxima a la idea de que el Estado venezolano -en materia de política criminal- ha antepuesto la <<eficacia política>> a la <<eficacia jurídica>> de las normas, pero esto es un tema que abordaremos más adelante. Ahora lo que nos interesa destacar es que, la concientización social de los valores y principios que inspiran al Derecho es un recurso que no se puede descuidar, ello si no se quiere poner a la sociedad en una situación de indefensión frente al poder punitivo del Estado.

En efecto, VIDAL ha advertido que el error y la ignorancia de la sociedad acerca del contenido de las leyes que la regulan "tienen consecuencias directas y frecuentemente deplorables para la sociedad y la vida humana. Ellos son los causantes de los excesos que se deploran hoy día, y que, sin embargo, ha legitimado en otro tiempo o ha absuelto la opinión

[750] Para una aproximación detenida acerca de los tipos de eficacia dentro de la Teoría del Derecho, Vid. PRIETO SANCHÍS, L.: Apuntes de Teoría del Derecho…, ob. cit. pp. 83-86.

pública, y que admite todavía actualmente civilizaciones diferentes a la nuestra, tales como la esclavitud, la poligamia, los suplicios, los tormentos, la inquisición, las causas de hechicería y de herejía y los procesos a los cadáveres, a los animales, etc. En fin, la violación de estas leyes, siempre fácil, puesto que no se imponen por una fuerza física material, siempre y cada vez más frecuentes, como lo demuestran los hechos anteriormente referidos, causa la perturbación en las relaciones sociales, altera la armonía de estas relaciones, y tendería a destruir los efectos de la civilización y a hacernos retroceder a épocas bárbaras, si la autoridad protectora de esta armonía y de esta civilización no impidiese el desarrollo exagerado de tales excesos"[751].

6.2.3.- Aproximación a un concepto de <<justicia>> contextualizado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho

La variadas finalidades que le han sido atribuidas a la pena privativa de libertad están vinculadas con la utilidad que estas pudieran tener para proteger a la sociedad; pero si nos remitimos a las circunstancias históricas que han dado origen a la justicia penal, o más concretamente a la justicia penal institucionalizada, vemos que el propósito último ha sido el de aplicar las penas con las debidas garantías o prerrogativas de acuerdo con los <<fines>> y las ideas imperantes en la época, e independientemente de la justificación filosófica que se le hayan otorgado a las sanciones penales.

Esta afirmación que acabamos de hacer, nos lleva a analizar el contenido de justicia de la pena privativa de libertad ejecutada en un Estado social y democrático de Derecho, a través del método científico al que RADBRUCH se refería como <<tendencia finalista>>[752], pues esta tendencia -siguiendo a RADBRUCH- "parte -sépalo o no- del *sentido* y no del libro; parte de la realidad de los fines y necesidades de la vida social, espiritual y moral, considerados como valiosos; se pregunta: ¿cómo debo manejar y modelar el Derecho, para dar satisfacción a los fines de la vida? Y, ajustándose a estos fines, resuelve las innumerables dudas del Derecho formal y llena sus incontables lagunas"[753].

Asimismo, esta <<tendencia finalista>> que acogemos, nos parece idónea para hallar un concepto de justicia que legitime la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de

[751] Cfr. VIDAL, J.: Principios fundamentales de la penalidad en los sistemas más modernos…, ob. cit., p. 21.
[752] Vid. RADBRUCH, G.: Introducción a la filosofía del Derecho 3ª ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1965, p. 96.
[753] Cfr. RADBRUCH, G.: Introducción a la filosofía del Derecho…, Ibid., pp. 96 y 97.

Derecho, pues de acuerdo con RADBRUCH esta tendencia se apoya en la filosofía "como la intérprete de los más altos fines y valores, y toma sus instrumentos auxiliares más importantes de la psicología y la ciencia social, a partir del momento en que estas disciplinas alcanzan el rango de ciencias"[754]

Como advertimos *supra*, la búsqueda de un concepto filosófico de cualquier objeto estudiado por la persona humana es una labor destinada a dar un resultado básicamente tendencial. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, por <<tendencia>> debemos entender: "propensión o inclinación en las personas y en las cosas hacia determinados fines"; por lo tanto, cuando nos referimos a que alguien se inclina a algo, estamos sugiriendo de que se ubica en una posición determinada de acuerdo a las circunstancias.

Actualmente, una gran parte de las civilizaciones contemporáneas están enmarcadas dentro del modelo de Estado de Derecho, modelo de organización política que marca una <<tendencia>> en cuanto a conceptos como la <<justicia>> y el Derecho, tendencia diferente al que existía en los contextos históricos precedentes. En tal sentido, entre las finalidades que un Estado de Derecho moderno -como ocurre en el caso venezolano- tiene se encuentra la de <<garantizar la dignidad humana y que las personas accedan a sus derechos>>, y, por lo tanto, el concepto de <<justicia>> tiene un contenido garantista con miras a lograr ese fin.

Por otra parte, como bien ha afirmado FERNÁNDEZ GALIANO, el saber filosófico se ocupa de "verdades a las que se puede llegar por medio del razonamiento", por lo tanto, "toda verdad demostrable es siempre filosófica"[755]. Este planteamiento racionalista nos es útil para entender que un valor como lo es la justicia no sólo es demostrable racionalmente sino también demostrable empíricamente, porque sin duda, la justicia se materializa cuando el Derecho es <<efectivo>> para alcanzar la finalidad de la idea de justicia cónsona con el modelo de Estado social y democrático de Derecho, como lo es: la garantía de la dignidad humana.

El planteamiento que aquí sostenemos no debe confundirse con el concepto ético de validez trazado por ALEXY, para quien una norma es válida jurídicamente si su contenido se corresponde con el ideal de justicia[756]; pues,

[754] Cfr. RADBRUCH, G.: Introducción a la filosofía del Derecho…, ob. cit., p. 97.
[755] Cfr. FERNÁNDEZ GALIANO, A.: Introducción a la filosofía del Derecho…, ob. cit., p. 2.
[756] Según ALEXY, "el concepto ético de validez es la validez moral. Una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada. La validez de una norma del Derecho racional no se basa ni en su eficacia social ni en su legitimidad conforme al ordenamiento, sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de su justificación moral". Cfr. ALEXY, R.: El concepto y la validez del Derecho. Trad. SEÑA, J. M. Gedisa editorial, Barcelona, 1997, p. 88.

la validez del Derecho -dentro de la concepción positivista actual- se configura, *prima facie*, cuando sus normas son creadas por el órgano jurídicamente competente, siguiéndose el procedimiento prestablecido en la ley y respetándose el alcance material establecido en el propio ordenamiento jurídico. Sobre este tema de la <<validez del Derecho>> no se centra el razonamiento que venimos haciendo en este apartado, sino nuestro que nuestro interés está en determinar si una norma jurídica -en especial la que establecen penas- es efectiva para alcanzar la justicia enmarcada a conservar la dignidad humana de los sujetos implicados en ella como uno de los fines del modelo de Estado social de Derecho, y, por lo tanto, nuestro interés está en medir la justicia o no de una norma jurídico-penal en base a su correspondencia efectiva o no con el ideal de justicia enmarcado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

En tal sentido, BOBBIO ha advertido que todo ordenamiento jurídico persigue algunos fines, y, por lo tanto, hay que aceptar que "estos fines representan los valores para cuya realización el legislador, más o menos consciente, más o menos adecuadamente, dirige su propia actividad" [757]; así -continúa BOBBIO- cuando se considera que hay valores supremos, objetivamente evidentes, "preguntarse si una norma es justa o injusta equivale a preguntarse si es apta o no para realizar esos valores. Pero también en el caso de quien no crea en valores absolutos, el problema de la justicia o injusticia de una norma tiene un sentido: equivale a preguntarse si una norma es apta o no para realizar valores históricos que inspiran ese ordenamiento jurídico, concreta e históricamente determinado"[758].

Llegados hasta aquí, conviene responder a la siguiente pregunta ¿El hecho de que la pena privativa de libertad sea efectiva es sinónimo de que la justicia queda materializada? La respuesta a esta pregunta no está propiamente en si la norma jurídico-penal tiene eficacia social, sino en si verdaderamente la aplicación del dicho precepto jurídico penal es efectiva jurídicamente hablando, es decir, en si verdaderamente es efectiva para materializar las garantías que fundamenta a la justicia en relación con el modelo de Estado de Derecho moderno.

Cuando decimos que el Derecho, concretamente la norma jurídico-penal, es eficaz socialmente nos referimos a que en la práctica la norma jurídica es respetada por la sociedad. La eficacia tiene que ver con los *efectos* esperados con la existencia de la norma jurídico penal; estos efectos podemos dividirlos en dos momentos, a saber: 1.- Como disposición normativa dirigida

[757] Cfr. BOBBIO, N.: Teoría General del Derecho…, ob. cit., p. 19.
[758] Cfr. BOBBIO, N.: Teoría General del Derecho…, Ibid., p. 19.

a prevenir la comisión de un hecho punible; y 2.- Como disposición normativa destinada a materializar la justicia en el caso de que la norma sea incumplida.

En el primer momento, la eficacia social no ofrece complejidad, pues, el objeto preventivo de la norma jurídica se verifica en la práctica cuando logra evitar la comisión del delito en virtud de que la amenaza penal -establecida como consecuencia jurídica de la norma- logra intimidar positiva (prevención general positiva) o negativamente (prevención general negativa) al potencial infractor de la norma jurídica.

La efectividad en el segundo de los momentos señalados, es decir, la eficacia jurídica si sugiere una reflexión más detenida porque en la valoración de la efectividad en la ejecución de la pena privativa de libertad como consecuencia jurídica de la norma jurídico penal, se puede apreciar si estamos frente a un Derecho penal justo de acuerdo con las exigencias del Estado social y democrático de Derecho.

Como ya hemos advertido desde *el Capítulo IV* de esta investigación, el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho establece varias finalidades -desde el punto de vista penológico- a la pena privativa de libertad, finalidades que, según un sector de la doctrina jurídico penal- se corresponden con cada <<fase>> en la que la potestad punitiva estatal se encontrare. Sin embargo, consideramos que las fases previas a la ejecución de la pena privativa de libertad, aunque forman parte de la administración de justicia, constituyen sólo un medio para que la justicia finalmente se materialice: <<aplicar -con las debidas garantías- la sanción penal como respuesta al delito>>.

En el *Capítulo IV* de esta investigación advertimos que el componente social del Estado social y democrático de Derecho implica la intervención estatal en algunos aspectos de la vida de los ciudadanos para asegurar que estos puedan acceder a sus derechos. En base a esta circunstancia, vimos en el *Capítulo V* -y también *supra* en el apartado anterior de este *Capítulo VI* asomamos esa idea- del presente estudio que la idea resocializadora se corresponde con el aspecto social del Estado de Derecho, idea esta que -a raíz de la consolidación del paradigma de los derechos humanos dentro de las prisiones- ha venido siendo matizada -e incluso reformulada- para garantizar la dignidad humana del condenado, al -por ejemplo- fomentar la participación espontánea y libre del penado en el tratamiento penitenciario.

Frente a este panorama, la concepción de justicia no se reduce a atribuir una finalidad específica a la pena privativa de libertad -la cual en cualquier caso su finalidad última, creemos, sería la de <<proteger a la sociedad>>, sino

a que la finalidad de la misma -independientemente de la que sea- respete o se ajuste a los valores y fines contenidos en la Constitución como *norma normarum* de un Estado social y democrático de Derecho.

Hemos visto *supra* que, en países como Venezuela, uno de los principales fundamentos de los valores y principios consagrados en la Constitución es la <<dignidad humana>>, pues, el cúmulo de derechos que toda persona posee, se debe a su condición de <<ser humano>>. Dentro de un Estado de Derecho moderno donde se reconoce la dignidad de la persona humana independientemente de su status jurídico, el proceso penal -desde el juzgamiento hasta la ejecución de la pena- está enmarcado en una serie de garantías que protegen al procesado de arbitrariedades que comprometan los derechos procesales como aquellos que permanecen intactos debido a su condición de persona humana; y, concretamente si nos remitimos a la etapa de ejecución penal, esa garantía de la dignidad humana se manifiesta a través del derecho al trato humanitario y digno[759].

Si acudimos a la revisión histórica que expusimos en los primeros tres *Capítulos* de esta investigación, podemos ver que la justicia estuvo presente en cada uno de los periodos históricos. Pero la justicia a la que nos referimos no sólo consiste en la citada frase de ULPIANO: <<la constante y perpetua necesidad dar a cada uno lo suyo>>, sino a la posibilidad de que el bien común se materialice. Así, para entender a la justicia de esta manera debemos partir de que los bienes de un hombre -como individuo de la especie humana- son, en palabras de UGARTE GODOY, "comunicables a otros, pudiendo y debiendo complementarse el actuar de un hombre con otro para la obtención del fin de cada uno"[760]. Partiendo de ello, el hombre se beneficia y asegura su realización como persona humana en la medida en que se garantiza la dignidad de sus congéneres, pues, en la medida que eso ocurre, hay mayor certeza de la efectividad de las garantías que protegen esa dignidad humana, certeza que es necesaria tener y mantener si se está consciente de que -en puridad- mientras se viva en sociedad, existe el riesgo de ser también sometido a la justicia penal si, por los avatares de la vida, la persona se vea impelido a delinquir.

Ahora bien, al igual que ocurre con <<la dignidad humana>>, la cual lleva implícita la protección de un cúmulo de derechos como la vida, la integridad personal y la libertad de pensamiento, etc.; el contenido del

[759] También, para una aproximación al contenido del derecho Vid. MORÁIS, M. G.: "Los derechos de los adolescentes durante la fase de ejecución de las medidas impuestas en virtud de la condena penal. Especial referencia al derecho a un trato digno y humanitario", en LLOBET RODRIGUEZ, J. (Coord.): Justicia penal y Estado de Derecho. Editorial Jurídica Continental-Naciones Unidas ILANUD, 2007, pp. 601-617.
[760] Vid. UGARTE GODOY, J. J.: "La ley natural…, ob. cit., p. 473.

derecho al trato humanitario y digno comprende -entre otros indicadores- la prohibición de la tortura; la separación entre los procesados y condenados; y la aplicación del tratamiento penitenciario respetándose la voluntad del condenado de participar o no en dicho tratamiento[761].

Con lo relatado los *Capítulos I*, *II* y *III* hemos sido testigo de la evolución que ha tenido la penalidad desde las sociedades primitivas hasta la sociedad actual, y aun cuando los procesos penales y las penas de las sociedades de otros tiempos nos puedan parecer injustificables, la penalidad de aquellos periodos eran considerados como manifestaciones de la justicia, pues, el contenido de la misma estaba vinculado a <<criterios varios>> como la venganza, la proporcionalidad, la redención, etc., criterios que -en cualquier caso- servían para valorar el contenido de justicia en la respuesta penal.

Actualmente, la justicia penal no puede concebirse sin la vigencia de garantías que protejan la dignidad humana de toda persona -incluida el delincuente-, pues, este no pierde la condición de persona humana por ser declarado culpable de la comisión de un delito. En efecto, la persona privada de libertad -sea por estar bajo medida preventiva de privación de libertad, o por encontrarse condenada a la pena de prisión- conserva los derechos no expresamente limitados por la condena, y aun cuando tales derechos queden restringidos por la naturaleza misma de la privación de libertad, el Estado tiene la obligación de protegerlos.

Por lo tanto, para que la pena privativa de libertad sea justa no basta con que la pena sea idónea, necesaria y proporcional al daño causado por el delincuente, pues lo relevante es que la privación de libertad comprometa a la dignidad humana más allá de los límites establecidos por el Derecho, límites que están basados no sólo en los establecidos por la sentencia judicial, sino también en la naturaleza de la privación de libertad.

Este es el criterio actualmente aceptado por la mayoría de los Estados modernos. En efecto, de acuerdo con las Reglas de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Reglas Mandela) -cuya última reforma estuvo inspirada en el reconocimiento del recluso como <<sujeto de derechos>>, reafirmó el principio *Nihil Nocere*, el cual establece

[761] Al respecto, Vid. MORÁIS, M. G.: "Los derechos de los adolescentes durante la fase de ejecución de las medidas impuestas en virtud de la condena penal. Especial referencia al derecho a un trato digno y humanitario", en LLOBET RODRIGUEZ, J. (Coord.): Justicia penal y Estado de Derecho. Editorial Jurídica Continental-Naciones Unidas ILANUD, 2007, pp. 605 y ss.

que la pena privativa de libertad no debe producir un daño más allá del causado por la naturaleza propia de la reclusión[762].

Atendiendo a ello, como veremos en los *Capítulos* sucesivos correspondientes al presente estudio, los ejemplos de reformas legislativas Neo-retributivas sustantivas y procesales dirigidas a agravar las condiciones del sujeto privado de libertad son medidas que atentan contra el contenido de justicia de un Derecho penal -característico de un Estado social y democrático de Derecho- pues, tales medidas no sólo tienen un impacto material y objetivo referido al tiempo de reclusión preventiva del procesado o al *cuantum* de la pena privativa de libertad; sino que, en algunos casos atentan contra la infraestructura del sistema de administración de justicia, con el consecuente riesgo que ello implica para el funcionamiento del Subsistema Penitenciario y, por lo tanto, para la garantía del derecho al trato humanitario y digno -y demás derechos- de la persona privada de libertad.

Si nos remontamos a los comienzos de la pena privativa de libertad -estudiada someramente en el *Capítulo V* de esta investigación- vimos que la misma ha pasado por un proceso de reformas constantes dirigidas a disminuir los efectos nocivos del encierro sobre la salud mental de los reclusos, reclusión prolongada que han llegado a ser considerado como un trato cruel e inhumano y degradante, y, en consecuencia, como atentado contra la integridad física[763].

Por lo tanto, las reformas penales que contribuyen a aumentar el tiempo de reclusión indeterminadamente o por un tiempo prolongado, traspasan los límites establecidos por el Derecho para proteger la dignidad humana de las personas privadas de libertad, pues, la privación de libertad indeterminada se convierte en una medida que afecta sensiblemente a otros derechos más allá de lo permitido por el Derecho, al vaciar de contenido al ideal de justicia que debe acompañar al Derecho penal enmarcado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Finalmente, si acudimos al esquema general trazado por KELSEN para definir la relación entre el Derecho y la justicia en base a su lógica jurídica[764],

---

[762] La Regla 3 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos consagra el referido principio, en el tenor siguiente: "*La prisión y demás medidas cuyo efecto es separar a una persona del mundo exterior son aflictivas por el hecho mismo de que despojan a esa persona de su derecho a la autodeterminación al privarla de su libertad. Por lo tanto, a excepción de las medidas de separación justificadas y de las que sean necesarias para el mantenimiento de la disciplina, el sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos inherentes a tal situación*".

[763] En este sentido, Vid. RÍOS MARTÍN, J.C., La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad. Gakoa, San Sebastián, 2013, p. 240-245.

[764] Vid. KELSEN, H.: Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho. Editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2019, pp. 29-31.

y así con ello comprobar la importancia del valor de la justicia -como realidad jurídica- dentro de un Derecho penal contextualizado en un modelo de Estado social y Democrático de Derecho, el valor de la justicia debería verse sólo como una parte de dicho esquema; pues, según ese esquema, la existencia de la realidad jurídica -aunque impacta en la práctica- no se entremezcla con la práctica misma; es decir, el deber ser de la norma jurídica no necesariamente se confunde con lo que es o será finalmente la práctica[765]. El Derecho es válido si es creado de acuerdo a los requisitos formales y materiales establecidos en el ordenamiento jurídico; por ello, el Derecho existe como una realidad autónoma una vez que haya sido creado (realidad jurídica). Ahora bien, la pretensión del Derecho -a través de las normas jurídicas- sólo es la de influenciar en la conducta de la persona humana, y en la conducta del propio Estado a través de sus operadores -también humanos-.

Por lo tanto, según esta lógica, el Derecho no pretende describir ni trata de explicar el comportamiento de los individuos de la misma manera en que las leyes de la naturaleza explican o describen los fenómenos naturales, sino que el Derecho sólo trata de influir en el comportamiento humano[766]; por ende, aunque la realidad creada por el Derecho no lograse materializarse en la práctica, el contenido del Derecho sigue existiendo como realidad autónoma, pues, en el caso del ideal de justicia como realidad jurídica, el comportamiento humano -e incluso las instituciones derivadas de la voluntad humana- será calificado jurídicamente como justo o injusto si dicho comportamiento vulnera el ideal de justicia contenido en el Derecho. En definitiva, el ideal de justicia -aunque no se configurase en la práctica- sirve para definir jurídicamente si un comportamiento humano es justo o injusto.

Las reformas dirigidas a empeorar las medidas preventivas privativas de libertad y las penas de privativas de libertad son injustas si atentan contra la finalidad que se trata de alcanzar mediante el ideal de justicia que -a lo largo de este apartado- hemos definido como consustancial con el modelo de Estado social y democrático de Derecho. Ello, porque de acuerdo con la lógica de la realidad jurídica que acabamos de exponer *supra*, aunque las reformas dirigidas a eliminar definitivamente al delincuente de la vida social sean una respuesta lógica e incluso natural -basta con observar la penalidad implementada en las sociedades primitivas estudiadas en el *Capítulo I* de esta investigación para corroborar esta afirmación-, que esta respuesta natural sea idónea y se corresponda con el sentimiento natural de defensa frente a quien ataca a la sociedad, ello no significa que tales reformas sean en sí misma justas,

[765] Vid. LATORRE, A.: Introducción al Derecho…, ob. cit. p. 120.
[766] En este sentido, Vid. también VON WRIGHT, G. H.: Norma y acción. Una investigación lógica. Trad. GARCÍA FERRER, P. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 14.

porque -reiteramos- dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la medida de la justicia no depende de factores ajenos al Derecho, pues, la razón de ser no sólo del Derecho, sino también del propio Estado social y democrático de Derecho, es la de garantizar la dignidad humana de todos los integrantes de la sociedad, incluidos los presos; por ende, un Derecho penal justo es aquel que garantiza que la sanción no pondrá en riesgo el contenido al derecho del trato digno y humanitario del recluso, y, por ende, su <<dignidad humana>>.

En suma, incluso recordando el planteamiento que ARISTÓTELES hizo acerca de la llamada justicia distributiva, esta forma de concebir a la justicia penal tiene sentido si lo encuadramos dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Para ARISTÓTELES "lo injusto es lo desigual y lo desigual es lo injusto, pues en todo aquello que se da lo más y lo menos, también se da lo igual, y como lo igual es un término medio también lo justo es un término medio". Si partimos de que dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, como lo es el caso de Venezuela, donde -de acuerdo con el artículo 3º de la CRBV- el respeto a la dignidad humana es uno de los fines esenciales del Estado; y siendo el propio Estado quien tiene la potestad de impartir la <<justicia penal>>, el respeto a la <<dignidad humana>> se convierte en un límite que condiciona el ejercicio del poder punitivo estatal; en consecuencia, otro valor como lo es la <<igualdad>> -también como vía para comprender la justicia- se verifica a través del respeto a la dignidad humana reconocida a todas las personas sin discriminación alguna (artículo 21 de la CRBV), ello, en teoría exige que el castigo punitivo estatal no sea arbitrario y ni desproporcional.

CAPÍTULO VII
EL IMPACTO DE LAS REFORMAS NEO-RETRIBUTIVAS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DENTRO DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: ANÁLISIS NORMATIVO

7.1.- Notas introductorias para el análisis desde el punto de vista normativo

La historia del pensamiento jurídico nos habla de la importancia del Derecho para la sociedad y de la complejidad que existe para definirlo. El Derecho es importante porque la sociedad no podría subsistir sin el Derecho, pues, es innegable que el Derecho si bien no elimina los problemas sociales contribuye a controlarlos. De la referida inherencia del Derecho a la vida del individuo que habita en sociedad deriva también su complejidad para definirlo, pues, esa inherencia -junto con la peculiar inquietud de la persona humana de tratar de entender los fenómenos que le rodean- ha hecho del Derecho un constante objeto de estudio.

Ahora bien, ya sabemos que el Derecho -como todo fenómeno social- está sujeto a constantes cambios derivados de las transformaciones de las directrices supremas o concepciones ético-sociales que rigen a la sociedad; concepciones estas que son la fuente de legitimidad de las leyes vigentes en una determinada época[767]. Pero, así como el Derecho esta influenciado por los valores y la idiosincrasia imperante en una época determinada, también las concepciones que han intentado explicarlo son, a su vez, el resultado de métodos de conocimiento que -conforme a las ideas imperantes- son considerados legítimos e idóneos para comprender al fenómeno jurídico en un periodo histórico determinado[768]; he aquí también otro rasgo de la complejidad que ha existido para definir al Derecho, o más bien, la raíz de la existencia de tantos conceptos acerca del mismo.

---

[767] Vid. SAUER, W.: Derecho penal. Parte general. Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2019, p. 22. Sobre este aspecto, GRAMATICA ha advertido que la ley debe adaptarse "a las variadas exigencias del momento y estando vinculada a las concepciones ético-morales-religiosas y sociales, no puede tener más que un carácter de particular contingencia, que la hace vivir o morir con las necesidades futuras de la época". Cfr. GRAMATICA, F.: Principios de Derecho penal subjetivo. DEL ROSAL, J. (Trad.) / CONDE, V. (Trad.). Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941, p. 13.

[768] En palabras de LATORRE, "la ciencia no es una actividad que opera en el vacío, sino que es una <<actividad social>>", y, "desde este punto de vista, la ciencia es, en primer lugar, una clase especial de conocimientos que se manifiestan en distintas direcciones y distinto grado, en todas las sociedades históricas. Es cosa frecuente en nosotros dar por supuesto que nuestra propia sociedad y nuestra propia ciencia, en sus formas actuales, tienen categoría universal. No alcanzamos a ver que otras sociedades han actuado de manera muy distinta a la nuestra en cuanto al pensamiento racional y a las clases de actividad que constituyen el contenido esencial de la creencia, no solemos darnos cuenta de que nuestro considerable progreso científico es algo históricamente único". Cfr. LATORRE, A.: Introducción al Derecho…, ob. cit. pp. 103 y 104.

Pero tal como lo hemos advertido en el *Capítulo IV* de esta investigación, la mayoría de las sociedades occidentales actuales está enmarcada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, y ello nos lleva a considerar al Derecho dentro de una concepción normativista. Es decir, dentro de una concepción que asimila al Derecho de acuerdo con la estructura de la norma jurídica, del ordenamiento jurídico, y de las condiciones para su creación contenidas en el Derecho positivo. Pero, como también hemos apuntado en reiteradas oportunidades *supra* en el *Capítulo VI*, en palabras de DÍAZ, en el Derecho "convergen tres perspectivas ya clásicas en la definición de lo jurídico: las perspectivas normativa, social y valorativa"[769].

En efecto, como hemos visto en el anterior *Capítulo VI*, el Derecho está sustentado en valores superiores que inspiran y fundamentan el ordenamiento jurídico, valores que están plasmados en la Constitución de todo Estado social y democrático de Derecho[770]. Sin embargo, si bien los derechos humanos son inherentes a la persona en virtud de su naturaleza <<humana>> -modelo iusnaturalista de los derechos humanos[771]-, estos derechos no son exigibles jurídicamente hasta tanto sean reconocidos mediante su consagración en el ordenamiento jurídico -modelo positivista voluntarista-[772], pues, desde un punto de vista pragmático, a partir de allí se activan los mecanismos de exigibilidad de tales derechos consagrados en el ordenamiento jurídico[773]. En consecuencia, en virtud de la exigencia de

[769] Cfr. DÍAZ, E.: Sociología y Filosofía del Derecho. 2 ª ed. Taurus Ediciones S. A., Madrid, 1980, pp. 50-51.

[770] Ejemplo de ello lo vemos en dos países enmarcados dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho como lo son España y Venezuela. En el artículo 1º numeral 1º de la Constitución Española, se establece: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Y en el artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se consagra que: "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".

[771] Al respecto, Vid. MARTÍNEZ DE CORREA, L. / HERNÁNDEZ DE PULITANO, F. Á. / REYES, M. L.: "Constitución venezolana de 1999 a la luz de las teorías del valor", en *Cuestiones Políticas*, Vol. 25, N.º 43, julio-diciembre 2009, pp. 188-192.

[772] Respecto a ambos modelos de análisis del concepto de derechos fundamentales, Vid. PECES-BARBA, G.: Derechos fundamentales. Editorial Latina S. A., Madrid, 1980, pp. 18-23.

[773] En este caso estaríamos hablando de lo que GARRIDO GÓMEZ llama <<derechos fundamentales o derechos humanos positivados>>. En efecto, de acuerdo con la citada autora "el término *derechos humanos* es el más tradicional en el uso referido a los derechos positivados que, en el plano internacional, se traducen en exigencias morales o naturales reclamadas como derechos básicos e, incluso, es el vocablo que se usa para hacer alusión a las exigencias que, con determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona, aún no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo. En cambio, a los derechos *fundamentales* hay que circunscribirlos como derechos humanos positivados en el plano estatal". Cfr. GARRIDO GÓMEZ, M. I.: Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho…, ob. cit., p. 19.

garantizar los derechos humanos por parte del Estado, el reconocimiento estatal de los derechos humanos implica la creación de órganos que garanticen la efectiva garantía de los mismos, como lo son, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales o los tribunales.

Así, actualmente, al Derecho no se le puede comprender sino como un sistema de garantías que protegen la existencia del individuo dentro de la sociedad, y como elemento legitimador de la actuación del Estado como brazo ejecutor del Derecho.

Por otra parte, como también hemos advertido *supra*, a diferencia de lo que sucedía en los periodos precedentes a la Edad Contemporánea, si bien la existencia y validez del Derecho dependía de criterios metafísicos y racionales enmarcados en leyes consideradas universales cuyo valor del correcto obrar era la justicia, actualmente, para que el Derecho sea válido, sus normas deben adecuarse a los requisitos formales y al condicionante material prestablecido en el ordenamiento jurídico, cuya cúspide es la Constitución.

Esta circunstancia refleja que el Derecho se configura como un mecanismo de garantía que <<limita>> la conducta de la persona humana y la actuación del Estado para asegurar tanto la libertad de los individuos en sociedad, como la existencia y legitimidad del Estado. Por otra parte, también hemos advertido varias veces *supra* que el carácter <<coactivo>> es uno de los elementos que distingue al Derecho de otros tipos de normas que regulan la convivencia social (normas morales, normas religiosas y reglas de uso sociales).

Sin detenernos en las teorías que -desde la doctrina filosófico jurídica- tratan de justificar la inmanencia de las sanciones establecidas en las normas jurídicas como manifestación de su coactividad, y sin desconocer que no toda norma jurídica se traduce en un enunciado prescriptivo, no podemos negar que las sanciones constituyen la principal manifestación del poder coactivo del Estado[774].

Dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, la pena privativa de libertad es la principal sanción -prestablecida en el ordenamiento jurídico- para asegurar el ideal de justicia contenido en el Derecho, el cual -como advertimos *supra* en el apartado anterior- su concreción va unida al respeto de la dignidad humana.

[774] En este sentido, Vid. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., p. 25; y para una explicación detenida acerca de esta afirmación, Vid. FALCÓN Y TELLA, M. J.: Lecciones de Teoría del Derecho…, ob. cit. pp. 60-65.

Así, cuando nos referimos al Derecho dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, estamos hablando de un sistema de garantías que aseguran la validez y la existencia del Derecho mismo, pues, la reafirmación de la validez de las normas jurídicas -como manifestación del Derecho- se concreta cuando las mismas se corresponden con los valores superiores y las garantías prestablecidas en la Constitución, como *norma normarum*, es decir, como principio de legitimidad del ordenamiento jurídico[775].

Por ello, las normas penales -que por su misma naturaleza van acompañadas de una sanción- deben ser coherentes con los postulados constitucionales, en el sentido de que la limitación de los derechos -consustanciales con el contenido de la <<pena>>- deben contar con las garantías mínimas a fin de que la condena no se traduzca en un trato cruel inhumano y degradante, como indicador de la <<dignidad humana>>.

Pero también, el Derecho enmarcado dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho implica que este no sólo reconoce derechos y deberes a los particulares, sino que también consagra obligaciones al propio Estado. Entre las obligaciones asignadas al Estado por el Derecho, se encuentra la ya referida creación de mecanismos de exigibilidad de derechos como lo son, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales.

Así, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, el reconocimiento de los derechos está respaldado por órganos jurisdiccionales encargados de asegurar que tales derechos sean respetados por el ciudadano y por el propio Estado.

Partiendo de esta lógica garantista, la labor de interpretar y de aplicar el Derecho por parte de los tribunales es una manifestación del <<Principio de Legalidad en la Administración de Justicia>>. En efecto, recordemos que, de acuerdo con el Principio de Legalidad de Ejecución Penal, la actuación de los tribunales -como titular de la potestad de administrar justicia- no se limita a <<juzgar>> sino también a <<ejecutar lo juzgado>>; y esta máxima se traduce en que la <<aplicación>> de la sanción debe hacerse conforme a la

[775] En este sentido, BUSTOS RAMIREZ ha señalado que "el Derecho penal nace con el Estado Moderno. Su función es dar una fundamentación político-criminal a la intervención punitiva del Estado. Por su propia naturaleza la fundamentación político-criminal relativizar la facultad de castigar del Estado, pues ella quedaba supeditada a las características del Estado moderno; cuya naturaleza definió brillantemente Beccaria , al señalar que estaba para la felicidad de los hombres y no para su infelicidad, de allí entonces que de por sí, la propia fundamentación político-criminal de la pena, esto es, el Derecho penal, surgía como una garantía al ciudadano y una limitación respecto a la intervención punitiva del Estado". Cfr. BUSTOS RAMIREZ, J. J.: "Principio garantista del Derecho penal y procesal penal", en *Derecho & Sociedad*, N.º 49, 2017, p. 111.

voluntad de la ley interpretada por los tribunales, y no de acuerdo con el arbitrio absoluto de la Administración Penitenciaria.

Por otra parte, a lo largo de los *Capítulos I*, *II* y *III* de esta investigación, hemos visto que la pena ha adoptado distintas finalidades -o ha tenido una finalidad predominante- según la tendencia dominante de acuerdo con la idiosincrasia y las creencias imperantes en cada periodo histórico, finalidades que han sido sistematizadas y estudiadas por la doctrina jurídica -tal como hemos visto someramente desde el *Capítulo IV* de esta investigación-.

Esta sistematización de la finalidad de la pena desde el punto de vista filosófico jurídico penal, ocurre ya desde mediados del siglo XVIII, pues, desde aquel periodo empiezan a surgir líneas de pensamiento que, posteriormente en el siglo XIX, darían lugar a varias <<Escuelas>> o líneas de pensamiento derivadas tanto de la forma de abordar el método científico jurídico, como de la postura ideológica adoptada por sus principales representantes. Así, a partir de ese entonces la doctrina jurídico penal ha intentado justificar a la pena, en general, y a la pena privativa de libertad, en particular, atribuyéndole varias finalidades[776]; las cuales actualmente están sintetizadas en <<tesis absolutas, tesis relativas y tesis eclécticas>>. Entre las primeras se encuentra la idea retributiva de la pena; y dentro de la segunda se ubican la prevención general (positiva y negativa), y la prevención especial; siendo la tercera tesis la que sintetiza planteamientos de los dos primeras.

Todas estas formas de concebir a la penalidad vamos a revisarlas nuevamente en este lugar para poder precisar el contenido del pensamiento <<Neo-retribucionista>>.

7.1.1.- Breve aproximación a las principales tesis acerca de la finalidad de la pena que han subsistido dentro del modelo de Estado de Derecho: Una mirada crítica a la vigencia de la <<Teoría Absoluta>> y las <<Teorías Relativas y Eclécticas>>, y a la desembocadura en la Tesis del <<Neo-retribucionismo>>

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo acerca de las finalidades que o funciones declaradas de la penalidad en general, a continuación, vamos a comentar los rasgos principales de las teorías que concretamente han servido

[776]Actualmente, dice MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, las teorías de la pena "no sólo tratan de legitimar o justificar la imposición de una pena, sino que, además, orientan su aplicación práctica; sin embargo, estas dos cuestiones básicas, en la actualidad, se encuentran sometidas a un profundo debate doctrinal: por un lado, se han empezado a revisar o a reformular los fines de las teorías de las pena y, por otro, se proponen nuevos puntos de partida para su aplicación práctica, es decir, que se está cuestionando que el proceso de individualización judicial de la pena deba realizarse desde una teoría de la pena, ofreciéndose un sistema diferente que vincula la individualización de la pena con la teoría del delito". Cfr. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: "El debate actual sobre las teorías de la pena y su incidencia en su proceso de individualización judicial", en *Derecho & Sociedad*, N.º 52, 2019, p. 14.

para justificar la vigencia de la pena privativa de libertad. Realizar esta aproximación nos permitirá definir con exactitud qué se entiende por <<Neo-retribucionismo>>, definición necesaria para abordar el objeto central de la presente investigación: Analizar el impacto que las reformas neoretributivas penales y procesales en la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Las teorías o tesis se clasifican en:

a) Las teorías absolutas

- *La retribución*

b) Las teorías relativas

- *La prevención general positiva*
- *La prevención general negativa*

a) Las teorías absolutas

Las teorías absolutas, dice CEREZO MIR, "encuentran la justificación de la pena exclusivamente en el delito cometido (*punitur quia peccatum est*). La pena es retribución, es decir, compensación del mal causado por el delito. Las teorías absolutas no aparecen hasta el idealismo alemán. Son KANT y HEGEL sus representantes más destacados. La ley penal es para KANT un imperativo categórico (Teoría de la retribución moral). <<Incluso si la sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, si el pueblo que habita la isla acordase dispersarse y esparcirse por todo el mundo) el último asesino que se encontrara en prisión>> -dice KANT- <<tendría que ser ejecutado, para que a cada cual le suceda lo que merece por sus hechos (…)>>. Esta afirmación de KANT pone de relieve que para él la aplicación de la pena es una necesidad ética, una exigencia de la justicia y que los posibles efectos preventivos de la misma son ajenos a su esencia. Para HEGEL, de acuerdo con su conocida fórmula dialéctica, la pena es la negación del delito y como tal afirmación del Derecho (Teoría de la retribución jurídica). La lesión que se le impone al delincuente no sólo es en *sí* justa -según HEGEL-, sino que al serlo es expresión al mismo tiempo de su voluntad racional, expresión de su libertad, su derecho (…)>>. <<Al considerar la pena en este sentido como su derecho se honra al delincuente como ser racional>>. Los representantes de las teorías absolutas creen que, si se justificase la pena por sus efectos preventivos, es decir por razones utilitarias, se utilizaría al delincuente como

instrumento para la consecución de fines sociales, lo cual implicaría un menoscabo en dignidad humana"[777].

En definitiva, siguiendo a MIR PUIG, la retribución o la tesis de la retribución jurídica -que integra la <<teoría absoluta>>- es la concepción más tradicional de la pena, y responde "a la arraigada convicción de que el mal no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido. Ella se ha fundado en razones religiosas, éticas y jurídicas"[778].

También acerca de la comentada teoría de la retribución, ALONSO DE ESCAMILLA y NÚÑEZ FERNÁNDEZ han advertido que la idea de <<proporcionalidad>> es una virtud de estas teorías, pues, "se sabe que la respuesta punitiva no debe superar en gravedad al daño efectivamente causado con el sujeto por su delito"[779]; pero también de acuerdo con los citados autores "la principal desventaja de estas teorías consiste en que su estricta aplicación pasa por imponer penas que pueden resultar inútiles en el caso concreto o contraproducentes. Constatada la realización del hecho delictivo por parte del sujeto, la exigencia de su castigo se torna absoluta por mucho que en el caso concreto el castigo sea innecesario (porque se tenga la certeza de que el sujeto no va a volver a delinquir debido al padecimiento de alguna enfermedad grave y en estado terminal) o resulte contraproducente (la prisión en algunos casos puede resultar acorde con la gravedad de los hechos pero puede asimismo provocar más daño que beneficio social cuando afecta a un individuo sin antecedentes con trabajo estable y cargas familiares, cuyo riesgo de reincidencia sea escaso, y cuyo ingreso a prisión pudiera confirmar su carrera delictiva)"[780].

Ahora bien, de acuerdo con MAPELLI CAFFARENA, "a pesar de los muchos problemas que plantea aceptar en la actualidad la retribución como fin de la pena, no por ello debemos de olvidar que en su momento la defensa de estas teorías partía de un compromiso con las garantías de las personas, que empezaba a ser objeto de preocupación relevante para el pensamiento jurídico. KANT, en concreto, extrajo del retribucionismo importantes principios que aún están vigentes para el Derecho penal. El carácter personal de la pena, de manera que sólo se impusiera a quien previamente era considerado responsable, todavía era una exigencia del progreso en el siglo

[777] Cfr. CEREZO MIR, J.: Derecho penal. Parte General. Editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, pp. 12 y 13.
[778] Cfr. MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte general…, ob. cit., p. 84.
[779] Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, A. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: Fundamentos de Derecho penal. Editorial Universitas S. A., Madrid, 2010, p. 30.
[780] Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, A. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: Fundamentos de Derecho penal…, Ibid., p. 31

XVIII. De la misma manera que lo eran la pena determinada frente a la arbitrariedad judicial o la inderogabilidad del castigo, frente a los estamentos sociales privilegiados. En un Derecho penal retributivo todos estos principios deben estar coherentemente garantizados"[781] .

b) Las Teorías Relativas

En cuanto a las teorías relativas, CEREZO MIR nos dice someramente que estas "fundamentan la pena en su necesidad para evitar la comisión de delitos futuros (*punitur ut ne peccetur*). La pena se justifica por sus efectos preventivos. Dentro de la prevención suelen distinguirse la prevención general y la prevención especial. La prevención general se identifica tradicionalmente con la intimidación. La amenaza y la aplicación de la pena pueden infundir temor a los posibles delincuentes y moverles a abstenerse de cometer el delito"[782].

En la prevención general -continúa CEREZO MIR- "se incluye también, y, en primer término, por algunos autores modernos, la función de ejemplaridad de la pena. Al sancionar las leyes penales las normas fundamentales de Ética social, realiza el Derecho penal una función pedagógica o formativa. La prevención especial implica, en cambio, una actuación sobre la persona del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el futuro. En la prevención especial suelen distinguirse en la doctrina moderna los aspectos de la advertencia o intimidación individual, la corrección o enmienda del delincuente o al menos su readaptación social, y la separación o inocuización, cuando se trate de delincuentes incorregibles o de corrección prácticamente imposible. Las teorías relativas, son, pues, concepciones utilitarias de la pena"[783].

Ahondado un poco más en las referidas modalidades de <<prevención>> que conforman a las teorías relativas; en palabras de MAPELLI CAFFARENA, "la prevención general es una teoría que nos ayuda a entender el sentido de la amenaza, que recoge la norma penal. De manera que cuando ésta obliga a los jueces a imponer una determinada pena a quien realiza una conducta típica como delito, está también lanzando un mensaje de advertencia coactiva a los potenciales autores de infracciones para que se abstengan de cometer esos mismos hechos. La teoría de la prevención general parte de una concepción del hombre como un sujeto, que previo a realizar un determinado comportamiento valora sus ventajas e inconvenientes. Sólo cuando la satisfacción de cometer la infracción es percibida como menor, en

[781] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del Delito…, ob. cit., p. 59.
[782] Cfr. CEREZO MIR, J.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., p. 13.
[783] Cfr. CEREZO MIR, J.: Derecho penal. Parte General…, Ibid., pp. 13 y 14.

comparación al potencial disuasorio de la amenaza penal, el sujeto contiene la conducta contraria al Derecho"[784].

Esto nos lleva a entender a la prevención general en dos sentidos: prevención general positiva y prevención general negativa. En el primer sentido, mediante la <<intimidación>> lograda a través de la imposición de la pena, el Estado cuida de que el individuo se abstenga de actuar delictivamente. Con esta concepción formulada por FEUERBACH -en palabras de FEIJOO SÁNCHEZ- "el Estado tiene la función de evitar mediante la coacción psicológica que el que tenga inclinaciones antijurídicas realmente vea determinado su comportamiento por dichas inclinaciones. Las inclinaciones incívicas (antijurídicas) no se deben convertir en acciones (hechos externos)"[785].

En cuanto al segundo sentido referido a la prevención general positiva, nos dice ALONSO DE ESCAMILLA y NÚÑEZ FERNÁNDEZ que se manifiesta en el hecho de que "cuando el Estado, en su condición de representante de la colectividad, castiga la comisión de un comportamiento con una pena, orienta la consciencia de los ciudadanos hacia el rechazo de dicha conducta por la lesividad social que la misma entraña"[786]. Esta última concepción preventiva general, advierten los citados autores, se debe utilizar con cautela por cuanto "se puede cuestionar su legitimidad sobre todo cuando la nocividad objetiva del comportamiento que se quiere criminalizar es dudosa o cuestionable"[787].

Por otra parte, si bien con la prevención general se pretende que el delito no se reproduzca en la colectividad, con la prevención especial se procura "evitar que el propio condenado vuelva a cometer delitos en el futuro"[788]. Por lo tanto, en palabras de RODRÍGUEZ DEVESA, la prevención especial implica "la actuación sobre el culpable para que no vuelva a incurrir en el delito, ya mediante la readaptación al medio social del que se mostró enemigo (reinserción social), ya poniéndole en condiciones de que no vuelva a dañar (inocuización)"[789].

---

[784] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del Delito…, ob. cit., pp. 66 y 67.
[785] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B.: La pena como institución jurídicas. Retribución y prevención general. Editorial IB de f, Montevideo -Buenos Aires, 2014, p. 76.
[786] Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, A. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: Fundamentos de Derecho penal…, ob. cit., p. 32.
[787] Cfr. ALONSO DE ESCAMILLA, A. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: Fundamentos de Derecho penal…, Ibid., p. 32.
[788] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del Delito…, ob. cit., p. 61.
[789] Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho penal español. Parte general…, ob. cit., p. 830

c) Las Teorías Eclécticas o Unificadoras

Las Teorías Eclécticas o Unificadoras, por su parte, "reconocen que la retribución constituye la esencia de la pena, pero consideran que ésta ha de perseguir al mismo tiempo los fines de prevención general y la prevención especial"[790].

Estas Teorías Eclécticas o Unificadoras, nos dice MUÑÓZ CONDE y GARCÍA ARÁN, "aparecen en la historia del Derecho penal como una solución de compromiso de lucha de Escuelas que dividió a los penalistas en dos bandos irreconciliables: los partidarios de la retribución y los partidarios de la prevención, general o especial. Pero como toda solución de compromiso desemboca en un eclecticismo que, queriendo contentar a todos, no satisface totalmente a nadie. Retribución y prevención son dos polos opuestos de una misma realidad que no pueden subordinarse el uno al otro, sino coordinarse mutuamente. La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención al futuro, a evitar que se vuelva a delinquir. Reconducir ambas visiones de pena a una unidad es una especie de <<cuadratura de circulo>> de difícil solución. Las teorías de la unión, en sus distintas variantes, tienen, sin embargo, el mérito de haber superado el excesivo parcialismo que late tanto en las teorías absolutas como en las relativas. Ninguna de estas dos teorías puede comprender el fenómeno de la pena en su totalidad, porque sólo fijan su atención en partes de ese fenómeno. Cualquier teoría que pretenda comprender el fenómeno penal deberá enfrentarse con él, por consiguiente, desde un punto de vista <<totalizador>>, sin perjuicio de descomponerlo después, diferenciando sus distintos aspectos"[791].

d) La desembocadura en la Tesis Neo-retribucionista

El estado actual nos lo pretende dar la doctrina al ubicar cada una de las funciones en momentos o fases del ejercicio del *ius puniendi* estatal, siendo la fase de ejecución penal predominantemente orientada a la prevención especial[792]. Pero también, se ha pensado que durante la ejecución de la pena privativa de libertad se dan concomitantemente varias de las finalidades, pues, con la ejecución de la pena privativa de libertad se consolida el castigo como respuesta al delito, y se materializa la amenaza penal frente a la sociedad.

---

[790] Cfr. CEREZO MIR, J.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., p. 15.

[791] Cfr. MUNÓZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: Derecho penal. Parte General. 9ª ed. Revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, 30 de marzo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 51.

[792] Para un estudio detenido al respecto Vid. ROXIN, C.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., pp. 93-99.

Pero, en cualquier modo, tal como pudo observarse cuando revisamos algunos postulados de la Constitución venezolana en el presente *Capítulo VII*, la función que constitucionalmente se le ha asignado a la pena es predominantemente <<resocializadora>>; cuestión que dentro de la lógica jurídica tridimensional del Derecho sería el mecanismo que mejor se adaptaría al fin del valor de justicia dirigido a garantizar la dignidad humana del condenado.

Ahora bien, si bien la idea resocializadora ha servido para garantizar la continuidad de la pena privativa de libertad dentro de un modelo de Estado que procura humanizar las sanciones, la experiencia ha demostrado que esta idea constituye una falacia por no corresponderse del todo con el sentimiento vindicativo de la sociedad, y además ha puesto en cuestión la esencia misma del Estado social y democrático de Derecho cuando se ha permitido que la Administración Penitenciaria realice su tarea resocializadora sin que existan límites claros que protejan la dignidad humana de los penados.

En efecto, hemos visto a lo largo de este estudio que la vinculación entre el Derecho, la moral y la idiosincrasia ha sido un tema de constante estudio dentro de la doctrina filosófico-jurídica, y ello es así porque las tres perspectivas que rodean al individuo en sociedad se configuran como normas que regulan su conducta frente a sus semejantes.

Así, el Derecho se manifiesta a través de <<normas jurídicas>>, la moral a través de <<normas morales>>, y las relaciones sociales -informales- por medio de las <<reglas de uso sociales>>. Ahora bien, y quizás simplificando en exceso nuestro análisis, dentro de estos tres tipos de normas de conductas, sólo la primera puede ser impuesta por la fuerza estatal; pues las normas morales sólo son válidas si el agente las acepta como tal y, por lo tanto, su vigencia depende de su conciencia; mientras que las reglas de uso sociales, si bien comparte el carácter heterogéneo de las normas jurídicas, porque el mandato contenido en las reglas de usos sociales proviene de un agente externo al individuo, no tiene carácter coactivo y, por lo tanto, la máxima sanción estriba en el <<reproche social>>[793].

Esta distinción marca linderos importantes que tienen relevancia dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, pues, las

[793] Acerca de la distinción entre las normas jurídicas, la moral, y las reglas de uso sociales, Vid. por todos: RECASÉNS SICHES, L.: Introducción al Derecho…, ob. cit. pp. 83-106; GARCÍA MAYNEZ, E.: Introducción al estudio Derecho…, ob. cit., pp. 15-35.

normas jurídicas sólo pueden incidir en la conducta externa del individuo dejando a salvo el foro interno[794].

En efecto, en muchos de los Estados de Derecho modernos, entre los cuales se encuentra Venezuela, el derecho al libre desarrollo de la personalidad está reconocido como un derecho fundamental al estar consagrado en sus Constituciones[795], y ello implica que el Estado debe abstenerse de atentar contra el mismo, pero también debe adoptar las medidas necesarias para que el individuo no se vea afectado en su ejercicio.

Recordemos que el orden de valores generalmente aceptados se encuentra consagrados en la Constitución, y todos ellos están fundados en el hecho de que son necesarios para la subsistencia de la sociedad, pero no porque necesariamente sean moralmente aceptados por el individuo.

Asimismo, asimilar a las penas privativas de libertad con la resocialización es partir de la idea de que toda persona que comete un delito automáticamente necesita ser resocializada, cuestión que no tiene recorrido si vemos que no todo aquel que delinque lo ha hecho porque no acepte la escala de valores, o porque no se encuentre adaptado a la idiosincrasia de la sociedad; además de que es un hecho comprobado por la ciencia criminológica que -siguiendo lo afirmado por DURÁN MIGLIARI al, en su caso, refutar las teorías absolutas- que "la conducta humana está condicionada por una serie de factores sociales, económicos y culturales ajenos a la supuesta facultad de distinguir entre el bien y el mal"[796], es decir, entre lo moralmente correcto o incorrecto.

Pero, además, el argumento preventivo especial ha servido para justificar que el Estado traspase -durante la ejecución de la pena privativa de

---

[794] Vid. GARCÍA MAYNEZ, E.: Introducción al estudio Derecho…, ob. cit., p. 89.

[795] En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el derecho a la libertad de pensamiento está formulado dentro del derecho a libertad de expresión; así de acuerdo con el Artículo 57 *ejusdem*: "Toda persona tiene derecho a expresar libremente sus pensamientos, sus ideas y opiniones de viva voz, por escrito o mediante cualquier otra forma de expresión, y de hacer uso para ello de cualquier medio de comunicación y difusión, sin que pueda establecerse censura". Mientras que, por ejemplo, en el caso de España, su Constitución consagra este derecho como un derecho fundamental como parte de la expresión de las ideas y opiniones, pero también como manifestación del derecho a la religión y culto. Así, de acuerdo con el artículo 20 de la Constitución Española: "Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
(b), c), …)"

Asimismo, de acuerdo con el artículo 16 numeral 1º de la Constitución Española: "1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
(2º, 3º…)".

[796] Cfr. DURÁN MIGLIARDI, M.: "Teorías absolutas de la pena: Origen y Fundamentos…, ob. cit., p. 135.

libertad- los límites a los que este debería estar sometido conforme al Principio de Legalidad; recordemos que este supuesto dio lugar a la llamada Teoría de la Sujeción Especial -a la cual nos hemos referido someramente *supra*-, Teoría está que ha servido para justificar la intervención estatal fuera de los límites de la ley, sobre todo en los casos de la aplicación de las medidas disciplinarias privativas de libertad por parte de la Administración Penitenciaria a las personas privadas de libertad.

Pero considerar a la idea resocializadora como inoperante o irrealizable a cabalidad, no significa que se deba abandonar esta idea, ni mucho menos significa que se deba adoptar en su totalidad el planteamiento <<retributivo>> de la pena en general, pues, si bien la retribución es consustancial con la penalidad en cuanto esta es manifestación del ideal de justicia como respuesta al mal causado por el delito; en el Estado social y democrático de Derecho, la justicia está condicionada por la proporcionalidad de la sanción, proporcionalidad esta que asegura que la pena no traspasará los límites que vulneren la dignidad humana del condenado.

Sin embargo, tal como ha apuntado DURÁN MIGLIARDI, "la retribución y la prevención son los dos fundamentos acerca de los fines de la pena estatal que, históricamente, se han mantenido en permanente pugna. En este contexto, y frente a la profunda critica a la denominada prevención general positiva y al aparente fracaso del ideal resocializador, recientemente se ha venido planteando la necesidad de <<revisar>> las teorías absolutas o retributivas de la pena, con el fin de reevaluar sus posibilidades de aplicación. Así, aunque se señala a Ernst-Amadeus Wolf y a Michael Köhler, junto a sus discípulos, como los iniciadores de esta tendencia, sin lugar a dudas es el profesor Günther Jakobs quien, con su cambio radical de Luthman, dio partida de nacimiento al Neo-retribucionismo"[797].

[797] Cfr. DURÁN MIGLIARDI, M.: "Teorías absolutas de la pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y criticas fundamentales…, ob. cit. p. 124. Profundizando en este tema, MAPELLI CAFFARENA, al analizar la crisis del modelo legal de tratamiento penitenciario en España, ha señalado que "el renovado interés por la retribución en USA encuentra su fundamento inmediato en la crítica al poder casi ilimitado de los órganos penitenciarios o judiciales no sólo para elegir la respuesta sancionatoria al delito en el caso concreto (*sentencing*) sino para <<perdonar>> al condenado en base a la evaluación del éxito del tratamiento mediante *parole board*. La individualización con fines reeducativos había conducido a la estrategia punitiva a una generalizada falta de homogeneidad en las modalidades y en los criterios con los que se afrontaban situaciones exteriormente análogas.

La crítica a este estado de cosas ha encontrado su soporte ideológico al inicio de los años setenta con el surgimiento de una autorizada corriente de pensamiento representada en la clásica *Theory of Justice* de Rawls, la cual pretende una reconstrucción en clave rápidamente distributiva del concepto de justicia bajo el presupuesto de una concepción puramente contractual a la organización social. Aunque Rawls no se preocupa específicamente por la cuestión penal, de su obra se deriva una justicia formal al margen de cualquier pretensión utilitaria, que puede sintetizarse en la máxima según la cual debe tratarse de modo similar, con lo cual la autoridad judicial pierde cualquier ámbito de discrecionalidad". Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario", en *EGUZKILORE:*

Cuando en esta investigación nos referimos al <<Neo-retribucionismo penal>>, estamos hablando de que la finalidad de la penalidad -concretamente la pena privativa de libertad- se está reorientando hacia planteamientos preferentemente <<retribucionistas>> como vía para restablecer el ordenamiento jurídico quebrantado por el delito. Según esta perspectiva Neo-retribucionista de la pena, dice MORSELLI, "la pena desarrolla la función de prevención especial no solamente cuando opera, negativamente, como amenaza coactiva, o sea, como intimidación, sino también cuando, por el simple hecho de ser irrogada, después de la primera fase de la así llamada conminación, va positivamente a reforzar, a consolidar en el sentimiento colectivo la confianza en la autoridad del Estado y en la eficacia del ordenamiento jurídico"[798].

Con esta perspectiva, continúa el citado autor, "se ha en suma <<descubierto>> que la pena más allá de los efectos negativos-defensivos de la aflicción y de la intimidación, tiene otros efectos general-preventivos positivos-constructivos, en cuanto absuelve a la función de sostener y consolidar el orden infringido por el delito y, más precisamente, la consciencia social, mediante la satisfacción o <<reintegración>> del sentimiento de justicia, con la consecuencia de reforzar en los ciudadanos un durable comportamiento de fidelidad hacia la ley. En síntesis, la función general-preventiva de la pena consistiría esencialmente en el mantenimiento del sentido de justicia y, en tal modo del mantenimiento de fidelidad a la ley por parte de la sociedad. Según esta concepción, no ocurriría por tanto replegar en la <<nueva concepción retributiva>> para dar una justificación a la pena"[799].

Ahora bien, consideramos con MORSELLI que el error está en plantear esta teoría Neo-retribucionista desde una perspectiva <<preventivo general positiva>> pues, tal como hemos visto *supra* cuando estudiamos a la <<retribución>> como manifestación de la <<Tesis Absoluta>>, la <<retribución>> concibe a la pena como una respuesta justa al mal cometido por el delito, planteamiento que no es del todo ajeno al sentimiento puro de venganza. Si es verdad, dice MORSELLI, "que el sentimiento de justicia tiene sus raíces en el deseo de venganza, es también verdad que al mismo tiempo ese lo supera y lo sublima, en el cuadro de las más profundas instancias éticas del ser humano"; esto significa, continúa MORSELLI "que no es de

Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989, pp. 100 y 101.

[798] Cfr. MORSELLI, E.: "El Neo-retribucionismo y prevención especial integradora en la Teoría de la Pena…, ob. cit., p. 270.

[799] Cfr. MORSELLI, E.: "El Neo-retribucionismo y prevención especial integradora en la Teoría de la Pena…, Ibid., p. 270.

<<prevención general integradora>> que se debe propiamente hablar sino de *retribución integradora*, o mejor, de la restitución de aquel significado positivo y constructivo que ha estado siempre propiamente en la idea retributiva clásica. La prevención general no es otra cosa que *prevención de futuros delitos*; pero, a su vez, esta prevención no es otra cosa que un <<efecto inducido>> por la retribución: efecto negativo de intimidación y efecto positivo de consolidación de sentimiento colectivo de justicia"[800]. De manera pues, en términos más sencillos, el Neo-retribucionismo implica que la pena como respuesta al delito va dirigida a reafirmar la confianza en el Estado y en los valores -como el de la justicia- que este propugna y ratifica a través del Derecho penal, danto esto la idea de que la pena tiene un fin preventivo general positivo.

No obstante, la contrariedad está en que, si partimos de esta premisa, la pena se tendría que imponer, aunque no fuere necesaria desde el punto de vista de la prevención especial, planteamiento este que aproxima a la pena a la idea de la retribución, pues, recordemos que, dentro de la idea clásica de la retribución, la pena debía aplicarse por imperativo de la justicia. Además, no se puede dejar de lado que, así como la retribución ha estado presente en la penalidad con independencia del predominio de las otras Tesis durante cierto periodo histórico, también ha habido mayor compatibilidad o posibilidad de acercamiento entre la <<retribución>> y la <<prevención general>> que entre la retribución en la prevención especial en los momentos en que estos han coexistido con cierto protagonismo.

Pero un elemento distintivo del Neo-retribucionismo respecto de la clásica idea retribucionista es que en el primer caso, en palabras de MORSELLI, "esta función va vista en la satisfacción de las necesidades emotivas de la pena; una satisfacción que no es fin en sí mismo, si bien dirigida al absolvimiento de un mecanismo más profundo en la defensa del Yo del individuo y de la sociedad, y más exactamente a la exigencia de neutralizar, o sea de *remover* los efectos de la turbación del equilibrio intrapsíquico colectivo, o sea, de la alarma social, ocasionado por el hecho criminal en la consciencia colectiva"[801], en otras palabras, bajo la perspectiva Neo-retribucionista de la pena, la sanción "sirve a la *remoción* del campo a la conciencia, de la turbación, o sea de la alarma social, provocada por el hecho criminoso , con la siguiente

[800] Cfr. MORSELLI, E.: "El Neo-retribucionismo y prevención especial integradora en la Teoría de la Pena…, ob. cit., p. 271.
[801] Cfr. MORSELLI, E.: "El Neo-retribucionismo y prevención especial integradora en la Teoría de la Pena…, Ibid., p. 272.

reconstrucción del equilibrio intrapsíquico sea individual o social, o sea, del orden colectivo y, por consiguiente del ordenamiento jurídico constituido"[802].

Así, el Neo-retribucionismo vino para rescatar los planteamientos de las Tesis Absolutas e incorporarlos dentro del contexto del Estado social y democrático de Derecho, pero partiendo no sólo de la exigencia de justicia, sino de la necesidad de <<eliminar>> la perturbación ocasionada en la psiquis colectiva de la sociedad, perturbación esta ocasionada por la <<alarma social>> que trae consigo la comisión de delitos de especial gravedad.

En resumidas cuentas, como ya hemos advertido reiteradamente *supra*, si bien la pena privativa de libertad surgió en las postrimerías de los tiempos en que las ideas retribucionistas del castigo aún dominaban a la penalidad, ya a finales del siglo XIX la tendencia había cambiado predominantemente hacia la <<prevención especial>>[803]. Al margen de las críticas a las que la <<prevención especial>> pueda ser objeto, es indudable que ella -junto con el reconocimiento universales de los derechos humanos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados internacionales sobre la materia emanados de la Organización de las Naciones Unidas- contribuyó a la humanización de las prisiones durante el siglo XX, hecho que se reflejó con la aparición de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas en el año 1955.

Sin embargo, tal como hemos apuntado más arriba conforme a lo advertido por MAPELLI CAFFARENA y DURÁN MIGLIARDI, al igual que lo sucedido con la prevención general a finales del siglo XVIII, cuyo planteamiento propició un mayor protagonismo a las ideas retribucionistas propugnadas por KANT y HEGEL; los cuestionamientos de los que la <<prevención especial>> fue objeto propició un nuevo resurgimiento de las ideas retributivas. En la práctica, estas ideas se materializan con la agravación del tiempo de duración del encierro punitivo, al procurarse aumentar o a favorecer la duración del encierro punitivo en detrimento de las medidas de prelibertad, ya sea durante la celebración del proceso penal o con ocasión a la modalidad de pena privativa de libertad para determinados tipos de delitos.

---

[802] Cfr. MORSELLI, E.: "El Neo-retribucionismo y prevención especial integradora en la Teoría de la Pena…, Ibid., p. 273.

[803] Al respecto, MORSELLI ha señalado que "en el periodo sucesivo a la segunda guerra mundial la opinión de la mayoría de la doctrina parecía haberse estabilizado en torno a una respuesta de tipo ecléctico. Se admitió, esto es, en la pena una naturaleza o característica constitutiva, de índole retributiva, pero, al mismo tiempo, se superaba la estrecha visión de las así llamadas teorías absolutas (Kant, Hegel, etc.), atribuyendo a la pena una *función* independiente de su naturaleza intrínseca, vale decir una finalidad preventiva. La pena, se decía, en suma, tiene naturaleza retributiva, pero función preventiva. Y a este modo ecléctico se había tenido definitivamente resuelto el viejo problema del <<por que se pena>>. Cfr. MORSELLI, E.: "El Neo-retribucionismo y prevención especial integradora en la Teoría de la Pena…, Ibid., pp. 265 y 266.

Como bien MAPELLI CAFFARENA ha precisado "la pena retributiva se corresponde con el mal absoluto"[804]; y la razón de ello estriba en el ideal de <<justicia>> que la sostiene, ideal que explica varias cuestiones: la primera se refiere a la relación que existe entre <<retribución>> y el <<Principio de Proporcionalidad>>, dado que -como ha advertido DURÁN MIGLIARDI- "la culpabilidad aquí no sólo es el fundamento de la pena sino también su medida"[805]. La segunda, tiene que ver con el hecho de que la pena tiene que ejecutarse en su <<totalidad>>[806], por lo tanto, los efectos nocivos que la aplicación de la totalidad de la sanción en el caso de la pena privativa de libertad es consustancial con el castigo justo, pues, ello forma parte de la medida impuesta por la propia <<justicia>>; y, la tercera es que el castigo es un <<mal>> porque es la respuesta al <<mal>> cometido por el individuo que, en el ejercicio de su <<libre albedrio>>, eligió libremente cometer ese <<mal>> a la sociedad[807].

Por otra parte, el Neo-retribucionismo, como tendencia vinculada a la tesis retribucionista, se basa sobre todo en el propósito de restablecer el ordenamiento jurídico afectado por la conducta delictiva. Esta forma de concebir a la pena merma su eficacia para mantener la convivencia social de acuerdo con los fines propugnados por el ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de Derecho, como sucede, por ejemplo, con Venezuela, pues, como ya hemos expuesto en el *Capítulo VI*, entre los fines que condicionan la actuación de aquel Estado está el de <<garantizar la dignidad humana>>. Entonces, si bien la pena es un mal necesario, la justificación de ese mal estriba en que el fin ulterior de la misma es la protección de los bienes jurídicos relevantes para el mantenimiento de la sociedad, pero dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, en razón de la <<dignidad humana>> el mal a imponer con la pena no es ilimitado.

Partiendo de ello, las reformas legislativas que aumentan el tiempo de privación de libertad con fundamento en la gravedad del delito son, cuanto menos, demostrativas de que la respuesta penal va dirigida a castigar por el daño cometido obviándose no solo pretensión preventivo especial, sino

---

[804] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario…, ob. cit., p. 304. En este mismo sentido MORSELLI ha advertido que cuando hablamos de <<retribución>>, "se pena para retribuir, con el mal del sufrimiento, el mal causado por el delincuente, o sea <<*quia peccatum est*>>. Cfr. MORSELLI, E.: "El Neo-retribucionismo y prevención especial integradora en la Teoría de la Pena…, ob. cit., p. 265.

[805] Cfr. DURÁN MIGLIARDI, M.: "Teorías absolutas de la pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y criticas fundamentales…, ob. cit., p. 126.

[806] Cfr. DURÁN MIGLIARDI, M.: "Teorías absolutas de la pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y criticas fundamentales…, Ibid., p. 127.

[807] Cfr. DURÁN MIGLIARDI, M.: "Teorías absolutas de la pena: Origen y Fundamentos. Conceptos y criticas fundamentales…, Ibid., p. 129.

también la prohibición del trato cruel, inhumano y degradante, por cuanto la incertidumbre en cuanto a la duración del tiempo de reclusión puede llegar a tener un impacto perjudicial en la persona privada de libertad.

Ahora bien, la relevancia de esta tendencia viene dada por el contexto en el que el Neo-retribucionismo quiere hacerse espacio: el Estado social y democrático de Derecho, cuya actuación -como ya hemos defendido ampliamente desde el *Capítulo VI*- va dirigida a garantizar que la dignidad humana sea respetada y, por lo tanto, donde toda actuación estatal que agrave la reclusión punitiva está prohibida; pues, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la dignidad humana no se agota en el reconocimiento de la condición <<humana>> del individuo, sino también en la protección estatal efectiva de los derechos que están aparejados a esa condición humana.

7.2.- La gravedad de la pena y su relación con los fines de la penalidad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Especial referencia a las reformas legislativas penales, procesales y penitenciarias realizadas bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Antes de adentrarnos a revisar las legislaciones penales, procesales y penitenciarias venezolanas como presupuesto para analizar el impacto que las reformas neoretributivas tienen en la ejecución de la pena privativa de libertad dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, consideramos oportuno precisar y recordar -en este lugar- un asunto de orden metodológico. A lo largo de la presente investigación hemos visto que, en general, la penalidad existe porque es un mecanismo de la sociedad para defenderse de los ataques más severos realizados por algunos de sus integrantes, ataques considerados severos porque ponen en riesgo la convivencia social. También, en la revisión histórica plasmada en los tres primeros *Capítulos* de este estudio hemos visto que la penalidad ha variado en sus formas, mas no en el fondo, pues, realmente no ha sido hasta ya adentrado el siglo XIX cuando la penalidad -bajo la modalidad de pena privativa de libertad- ha sufrido una metamorfosis en cuando a su finalidad, otorgándose mayor protagonismo a la idea preventiva especial frente al tradicional retribucionismo.

Ahora bien, la penalidad -ubicada dentro de la lógica garantista que exige modelo de Estado de Derecho moderno- es legítima cuando está ajustada al Principio de Legalidad, situación que se traduce en que la vigencia del castigo depende de que éste esté reconocido en el ordenamiento jurídico. Este reconocimiento del ordenamiento jurídico no se agota con la formalidad

necesaria que el Estado debe seguir para la creación de las normas jurídicas, sino también, un Derecho penal democrático implica proteger <<bienes jurídicos>>, cuestión que se traduce en que el Derecho penal debe corresponderse con los <<valores>> más relevantes de la sociedad, en caso contrario, este Derecho se deslegitimaría[808].

Partiendo de esta premisa, si bien en tiempos precedentes al modelo de Estado de Derecho, la penalidad podía reformarse -e incluso cambiarse- conforme al criterio del juez o juzgador como sucedía en la Edad Media, actualmente, sólo podemos hablar de cambios y de reformas a la penalidad desde un punto de vista <<legislativo>>, pues, como acabamos de advertir *supra*, el Principio de Legalidad exige que sea en la ley donde racionalmente se demarca la forma de aplicación y la orientación de la penalidad o -más concretamente- de la pena privativa de libertad, como sanción más severa dentro del catálogo de penas previstas en la legislación correspondiente a modelo de Estado social y democrático de Derecho[809].

Como el Derecho está llamado a regular la convivencia entre los integrantes de toda sociedad, hay que remitirse a un ordenamiento jurídico concreto para poder evaluar todas las perspectiva desde la cual -de acuerdo con la Teoría Tridimensional del Derecho- el Derecho puede ser estudiado. El ordenamiento jurídico a analizar en el presente estudio es el perteneciente a Venezuela, pues su estructura político social está enmarcada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Las razones de esta escogencia estriba, en primer lugar, en que, para realizar un análisis tridimensional del Derecho, es decir, desde una perspectiva axiológica, una perspectiva normativa o lógica, y una perspectiva sociológica o fenomenológica, se requiere también conocer no sólo de los aspectos jurídicos, sino también, es preciso comprender la cultura, la mentalidad y la idiosincrasia característica de aquel país, información ésta con la que también cuenta quien suscribe la presente investigación por ser originario y por haber vivido durante 30 años en el mencionado país caribeño. En segundo lugar, la

[808] Para un abordaje más detenido acerca de los bienes jurídicos como criterio de legitimación del Derecho penal y su relación con la finalidad de la pena, Vid. CORCOY BIDASOLO, M.: "Prevención limitada vs. Neo-retribucionismo", en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Coord.) / QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (Coord.) / CORCOY BIDASOLO, M. (Coord.) / CARTIÑEIRA PALOU M. T. (Coord.) / MIR PUIG, S. (hom.): Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig. B de F, Montevideo Uruguay, 2017, pp. 285-297.

[809] Si bien, tal como ha advertido LUCAS VERDÚ, la Escuela del Derecho Libre y la doctrina contemporánea reconoce la función no sólo la función aplicadora del Derecho sino también una función creadora del Derecho, Vid. LUCAS VERDÚ, P.: "La justicia, fundamento axiológico del Estado de Derecho…, ob. cit. p. 131; en este lugar nos estamos refiriendo a que el juez no puede imponer penas que no estén contempladas en el ordenamiento jurídico, cuestión que se verificaba en tiempos del Estado Absoluto.

realidad penitenciaria venezolana, si bien ha sido abordada sistemáticamente por la doctrina penitenciaria y criminológica venezolana, estas investigaciones se han caracterizado por ser estudios descriptivos de la realidad criminológico-penitenciaria del país, sin adentrarse suficientemente en los criterios filosóficos y en las razones sociales que inspiran al Derecho vigente, cuestión que, de acuerdo con los postulados de la Teoría Tridimensional del Derecho, también es importante conocer para comprender la problemática que ha afectado el funcionamiento idóneo del Sistema Penitenciario, en particular, y el sistema de Administración de Justicia, en general.

Y, en tercer lugar, porque desde finales del siglo XX, la regulación jurídico penal venezolana ha sufrido cambios importantes con miras adecuar la ejecución de la pena privativa de libertad a las exigencias del Estado de Derecho moderno. Cambios que se han centrado en el reconocimiento de la persona privada de libertad como <<sujeto de derechos>>, en la creación de mecanismos jurisdiccionales para salvaguardar los derechos de los internos, y en la reafirmación de la filosofía resocializadora de la pena privativa de libertad. Sin embargo, dentro de este contexto, la tendencia punitiva de agravar las penas conforme a criterios preventivos generales y retribucionistas ha continuado, tendencia esta que ha impactado en el funcionamiento de la Administración de Justicia penal, con especial impacto en la ejecución de la pena privativa de libertad, en detrimento del ideal preventivo especial y, sobre todo, en menoscabo de los derechos de las personas privadas de libertad en las prisiones venezolanas.

Por todo lo anterior, los análisis normativo y sociológico plasmados en el presente *Capítulo VII* y el subsiguiente *Capítulo VIII* estarán enfocados en el contexto venezolano.

Ahora bien, hemos asomado *supra* que, cuando nos referimos a las penas privativas de libertad, una de las formas de manifestarse el Neo-retribucionismo consiste en <<aumentar el tiempo de permanencia del penado en la prisión incluso traspasando el límite razonable permitido para no poner en riesgo la integridad personal de la persona privada de libertad, ello como respuesta a la gravedad del delito cometido>>; medida ésta naturalmente contraria a la finalidad resocializadora de la prisión, la cual propugna que el penado, aun dentro de la indeterminación una sanción enmarcada dentro de la idea resocializadora, tenga la posibilidad de mantener contacto con el mundo exterior, pues, con ello se intenta contrarrestar o aminorar la desocialización que implica el estilo de vida dentro de la prisión,

cuyas reglas son más severas e incluso pueden llegar a ser opuestas a la vida en libertad.

Pero decimos que el agravamiento o aumento del tiempo de duración de la prisión, antes de que la persona privada de libertad tenga su primer contacto con el mundo exterior es una medida Neo-retributiva, porque el fundamento de la misma es reafirmar la confianza en el Derecho y contener la <<alarma social>> causada por el alto índice de criminalidad, ello a costa del fin resocializador que la pena privativa de libertad tiene de acuerdo con el artículo 272 de su Carta Magna.

Como veremos *infra*, en el caso venezolano, las reformas legislativas procesales y procesales han estado dirigidas a dificultar el otorgamiento de medidas de prelibertad, tanto para los procesados como para los condenados, por lo tanto, el agravamiento de la pena no se ha manifestado esencialmente en el aumento del número de delitos con penas privativa de libertad o en el aumento de las sanciones a penas privativas de libertad que traspasaren el límite máximo de 30 años establecida en su Constitución[810].

Sin embargo, dentro del entorno cultural occidental que, en palabras de LUCAS VERDÚ, defiende la idea del Estado de Derecho y, por ende, sus garantías[811], el aumento del *quantum* de la pena e incluso el restablecimiento de la llamada <<cadena perpetua>> para determinados delitos, anteponiéndose criterios retributivos frente a la orientación preventivo especial consagrado en su Carta Magna no ha dejado de suceder, caso que ha sucedido, por ejemplo, en España, donde de conformidad con la reforma de su Código Penal del año 2015, la prisión permanente revisable fue consagrada.

Ahora bien, como acabamos de señalar, las reformas Neo-retributivas en la legislación penal y procesal penal venezolana han estado dirigidas a contribuir que la persona privada de libertad pase la mayor parte del tiempo en prisión, mas no aumentar el *quantum* de la pena; de manera que, no se puede hablar de que en Venezuela existe la pena de <<cadena perpetua>> que, en puridad, sería un ejemplo paradigmático de reforma Neo-retributiva. Sin embargo, dentro de los modelos de Estado social y democrático de Derecho ha habido experiencia de este tipo, y uno de esos ejemplos es el caso Estado español, el cual, al reformar su Código Penal en el año 2015 incorporó

[810] De acuerdo con el artículo 44 numeral 3º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: "La pena no puede trascender de la persona condenada. No habrá condenas a penas perpetuas o infamantes. Las penas privativas de la libertad no excederán de treinta años".
[811] Vid. LUCAS VERDÚ, P.: "La justicia, fundamento axiológico del Estado de Derecho…, ob. cit. p. 123.

una modalidad de <<Cadena Perpetua>> conocida como <<prisión permanente revisable>>.

En virtud del impacto que este tipo de reformas legislativas pueden tener en un contexto donde la pena está predominantemente orientada hacia la resocialización del condenado, por su semejanza con el contexto venezolano, resulta de interés para la presente investigación revisar algunos aspectos de la misma. Por ello, como punto previo al análisis de las reformas legislativas Neo-retributivas penales y procesales en el entorno venezolano, vamos a revisar, muy brevemente, algunos aspectos relativos a la <<pena de prisión permanente revisable española>>, a fin de comprobar si esta se ajusta a las garantías que recaen sobre la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, como lo es el caso de España.

7.2.1.- Una mirada a la <<prisión permanente revisable>> como aparente modelo de reforma Neo-retributiva en España

Desde el *Capítulo I* de esta investigación hemos denominado como <<penalidad>> a la pena y a sus modos de ejecución dentro de los distintos modelo de Estados u organización socio-política que han existido en el mundo occidental; ello con el objeto de poner de relieve la vinculación que la pena tiene con elementos morales y sociológicos imperantes en un periodo histórico determinado[812].

Ahora bien, independientemente de lo avanzadas o no -en comparación con los estándares actuales- que puedan ser las normas vigentes en un determinado periodo, en la referida revisión histórica pudimos constatar que la sociedad no puede subsistir sin normas que la regule. Así, el Derecho se presenta como un fenómeno que responde a la lógica y dinámica social, pues, el Derecho evoluciona en la medida que se ajusta a las nuevas realidades sociales a las que está llamado a regular.

Las normas penales son un ejemplo de lo que venimos comentando, pues, a través de ellas se ha intentado poner de relieve los valores más importantes que imperan en una sociedad, pues, en muchos casos el contenido de las normas penales -actualmente conocido como <<bien jurídico protegido>>-, está vinculado con los derechos fundamentales de las personas que el Estado está obligado a garantizar[813].

[812] También en este sentido, Vid. BUSTOS RAMIREZ, J.: "Pena y Estado", en *Revista de Sociología*, N.º 13, 1980, p. 99.

[813] Vid. ALONSO ÁLAMO, M.: "Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad", en *Revista General de Derecho Constitucional*, N.º 12, 2011, p. 12. Por su parte, MUÑÓZ CONDE y GARCÍA ARAN nos enseña que los "bienes jurídicos son aquellos

Hemos visto en el *Capítulo IV* de este estudio que, entre las exigencias del Estado social y democrático de Derecho, se encuentra la de proteger los derechos humanos de todas las personas que habiten su territorio; para ello, el Estado debe adoptar determinadas ciertas medidas, siendo una de ellas la vía penal como fórmula no sólo para reafirmar la valía de tales derechos, sino también como mecanismo que le permita al Estado poder limitar o afectar -en su justa medida- el ejercicio de algunos derechos mediante el castigo penal como sucede, por ejemplo, con el derecho a la libertad.

De manera que, a diferencia de lo que sucedía en otros tiempos, donde el individuo era sólo un medio para -a través del suplicio sufrido por éste con la pena- reivindicar a la divinidad, al poder político o a la sociedad sin importar la dignidad del condenado como persona humana, actualmente, la penalidad se presenta como una garantía de protección de los derechos tanto del delincuente frente a la sociedad, como de la propia sociedad frente al delincuente.

Así, en el Estado social y democrático de Derecho nos encontramos con una pena racionalizada en función a la garantía de los derechos de los individuos, pues, como advertimos *supra*, con el castigo penal -a diferencia de la venganza- pretende preservar el <<bien común>>.

Ahora bien, el incremento de la criminalidad o lo que es peor aún, la crueldad de algunos crímenes puede indignar a la sociedad a tal punto que no sólo despierten en ella la natural demanda de justicia, sino también el natural sentimiento de venganza[814]. Ya hemos advertido en el *Capítulo IV* que

---

presupuestos que la persona necesita para la autorrealización y el desarrollo de la personalidad de la vida social.

Entre estos presupuestos se encuentran, en primer lugar, la vida y la salud -negados por la muerte y la enfermedad-. A ellos se añaden otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento: medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda, etc.; y otros medios ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo: honor, libertad, etc.

A estos presupuestos existenciales e instrumentos mínimos se les llama <<bienes jurídicos individuales>>, en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideración los llamados <<bienes jurídicos colectivos>>, que afectan más a la sociedad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se cuentan la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política, etc.". Cfr. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: Derecho penal. Parte General…, ob. cit., p. 63.

[814] Esta afirmación que hacemos se subsume en la llamada teoría de las necesidades emotivas, la cual -de acuerdo con MORSELLI- está latente en la sociedad. En efecto, según el citado autor, se trata "de un fenómeno que tiene raíces profundas en la naturaleza humana, y que, como tal, por cuanto puede parecer irracional, y poco apreciable desde un punto de vista ideal y también ético, tiene una profunda y necesaria justificación en la llamada *Natur der Sache*, o sea en la naturaleza de las cosas". Cfr. MORSELLI, E.: "El Neo-retribucionismo y prevención especial integradora en la Teoría de la Pena…, ob. cit., p. 269. Asimismo, ROXIN al concretamente analizar a la <<retribución>> ha señalado que esta responde "al arraigado impulso de venganza humano, del que ha surgido históricamente la pena". Cfr. ROXIN, C.: Problemas básicos del Derecho penal. Trad. LUZON PEÑA, D. M. REUS, S. A., Madrid, 1976, p. 14.

una de las distinciones entre la justicia y la venganza, es que la primera no se deriva de la pasión sino a la razón, <<razón>> dirigida a preservar el bien común.

La referida razón o racionalización se refleja en la pena privativa de libertad a través de las finalidades y de las funciones que le han sido asignadas a la misma, las cuales -reiteramos- deben estar ajustadas a la exigencia de proteger los derechos fundamentales de todo individuo, donde también están incluidos los privados de libertad. Así como acabamos de advertir *supra* en el *Capítulo VI*, la justicia implica la limitación estatal de traspasar el *mínimum* exigido para que la dignidad humana del penado no sea afectada.

Esta circunstancia exige que el diseño de la política criminal dirigida a contener y revertir la criminalidad sea también realizado conforme a la razón y en base a criterios técnicos, cuestión que exige una labor interdisciplinaria que permita conocer las causas objetivas del delito, sin dejar de lado la efectividad de las medidas preventivas y represivas a adoptarse para contener el delito, pues, de ello depende también la sensación de seguridad ciudadana[815].

El problema se presenta cuando la política criminal se entremezcla con los intereses políticos partidistas, pues, si bien no es objetable que la dinámica política se centre en la lucha por el poder -pues esta es su naturaleza[816]-, el inconveniente estriba cuando esta dinámica de la política partidista se inmiscuye en el diseño de la política criminal, debido a que la referida dinámica política -generalmente dirigida por las pasiones ideológicas- tiende a confundir el ideal de justicia con la mera idea de venganza, idea esta incompatible con el rol de la administración de justicia estatal. Cuando la justicia es puesta al servicio de intereses políticos partidistas se abre la puerta a la arbitrariedad y al abuso del poder por parte del Estado; y si aún se duda de ello, basta con recordar aquí una situación constatada cuando estudiamos el periodo de la Edad Moderna en el *Capítulo III* de esta investigación, y es que en tiempos de los Estados absolutistas de la Edad Moderna, la penalidad -al estar orientada a mantener la estabilidad del poder político- se caracterizó por la crueldad de las ejecuciones penales.

Como hemos advertido en varias oportunidades desde el *Capítulo V* de este estudio, la pena privativa de libertad es la principal sanción aplicada en algunos países enmarcados dentro del modelo de Estado social y democrático

---

[815] Vid. GONZÁLEZ GUARDA, C.: "La política criminal aplicada (PCA): La deriva de la política criminal hacia la política pública", en *Nuevo Foro Penal*, N.º 88, 2017, p. 196.
[816] Vid. POSADA, A.: Tratado de Derecho político…, ob. cit., p. 14.

de Derecho -como, por ejemplo, ocurre en España y Venezuela-, y esta modalidad de castigo -formalmente- debe ejecutarse de acuerdo con las exigencias del Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, esta premisa no ha sido obstáculo para que, dentro de este modelo de Estado, resurjan medidas penales Neoretributivas derivadas de decisiones políticas adoptadas sin considerar los criterios técnico jurídico penales y criminológicos que orienten sobre el impacto que este tipo de medidas Neo-retributivas tienen, tanto en la finalidad preventivo especial tradicionalmente atribuida a la pena privativa de libertad, como en la integridad de la dignidad humana del condenado.

Asimismo, la finalidad de protección social de la pena es otro aspecto que ha contribuido a la subsistencia de sanciones penales dirigidas a expulsar, definitivamente, al individuo de la sociedad mediante lo que se conoce como <<inocuización>>. La materialización de esta medida es posible mediante la aplicación de penas que afectan derechos como la vida y la libertad. En el primer caso, tenemos la pena de muerte, la cual continúa aplicándose en Estados que se encuentran en las antípodas ideológicas como sucede con países como China y Estados Unidos[817], pero en casi la totalidad de los Estados occidentales, la pena de muerte está proscrita en virtud de que esta colide con el derecho a la vida consagrado en las Constituciones y en los tratados internacionales[818].

No sucede lo mismo con la pena privativa de libertad conocida como <<Cadena Perpetua>>, la cual se continúa aplicando en países como Estados Unidos, Francia y, más recientemente, en España bajo la denominación de <<prisión permanente revisable>>[819]. Pero en líneas generales, la Cadena

[817] Al respecto, Vid. BARRIOS FLORES, L. F.: "Pena de muerte en Estados Unidos. Reflexiones en torno al caso Atkins v. Virginia", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 56, N.º 1928, 2002, pp. 3249-3270; Vid. VALIENTE CASTELLANOS, L.: "La pena de muerte: situación actual desde una perspectiva internacional", en *Inciso*, Vol. 21, N.º 1, 2019, pp. 86 y 87.

[818] Al respecto, Vid. CORREA FERNÁNDEZ, M. / LUNA SÁLAS, F.: "Pena de muerte y prisión perpetua: Sanciones incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *jurídicas CUC*, 18 (1), pp. 555-578.

[819] Para un estudio detenido de la prisión permanente revisable, Vid. por todos: JUANATEY DORADO, C.: "Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, Fasc/Mes 1, 2012, pp. 127-153; DAUNIS RODRIGUEZ, A.: "La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, N.º 10, 2013, pp. 65-114; GONZÁLEZ COLLANTES, T.: ¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable?, en *ReCRIM: Revista de I´nstitut Universitari d´investigació en Criminología i Ciéncies Penals de la UV*, N.º 9, 2023, pp. 9-23; PASCUAL MATELLÁN, L.: "La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un Derecho penal deshumanizado, en *Clivatge. Estudisi testimonis sobre el conflite i el canvi socials*, N.º 3, 2015 (Ejemplar dedicado a: Decigualtat social, abusos del poder i proccessos de canvi), pp. 51-65; FERRER GARCÍA, A. M.: "La prisión permanente revisable a revisión" en *La reforma del Código penal a debate*, 2016, pp. 13-29; PASCUAL, E. / ETXEBARRIA, X. / RIOS, J. (Dir.): Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito. Su determinación y aplicación. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, pp., 47-57; RUBIO LARA, P.: "Pena de

Perpetua o la prisión de larga duración no está del todo desvinculada con la pena de muerte; en efecto, RODRIGUEZ YAGÜE ha advertido que precisamente la relación de la Cadena Perpetua con la pena de muerte deviene de que aquella es el <<sustitutivo natural>>, y ello se debe a que la <<Cadena Perpetua>> se convirtió en la pena principal "en aquellos países que, interesados en unirse al club del Consejo de Europa, se vieron obligados a firmar para ello como condición de admisión el Protocolo n.º 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte de 28 de abril de 1983. Pero en esa configuración de pena alternativa, y precisamente buscando alcanzar una severidad igual si no mayor, partiendo de esa idea medieval consustancial a los primeros sistemas penitenciarios (construidos sobre un severo régimen, el aislamiento en solitario y la realización de un duro trabajo), así como el apoyo de la opinión pública en el entendimiento de que sólo una pena tan severa como la muerte sería suficientemente punitiva, se han ido incorporando en su ejecución modalidades de cumplimiento que ya por tener un régimen de ejecución de especial dureza, ya por no prever posibilidad de revisión, plantean singulares problemas respecto a la garantía de los derechos humanos. Este proceso se ha acompañado, en tercer lugar, de una expansión numérica, habiéndose detectado un incremento cuantitativo en su uso, y con

prisión permanente revisable: Análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 3, 2016, pp. 131-172; LÓPEZ LÓPEZ, C. I.: "La prisión permanente revisable en la legislación española", en USGANDA BARRADAS, A (Dir. Congr.) / FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A. (Dir. Congr.): Derechos y obligaciones en el Estado de Derecho. Actas del Coloquio Binacional México-España. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)-Universidad de Oviedo, España, 2017, pp. 607-611; GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Contra la prisión permanente revisable", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 71, Fasc/Mes 1, 2018, pp. 491-507; MARTÍNEZ GUERRA, A.: "La prisión permanente revisable. Un análisis del argumento internacional", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, N.º 19, 2018, pp. 83-138; ROIG TORRES, M.: "El pronóstico de reinserción social en la prisión permanente revisable", en *Indret: Revista para el análisis del Derecho.* N.º 18, 2018, pp. 1-40; CASAL FERNÁNDEZ, A.: La prisión permanente revisable. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019, *passim*; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "En contra de la «cadena perpetua» en España (una vez más)", en *LA LEY Penal*, N.º 131, marzo-abril 2018, pp. 1-27; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: "Prisión permanente revisable y el TEDH. Algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales,* Tomo 73m Fasc/Mes 1, 2020, pp. 267-306; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "La pena de prisión permanente revisable ¿hay que mantenerla?, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, N.º 8, 2021(Ejemplar dedicado a: Monográfico. En defensa de la Constitución de todos), pp. 149-164; PINTADO ALCAZAR, A.: "Aproximación criminológica a la prisión permanente revisable", en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, N.º 26, (diciembre), 2021, pp. 29-56; DEL PUERTO SOLAR CALVO, M.: "Revisando la prisión permanente revisable ¿De verdad que es constitucional?, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 75, Fasc/Mes 1, 2022, pp. 557-588; MARTÍN ALARCÓN, M.: "De nuevo sobre la prisión permanente revisable española. El contexto de su nacimiento, la sentencia del Tribunal Constitucional que la avala y el pretendido proyecto de reforma", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho,* N.º 90, 2023 (Ejemplar dedicado a: estudios socio-jurídicos), p. 359-389; RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; y LEÓN ALAPONT, J. / MARCHENA GÓMEZ, M. (Pr.): La prisión permanente revisable en España. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, *passim*.

ello de condenados a cadena perpetua y penas de larga duración en muchos países europeos, debido tanto a que ha ocupado el vacío de la pena de muerte como a la tendencia generalizada del inflacionismo del uso de la prisión, a lo que ha acompañado en algunos países el incremento de la reacción penal ante determinados delitos como los sexuales"[820].

Ahora bien, a pesar de que en sociedades como la estadounidense esta modalidad de sanción es de vieja data, el caso de la <<pena prisión permanente revisable>> española representa un reciente agravamiento de la pena privativa de libertad[821], pues, durante la vigencia de la Constitución Española de 1948 que consagró el modelo de Estado social y democrático de Derecho, la prisión o cadena perpetua no formaba parte del catálogo de penas privativas de libertad hasta que, con la reforma del Código Penal de 31 de marzo de 2015, fuera introducida en el ordenamiento jurídico español[822].

[820] Cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: "La cadena perpetua en el seno del Consejo de Europa: Estándares penitenciarios del Comité de ministros y del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura", en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 26.

[821] Acerca de este punto, cabe acotar que el agravamiento de la pena privativa de libertad no se debe sólo a la aparición de la <<pena de prisión permanente revisable>> dentro del compendio de penas previstas en el Código Penal español, sino que también, de acuerdo con lo advertido por CERVELLO DONDERIS, "aunque la pena de prisión permanente revisable suponga un retroceso en la legislación española, teniendo en cuenta que el Código Penal de 1928 fue el último en derogar la pena perpetua, no se puede decir que el sistema español careciera de penas similares en cuanto a su duración. Desde 2003 el Código Penal dispone de delitos castigados con penas de hasta veinticinco años, las reglas concursales permiten alcanzar una duración máxima de cuarenta años y las condenas no acumulables se cumplen de manera consecutiva, sin ningún límite temporal. Esto significa que antes de la aprobación de la prisión permanente revisable en 2015 las penas de larga duración ya existían y sufrían obstáculos insalvables para ser revisadas, lo que unido al complejo sistema de revisión que acompaña a la prisión permanente revisable no ha hecho más que empeorar la problemática del cumplimiento de las penas largas de prisión, cuya extensión, pese a no ser perpetua, a priori, va a ser extraordinariamente larga". Cfr. CERVELLÓ DONDERIS, V.: "Nuevas fórmulas de revisión de las penas perpetuas y de larga duración", en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 491 y 492.

[822] Con anterioridad a la Constitución española de 1978 la Cadena Perpetua estuvo vigente en España. En efecto, la pena del encierro perpetuo, nos dice GONZÁLEZ COLLANTES, "cuyos orígenes se remontan a la Antigüedad Clásica, fue desterrada de la legislación penal española con la promulgación y entrada en vigor del Código Penal de 1928, aunque desde mucho antes contaba con no pocos opositores entre la doctrina. El día de su abolición fue, pues, un día celebrado. En aquel entonces seguramente nadie pensó que en pleno siglo XXI su reintroducción en la legislación penal sería igualmente aclamada, pero lo fue. Resulta fundamental recordar, además, que durante los años de la transición democrática había un consenso bastante amplio entre la clase política y la sociedad en general de que solo debía recurrir a la pena de prisión de manera excepcional y que el internamiento en un centro penitenciario debía ser el último el último recurso a emplear en el cumplimiento de la pena. Muy ilustrativo de ello es el hecho de que en fecha de 24 de mayo de 1978 el Senado aprobó un Dictamen por 142 votos a favor y 9 abstenciones que contenía una serie de principios que apuntaban la conveniencia de emprender una reforma penal, la cual requería, entre otras cosas, profundizar en las investigaciones para superar la idea de que la cárcel es la única respuesta a la infracción penal, valorar la privación de libertad como una medida que causa daños graves a las personas, buscar alternativas a la prisión y ampliar los supuestos de condena condicional". Cfr. GONZÁLEZ COLLANTES, T.: "Prisión permanente revisable y Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES)", en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 209 y 210.

Entonces, a partir de la reforma del Código penal español del año 2015, la pena de prisión permanente revisable se convierte en la sanción privativa de libertad de mayor gravedad en España, y, por lo tanto, se entiende que se apliquen a los delitos más graves o que causan mayor <<alarma social>>. Así, esta modalidad de pena privativa de libertad, de acuerdo con el apartado I y II del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la prisión permanente revisable fue estipulada para <<aquellos delitos de extrema gravedad en la que los ciudadanos demandan una pena proporcional al hecho cometido>>. Partiendo de la lógica de que los delitos castigados con esta sanción son los de mayor gravedad, dentro de este rubro se encontrarían:

- El supuesto de que la víctima fuere menor de dieciséis años o personas especialmente vulnerables (artículo 140. 1ª del Código Penal).
- Asesinatos realizados con posterioridad a la comisión de delitos contra la libertad sexual (artículo 140. 1. 2 ª del Código Penal).
- Asesinatos múltiples, es decir, de dos o más personas (artículo 140. 1. 2 ª del Código Penal).
- Asesinatos cometidos por miembros de organizaciones criminales (artículo 140. 1. 3 ª del Código Penal).
- Delitos de Regicidio (artículo 485. 1. del Código Penal).
- Delitos de Genocidio y Lesa Humanidad (artículos 607 y 607 bis del Código Penal).

Por lo tanto, la consagración de la pena de prisión permanente revisable es un ejemplo de reforma legislativa Neo-retributiva, en virtud de que la referida reforma no sólo busca reafirma la obligación de respetar los valores contenidos en el ordenamiento jurídico traducidos en los <<bienes jurídicos>> protegidos por el tipo penal, sino que con la <<prisión permanente revisable>> -según se desprende del citado extracto del Preámbulo del Código Penal español- se busca contener la <<alarma social>> producida por la comisión de ciertos delitos cruelmente ejecutados por sus autores.

Asimismo, puede considerarse como una reforma Neo-retributiva porque, además de comprometer la salud del condenado, lejos de contribuir a la reinserción social -debido a que el régimen de vida está absolutamente controlado por el Estado- neutraliza la capacidad de decisión del individuo sobre aspectos elementales de su vida, institucionalizándolo indefectiblemente al alejarlo de la dinámica de vida en sociedad, y, por ende,

desvirtuándose de esta manera la finalidad preventivo especial que inspira a la ejecución de la pena privativa de libertad en España[823].

Ahondado en los aspectos jurídicos de la prisión permanente revisable de acuerdo con el ordenamiento jurídico español; a tenor con el artículo 1º, numeral 1º de la Constitución Española (CE): "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"; disposición esta que en sí misma enmarca la orientación de la penalidad que se debería aplicar desde entonces en ese territorio, pues, como advertimos en el *Capítulo IV*, una de las exigencias del Estado social y democrático de Derecho es la de garantizar la de los derechos fundamentales de los individuos.

En efecto, siguiendo a SÁNCHEZ AGESTA[824], el Estado de Derecho español tiene definido su contenido en la Constitución Española en su artículo 10º, numeral 1º que establece que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto se la ley y a los derechos de los demás son fundamento de orden político y de la paz social". Así, la dignidad de la persona -dice SÁNCHEZ AGESTA- "es el primer principio en que están contenidas, como en su simiente, las demás afirmaciones. Los derechos inviolables, como dice el mismo texto, son <<inherentes>> a esa dignidad y, por consiguiente, se fundan en ella. El libre desarrollo de la personalidad da un carácter concreto, individualizado, a esa floración de derechos que derivan de la dignidad personal. Por último, el respeto a los derechos de los demás es consecuencia de esta afirmación, en cuanto dignidad de la persona se da en todos y en cada uno de los hombres, y exige, por consiguiente, el mismo respeto en cada uno de los seres humanos. Podría añadirse que el respeto de la ley queda en cierta

[823] Debemos acotar que la finalidad preventiva especial de la pena no implica necesariamente que la pena se esté ejecutando observándose las garantías de los derechos contemplados en el ordenamiento jurídico. En este sentido CURY URZUA nos recuerda la crítica dirigida al Derecho penal preventivo especial que versaba en que este Derecho, "no está en condiciones de garantizar apropiadamente los derechos del inculpado frente a los abusos de la autoridad. Si la pena se impone para resocializar al sujeto, su duración y la intensidad de sus efectos deben graduarse teniendo en cuenta ese objetivo y, por consiguiente, no pueden predeterminarse ni ser proporcionadas a la gravedad del hecho injusto cometido por el sujeto. Esto implica un deslizamiento hacia el <<derecho penal de autor>>, que en sí no es objetable. Pero como, por otra parte, los pronósticos sobre la resocialización del afectado son inseguros -y hasta el concepto mismo de la resocialización es impreciso- en la práctica todo ello se presta para arbitrariedades: si se quiere evitar que los disidentes se reincorporen a la convivencia y creen problemas a quienes detentan el poder, basta con declarar que no se encuentran preparados para hacerlo o, simplemente, que son irrecuperables. Dado que no existen patrones objetivos firmes con los cuales contrastar esas decisiones, tampoco puede impugnárselas". Cfr. CURY URZUA, E.: "La prevención especial como límite de la pena", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 3, 1988, pp., 686-687.

[824] Vid. SÁNCHEZ AGESTA, L.: Sistema político de la Constitución española de 1978. Editora Nacional, Madrid, 1981, p. 74.

manera como una pieza extraña a esa formulación, pero hay que subrayar que la ley aparece aquí como la norma que regula la convivencia pacífica (fundamento de la paz social) de esos seres humanos, que, ejercitando los derechos inviolables que les son inherentes, realizan el libre desarrollo de su personalidad"[825].

Por lo tanto, la dignidad humana condiciona la actuación estatal en todos los ámbitos donde entra en juego el libre desarrollo de la personalidad, y del entorno penitenciario es uno de esos ámbitos. En efecto, la Ley Orgánica 1/1979, de septiembre, General Penitenciaria (LOGP) que regula la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad[826], reconoce la dignidad humana y los derechos humanos del privado de libertad en varios lugares de su texto, cuestión que refrenda la idea de que la pena justa dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho debe corresponderse con la garantía de los derechos contemplados en su ordenamiento jurídico.

Ahora bien, retomando el análisis de la pena de prisión permanente revisable -en palabras de PASCUAL, ETXEBARRIA y RIOS- esta modalidad de sanción "es una pena privativa de libertad grave, según establecen los arts. 33,2 y 35 CP, incluida en el Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015). Esta pena, en principio, tiende a extenderse durante toda la vida hasta la frontera de la muerte de la persona condenada. La pena de prisión perpetua se trata de una privación de libertad, en principio hasta la frontera de la muerte, aunque sea excepcionalmente revisable, el enjuiciamiento de su racionalidad ha de partir de la constatación de lo que es un lugar común entre los especialistas en materia penal: la crisis de la pena privativa de libertad, porque no priva solamente de la libertad, sino que además descoyunta la indispensable sociabilidad humana. Sin duda, las consecuencias que una pena

[825] Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, L.: Sistema político de la Constitución española de 1978…, ob. cit., p. 75.
[826] Para un estudio detenido acerca del origen y contenido de la Ley Orgánica General Penitenciaria, Vid. por todos, GARCÍA VALDÉS, C.: "La reforma penitenciaria española", en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 2, 1977-1978, pp. 91-104; el mismo: Comentarios a la legislación penitenciaria. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982, *passim*; GARRIDO GÚZMAN, L.: Manual de ciencia penitenciaria. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983, pp. 186-191; GARCÍA VALDÉS, C.: "Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)", en *Revista de estudios penitenciarios*, N.º Extra 2, 2013 (Ejemplar dedicado a: *In Memorian* del profesor francisco Bueno Arús), pp. 51-68; el mismo: "Que 40 años no es nada: Derecho penitenciario español, antecedentes y la Ley General Penitenciaria", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 7-30; FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "Del sistema progresivo a la individualización científica: La elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979 en el Derecho penitenciario", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 483-519; y para una reflexión acerca de la eficacia de la mencionada Ley, Vid. por ambos, NIZTAL BURÓN, J.: "La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria tras cuarenta años de vigencia: algunas razones que la justifican", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp. 746-776; Vid. VICENTE MARTÍNEZ, R.: "La ley Orgánica Penitenciaria 40 años después", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019, pp.127-153;

de estas características conlleva en el ámbito físico, psicológico, social y laboral del condenado son muy graves y, posiblemente, irreversibles, quedando seriamente afectados y comprometidos determinados derechos individuales constitucionalmente protegidos: la libertad, la intimidad, la salud física y psíquica, y como soporte de todos ellos, la dignidad. Cuando se conocen los gravísimos delitos frente a los que se puede aplicar la pena de prisión perpetua a cualquier persona le puede parecer justa, e incluso, escasa"[827].

Por otra parte, si bien la prisión permanente revisable surge con la pretensión de erradicar de la sociedad al delincuente (inocuización), esta modalidad de sanción ofrece la posibilidad de ser <<revisada>> cumplido un periodo mínimo de encierro. Esta circunstancia, reduce la posibilidad de indeterminación de la sanción, pues, el condenado podría recuperar su libertad en el caso de que reuniere los requisitos prestablecidos en la ley para poder acceder a la misma, una vez cumplido el periodo de encierro obligatorio.

Pero aun cuando la pena de prisión permanente revisable ofrezca la posibilidad luego de un largo periodo de tiempo de encierro, la duración prolongada del condenado en la prisión difícilmente le permitirá reinsertarse exitosamente a la vida en libertad, por cuanto -recordemos que- el régimen de vida dentro de la prisión es diametralmente opuesto al estilo de vida en libertad, pues, el régimen de la prisión -como institución total- controla y anula la voluntad del condenado para decidir sobre aspectos más elementales de la vida como, por ejemplo, la hora de despertarse o de acostarse.

De manera que, la condena de prisión permanente revisable convierte a la pena privativa de libertad -impuesta bajo esta modalidad- en una sanción preferentemente <<retributiva>> frente a la pretensión preventivo especial asignada expresamente por el artículo 25, 2 de la Constitución Española, y el artículo 1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Ahora bien, pese a lo que acabamos de advertir, de acuerdo con la Sentencia TC 169/2021, de 6 de octubre, "dicho precepto no contiene un derecho fundamental, sino un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, mandato del que no se derivan derechos subjetivos, precisando, además, que el citado precepto constitucional tampoco establece que la reeducación y la reinserción social sean la única finalidad legítima de la pena privativa de libertad"; y, por lo tanto, también de acuerdo con la citada Sentencia: "El régimen de cumplimiento de la pena de prisión permanente revisable no

[827] Cfr. PASCUAL, E. / ETXEBARRIA, X. / RIOS, J. (Dir.): Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito. Su determinación y aplicación. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016, p. 47.

contradice el objetivo resocializador del art. 25.2 CE, antes al contrario, permite concretar la duración de la prisión en función de las condiciones de resocialización del condenado y acomodar el régimen penitenciario a los pronósticos de peligrosidad que pueden presentar personas con muchas dificultades para la reinserción".

Las precisiones realizadas por el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución (art. 1º Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), al señalar en la citada Sentencia que el alcance y el contenido del artículo 25. 2 CE relativo a la finalidad rehabilitadora plasmada en el art. 25. 2 *ejusdem* es meramente orientativa de la política penal y penitenciaria, y al advertir que la prisión permanente revisable no contradice la duración de la prisión en función de la resocialización del condenado; no es del todo satisfactoria para asegurar la dignidad humana del condenado.

La <<razonabilidad>> para aplicar eficazmente los principios constitucionales, implica que el juez constitucional indague sobre la adecuación de los medios escogidos para lograr los fines constitucionalmente previstos; por consiguiente, el control judicial de la razonabilidad de las actuaciones del poder público conlleva hacer una valoración técnico-social de la razonabilidad entre <<medios y fines>>. Esta valoración se manifiesta cuando se analiza si existe una vinculación entre los <<motivos>> y los <<fines> por un lado y el <<medio>> empleado por el Estado para materializar esos fines constitucionales. [828]

Recordemos en este lugar que el Derecho si bien está conformado por normas jurídicas, estas normas no están exentas de valores que se deben cuidar porque son útiles para asegurar la convivencia social, como lo es el valor de la justicia; pues mediante ella se garantiza el ejercicio material de los derechos. De manera que, el Derecho para ser eficaz debe materializarse en la práctica, y las prisiones modernas -reguladas por el Derecho- están orientadas a reinsertar al penado a la sociedad. Tal como observamos en el *Capítulo V* de esta investigación, desde el surgimiento de la prisión como pena privativa de libertad, la operatividad de la misma ha estado sujeta a constante revisión y reforma con el propósito de hacer posible ese objetivo.

El perfeccionamiento de las prisiones ha sido la tarea de la Ciencia Penitenciaria, y el Derecho penitenciario es el resultado no sólo del perfeccionamiento de las prisiones, sino del reconocimiento del penado como

[828] Vid. COSSIO, C.: "Panorama de la Teoría Egológica del Derecho", en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, año IV, N.º 13, Buenos Aires, pp. 150-153.

sujeto del derecho, cuestión que implica que el penado -al ser considerado persona, y por lo tanto con capacidad jurídica- tiene una dignidad que debe ser reconocida y unos derechos que deben ser garantizados.

Ahora bien, como consecuencia del perfeccionamiento de las prisiones, el tiempo prolongado de reclusión implica que el condenado está sometido a un régimen de vida diferente al de la vida en libertad; pues, en virtud de las necesidades de mantener la seguridad del régimen, la capacidad de decisión que el recluso tiene acerca de los aspectos mínimos de vida está mermada[829]. A esta situación de estricta disciplina, se unen los problemas de salud mental de los presos, problemas previos o derivados de la propia naturaleza del encierro[830], problemas estos que generalmente son tratados para disminuir los efectos nocivos de la reclusión[831]. Frente a estas circunstancias fácticas, difícilmente se puede asegurar que -pese a los esfuerzos de la Administración Penitenciaria- el penado regrese a la sociedad plenamente reinsertado después de un largo periodo de encierro, caracterizado -como acabamos de asomar- por problemas derivados o agudizados por un régimen de vida diametralmente opuesto a la vida en libertad, como lo es un régimen penitenciario.

En consecuencia, se podría comprender que la pena privativa de libertad no se agota en la función de prevención especial, pues, es innegable

---

[829] En sentido similar, PALUDAN-MÜLER ha señalado que "es innegable que las prisiones, por bien organizadas que estén, son siempre ambientes antinaturales, <<una colectividad de carácter coercitivo que ninguna persona en su sano juicio puede preferir voluntariamente a la sociedad libre>>. Cualquiera que sea la forma en que las prisiones estén organizadas, o por mucho que traten se asemejarse a una sociedad normal, el hecho mismo de estar en prisión, que siempre supone un cierto automatismo y simplificación de la vida, hace inevitable ciertas consecuencias deplorables de la reclusión.

En la prisión la vida está regida por normas y reglamentaciones diversas que son necesarias para preservar disciplina y el orden y para proteger la eficaz aplicación del tratamiento general, pero esta vida se hace inevitablemente estereotipada y forma su propia colectividad estática, separada de la colectividad libre que evoluciona incesantemente". Cfr. PALUDAN-MÜLER, B.: Informe General: Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia post institucional; ayuda a las personas que están a cargo del recluso. Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. NACIONES UNIDAS – Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, New York, 1960, p. 3.

[830] Para un abordaje más detenido acerca de la salud mental en el entorno penitenciario, Vid. por todos, ZABALA BAÑOS, C.: Prevalencia de trastornos mentales en prisión. Análisis de la relación con delitos y reincidencia. Ministerio del Interior-Secretaría Técnica, Madrid, 2016, *passim*; AÑAÑOS-BEDRIÑANA, F. / BURJO JIMÉNEZ, R. / RODRÍGUEZ SANJUÁN, A. / TURBI-PINAZO, A. M. / SORIANO, C. / LLOPIS-LLACER, J. J.: "Salud mental en prisión. Las paradojas socioeducativas", en *EduPsykhe: Revista de psicología y educación*, Vol. 16, N.º 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Trastorno Mental Grave (TMG): Intervención psicosocial y procesos asociados), p. 98-116; PALLARÉS NEILA, J. / UTRERA CANALEJO, I.: "Salud mental y prisión, difícil encaje", en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 42, N.º 141, 2022, pp. 207-213

[831] Al respecto, Vid. ARROYO COBO, J. M.: "Los problemas de salud mental en las prisiones, vistos desde la atención primaria", en *Norte de Salud Mental*, Vol. 6, N.º 25, 2006, pp. 35-43; Vid. MATA Y MARTÍN, R.: "La protección de la salud mental en los centros penitenciarios", en MATA Y MARTÍN, R. (Dir.) /MONTERO HERNANZ, T. (Coord.): Salud mental y privación de libertad. Aspectos jurídicos e intervención. J. M. Bosch, Barcelona, 2021, p. 23-43.

que la ejecución de la pena privativa de libertad también sirve de recordatorio a la sociedad de las consecuencias que acarrea infringir la ley penal (prevención general), y de advertencia de que todo atentado a la ley es efectivamente castigado (retribución); pero es inverosímil pensar que la reinserción es posible después de un largo periodo de encierro, sin posibilidad de tener contacto progresivo con la sociedad en libertad, cuestión que se aseguraba con los denominados <<beneficios penitenciarios>> o fórmulas alternativas de cumplimiento de condena.

En todo caso, tal como han advertido CUELLO CONTRERAS y MAPELLI CAFFARENA, con la prisión permanente revisable "se antepone la defensa social, en la línea neo retribucionista, a cualquier otro fin, incluido la resocialización. Por lo que representa un <<cuerpo extraño>> en nuestro sistema penal"[832].

7.2.2.- La reforma del Código penal venezolano del año 2005. Especial referencia a la afectación de las <<fórmulas alternativas de la pena privativa de libertad>>

Desafortunadamente, la prisión permanente revisable no es el único ejemplo de medida Neo-retributiva de tipo sustantivo que ha sido ensayada en naciones enmarcadas dentro del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, otro ejemplo lo encontramos en Venezuela.

La promulgación de la Ley de Régimen penitenciario venezolana de 1961 (LRP) representó un hito importante, pues esta legislación estuvo inspirada en las Reglas Mínimas para el tratamiento del Recluso y recomendaciones relacionadas, aprobadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, reunido en Ginebra en 1955[833]; Reglas Mínimas estas que -en palabras de MORÁIS- en aquel entonces eran consideradas como "el aporte más significativo para una adecuada organización penitenciaria, para el tratamiento de los condenados y para el señalamiento de sus derechos, en fin, para la indicación de los elementos destinados a la humanización de la ejecución penal[834].

[832] Cfr. CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B.: Curso de Derecho penal…, ob. cit., p. 39.

[833] Al respecto, Vid. MINISTERIO DE JUSTICIA: Exposición de motivos y Proyecto de Ley de Régimen Penitenciario. República de Venezuela-Ministerio de Justicia, Caracas, 1961, pp. 4 y 5; y más recientemente se ha destacado este aspecto en Vid. CONSEJO SUPERIOR PENITENCIARIO: Proyecto de Código Orgánico Penitenciario. República Bolivariana de Venezuela-Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, Caracas, 2011, p. 1.

[834] Cfr. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera…, ob. cit., pp. 30 y 31.

Ahora bien, la mencionada Ley de Régimen Penitenciario establecía que "el periodo de cumplimiento de dichas penas será utilizado para procurar la rehabilitación del penado y su rehabilitación social por los sistemas y tratamientos establecidos en la ley"[835]; y el denominado <<régimen progresivo>> formaba parte del modelo de tratamiento establecido para lograr el mencionado objetivo rehabilitador.

El <<régimen progresivo>> adoptado por la legislación penitenciaria venezolana es, en palabras de LINARES ALEMÁN, un régimen "admitido entre nosotros desde el siglo XIX, con diferentes retoques". En efecto, de acuerdo con la citada autora venezolana, el <<régimen progresivo>> -en sus orígenes- "se caracterizó por dividir el periodo de ejecución de la pena en etapas o fases sucesivas, a manera de pruebas, cuyo cumplimiento significaba un avance, una progresión hacia la conquista de ventajas materiales que humanizaban la condena. El sistema se funda -dice Dupreel- sobre la aplicación a los condenados de un régimen en varias fases, a medida que se afirman su buena conducta y los resultados de sus esfuerzos hacia su corrección"[836].

Pero este régimen penitenciario venezolano consagrado en la LRP nació con visos retributivos, pues, pese a que establecía mecanismos para acercar al recluso a la vida en libertad mediante la posibilidad de que pudiera obtener la libertad anticipada, una vez cumplidos determinados requisitos previamente tasados en la Ley, en la práctica las fórmulas de libertad anticipadas -el trabajo fuera de los establecimientos, el destino a establecimientos abiertos, y la libertad condicional- fueron "concebidas de tal forma que hacía imposible su concesión. De hecho, para el otorgamiento de estas fórmulas de cumplimiento de pena se exigía que los penados hubiesen permanecido por lo menos dos años en sus establecimientos de destino; es decir, aquellos donde debían ir después de condenados. Ocurría que, debido al retardo procesal, el sujeto consumía en calidad de procesado y no en el establecimiento de destino casi todo el tiempo de la condena impuesta, quedándole entonces poco que cumplir, no existiendo ya la posibilidad de transitar por las fases del régimen progresivo, pasando directamente del régimen cerrado a la libertad plena"[837], circunstancia esta que sería subsanada con la promulgación de la Ley de Beneficios Penitenciarios promulgada en el año 1993.

---

[835] Cfr. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera…, Ibid., p. 31.
[836] Cfr. LINARES ALEMÁN, M.: El sistema penitenciario venezolano…, ob. cit., p. 164.
[837] Cfr. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera…, ob. cit., p. 35.

Pero, en cualquier caso, lo que queremos destacar en este lugar es que el régimen progresivo -como estrategia de reinserción social- se vería afectado aún más debido a las reformas de la legislación sustantiva penal y procesal penal llevadas a cabo para restablecer la estabilidad político social del país[838], y para responder a la necesidad política de aumentar la sensación de seguridad de los ciudadanos, y, por ende, disminuir la <<alarma social>> frente al auge delictivo que experimentara la nación venezolana con la entrada del nuevo milenio[839].

En efecto, en palabras de GUEVARA PULGAR, "en la Gaceta Oficial N.º 5.763 Extraordinario del 16 de marzo del 2005 se publicó la reforma del Código Penal. De manera preliminar puede señalarse, que la reforma indicada contraría los más elementales principios en la materia, pues en el ámbito de una actuación que ha debido concretarse a los aspectos sustantivos del Código Penal se legisló en materia adjetiva penal. Pero la mayor gravedad, es que *la mixtura de la reforma penal-procesal, obedeció a un claro criterio represivo, por el cual se combinaron nuevos tipos penales y el incremento de las penalidades respecto de los delitos existentes, con la eliminación de beneficios procesales*"[840]. Así, continúa el citado autor, "la novísima reforma del Código Penal desconoce el orden constitucional y viola el principio fundamental de la progresividad de los derechos humanos cuando establece, respecto de un numero apreciable de delitos *que quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados en*

[838] En palabras de ÁVILA RINCÓN, el país dentro de los primeros 5 años de la década de los 2000, Venezuela venía "atravesado por un momento de alta conflictividad social tras el golpe de Estado de abril de 2002 y el sabotaje económico y petrolero de diciembre de 2002 y los primeros meses de 2003. En atención a los graves hechos ocurridos, podríamos considerar que la reforma penal de 2005 fue una respuesta de la Asamblea Nacional ante conductas consideradas como delitos contra la independencia y seguridad de la Nación, la cosa pública, el orden público, la fe pública y la conservación de intereses públicos y privados" Cfr. ÁVILA RINCÓN, C.: Las reformas penales y procesales durante el gobierno bolivariano: Cuadros Comparativos. UNES, Universidad Nacional Experimental de la Seguridad, Caracas, 2012, p. 8. Asimismo, una aproximación a la situación político social de Venezuela dentro del primer lustro de la década de los 2000, observación hecha desde una perspectiva de la afectación a la <<seguridad ciudadana>> Vid. GABALDÓN, L. G.: "Policía y seguridad ciudadana en Venezuela entre 2002 y 2004", en *Nueva Sociedad* 191, mayo-junio 2004, pp. 65-77.

[839] Respecto a la tendencia delictiva y a la percepción de inseguridad en Venezuela, GABALDÓN nos enseña que "las tendencias recientes de criminalidad oficial registrada en Venezuela muestra, en general, un incremento destacado en los rubros de delitos violentos. De acuerdo a las estadísticas oficiales, entre 1990 y 2000, la tasa de homicidios pasó de 13 a 33/100.00 habitantes. Entre 2000 y 2002 se incrementó otro 21%. Los robos y robos de vehículos experimentaron en el decenio un incremento desde 132 hasta 145/100.000, registrando, para 2002, incrementos adicionales de 11% y de 35%, respectivamente (San Juan, 2000; Venezuela, 2001, 2002). Entre 2003 y 2005, las tasas delictivas oficiales por 100.000 habitantes variaron, para los homicidios de 49 a 43, para las lesiones personales 122 a 146 y para los robos de 344 a 231 (Centro de Estudios para la Paz, 2005)". Cfr. GABALDÓN, L. G.: "Seguridad ciudadana y políticas públicas en Venezuela", en ILDIS-Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Caracas, 2008, p. 1.

[840] Cfr. GUEVARA PULGAR, J. B.: "El impacto de las reformas procesales y penales sobre la ejecución de la pena", en *VII y VIII Jornadas de Derecho procesal penal: Pruebas, Procedimientos Especiales y Ejecución Penal*; 14, 16 y 17 marzo 2004; 21, 22 y 23 de abril 2005, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 415.

la respectiva norma, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas de cumplimiento de la pena"[841]. Tergiversándose de esta manera la finalidad preventivo especial de la pena privativa de libertad venezolana, al eliminar el régimen progresivo y, en consecuencia, al extender la duración del encierro del penado sólo por haber cometido un determinado delito[842].

En definitiva, tal como ha observado ROSALES, "la reforma del Código Penal de 2005 no sólo incorporó esta cláusula punitivista con dos prohibiciones inconstitucionales: a) del juzgamiento en libertad y, b) de formas alternas al encarcelamiento de condenados, que además se aplica justo en los delitos que llenan las prisiones principalmente de procesados (homicidio, robo, drogas) sino que al mismo compás, ha habido otras reformas penales bajo la misma orientación prohibicionista que desmontan la idea de los sistemas acusatorios: juzgar eficientemente y con garantías para resolver rápidamente reafirmando la legitimidad del Estado en su función de proveer pacificación a los conflictos y respuesta a las víctimas de delito"[843].

---

[841] Cfr. GUEVARA PULGAR, J. B.: "El impacto de las reformas procesales y penales sobre la ejecución de la pena…, Ibid., p. 416.

[842] Artículo 357 Código Penal venezolano: "Quien ponga obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, abra o cierre las comunicaciones de esas vías haga falsas señales o realice cualquier otro acto con el objeto de preparar el peligro de un siniestro, será castigado con pena de prisión de cuatro años a ocho años.

Quien cause interrupción de las vías de comunicación mediante voladuras o quien por este mismo medio cause descarrilamiento o naufragio de un medio de transporte, será castigado con prisión de seis años a diez años.

Quien asalte o ilegalmente se apodere de buque, accesorio de navegación, aeronaves, medios de trasporte colectivo o de carga, o de la carga que estos trasporten, sean o no propiedad de empresas estatales, será castigado con pena de prisión de ocho años a dieciséis años.

Quien asalte un taxi o cualquier otro vehículo de transporte colectivo para despojar a tripulantes o pasajeros de sus pertenencias o posesiones, será castigado con pena de prisión de diez años a dieciséis años.

Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativas del cumplimiento de la pena". (Cursivas nuestras)

Artículo 360 Código Penal venezolano: "Quien produzca daño a los puertos, muelles, aeropuertos, oleoductos, gasoductos, oficinas, talleres, obras, aparatos, tuberías, postes, cables u otros medios empleados para los sistemas de transporte, servicios públicos, informático o sistema de comunicación, pertenezcan o no a las empresas estatales, serán penados con prisión de tres años a seis años.

Si del hecho ha derivado un peligro grave para la incolumidad pública, la pena de prisión será de cuatro años a seis años y si el hecho produjera un siniestro, la pena será de seis años a diez años de prisión.

Si el daño o deterioro se produjera por impericia, negligencia o imprudencia, se considerará como circunstancia atenuante y no procederá la aplicación del parágrafo único de este artículo.

Parágrafo único: Quienes resulten implicados en cualquiera de los supuestos expresados, no tendrán derecho a gozar de los beneficios procesales de ley ni a la aplicación de medidas alternativa del cumplimiento de la pena. (Cursivas nuestras)

[843] Cfr. ROSALES, E.: El sistema penal venezolano contemporáneo…, ob. cit., pp. 32 y 33.

……

Los ejemplos de reforma sustantiva penal que hemos revisado hasta ahora tienen en común: <<el aumento del tiempo de reclusión del condenado a determinados delitos>>.

Este aumento del tiempo de reclusión no es una cuestión baladí si lo miramos desde la exigencia de proteger los derechos humanos que tiene el Estado moderno.

La protección de los derechos humanos por parte del Estado implica que el Estado está obligado a garantizar que todo individuo sometido a su jurisdicción pueda gozar de tales derechos o, por lo menos, no verse impedido a ejercerlo sin una razón suficientemente justificada. Como hemos expuesto en el *Capítulo V* de esta investigación, la privación de libertad como pena surgió para sustituir los denominadas <<penas de sangre>>, sanciones utilizadas con primacía en los periodos históricos anteriores al arribo del Estado moderno.

Este cambio en la forma de castigar derivado de consideraciones del pensamiento ético-calvinista que imperaba en la sociedad norteamericana, tendrá también un gran auge en el viejo continente, pues esta forma de castigo se ajustaba a los valores del modelo de Estado nacido a raíz de la Revolución Francesa. En efecto, en el viejo continente -dice MORÁIS- "la prisión surge como una emanación lógica del liberalismo clásico y de los principios de la Revolución Francesa: libertad, fraternidad, igualdad y justicia, que tuvieron honda repercusión en el campo punitivo. El reconocimiento jurídico-social de la libertad como el bien más preciado del hombre, hace posible y adecuado establecer una sanción que la limita"[844].

Pero limitar un derecho humano como lo es la libertad, necesariamente implica limitar otros derechos interdependientes con aquel; por ello el Estado al realizar esta tarea debe asegurar, por un lado, que el penado acceda a derechos prestacionales que no están limitados por la naturaleza de la condena como lo son, por ejemplo, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, y, por otro lado, que el condenado con ocasión a la pena no vea afectado otros derechos civiles cuya vulnerabilidad aumenta con la privación de libertad como lo son, por ejemplo, el derecho a la intimidad, el derecho al domicilio, y el derecho a la integridad personal.

Al margen de que *infra* revisaremos el impacto que a nivel fenomenológico o sociológico tienen las reformas Neo–retributivas en la

[844] Cfr. MORÁIS, M. G.: La pena: su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., p. 53.

ejecución de la pena privativa de libertad, cabe destacar en este lugar que el agravamiento de la pena privativa de libertad, además de impactar negativamente en la pretensión reinsertadora de la pena (prevención especial), pone en riesgo la salud e integridad personal de los condenados, ello en virtud de los efectos nocivos que la indeterminación de la sanción penal tiene sobre la salud mental y emocional de los penados, situación ésta que aproxima a la privación de libertad a un trato cruel inhumano y degradante, al posiblemente afectar gravemente otros derechos como los de la salud y la integridad personal, además de la libertad.

7.2.3- Las reformas Neo-retributivas en la legislación procesal penal venezolana y su impacto en la ejecución de la pena privativa de libertad

Una de las exigencias del Estado social y democrático de Derecho es la protección de los derechos fundamentales, la cual -como ya sabemos- se configura tanto con el reconocimiento de tales derechos en el Derecho positivo, como con la creación de órganos jurisdiccionales encargados de velar por el efectivo cumplimiento de tales derechos[845]. Pero, al igual que ocurre con los demás poderes públicos, para garantizar que los órganos jurisdiccionales ejerzan su función, sin traspasar los límites de sus competencias en perjuicio de las personas, se requiere que estos cumplan con su cometido respetando el Principio de Legalidad.

En el *Capítulo IV* de este estudio vimos que, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, el ejercicio del *Ius puniendi* está sujeto al Principio de Legalidad en todas las fases de la conminación penal; pues no sólo la tipificación del delito y su correspondiente pena -incluida su ejecución-

[845] También desde una perspectiva política se refrenda la posición garantista de los derechos por parte de los tribunales. En tal sentido, PÉREZ PERDOMO -al estudiar el alcance de la independencia y responsabilidad de los jueces- nos enseña que la legitimación del poder de los jueces no es democrática, sino más bien ético legal, pues, según el citado autor, "la democracia moderna requiere que los individuos y las minorías estén protegidos para que participen en el sistema político. Este es fundamentalmente el sentido político del Derecho en los países modernos. Por eso el lenguaje legal es sobre todo un lenguaje de los derechos. La protección de los derechos y la legalidad no se contrapone así al funcionamiento de la democracia, sino que es parte de ella y, a la vez, su contrapeso". Cfr. PÉREZ PERDOMO, R.: "Independencia Judicial y responsabilidad de los jueces", en *Gestión y análisis de políticas públicas*, N.º 20, 2001, p. 98. Y si vinculamos esta perspectiva política con la justicia penal, dicha perspectiva adquiere mayor sentido debido a la naturaleza restrictiva de derechos que implica el ejercicio de la justicia penal. En efecto, debido a la naturaleza restrictiva de derechos que siempre ha caracterizado a la justicia penal, en la justicia penal ejercida dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, la responsabilidad garantista del tribunal implica que la función juzgar y ejecutar lo juzgado trae aparejada la obligación de proteger los derechos de los procesados, como sujetos de derechos. Al respecto, Vid. RIVAS, M. J.: "Derechos humanos en el proceso penal venezolano", en *Revista Estado de Derecho*, Año 1, N.º 2, julio-diciembre 2019, pp. 44-46.

debe estar prestablecida en la ley, sino que también el juzgamiento penal debe estar regido por la ley.

Así, dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, la forma en cómo se administre justicia es en sí misma un indicador de la garantía del derecho fundamental conocido como <<debido proceso>>. El derecho al <<debido proceso>>, en palabras de RODRÍGUEZ RESCIA, "busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso, entendiéndose por proceso desde el punto de vista jurídico como <<aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas prestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto>>"[846].

Ahora bien, el debido proceso -dice AGUDELO MARTÍNEZ- "es un derecho fundamental complejo de carácter instrumental, continente de numerosas garantías de las personas, y constituido en la mayor expresión del Derecho procesal. Se trata de una institución integrada en la Constitución y que posibilita la adhesión de unos sujetos que buscan una tutela ciara de sus derechos. Es un derecho fundamental que se integra generalmente a las partes dogmáticas de las Constituciones escritas reconocido como un derecho de primera generación en cuanto hace parte del grupo de derechos denominados como individuales, civiles y políticos, considerados como derechos fundamentales por excelencia (…)"[847]; en definitiva, como también GARCÍA RAMIREZ ha advertido, "bajo el concepto de debido proceso se reúnen y consolidan, pues, diversos derechos del justiciable"[848].

En consecuencia, en palabras de GARCÍA LEAL, "el debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano- es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia"[849]. Esta aproximación que hacemos acerca del debido proceso como derecho fundamental, es decir,

[846] Cfr. RODRÍGUEZ RESCIA, V. M.: "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N.º 110, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 328.
[847] Cfr. AGUDELO RAMÍREZ, M.: "El debido proceso", en *Opinión jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, Vol. 4, N.º 7, 2005, p. 90.
[848] Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, S.: "El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, N.º 117, 2006, p. 659.
[849] Cfr. GARCÍA LEAL, L.: "El debido proceso y la tutela judicial efectiva", en *Frónesis*, Vol. 10, N.º 3, 2003, p. 2.

como derecho imprescriptible, inalienable, irrenunciable y universal[850], nos advierte de que la propia garantía debido proceso tiene una importancia real para la garantía de los demás derechos reconocidos en la Constitución, pues, recordemos que para que se considere que un Estado de Derecho garantiza efectivamente los derechos humanos se requiere que, además del reconocimiento expreso de tales derechos, se establezcan órganos jurisdiccionales encargado de garantizarlos.

Pero ¿el debido proceso tiene relación con un determinado modelo o sistema de juzgamiento? Partiendo de las breves consideraciones acerca del derecho al debido proceso que acabamos, el derecho al debido proceso implica la concreción de una serie de presupuestos que facilitan la posibilidad de que el procesado pueda defenderse en igualdad de condiciones ante quien le acusa de haber cometido un delito, cuestión que lo aproxima a un Sistema predominantemente Acusatorio. Ahora bien, dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, las garantías del debido proceso están detalladas en la Constitución, y desarrolladas en la legislación procesal.

Así, en el caso de Venezuela, los presupuestos o indicadores del derecho al debido proceso están detalladamente especificados en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de la siguiente manera: "El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia: 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de

[850] Vid. SÁNCHEZ MARTÍN, A. L.: "Conceptos, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales", en *Eikasia: Revista de filosofía*, N.º 55, 2014, p. 230.

excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas" [851].

En la precitada disposición constitucional venezolana vemos que el debido proceso dota al procesado de herramientas que le permiten defenderse -en condiciones de igualdad- frente al ejercicio de la acción penal del Estado. Como acabamos de advertir *supra*, esta forma de concebir el proceso se corresponde con el Sistema predominantemente Acusatorio, el cual, como ya hemos asomado en el *Capítulo II* de este estudio, y en palabras de CARRARA, este Sistema "tiene por base el principio de que nadie puede ser llevado a juicio sin una acusación que otro sostenga en contra de él ante las autoridades competentes"[852], y el Sistema Acusatorio, también siguiendo al citado autor, se caracteriza especialmente por: "1º.- La plena publicidad de todo el procedimiento; 2º.- La libertad personal del acusado hasta la condena definitiva; 3.º La paridad de derechos y de poderes entre el acusador y el acusado; 4.º La pasividad del juez en el recogimiento de las pruebas, sean de cargo como de descargo; 5.º La continuidad de contexto; 6.º Síntesis en todo el procedimiento"[853].

---

[851] En España, las garantías del debido proceso se encuentran consagradas en el artículo 24 de la Constitución Española, en el tenor siguiente: "1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".

[852] Cfr. CARRARA, F.: Programa del Curso de Derecho Criminal. Dictado en la Real Universidad de Pisa. Parte General. Vol. II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 209.

[853] Cfr. CARRARA, F.: Programa del Curso de Derecho Criminal. Dictado en la Real Universidad de Pisa. Parte General. Vol. II…, Ibid., p. 210.

Estas premisas sintetizadas por CARRARA, la encontramos plasmadas en el artículo 1º del COPP, que reza: "*Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, realizado sin dilaciones indebidas, sin formalismos ni reposiciones inútiles, ante un Juez o Jueza, o tribunal imparcial*, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República" (*Cursivas nuestras*). En la citada disposición adjetiva penal vemos pues, que el debido proceso implica la adopción de un Sistema predominantemente Acusatorio, donde la función de acusar, defender y juzgar recae en actores diferentes.

En efecto, de acuerdo con FERNÁNDEZ, "en el Sistema Acusatorio estas funciones son independientes y, por tanto, alcanza nivel de libertad entre sí, es decir, el acusador, que es el Ministerio Público, portador de la acción pública, el defensor representa y asiste al imputado, y el juzgador va a ser el juez constituido de manera mixta con el escabinado o a manera de jurado, van a ejecutar, cada uno, funciones diferentes"[854].

Otro de los principios que acompaña al debido proceso es el <<principio del plazo razonable>>, el cual -en palabras de LÓPEZ DE QUIROJA- "se trata de un derecho prestacional que no puede relacionarse con el atasco y la congestión que pueda existir en los órganos jurisdiccionales (o en alguno en concreto)"[855]; en tal sentido, el citado autor -siguiendo lo dicho por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- advierte que "los tribunales deben cumplir su función jurisdiccional de garantizar la libertad, la justicia y la seguridad con la rapidez que permita la duración normal de los procesos, evitando dilaciones indebidas que quebranten la efectividad de la tutela, pero este deber judicial impuesto por la Constitución no puede ser cumplido, cualquiera que fuera el esfuerzo y dedicación de los Jueces y Tribunales, si los órganos judiciales no disponen de los medios materiales y personales que sean necesarios para satisfacer el derecho de los litigantes a una pronta respuesta de la jurisdicción a sus pretensiones procesales"[856].

---

[854] Cfr. FERNÁNDEZ, F. M.: "Situación de los derechos humanos en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal", en *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal, el nuevo proceso penal*. 2 al 4 de marzo, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 52.

[855] Cfr. LÓPEZ DE QUIROJA, J.: Tratado de Derecho penal. Editorial Aranzadi S. A., Navarra, 2010, p. 118.

[856] Cfr. LÓPEZ DE QUIROJA, J.: Tratado de Derecho penal…, Ibid., pp. 118 y 119. En el caso del ordenamiento jurídico español, advierte GONZÁLEZ GARCÍA, se "establece dos cauces principales de reacción jurídica contra dilaciones indebidas o retrasos injustificados en el proceso. En primer término, el retraso injustificado o no razonable es constitutivo de un supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 292 Ley Orgánica del Poder Judicial, en desarrollo del art. 121 CE), susceptible de reparación por vía indemnizatoria ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previo

Sin embargo, pese a la categoría de derecho fundamental que ostenta el <<debido proceso>>, este derecho ha sido frecuentemente vulnerado por países como Venezuela, aun cuando han existido intentos de fortalecerlo. En efecto, con la promulgación del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) -mediante Gaceta Oficial N.º 5.208 Extraordinaria de 23 de enero de 1998-, se cambia el sistema procesal para garantizar una justicia más expedita y directa, con sentido de equidad, al introducir un sistema mixto predominantemente acusatorio -el cual vendría a suplir el sistema inquisitivo estipulado en la derogada Ley de Enjuiciamiento Criminal[857]-; propósito éste que terminaría impactando en la práctica al <<contrarrestar el retardo procesal que venía afectando a la justicia penal venezolana durante décadas>>[858].

---

reconocimiento de que el retraso es injustificado, y siempre que se haya derivado de él un daño evaluable en metálico y sea imputable a la Administración de Justicia, en sentido lato, y no al propio comportamiento del afectado. Por otro lado, el retraso injustificado vulnera el derecho fundamental al proceso sin dilaciones indebidas (Art. 24.2 CE), susceptible de tutela ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, previo agotamiento de los recursos en vía judicial, es decir, siempre que la propia jurisdicción ordinaria no haya tenido la oportunidad de tutelar el derecho en positivo, poniendo fin a la dilación denunciada y preservando con ello la subsidiaridad de la jurisdicción constitucional. Estos dos instrumentos no se solapan entre sí, sino que desempeñan diferentes papeles dentro del sistema global de reacción frente a dilaciones indebidas. La reclamación de responsabilidad patrimonial al Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se inicia tras la terminación del proceso, esto es, una vez consumado el daño y no habiendo sido reparado en vía jurisdiccional a pesar de haber sido denunciado por la parte, al estar vedado al Estado proceder a la reparación patrimonial por funcionamiento anormal del Estado-juez cuando el proceso está aún pendiente y no ha concluido por resolución firme. Por su parte, el recurso de amparo por dilaciones indebidas requiere como condición necesaria que la lesión que se denuncia sea aún reparable, es decir, que el proceso en el que se denuncia la dilación no haya concluido en el momento de interposición de demanda, de suerte que la sentencia estimatoria que declare la vulneración del derecho fundamental tenga el efecto positivo de ordenar al órgano judicial que se ponga fin a la dilación indebida denunciada en el propio proceso, de no haber concluido éste durante la pendencia del recurso de amparo". Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.: "Exclusividad de la jurisdicción y tutela judicial efectiva: Sobre las funciones en el proceso de los letrados de la administración de justicia (A propósito de la STC 58/2016, de 17 de marzo)", en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 19, N.º 1, 2016, p. 432.

[857] Vid. por ambos: CHIOSSONE, T.: Manual de Derecho Procesal Penal. Cursos de Derecho-Facultad de Derecho-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967, p. 84; GABALDÓN, L. G.: "Informalidad, coacción, y garantías procesales: percepciones de adolescentes condenados por homicidio", en *Espacio Abierto*, Vol. 30, N.º 4, octubre-noviembre, 2021, p. 39.

[858] Al respecto, Vid. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano…, ob. cit., *passim*. Ahondando más sobre el funcionamiento del proceso penal bajo la vigencia de la derogada Ley de Enjuiciamiento Criminal venezolana, ALGUÍNDE y PÉREZ PERDOMO han explicado que "el proceso penal efectivamente era arcaico y enormemente ineficiente. La doctrina lo llamaba mixto (CHIOSSONE, 1981) por cuanto tenía dos fases: el sumario, completamente inquisitorio, y el plenario, que incorporaba elementos acusatorios. En el procedimiento inquisitorio el juez busca la verdad, o más propiamente los elementos de convicción. En Venezuela, la regulación establecía que las actas procesales eran secretas durante el sumario; la costumbre era primero hacer preso al sospechoso y luego investigar, y el procesado permanecía en prisión aguardando sentencia. El proceso era escrito, lo cual significaba que era extremadamente burocrático. Los actos procesales generalmente eran entrega o lectura de documentos. Aunque puede imaginarse un proceso inquisitorio muy rápido, en la práctica era moroso o de marcha irregular pero generalmente lenta, especialmente si el procesado no tenía los recursos para pagar a un abogado diligente que pusiera presión sobre empleados del tribunal y el juez mismo para que tomaran las acciones a las cuales estaban obligados conforme a la ley. En un procedimiento así no se percibía ninguna relación entre crimen y castigo y, en el fondo, el castigo era el proceso. Las cárceles estaban pobladas de presis en espera de sentencia -en consecuencia, formalmente inocentes-". ALGUÍNDIGUE, C. / PÉREZ PERDOMO, R.:

Así, en un principio, la expectativa generada con la entrada en vigencia de la nueva legislación procesal penal en el sentido de que, con el COPP "se lograría una justicia rápida, dictada con sentido de equidad, y que esto contribuiría al combate de la delincuencia y al logro de la seguridad jurídica"[859], en la práctica, los resultados positivos esperados no durarían mucho tiempo debido -entre otras razones- a las fallas en la Administración de Justicia derivadas de la falta de adecuación de la infraestructura necesaria para materializar el contenido de la ley[860]; y, sobre todo, debido a cuestiones ajenas al propio COPP y atribuibles al funcionamiento de la Administración Penitenciaria, como por ejemplo: la ausencia de medios materiales para trasladar a los procesados a los tribunales por la falta de medios de transporte, y la carencia de los mecanismos de seguridad y del personal de custodia insuficiente para realizar los traslados.

También la referida expectativa optimista depositada en la nueva legislación adjetiva penal se vería truncada por la matriz de opinión alimentada por la campaña de desinformación liderada por algunas autoridades de los Poderes Públicos, quienes en el intento de justificar el incremento de la criminalidad en la disminución de un 40% de la población reclusa -gracias al otorgamientos de los beneficios penitenciarios o fórmulas de cumplimiento de penas, propios del régimen progresivo venezolano- impulsaron la idea en la opinión pública de que las medidas de prelibertad estipuladas en el COPP favorecían la <<impunidad>>[861]. Todas estas circunstancias dieron lugar a que al poco tiempo de que el COPP entrare en vigencia, esta normativa adjetiva fuera reformada para introducir cambios que afectarían algunas de las garantías procesales, entre las que se encontraba: <<la preeminencia de la libertad del procesado durante la celebración del proceso penal>>.

"Revolución y proceso penal en Venezuela 1999-2012", en *Anales de la Universidad Metropolitana*, Vol. 13, N.º 2, 2013, p. 124.

[859] Cfr. ALGUÍNDIGUE, C. / PÉREZ PERDOMO, R.: "Revolución y proceso penal en Venezuela 1999-2012…, Ibid. p. 124.

[860] También en este sentido, ROSELL SEHENN ha advertido que "haber aprobado el Código Orgánico Procesal Penal (COPP) fue un adelanto en pro de los derechos del justiciable, que sacó a Venezuela, prácticamente y sin exageración, de la Edad Media, al pasar de un sistema procesal inquisitivo a otro acusatorio oral. Pero, grave error, se obvió implementar la reforma, dejando el asunto en manos de jueces, quienes además de no tener experiencia en este nuevo sistema, son ignorantes tanto jurídica como en <<cultura actual>>, a lo que se añade una visible corrupción que exhiben de forma soez e impune". Cfr. ROSELL SENHENN, J. L.: "Figuras del proceso penal venezolano observadas a través del retardo procesal", en *Revista de Derecho Penal, Procesal Penal, Penitenciario y Derechos Humanos*, Vol. 1, Año 2018, p. 25.

[861] Vid. OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Informe sobre los derechos humanos y debido proceso de las personas privadas de libertad. Venezuela 2009. Publicaciones OVP, Caracas, 2009, pp. 10 y ss.

En efecto, el Poder Legislativo reformaría la referida legislación procesal en varias oportunidades, y a pesar de que aparentemente estas reformas no afectaban al Derecho sustantivo penal, como veremos, no dejaron de tener visos de políticas Neo-retribucionistas que también impactarían negativamente en el funcionamiento del Sistema Penitenciario y, por ende, en la ejecución de la privación de libertad.

Como veremos en el *Capítulo VIII* cuando abordemos el análisis sociológico del impacto que las reformas legislativas Neo-retributivas sustantivas y procesales han tenido en la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho concreto, como lo es el venezolano, veremos que inicialmente con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal se estabilizó o rebajo la densidad de la población reclusa.

Ahora bien, como hemos señalado *supra*, si bien la leyes no solucionan del todo los problemas sociales, si contribuyen a solucionarlo; pero para ello es necesario que exista una organización e infraestructura adecuada. Particularmente en el caso de la administración de justicia penal de un determinado Estado, esta se materializa mediante la actuación coordinada de los órganos que integran el Sistema de Administración de Justicia (Policía, Ministerio Público, Tribunales, Administración Penitenciaria, etc.)[862], y ello se debe a que la contención del delito -como tarea de la política criminal- implica el diseño de estrategias preventivas y represivas que exigen la participación de los distintos órganos del Poder Público, donde cada uno de tales órganos realiza tareas específicas y propias de sus competencias pero que, sin embargo, son necesarias para el buen funcionamiento del Sistema de Administración de Justicia. En otras palabras, en la prevención del delito y el tratamiento del delincuente la -buena o mala- labor de un órgano del poder público integrante del Sistema de Administración de Justicia impacta -positiva o negativamente- a todo el Sistema en su conjunto.

Esta circunstancia nos lleva a considerar que cuando un componente del Sistema de Administración de Justicia Penal es reformado, se hace para perfeccionar el sistema punitivo estatal para proteger con mayor eficacia los derechos humanos del colectivo en general. Esta protección se traduce en el control de la criminalidad, en la reafirmación de la autoridad de la ley, y en el mantenimiento de la confianza del individuo en sus instituciones; y ello a su vez nos lleva a pensar que lo prioritario de estas reformas es asegurar la

[862] En este sentido, Vid. COMBELLAS, R.: "La reforma judicial dentro de la reforma del Estado. La visión de la COPRE", en *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal, el nuevo proceso penal*. 2 al 4 de marzo, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, pp. 27 y 28.

eficiencia en el castigo con miras, no sólo a disminuir los atentados contra los derechos de los ciudadanos, sino también a reforzar la confianza de los individuos en la protección estatal[863], incluso a costa de las garantías que amparan a todo individuo frente al poder punitivo del Estado.

Esta forma de considerar a la política criminal aproxima a las reformas que afectan al Sistema de Administración de Justicia venezolano a una tendencia Neo-retributiva en los términos que hemos reproducido *supra* de lo dicho por MORSELLI, pues, recordemos que según este autor, para un sector de la doctrina, el Neo-retribucionismo se caracteriza también por tener <<efectos general-preventivos positivos-constructivos>>, en virtud de que con la penalidad se busca sostener y consolidar el orden infringido por el delito y, con ello, reforzar el valor de justicia que legitima al propio Derecho.

Asimismo, la observación que acabamos de hacer es constatable en la práctica si revisamos el recorrido que una legislación originariamente garantista -como lo es el Código Orgánico Procesal Penal- es reformada poco tiempo después de entrar en vigencia para, precisamente, aumentar la sensación de seguridad en la población, es decir, para reforzar el efecto simbólico de la penalidad que se alcanza cuando la comunidad ve satisfecha la expectativa de que el Estado actúa oportuna y justamente frente al delito[864], mediante no sólo la severidad de la pena, sino también a través de la restricción de las garantías que amparan al sujeto inmerso en un proceso penal.

Ahora bien, volviendo a los orígenes del COPP, con miras a mejorar el Sistema de Administración de Justicia, el Estado venezolano -con el nuevo Código Orgánico Procesal Penal- pretendió continuar con la estrategia utilizada para combatir el hacinamiento en las prisiones, estrategia que el Estado venezolano venía emprendiendo legislativamente desde principios de la década de 1980. Al igual que lo ocurrido con la reforma de la Ley de Régimen penitenciario en el año 1981, donde el Ministerio de Justicia de aquel entonces concibió varias vías para disminuir el hacinamiento, entre las que se encontraban, en palabras de MORÁIS, "impedir que un importante

[863] Este aspecto es importante porque el mal funcionamiento del Sistema de Administración de Justicia se puede constituir en un factor criminógeno, precisamente por la desconfianza de la población en la capacidad de la Administración de Justicia para hacer respetar los derechos humanos. En este sentido, FERNÁNDEZ ha advertido que debido al "abandono del tema de los derechos humanos el Estado Jurisdiccional ha perdido credibilidad y la gente está abandonando la ruta adecuada, legal y procedimental para ir hacia fórmulas de desistimiento y, sobre todo, de auto justicia, lo cual pone en duda la misma existencia del Estado". Cfr. FERNÁNDEZ, F. M.: "Situación de los derechos humanos en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal", en *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal, el nuevo proceso penal*. 2 al 4 de marzo, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 46.

[864] Vid. ROSALES, E.: El Sistema Penal Venezolano Contemporáneo. Tendencias y propuestas. Imprenta Unes, Caracas, 2012, p. 14.

contingente de individuos entrara a prisión, propiciar que se redujera el tiempo de permanencia de los condenados en la misma y construir nuevos establecimientos penitenciarios"[865].

En efecto, con el Código Orgánico Procesal Penal, en palabras de VÁZQUEZ GONZÁLEZ, "el legislador optó por un género de <<medidas cautelares>>, dirigidas a asegurar la presencia de la persona sujeto del proceso (medidas de coerción personal) y, a tales efectos, prevé la posibilidad de que ante la necesidad de asegurar el fin del proceso[866] pueda decretarse una medida sustitutiva de la privación de libertad, y si esta no fuere suficiente, imponer la privación de libertad. En cualquier caso, la medida impuesta no puede imponerse de forma indefinida a riesgo de perder su naturaleza y convertirse en una pena anticipada"[867].

---

[865] Cfr. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano…, ob. cit., p. 39.

[866] La citada autora explica que de conformidad con el artículo 13 del COPP, "el fin del proceso es el establecimiento de la verdad de los hechos por las vías jurídicas y la justicia en la aplicación del Derecho". Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, M.: "Reforma legislativa y retardo procesal en el ámbito penal", en *Revista de Derecho Penal, Procesal Penal, Penitenciario y Derechos Humanos*, Vol. 1, Año 2018, p. 45.

[867] Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, M.: "Reforma legislativa y retardo procesal en el ámbito penal…, ob. cit., p. 45. Sobre este aspecto, la citada autora -como corredactora del COPP- ha explicado cómo la presunción de inocencia y el derecho a la libertad durante el proceso se configuran como límites a la privación de libertad durante el proceso penal venezolano; explicación que expone en el tenor siguiente: "por cuanto la Constitución (artículo 49.2) y la Ley (artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal) garantizan el derecho de toda sometida a proceso a que se le presuma inocente y a ser tratada como tal hasta tanto una sentencia condenatoria firme desvirtúe tal presunción, podría pensarse que toda sujeción del imputado a medidas cautelares y entre ellas específicamente la privación judicial preventiva de libertad, constituye una lesión a este principio; sin embargo, tal afirmación resulta cierta solo en los casos en que la imposición de la medida cautelar se funda en razones de orden sustantivo como lo es la posible pena que podría imponerse o asegurar el cumplimiento de la condena. Si, por el contrario, la medida cautelar dictada se sustenta en el riesgo procesal de alcanzar la verdad que podría resultar comprometida si el imputado se fuga u obstaculiza la investigación, no habría lesión a la presunción de inocencia". Cfr. VÁSQUEZ GONZÁLEZ, M.: "El decaimiento de las medidas de coerción personal", en VV. AA.: X Jornadas de Derecho Procesal Penal. Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007, p. 263. Por otra parte, a título ilustrativo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela ha sido conteste en reafirmar el Principio de Proporcionalidad como límite a las medidas de coerción personal impuestas durante las fases preparatoria y de juicio del proceso penal. Así, por ejemplo, mediante Sentencia Sala Constitucional N.º 1712, del 12 de septiembre de 2001, la Sala Constitucional señaló que "una vez que una medida de esa naturaleza exceda de dos años en su vigencia, siempre y cuando no existan tácticas procesales dilatorias abusivas, producto del mal proceder de los imputados o sus defensores, para que el proceso penal pueda tardar más de dos años sin sentencia firme condenatoria, debe entenderse que ella decae automáticamente". Asimismo, en Sentencia Sala Constitucional N.º 1626, del 17 de julio de 2002, la Sala Constitucional ha expresado que: "Dicho principio se refiere a la relación que debe existir entre la medida de coerción personal a ser impuesta, la gravedad del delito que se imputa, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. Es decir, ante la posible comisión de un hecho punible por parte de un individuo determinado, el juzgador debe valorar los anteriores elementos y, con criterio razonable, imponer alguna de dichas medidas; ello para evitar que quede enervada la acción de la justicia. No obstante, tal providencia debe, necesariamente, respetar los límites que contiene el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, antes 253, la cual es la garantía que el legislador ofrece al imputado de que no estará sometido indefinidamente a medida de coerción personal alguna, sin que en su contra pese condena firme, pues determinó que dos años era un lapso más que razonable -aun en los casos de delitos graves- para que en la causa que se siguiera en su contra, se hubiera producido pronunciamiento de una decisión definitivamente firme". También, en Sentencia Sala Constitucional N.º

En un Estado garantista la justicia ha de ser expedita, pues ello es un indicador del derecho a un <<proceso sin dilaciones indebidas>> o <<plazo razonable>>[868]. Además, la ausencia de una justicia expedita es mucho más lesiva cuando el procesado se encuentra privado de libertad, pues, recordemos que la privación de libertad implica, por su naturaleza, una lesión o daño a un derecho que sólo puede ser vulnerado bajo severas garantías que, si no son respetadas, hace de la medida restrictiva de libertad una medida injusta.

Por ello, señala VÁZQUEZ GONZÁLEZ, "en el COPP original (1998), el artículo 253 contempla como exigencia del principio de proporcionalidad que en ningún caso las medidas de coerción personal podían sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder del plazo de dos años. Así se mantuvo esta regulación hasta que en la cuarta reforma del COPP del 26 de agosto de 2008 se modificó el citado principio (artículo 244 para la fecha y actualmente 230) disponiéndose que, en el caso de concurrencia de delitos, la pena mínima a considerar como límite de la duración de la medida correspondería a la del delito más grave. La misma modificación se contempló en los casos de prórroga solicitada por el Ministerio Público o el querellante. Adicionalmente se agregó que la prórroga podía solicitarse cuando el vencimiento del plazo obedecía a dilaciones indebidas atribuibles al imputado, acusado o sus defensores, lo cual debía ser debidamente motivado por el solicitante y que, si para la fecha de la solicitud la causa se encontraba en la Corte de Apelaciones, esta debía remitirla al juzgado de primera instancia"[869].

2398, del 28 de agosto de 2003, se reitera que: "Esta Sala observa que el legislador estableció como límite máximo de toda medida de coerción personal, independientemente de su naturaleza, la duración de dos años, puesto que previó que era un lapso suficiente para tramitar el proceso. Ahora bien, una vez transcurridos los dos años, decae automáticamente la medida judicial privativa de libertad, sin embargo, es probable que para asegurar la finalidad del proceso someter al imputado o al acusado a alguna otra medida, que, en todo caso, debe ser menos gravosa". Y la Sala Constitucional, mediante Sentencia Sala Constitucional N.º 2249, del 1 de agosto de 2005, señaló igualmente que "de lo anterior se deriva que es derecho de la accionante solicitar la libertad por transcurso de más de dos (2) años de estar privado de libertad sin mediar juicio oral y público y es obligación del juez de la causa principal decretar la libertad, al verificar el cumplimiento de los extremos exigidos en el artículo 244 del Código Orgánico Procesal Penal, pues lo contrario sería violar el derecho a la libertad consagrado en el artículo 44 Constitucional, a menos que se evidencie la concesión de prorroga referida *supra*, se advierta que el juicio no se ha llevado a cabo por culpa del imputado o si configura, en la concesión de la libertad de este la amenaza o riesgo a los cuales alude el artículo 55 de la Constitución".

[868] Al respecto, Vid. GUTIÉRREZ BERLINCHES, A.: "La necesidad de limitar la duración de la instrucción penal: de nuevo sobre el artículo 324 LECrim", en BANACLOCHE PALAO, J. (Dir.) / GUTIÉRREZ BERLINCHES, A. (Dir.): Cuestiones problemáticas en la instrucción de los procesos penales. Editorial Aranzadi S.A.U, Navarra, 2023, p. 184 y 185.

[869] Cfr. VÁZQUEZ GONZÁLEZ, M.: "Reforma legislativa y retardo procesal en el ámbito penal…, ob. cit., pp. 45 y 46.

De cualquier manera, en palabras de ROSELL SENHENN, el COPP cuando nace "fija como plazo dos años para que se produzca la sentencia, caso contrario la detención preventiva debe cesar. Efectivamente, el artículo 230 del COPP ordena que la detención preventiva no debe prolongarse por más de dos años, por lo tanto, pasados estos sin que haya una sentencia condenatoria el imputado deberá quedar en libertad. Esta norma tiene por finalidad sancionar el excesivo retardo procesal, pues dos años es un lapso de tiempo más que suficiente para realizar el juicio penal"[870].

Como ya advertimos *supra*, con esta limitación de la medida de coerción personal, además de garantizar los derechos del justiciable, se pretendió impedir que un importante contingente de personas ingresase a prisión durante el desarrollo del proceso penal previo a la sentencia definitiva, al contrario de lo que sucedía con la anterior y derogada Ley de Enjuiciamiento Criminal[871].

En definitiva, con la llegada del COPP se esperaba superar la tendencia inquisitiva que imperaba en el proceso penal venezolano, donde la regla era la privación de libertad del procesado durante el tiempo de juzgamiento. Este propósito de establecer al proceso en libertad como regla, no se mantendría durante mucho tiempo, pues, tal como han apuntado ALGUÍNDIGUE y PÉREZ PERDOMO, "once meses después de vigencia (en agosto de 2000) se modificará el Código para adaptarlo a la realidad venezolana para la <<necesaria defensa de la sociedad frente al delito>>. La adaptación consistió en la modificación de cinco artículos relacionados con el principio de afirmación de la libertad. Se extendió el lapso para la decisión del juez acerca de la detención preventiva, de 24 a 72 horas (COPP, 2000, artículo 374). Introdujo elementos adicionales para avalar el decreto de la privación de

[870] Cfr. ROSELL SENHENN, J. L.: "Figuras del proceso penal venezolano observadas a través del retardo procesal…, ob. cit., p. 32.

[871] A pesar de que el derecho a la libertad gozaba de las garantías prestablecidas en la Constitución venezolana de 1961, y de que el Código de Enjuiciamiento Criminal vigente hasta la entrada en vigor de Código Orgánico Procesal Penal en el año de 1998 consagrara algunas garantías para proteger la libertad individual durante el desarrollo del proceso penal, la realidad que la regla era la detención del procesado durante el desenvolvimiento de un proceso que llegaba a extenderse por años. En efecto, en palabras de CHIOSSONE, durante la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal, "el proceso penal venezolano tiene una duración indefinida. Para no citar sino un ejemplo, se ha dado el caso de una detención durante el proceso que duró diez años, al final de los cuales el procesado resultó absuelto. Pero hay casos que muestran una verdadera arbitrariedad, un verdadero atentado contra la libertad individual. Recientemente asistí a un procesado quien, solamente para oír cargos, estuvo detenido durante dos años. Esto quiere decir que el Fiscal del Ministerio Público, cuya obligación impretermitible es hacer siempre el tercer día, después de nombrarse el defensor definitivo, los cargos que tenga contra el procesado, esos tres días los prorrogó por dos años. Y nada pudo hacerse para remediar esta arbitrariedad. No fue suficiente la gestión que, por todos conductos, aún de influyentes, se hizo ante la fiscalía general de la República". Cfr. CHIOSSONE, T.: "Límites legales de la privación de libertad", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, N.º 50, 1971, p. 29.

libertad (COPP 2000, artículo 259). Restringió el otorgamiento de acuerdos reparatorios (COPP 2000, artículo 34) y disminuyó el tiempo de rebaja de la condena cuando el imputado admite los hechos en casos de delitos de corrupción y drogas (COPP 2000, artículo 376)"[872]. Esta primera reforma, si bien fue tímida, propendía a la expansión de la privación de libertad, incluso durante el proceso, tal como imperaba en el modelo anterior contemplado en la derogada Ley de Enjuiciamiento Criminal[873].

Un año después de la referida reforma del COPP, el texto legal en comento sería nuevamente revisado como consecuencia de la subsistencia de la matriz de opinión que responsabilizaba al COPP del "aumento de la inseguridad personal y de haber generado la impunidad de los delincuentes. En efecto, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal expresa: <<Motivo de verdadera alarma y preocupación en la ciudadanía lo constituye, sin duda, la impunidad reinante en el país, como consecuencia de la superposición de beneficios existentes para el otorgamiento de libertades"[874].

En efecto, según lo observado por ALGUÍNDIGUE y PÉREZ PERDOMO, esta reforma de noviembre del año 2001 "fue producto de una comisión especial designada por la Asamblea Nacional para estudiar el incremento de la violencia y la percepción de inseguridad. Se restringió nuevamente, y de manera más tajante, el principio general de juzgamiento en libertad, a través del incremento de los lapsos para la presentación de los actos conclusivos y la restricción del uso de medidas alternativas a la prosecución del proceso. Se extendió el lapso de detención preventiva de 24 a 48 horas antes de la presentación al juez (COPP 2001, artículo 373). Amplió el plazo para la presentación del acto conclusivo de 20 a 45 días. Introdujo elementos adicionales para decretar la privación de libertad (COPP 2001, artículo 250). Restringió el otorgamiento de acuerdos reparatorios y la privación de la suspensión condicional del proceso (COPP 2001, artículo 40). Estableció por primera vez la posibilidad de solicitud de prorroga al lapso de dos años estipulado para la detención preventiva (COPP 2001, artículo 244), y determinó que la improcedencia de la detención preventiva sólo opera en los casos de delitos cuyas penas no excedan de tres años y el imputado haya tenido una buena conducta predelictiva (artículo 253). Adicionalmente se

[872] Cfr. ALGUÍNDIGUE, C. / PÉREZ PERDOMO, R.: "Revolución y proceso penal en Venezuela 1999-2012…, ob. cit. p. 125.
[873] Vid. GABALDÓN, L. G.: "Discurso legal y discurso social: reflexiones sobre el espacio del control social formal en Venezuela", en *Espacio Abierto*, Vol. 11, N.º 4, octubre-diciembre 2002, p. 608.
[874] Vid. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano…, ob. cit., pp. 52 y 53.

suprimió el jurado y se otorgó a las víctimas mayor participación en el proceso penal"[875].

Asimismo, continuando con lo observado por ALGUÍNDIGUE y PÉREZ PERDOMO, "en 2006 y 2008 hubo nuevas reformas, lo cual ha dado una considerable inestabilidad al contenido del Código. La materia de detención preventiva es una de las materias más frecuentemente vueltas a regular. Con estas reformas, el fiscal obtuvo la posibilidad de pedir prorrogas mayores a los dos años para la detención preventiva (COPP 2006, artículo 244). Es así que la detención preventiva puede sumar un total de 799 días, con la posibilidad de alargarse hasta el límite máximo de 28 años, si el juzgamiento corresponde a los delitos más graves. Adicionalmente, se incrementó el lapso para la realización de la audiencia preliminar de 20 a 40 días (COPP 2008, artículo 237) y estipula procedente la privación de libertad, aun sin la documentación judicial necesaria, en caso de solicitudes de extradición (COPP 2008, artículo 396)[876].

Así, vemos que la perversión del proceso penal predominante Acusatorio contenido en el COPP fue propiciado por la errada creencia de la sociedad, de que a mayores garantías para el <<procesado>>, mayor es la impunidad frente al delito. De manera que, partiendo de esta errada creencia, las garantías como la presunción de inocencia y la preeminencia del juzgamiento en libertad del procesado contradicen a una consecuencia derivada del natural sentimiento retaliativo de la sociedad frente al delito, a saber: por el hecho de que una persona se encontrase inmersa en un proceso penal en calidad de investigada o imputada, es de facto <<culpable>>, y, por lo tanto, susceptible de ver mermado sus derechos aunque sobre ella no haya recaído sentencia condenatoria.

En definitiva, la privación de libertad durante el proceso penal venezolano ha sido una práctica arraigada que el Código Orgánico Procesal Penal no ha podido cambiar en sus primeros años de vigencia, sino que por el contrario, este ha tenido que ser reformado para asegurar la pervivencia de la privación de libertad durante el proceso penal; situación ésta que refrenda lo dicho por CHIOSSONE hace más de 50 años atrás: "podría decirse, sin temor a hiperbolizar, que en Venezuela hay cierto deleite, que a veces raya en sadismo, por la privación de libertad. Nuestro tradicional gendarme cree que su función específica es detener, porque piensa que con ello ha cumplido con

[875] Cfr. ALGUÍNDIGUE, C. / PÉREZ PERDOMO, R.: "Revolución y proceso penal en Venezuela 1999-2012…, ob. cit. pp. 125 y 126.
[876] Cfr. ALGUÍNDIGUE, C. / PÉREZ PERDOMO, R.: "Revolución y proceso penal en Venezuela 1999-2012…, Ibid. pp. 126 y 127.

su función previsiva y represiva. Se detiene por faltas de policía, y por hechos punibles que no ameritan pena corporal. De esto se ha hecho un clima a través de todos los regímenes políticos que ha padecido el país. Primero se detiene. Después vendrá la prueba y en caso de no haberla, viene la excusa de haber cometido una equivocación"[877].

Pero más allá de la comentada percepción de la sociedad alimentada por el propio Estado, obsérvese que la merma de las garantías procesales por el solo hecho de que la persona se encontrare en condición de investigada o imputada es una manifestación de la justicia penal de los tiempos oscuros que precedieron al modelo de Estado de Derecho moderno, donde tanto el proceso de juzgamiento, como la penalidad estaban huérfanos de garantías; donde el proceso era inquisitivo, y la pena se limitaba a garantizar la retribución y la prevención general[878]; y donde tanto el proceso como la penalidad iban unidos al tormento, pues, el castigo era el proceso mismo o se iniciaba con éste[879].

En cuanto a la ejecución de la pena privativa de libertad regulada por el COPP, nos dice GUEVARA PULGAR que, "en lo tocante a las reformas procesales, el legislador desnaturalizó en el artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal la institución de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y afectó el régimen progresivo, *pues se impuso el cumplimiento de la mitad de la pena correspondiente a los delitos previstos en dicha norma, para otorgar el beneficio de suspensión condicional de la ejecución de la pena y optar <<a cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena>>*"[880].

Así, con esta medida, desaparece la suspensión condicional de la pena para los delitos afectados por el mandato contenido en la disposición legal por

---

[877] Cfr. CHIOSSONE, T.: "Límites legales de la privación de libertad…, ob. cit., pp. 27 y 28. Y más adelante, el citado autor -en esta misma obra- reitera la falta de arraigo en la idea de que la garantía del derecho a la libertad en Venezuela sea verdaderamente efectiva en la práctica. En efecto, CHIOSSONE advirtió, que: "las Constituciones venezolanas, desde la que nuestros Padres Conscriptos dictaron en 1811, en la alborada República, hasta la que nos rige actualmente, han garantizado siempre, como derecho individual, <<la libertad y la seguridad individual>>. Sin embargo, bien porque tales declaraciones fueron una expresión romántica generada por la explosión mundial que produjo la <<declaración de los derechos del hombre>> bien porque se considera como se considera como fundamento de nuestra democracia teórica, sublimada con las Constituciones de papel, o porque se estableciere como fundamento inequívoco de nuestras instituciones democráticas, como sucede actualmente, en ninguna de esas expresiones constitucionales y políticas, la libertad individual, así consagrada, ha sido un derecho absoluto, incólume frente a los abusos del poder y frente a las fórmulas legislativas". Cfr. CHIOSSONE, T.: "Límites legales de la privación de libertad…, Ibid., pp. 30 y 31.

[878] Vid. MIR PUIG. S.: "¿Qué queda en pie de la resocialización?, en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Enero 1989, p. 35.

[879] Vid. ALGUÍNDIGUE, C. / PÉREZ PERDOMO, R.: "Revolución y proceso penal en Venezuela 1999-2012…, ob. cit. p. 124.

[880] Cfr. GUEVARA PULGAR, J. B.: "El impacto de las reformas procesales y penales sobre la ejecución de la pena…, ob. cit., p. 416

cuanto el sujeto debe cumplir la mitad de la pena, en cuyo caso -al decir de MORÁIS- técnicamente lo que se le concedería al penado es una libertad condicional en vez de una suspensión condicional de la pena[881].

Pero la reforma de la legislación procesal también afectaría directamente al mecanismo empleado por la legislación penitenciaria para coadyuvar a la reinserción social del condenado a una pena privativa de libertad en Venezuela: <<el régimen progresivo>>.

Cuando la reforma del COPP exige el cumplimiento de la mitad de la pena no sólo para la suspensión condicional de la ejecución de la pena, sino también para el acceso a <<cualquiera de las fórmulas alternativas de cumplimiento de pena>>, se está refiriendo al <<régimen progresivo>>. De hecho, según MORÁIS, el artículo 501 del Código Orgánico Procesal Penal "pasa a regular el régimen progresivo establecido en la Ley de Régimen Penitenciario. La reforma del COPP atrajo de la LRP los beneficios que erróneamente denomina fórmula alternativa de cumplimiento de pena. En efecto, el artículo 501 pasa a regular el trabajo fuera del establecimiento (destacamento de trabajo, DT), el régimen abierto y la libertad condicional. Aparentemente, el Código reproduce el régimen progresivo antes establecido en la LRP, tal como allí se encontraba, pues prevé la concesión de los referidos beneficios cuando el condenado cumpla la cuarta, la tercera y dos terceras partes de la pena, respectivamente. Pero es sólo apariencia, puesto que dichos beneficios únicamente podrían ser otorgados a la mitad de la pena, si el delito cometido fuese uno de los mencionados en el artículo 493. Con ello, se eliminó también el régimen progresivo"[882].

La mencionada reforma de la legislación procesal penal venezolana constituye un ejemplo paradigmático de cómo, desde un texto adjetivo, se pueden afectar aspectos de la pena -naturalmente regulada por el Derecho sustantivo penal-, pues, con esta reforma adjetiva penal se aprecia que se desnaturalizan instituciones jurídico-penitenciarias destinadas a materializar la finalidad preventivo especial que tiene la pena privativa de libertad; al redirigir la orientación de la finalidad hacia tendencia meramente retributivas. Recordemos que el régimen progresivo tiene un fin practico, y es el de coadyuvar a que el penado se mantenga en contacto con la dinámica de la vida en libertad, para facilitar así su reinserción social.

Cabe acotar en este lugar que, la libertad provisional concedida con ocasión a la aplicación del régimen progresivo no significa <<impunidad>>,

[881] Vid. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano…, ob. cit., p. 53.
[882] Vid. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano…, Ibid., pp. 53 y 54.

pues como bien ha advertido MORÁIS, "mientras el condenado se beneficia de cualquiera de las medidas anteriormente mencionadas está cumpliendo pena, aunque goce de un régimen de libertad menos restringido"[883], y ello es así, porque para que el penado pueda acceder a las medidas de prelibertad debe cumplir con determinados requisitos objetivos y subjetivos, previos y durante el cumplimiento del régimen de semilibertad.

En todo caso, tal como ha advertido MORÁIS, la reforma procesal del 2001 causó un gran revuelo en el ámbito académico, en las organizaciones de defensas de derechos humanos y principalmente en las cárceles venezolanas. Esta disconformidad impactó en la vigencia del texto adjetivo reformado, pues, "el 8 de abril de 2005, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, visto el recurso de nulidad interpuesto por tres defensores públicos contra el artículo 493 del Código Orgánico Procesal Penal, decidió suspender su aplicación hasta tanto se dictase sentencia definitiva, lo cual nunca ocurrió porque los reclusos, con sus motines, huelgas de hambre y de sangre, así como otras formas de presión que les son propias, lograron que en octubre de 2006 se derogara el artículo 493 y se modificaran los artículos 501 y 507 del COPP de 2001"[884].

Sin embargo, como hemos visto *supra* y continuaremos viendo *infra*, esta reivindicación alcanzada no fue permanente, pues, posteriormente el COPP volvería a ser reformado para mejorar la eficacia represiva de sus disposiciones y ajustarlo a la idiosincrasia retributiva que -como estrategia para contrarrestar el delito- ha imperado en el Sistema de Administración de Justicia venezolano, todo ello en contravención con los postulados constitucionales, y, por ende, en detrimento de los derechos de las personas privadas de libertad.

7.2.4.- Las reformas Neo-retributivas en la legislación penitenciaria venezolana y su impacto en el Principio de Legalidad de la Ejecución Penal

En el *Capítulo IV* de este estudio, hemos dicho que el Principio de Legalidad de la Administración es una de las exigencias que deben respetarse para que un determinado Estado sea considerado como Estado de Derecho, y, concretamente durante la aplicación de la pena, esta exigencia se materializa a través del Principio de Legalidad de la Ejecución Penal.

[883] Cfr. MORÁIS, M. G.: La pena: su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., p. 61.
[884] Vid. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano…, ob. cit., pp. 56 y 57. El artículo 507 del COPP se refiere a la redención de penas por el trabajo el cual, tras la reforma del 2006, estipula que la redención se computará a partir del momento en que el penado empiece a cumplir la condena que le hubiere sido impuesta.

Ahora bien, en el período histórico actual, el referido Principio de Legalidad de la Ejecución Penal debe analizarse considerándose los calificativos de <<social y democrático>> que acompaña al modelo de Estado de Derecho moderno, pues, si analizáramos el referido Principio dentro del Estado liberal de Derecho vigente en los albores del siglo XIX, este Principio tendría particularidades orientativas distintas. En efecto, como hemos visto en el *Capítulo V* de este estudio, si bien dentro del modelo de Estado liberal de Derecho se puso en marcha la pena privativa de libertad, esta penalidad tenía unos fines correctivos diferentes a los que, actualmente, se aprecian dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Partiendo de ello, uno de los primeros aspectos que debemos destacar en este lugar, es que el carácter <<democrático>> del Estado de Derecho implica que el tratamiento penitenciario -como principal mecanismo de reinserción social- empleado por la Administración Penitenciaria debe implementarse respetándose la voluntad del condenado de participar -o no- en el referido tratamiento. Además, el termino <<democrático>> que define al modelo de Estado de Derecho en Venezuela autoriza un grado mayor de participación de los ciudadanos en la vida política de la República. En efecto, el articulo 62 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el modelo de <<democracia participativa y protagónica>>[885], suponiendo con ello que la << democracia participativa>> es más profunda que la tradicional <<democracia representativa>>, pues, de acuerdo con lo observado por GONZÁLEZ CRUZ, "se entiende que la diferencia entre una y otra es de grado, de modo que una democracia participativa es más profunda que la primera, porque además de las instancias representativas (Cuerpos Deliberantes, entre otras), tiene instancias y mecanismos que aseguran la participación directa de los ciudadanos y de las comunidades organizadas en el proceso de toma de decisiones políticas, y en la gestión de los asuntos públicos"[886].

De manera que, el respeto a la voluntad del penado de participar o no en el tratamiento penitenciario es un postulado cónsono con una prisión enmarcada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho; pero además, el hecho de que el penado también tenga la posibilidad de

[885] Artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: "Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica".

[886] Cfr. GONZÁLEZ CRUZ, F.: "Valores y principios de la Constitución…, ob. cit., p. 16.

<<participar>> en la programación de algunas cuestiones relativas al <<régimen penitenciario>> tal como lo ha sugerido ASENCIO CANTISÁN[887], no sólo sería una fórmula adecuada para facilitar la reinserción social del penado que se pretende alcanzar con el tratamiento penitenciario; sino que también, el hecho de que la Administración Penitenciaria posibilitare que el penado participare en la programación de algunos aspectos del régimen penitenciario y coadyuvaría a aproximar la vida de la prisión a la vida en libertad, sería una medida que reforzaría el carácter <<democrático>> que acompaña al modelo de Estado social y democrático de Derecho consagrado en la Constitución venezolana.

Pero, además, el <<tratamiento penitenciario>> es una exigencia de la connotación <<social>> del Estado de Derecho, en virtud de que es una obligación estatal ofrecer al condenado las herramientas para que este pueda retornar a la libertad respetando las leyes.

En efecto, desde el *Capítulo IV* de este estudio, hemos advertido que el Estado <<social>> de Derecho se instituyó con el propósito de facilitar la procura existencial de los ciudadanos, cuestión que se traduce en que el Estado, además de la <<obligación negativa>> de abstenerse de atentar contra los derechos y libertades civiles, tiene la <<obligación positiva>> de intervenir y crear las condiciones idóneas para garantizar los derechos sociales, económicos y culturales también necesarios para el desarrollo de la persona humana, derechos todos que están reconocidos tanto en las Constituciones modernas como en los Tratados Internacionales.

Pero, además de ello, ya sabemos que para que se pueda considerar que un Estado garantiza los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción, no basta con que el Estado <<reconozca>> tales derechos dentro de su ordenamiento jurídico, pues, también es necesario que el Estado cree los mecanismos de exigibilidad suficientes y efectivos que permitan a los individuos reclamar o reivindicar sus derechos en el caso de que estos derechos sean conculcados por el Estado en el ejercicio de sus funciones.

Así, dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, los tribunales constituyen el mecanismo de exigibilidad de derechos por excelencia. A través de los tribunales, el Estado -siguiendo un conjunto de reglas procesales- ejerce su función jurisdiccional, la cual va orientada a

[887] Según el citado autor, entre las decisiones en las que podría la persona privada de libertad participar para prepararlo para la vida en libertad una vez cumplida la condena, se encuentran: Distribución del presupuesto, determinadas normas de régimen interior, régimen disciplinario, programas de actividades, elección de representantes, y fomentar el derecho de asociación y participación. Vid. ASENCIO CANTISÁN, H.: "La judicialización de la ejecución penal…, ob. cit., p. 481.

materializar el comentado valor de <<justicia>> contenido en el Derecho; es decir, en palabras de la DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ, "la función del jurisdiccional es aquella función del Estado que consiste en la *tutela y realización del Derecho positivo*"[888].

Ahora bien, si circunscribimos este concepto de función jurisdiccional a la materia penal, por jurisdicción como <<función>> se entiende -en palabras de PÉREZ MORALES- "como aquella misión del Estado que consiste en la declaración y realización judicial del Derecho penal material, mediante la actividad imparcial destinada a juzgar y decidir en cada caso sobre la existencia de responsabilidad criminal en el imputado y a imponer y ejecutar la sanción penal que legalmente corresponda"[889].

En todo caso, la noción de <<jurisdicción>> es un concepto fundamental del Derecho procesal, ya que se refiere al ámbito de poder que el Estado tiene para interpretar y aplicar el Derecho que él mismo creó con el propósito de regular la conducta del ser humano en sociedad. En tal sentido, RENGEL ROMBERG, en la misma línea que CALAMANDREI, ha afirmado que "históricamente la jurisdicción nace con el nacimiento de la civilización humana"[890]; pues, como hemos visto en los primeros tres *Capítulos* de esta investigación, cuando la sociedad empieza a organizarse jurídicamente, lo hace bajo un poder de dominación que atribuye el propio ordenamiento jurídico a una autoridad, a fin de que esta autoridad realice la labor de administrar justicia de una forma más <<justa>> y cónsona con la búsqueda de soluciones a los conflictos que afectan a la convivencia humana; ello, con el objeto de evitar "la victoria de la prepotencia sobre la justicia, porque el más fuerte tenía siempre la razón"[891].

Dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, como lo es el caso de Venezuela, se ha reconocido que la administración de justicia si bien se inicia con el impulso procesal ante los tribunales, no se acaba con la

---

[888] Cfr. DE LA OLIVA, A. / FERNÁNDEZ, M. A.: Lecciones de Derecho procesal. I Introducción. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos. 2ª ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 15. Para un estudio detenido acerca de la función jurisdiccional, Vid. por todos: CEA EGAÑA, J. L.: "Función Jurisdiccional y Poder Judicial", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6, N.º 1-4, 1979, pp. 298-305; GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. (Col.): "La función jurisdiccional", en DE LA OLIVA SANTOS, A. (Aut.) / DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. / VEGAS TORRES, J. (Aut.): Curso de Derecho procesal civil. Parte General. Vol. 1, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 17-36; CALAZA LÓPEZ, S.: "Concepto de Derecho Procesal: Jurisdicción, acción-defensa y proceso", en CALAZA LÓPEZ, S. (Dir.) / ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.): Ciencia abierta: Fundamentos y principios de Derecho procesal. Editorial Dykinson, Madrid, 2024, pp.30-38.

[889] Cfr. PÉREZ MORALES, M. G.: Lecciones de Derecho procesal penal. Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2013, p. 29.

[890] Cfr. RENGEL ROMBERG, A.: Tratado de Derecho procesal civil venezolano. Editorial Arte, Caracas, 1996, p. 98.

[891] Cfr. RENGEL ROMBERG, A.: Tratado de Derecho procesal civil venezolano…, Ibid., p. 98-99.

decisión final de estos a través de la sentencia[892]; pues, la tutela judicial efectiva exige también que estos órganos jurisdiccionales ejecuten lo juzgado.

Con todas estas premisas, a partir de este instante pretendemos poner de relieve que -dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho- la ejecución de la pena privativa de libertad está inmersa en un doble control por parte del órgano jurisdiccional encargado de velar por el correcto funcionamiento del sistema penitenciario: El primero, se refiere al control de las cuestiones que afectan al régimen penitenciario, y, por ende, a la ejecución administrativa de la pena privativa de libertad; y, el segundo, va dirigido a velar por el respeto efectivo de los derechos humanos de las personas privadas libertad, derechos que subsisten al no estar estos expresamente limitados por el contenido de la sentencia o de que a pesar de que estén mermados por la naturaleza de la reclusión, no desaparecen por completo. De manera que, con la materialización de ambos controles se configura los dos objetivos de la denominada <<tutela judicial efectiva>>[893] en la ejecución de la pena privativa de libertad, a saber: asegurar la participación o acceso del justiciable al proceso judicial; y garantizar la aplicación del contenido de la sentencia[894].

Actualmente, en países enmarcados dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho como lo son España y Venezuela, el control jurisdiccional de la ejecución de la pena privativa de libertad está asignada al Juez de Vigilancia Penitenciaria y al Juez de Ejecución Penal, respectivamente[895]. Esta figura jurisdiccional, además de ser una

---

[892] Vid. AYA ONSALO, A.: "La defensa jurídica del interno en Centro Penitenciario", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989, p. 20.

[893] De acuerdo con el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la <<Tutela Judicial Efectiva>> implica que: "Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles".

[894] Vid. PEROZO J. / MONTANER, J.: "Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", en *FRONESIS: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando -Universidad del Zulia, Vol. 14, N.º 3, 2007, p. 57.

[895] Tanto en España como en Venezuela los tribunales encargados de ejecutar las penas privativas de libertad forman parte de la organización de la jurisdicción penal. En el caso español, nos dice ASENCIO CANTISÁN, "la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye a los Juzgados de Vigilancia, en su art. 94, la condición de Órganos judiciales integrados dentro del orden jurisdiccional penal". Cfr. ASENCIO CANTISAN, H.: "La judicialización de la ejecución penal", en *VII y VIII Jornadas de Derecho procesal penal: Pruebas, Procedimientos Especiales y Ejecución Penal, 14, 16 y 17 de marzo 2004; 21, 22 y 23 de abril 2005*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 506.

Por otra parte, en el supuesto venezolano, el COPP ha dividido el proceso penal en tres fases enmarcadas en un sistema garantista de derechos. En efecto, el COPP al dividir el proceso penal en fases diferenciadas atribuyó la competencia para conocer cada fase a distintos jueces que, en su conjunto conforman el Tribunal de Primera Instancia en lo Penal del Circuito Judicial Penal, dividido de acuerdo a

manifestación del Principio de Separación de Poderes -pues, como acabamos de advertir, los órganos encargados de juzgar también tienen la obligación de ejecutar lo juzgado-, es también una demostración de que el Estado pretende cumplir con la exigencia de garantizar los derechos de los individuos, independientemente de la situación jurídica en la que estas personas se encontraren[896].

Siguiendo la tendencia respecto a la figura del Juez de aplicación de penas que ha existido en otros países, en Venezuela, la labor de ejecutar la sentencia se ha centrado en dos funciones: 1.- La ejecución penal en sentido estricto y; 2.- El control de la ejecución.

La <<ejecución penal en sentido estricto>> se refiere a la asunción por parte de los tribunales de ejecución de las competencias que correspondían a los tribunales sentenciadores. Por ejemplo, en Venezuela, con la derogada Ley de Enjuiciamiento Criminal venezolano, los tribunales sentenciadores (Tribunales de Primera Instancia) sólo se encargaban de hacer el cómputo de la pena, otorgar la suspensión condicional de la ejecución de la pena, realizar o efectuar la redención de la pena por el trabajo y estudio realizado por el penado, y declarar la extinción de la responsabilidad penal por incumplimiento total de la condena. Ahora bien, desde el año 1999, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, todas las mencionadas tareas fueron traspasadas a la figura del Juez de Ejecución Penal[897].

---

la función que les corresponde: los Tribunales de Control (fase de preparatoria e investigación), los Tribunales de Juicio (Fase de Juicio) y Tribunales de Ejecución (Fase de Ejecución).

[896] En tal sentido, MORILLAS CUEVA, al referirse a los derechos reconocidos a las personas privadas de libertad de acuerdo con lo establecido en el artículo 3º de la Ley Orgánica General Penitenciaria, ha advertido que: "Todas estas proclamaciones carecen de sentido si no tienen una aplicación real y efectiva y si no cuentan con los mecanismos de control adecuados que detecten y sancionen su inaplicabilidad u omisión. En esta línea, la más directa actuación sobre la sumisión a la legalidad de la actividad penitenciaria la tiene el Juez de Vigilancia introducido en la legislación española por la propia Ley General Penitenciaria, que a través de la doble misión de encargado de la ejecución de las penas y vigilante del funcionamiento de las instituciones penitenciarias como garantía de que se respeten los derechos de los internos, realza el principio de judicialización en el ámbito penitenciario". Cfr. MORILLAS CUEVAS, L.: "Algunas reflexiones sobre el régimen penitenciario", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989, p. 80.

[897] De acuerdo con ASENCIO CANTISÁN, esta misma situación se verificó en España con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica General Penitenciaria. En efecto, según el citado autor, a los Jueces de Vigilancia le fueron atribuidas las funciones que correspondían a los jueces y tribunales sentenciadores. Vid. ASENCIO CANTISAN, H.: "La judicialización de la ejecución penal…, ob. cit., p. 505. Así lo estipuló expresamente el artículo 76 LOGP, numeral dos, literal a), en el tenor siguiente:

"(…)

Dos. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

a. Adoptar todas la decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

(b.; c. …)"

Pero también, con la arribo del Juez de Ejecución Penal, el Poder Judicial asumiría una función controladora de la ejecución de la pena privativa de libertad. El Código Orgánico Procesal Penal consagró <<mecanismos esencialmente administrativos>> y <<mecanismos procesales>> para que el nuevo Juez de Ejecución Penal pudiera cumplir con su función contralora o supervisora.

Entre los <<mecanismos esencialmente administrativos>>, siguiendo lo advertido por MORÁIS, se encontrarían dos estrategias de control: las inspecciones y la comparecencia del penado, además, el nuevo COPP concedía al juez una amplísima discrecionalidad tanto para tomar cualquier otra medida, como para hacer el número de inspecciones que le parecieren necesarias[898].

Por otra parte, los <<mecanismos procesales>> fueron contemplados en el originario artículo 473 en el Código Orgánico Procesal Penal -que tras las sucesivas reformas del COPP pasaría a ser el artículo 475 *ejusdem*-, en el tenor siguiente: "**Incidentes**. Los incidentes relativos a la ejecución o a la extinción de la pena, a las fórmulas alternativas de cumplimiento de la misma, y todos aquellos en los cuales, por su importancia, el tribunal lo estime necesario, serán resueltos en audiencia oral y pública, para lo cual se notificará a las partes y se citará a los testigos y expertos necesarios que deban informar durante el debate. En caso de no estimarlo necesario, decidirá dentro de los tres días siguientes y contra la resolución será procedente el recurso de apelación el cual deberá ser intentado dentro de los cinco días siguientes, y su interposición no suspenderá la ejecución de la pena, a menos que así disponga la corte de apelaciones".

En palabras de MORÁIS, el referido <<mecanismo procesal>> establecido en el citado artículo del COPP, "parece servir para todo, si bien es cierto, en principio estaba restringido a <<los incidentes relativos a la ejecución o extinción de la pena, a las fórmulas alternativas de cumplimiento de la misma>>, luego se extiende a todos los incidentes, <<en los cuales, por su importancia el tribunal lo estime necesario>>"; es así, continúa la citada autora, "como ese procedimiento podría aplicarse a los casos de violación de derechos humanos, donde haya instancia de parte, contradictorio, y afecte, principalmente derechos individuales"[899].

Con lo observado hasta ahora en estas primeras líneas del presente apartado vemos que, dentro del modelo de Estado social y democrático de

[898] Vid. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., pp. 109 y 110.
[899] Cfr. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, Ibid., p. 114.

Derecho, la ejecución de la pena privativa de libertad está limitada por el reconocimiento de los derechos humanos de los condenados, situación que implica que junto a ese reconocimiento existen una serie de garantías dirigidas a asegurar el efectivo cumplimiento de tales derechos en conjunto con la consecución de la finalidad asignada a la pena privativa de libertad. En las líneas que siguen veremos cómo esta particularidad garantista puede verse afectada por las reformas Neo-retributivas también contenidas en la legislación penitenciaria.

Ahora bien, si revisamos la experiencia de algunos Estados como lo es el caso de Venezuela, encontramos que las reformas legislativas Neo-retributivas penales y procesales no sólo impactan a la ejecución de la pena privativa de libertad en cuanto al respeto de la finalidad de la pena y al <<reconocimiento>> del penado como sujeto de derechos, sino también en cuanto a la <<garantía>> de los derechos de los penados, al afectarse las competencias del órgano jurisdiccional encargado de garantizar tales derechos.

En efecto, como ya sabemos, el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra -junto a la justicia- <<la preeminencia de los derechos humanos>>, y, en el artículo 3º *ejusdem*, está consagrado la <<protección de la dignidad humana>>, como uno de los fines superiores del Estado; y, particularmente en el ámbito penitenciario, la Carta Magna en su artículo 272 la Carta Magna consagró el marco fundamental de la ejecución de la pena privativa de libertad en el país[900], de la siguiente manera: "El Estado garantizará un sistema penitenciario que *asegura la rehabilitación del interno o interna y el respeto de los 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 libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria. El Estado creará las instituciones, indispensables para la asistencia pospenitenciaria que posibilite la reinserción social del exinterno o exinterna y propiciará la creación de un ente

[900] Vid. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia…, ob. cit., p. 45.

penitenciario con carácter autónomo y con personal exclusivamente técnico" (*Cursivas nuestras*).

De acuerdo con los citados preceptos constitucionales, vemos que un sistema penitenciario -enmarcado dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho como lo es el caso venezolano- está orientado a la <<prevención especial>>[901] -aunque esta no sea su única finalidad como hemos visto *supra*-, y, además esta tendencia <<preventivo especial>> debe procurarse sin descuidar la exigencia de garantizar los derechos humanos de los condenados. Ahora bien, un ordenamiento jurídico no sólo está compuesto por normas jurídicas, pues también éste está integrado por <<decisiones jurídicas>> y por <<actos jurídicos>> que hacen posible la concreción de la vigencia del Derecho.

Las leyes son <<actos jurídicos>> debido a que las mismas son creadas de acuerdo con los requisitos formales y materiales contemplados en el ordenamiento jurídico. Por otra parte, las disposiciones normativas prescritas en las leyes que integran al ordenamiento jurídico son, a su vez, producto de <<decisiones jurídicas>> tomadas por los órganos competentes de acuerdo también con lo prestablecido en el ordenamiento jurídico. El problema ocurre cuando dichas <<decisiones jurídicas>> se derivan no de la evidencia científica, sino en el populismo penal[902], pues sus consecuencias no se reducen a afectar a la realidad natural o existencial, sino también alcanza a perturbar a la realidad jurídica.

Si revisamos el citado precepto 272 de la Carta Magna venezolana -salvo la utilización del término <<rehabilitación>>[903]- vemos que los

[901] Caso similar ocurre en España, pues en el artículo 25.2 de su Carta Magna consagra que: "*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados*. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad" (*Cursivas nuestras*). Sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que, desde la decisión contenida en la Sentencia TC 19/1988, de 16 de febrero, ha establecido que los fines reeducadores y reeducadores no son los "únicos objetivos admisibles de la privación de libertad", y, por esta razón, no puede considerarse contraria a la Constitución "la aplicación de una pena que pudiera no responder exclusivamente a dicho punto de vista". Criterio este que, dicho sea de paso, podría ser empleado para justificar la prisión permanente revisable, aun cuando tampoco podría ser satisfactorio este argumento si una pena de larga duración indefectiblemente pone en riesgo el derecho a la integridad personal del condenado.

[902] Para un estudio detenido acerca de este aspecto Vid. BENITO SÁNCHEZ, D.: Evidencia empírica y populismo punitivo: El diseño de la política criminal. Bosch editor, Barcelona, 2020, *passim*.

[903] En efecto, de acuerdo con MORÁIS, "en lo relativo a la finalidad de la pena privativa de libertad -la rehabilitación del interna o interna- la Constitución queda, de forma incomprensible, anclada en las antiguas concepciones del siglo XIX, en las enseñanzas de la criminología positivista o paradigma etiológico, para el cual el delincuente es un ser anormal, enfermo, diferente de los demás hombres, siendo necesario, por

postulados plasmados en la referida disposición constitucional son correctos, pues, los referidos postulados están fundados en criterios técnicos cónsonos con los avances que la ciencia penitenciaria había alcanzado hasta aquel entonces, criterios estos que eran considerados como idóneos para el correcto funcionamiento de un sistema penitenciario moderno[904].

Sin embargo, si revisamos la evolución -o involución- que la legislación procesal penal y penitenciaria venezolana ha tenido en materia de ejecución penal, vemos que los señalados parámetros constitucionales garantistas han venido siendo mermados sistemáticamente; ello debido a la rentabilidad electoral que el tema de la seguridad ciudadana otorga en una sociedad alarmada y azotada por los altos índice de criminalidad. En este contexto, el populismo penal adquiere un rol protagónico, pues este es alimentado por la idea errada imperante en la opinión pública de que, a mayor represión penal, mayor es la seguridad ciudadana[905].

---

tanto, someterlo durante el cumplimiento de la pena a un tratamiento para curarlo, rehabilitarlo o resocializarlo". Cfr. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera 1958-2008…, ob. cit., p. 47. No obstante la crítica realizada por la citada autora en contra de la idea rehabilitadora contemplada en la Constitución; también han existido voces en otras latitudes que han intentado justificar una versión evolucionada del término <<rehabilitación>>, como lo es el vocablo <<resocialización>>. En efecto, de acuerdo con MIR PUIG, las objeciones que desde la década de 1970 se ha venido haciendo a la idea resocializadora "han de ser tenidas en cuenta no para rechazar de plano la resocialización, sino para concebirla de forma adecuada", es decir, someterla a ciertos límites para que pueda ser viable desde el punto de vista de un Derecho penal garantista. Según MIR PUIG entre los límites se encuentran, en primer lugar, el rechazo a "cualquier intento de tratamiento en contra de la voluntad del afectado. Ello presupone que no va a poder imponerse una agravación de la condena por exigencias de resocialización. Por otra parte, tampoco es admisible una concepción del tratamiento como destinado a manipular la personalidad. Hay que alertar de los peligros que en este sentido entrañan los <<programas máximos>>, que no se contentan con pretender que el sujeto sea capaz de respetar eternamente la ley, sino que aspiran a conseguir el convencimiento ético del individuo y su adhesión interna a los valores sociales. Creo que tales programas máximos han de ser rechazados y que son preferibles los <<programas mínimos>> que únicamente persiguen facilitar una vida futura sin delitos. El Derecho penal no ha de invadir el terreno de la conciencia". Cfr. MIR PUIG. S.: "¿Qué queda en pie de la resocialización? ..., ob. cit., p. 39.

[904] Al respecto, Vid. GÓMEZ GRILLO, E.: "Cuando la Constitución entra a la Cárcel", en *Anales de la Universidad Metropolitana*, Vol. 1, N.º 1, 2001, pp. 99-101.

[905] En los últimos 30 años, el sector de la población venezolana sumergido en la pobreza ha sido objeto de especial atención por parte del gobierno venezolano de turno, ello debido a que el referido sector es el que representa el mayor número de votos electorales. Pese a que la capacidad adquisitiva de los hogares venezolanos mejoró debido a las políticas de subsidio del gobierno de turno, las cuales se vieron acrecentadas por el aumento del precio del petróleo que perduraría durante la década de los 2000 -Vid. al respecto, ESPAÑA, L. P.: "Superar la pobreza en Venezuela: El camino por recorrer", en *Revista Guayana sustentable Universidad Católica Andrés Bello*, N.º 2, 2015, pp. 41-45; y Vid. CASTRO HERRERA, C.: "Memorias del pauperismo en Venezuela: una reflexión acerca de la política social durante la Revolución Bolivariana, desde la perspectiva de Alexis de Tocqueville", en *Praxis Sociológica*, N.º 20, 2016, pp. 83 y 84- no se puso atención en los problemas estructurales que afectaban el habitad y condiciones paupérrimas de vida de este sector de la población, ni a las consecuencias derivadas de esas condiciones como, por ejemplo, la criminalidad violenta expresada en los delitos de homicidio y de lesiones personales. En efecto, de acuerdo con el estudio presentado por GABALDÓN sobre seguridad ciudadana y políticas públicas, "mientras en los delitos contra la propiedad los extractos más favorecidos proporcionalmente más victimizados, en la violencia interpersonal es el grupo más pobre el que resulta más afectado" -Cfr.

En palabras de MORÁIS, "hasta el 1º de julio de 1999, fecha en la cual entró en vigencia el Código Orgánico Procesal Penal (COPP), el cumplimiento de las penas privativas de libertad ha sido una tarea exclusivamente administrativa, encomendada al Ministerio de Justicia. A partir de esa fecha, se introduce en la legislación del país el control judicial de la fase de ejecución de la sentencia, que se concreta en la figura del Juez de Ejecución, quien tiene diversas atribuciones, entre las cuales se encuentra la vigilancia del régimen penitenciario, a los fines de salvaguardar los derechos de los condenados"[906].

GABALDÓN, L. G.: "Seguridad ciudadana y políticas públicas en Venezuela…, ob. cit., p. 2-; en especial si esa violencia interpersonal termina en homicidios -para una apreciación más detenida acerca de la correspondencia entre la pobreza y la tasa de homicidios, Vid. GABALDÓN, L. G.: "Tendencias y respuestas hacia la violencia delictiva", en Violencia, sociedad y justicia en América Latina. Editado por Roberto Briceño-León, CLACSO, 2002, pp. 249-250-. Lo relevante de este dato es que es desde este sector de la población de donde ha provenido la demanda de medidas severas para contrarrestar el alto índice delictivo, pues, de acuerdo con lo observado por GABALDÓN, "si bien medidas de represión son sugeridas por todos los sectores sociales, lo de más alto nivel socioeconómico parecen inclinarse por aquellas más moderadas, que guardan relación con la efectividad del sistema de justicia dentro del marco de su operación ordinaria, mientras los más pobres parecen inclinarse por aquellas más extremas, como permitir la pena de muerte, restringir las garantías constitucionales y militarizar la lucha contra la delincuencia". Vid. GABALDÓN, L. G.: "Seguridad ciudadana y políticas públicas en Venezuela…, ob. cit., p. 2.

Contribuye también a sustentar esta hipótesis, los resultados de la encuesta de victimización realizada entre septiembre y octubre de 2006 en una muestra de 5.496 hogares, resultados estos explicado también por GABALDÓN. En efecto, el citado autor señaló que "según esta misma encuesta de victimización, aunque la percepción de seguridad, en general, supera a la percepción de inseguridad para las horas del día, los sectores sociales más aventajados tienden a sentirse más seguros que los menos aventajados. También los más aventajados declaran poseer en mayor medida armas para su protección que los menos aventajados. Sin embargo, los primeros creen más probable que los segundos que serán víctimas de un acto delictivo próximamente y que el victimario podría ser un funcionario policial. Una evaluación de opinión realizada en 2005 había mostrado que la delincuencia es la segunda causa de preocupación entre la población (22%), después del desempleo (34%) y antes que el costo de la vida (17%), mientras recibe la más alta percepción de empeoramiento (58%) en comparación con otros problemas como desempleo, costo de la vida, pobreza y economía". Cfr. GABALDÓN, L. G.: "Seguridad ciudadana, confianza pública y policía", en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 2007, Vol. 13, N.º 3 (sep.-dic.), p. 90. En una encuesta de victimización anterior -entre el 8 de abril y el 15 de mayo de 2001- aplicada en 25 áreas urbanas de nueve regiones del país se apreció un resultado similar, pues, en dicho estudio se apreció que "la inseguridad y el delito son percibidos como un problema grave por el 92,3% de la población; la clase media alta, con un 97%, supera a la clase marginal, con un 92%, en dicha percepción. Más de las dos tercera parte de los encuestados pensaban que para el año 2000, la inseguridad y el delito habían aumentado y más de la mitad que el problema se agravaría en los próximos años. Las personas más afluentes se sienten muy o bastantes seguras en sus zonas de residencia con un 55,3%, mientras las personas más pobres en solo un 34,9%, lo que sugiere una percepción de mayor victimización potencial en el sector menos favorecido; sin embargo, ambos sectores de la población manifiestan, con una proporción de 2/3 partes, no haber recibido apoyo como victimas por parte de un organismo especializado. Las personas más pobres, en un 33% vs. un 30% de las más afluentes, consideran de utilidad estos servicios de ayuda". Cfr. GABALDÓN, L. G.: "Discurso legal y discurso social: reflexiones sobre el espacio del control social formal en Venezuela", en *Espacio Abierto*, Vol. 11, N.º 4, octubre-diciembre 2002, p. 613.

[906] Cfr. MORÁIS, M. G.: El funcionamiento de los Tribunales de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. Universidad Católica Andrés Bello-Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2001, p. 10. En definitiva, dice MORÁIS siguiendo a VÁSQUEZ GONZÁLEZ, "con el advenimiento del Código Orgánico Procesal Penal se introduce esta figura en el país, regulándola en el Libro Quinto, artículo 471 y siguientes de modo que, en lo sucesivo, la ejecución de las penas tendrá doble naturaleza: jurisdiccional y administrativa puesto que las incidencias de la ejecución son una actividad procesal mientras que la ejecución material de las penas continúa siendo una actividad administrativa". Cfr. MORÁIS DE GUERRERO, M. G.: "La ejecución penal en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal", en

Además -decía la citada autora- que el Juez de Ejecución significaba entonces una esperanza, porque se aspiraba a que su actuación tuviese un impacto positivo sobre la administración de justicia, y a que impulsase los cambios urgentes y profundos que demandaba el sistema penal venezolano, particularmente, el subsistema penitenciario[907].

Ahora bien, esta judicialización de la fase de ejecución penal fue previa a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Este preconstitucional Código Orgánico Procesal Penal[908], al introducir a la figura del Juez de Ejecución Penal, sentó las bases para la garantía de los derechos que meses más tarde serían reconocidos expresamente en la Carta Magna de 1999.

Asimismo, aunado a la creación de los tribunales de ejecución penal, la Ley de Régimen Penitenciario -vigente desde el año 1961, y reformada en el año 1981[909]- sería reformada en el año 2000 para reforzar el mandato constitucional contemplado en el artículo 272, es decir, para reconocer expresamente al condenado como <<sujeto de derechos>>. En efecto, con la referida reforma de la Ley de Régimen Penitenciario, en el artículo 2º *ejusdem* quedaría consagrado que "durante el periodo de cumplimiento de la pena deberán respetarse todos los derechos inherentes a la persona humana consagrados en la Constitución y leyes nacionales, tratados, convenios, acuerdos internacionales suscritos por la República, así como los derivados de su particular condición de condenados".

Así, de esta manera, dentro del ordenamiento jurídico venezolano quedarían consagrados los dos presupuestos necesarios para considerar que un Estado social y democrático de Derecho garantiza los derechos humanos de los privados de libertad: *el reconocimiento de los derechos en el texto legal y la creación de los mecanismos de tutela y aplicación de los mismos*[910].

Por estas razones, MORÁIS ha advertido que "la CRBV, el COPP y la reforma de la LRP del año 2000, son eventos de la mayor trascendencia para el sistema penitenciario, pues introdujeron en el país, por lo menos a nivel legal, el paradigma de los derechos humanos de los privados de libertad y

Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal, el nuevo proceso penal. 2 al 4 de marzo, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 284.

[907] Vid. MORÁIS, M. G.: El funcionamiento de los Tribunales de Ejecución del Circuito Judicial Penal…, ob. cit., p. 10.

[908] En este sentido, Vid. VÁSQUEZ GONZÁLEZ, M.: "La oralidad como "principio" rector del proceso penal", en *CENIPEC: Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas "Héctor Febres Cordero"*, N.º 34, 2022, p. 360.

[909] Vid. Ley de Reforma Parcial de la Ley de Régimen Penitenciario (Gaceta Oficial N.º 2.841. Extraordinaria de 14 de agosto de 1981).

[910] Vid. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., p. 75.

permitieron albergar la esperanza de que se generarían cambios muy positivos en la situación penitenciaria"[911].

Sin embargo, tal como hemos advertido cuando estudiamos las reformas del Código Penal y del Código Orgánico Procesal Penal en los apartados anteriores, los retrocesos observados en estos textos se han reflejado en el aumento del tiempo de reclusión de los privados de libertad (procesados y condenados), ello en detrimento de las disposiciones constitucionales y penitenciarias, e incluso en perjuicio del funcionamiento del sistema de justicia en general, y del subsistema penitenciario.

Pero, como acabamos de ver, en contraposición con la idea de reconocer al penado como sujeto de derechos, las reformas legislativas han estado destinadas a mermar las garantías establecidas para proteger los derechos de los condenados, pues, como veremos *infra*, las competencias del Juez de Ejecución Penal han quedado reducidas -principalmente- a la concesión determinadas medidas de prelibertad.

Por otra parte, en el *Capítulo IV* de este estudio hemos visto que una de las exigencias del Estado social y democrático de Derecho estriba en el respeto del Principio de Legalidad de la Administración. En materia penitenciaria, la ejecución material de la pena le corresponde a la Administración penitenciaria, órgano generalmente adscrito al Poder Ejecutivo de un Estado de Derecho. Ahora bien, como ya hemos advertido reiteradamente en este estudio, desde finales del siglo XVIII, la pena privativa de libertad se ha venido configurando como la principal manifestación de la penalidad, pues se entiende que dentro de la gravedad del mal que debe representar el castigo penal, se entiende también que la privación de libertad es susceptible de ponderación con el propósito de que no traspase el *mínimum* que el Estado de Derecho debe respetar para evitar, así, que los derechos fundamentales de los condenados se vean vulnerados.

Actualmente, en países como Venezuela, la pena privativa de libertad es ejecutada en las internados judiciales, penitenciarias y centros penitenciarios, establecimientos estos dependientes de la Administración Penitenciaria. Debido al régimen penitenciario típico de estos establecimiento, régimen que es necesario para mantener la seguridad y orden en el interior de los mismos, estos lugares de reclusión han sido considerados como

[911] Cfr. MORÁIS, M. G.: Situación de los derechos humanos en las cárceles de Venezuela…, ob. cit., p. 1.

<<instituciones totales>>, ello debido al control que la administración penitenciaria ejerce sobre la vida de la persona privada de libertad[912].

Por lo tanto, debido a la naturaleza de estos lugares de reclusión penal, la exigencia del Estado de Derecho, referido al <<Principio de Legalidad de la Administración>> está más patente que nunca, pues, el poder de control que la Administración Penitenciaria tiene sobre la persona privada de libertad exige, a su vez, que dicha Administración sea controlada por parte de otro órgano estatal independiente como lo son los tribunales. Este control judicial de la ejecución penitenciaria es también una manifestación del <<Principio de legalidad de la ejecución penal>> que -recordemos- implica, además de la regulación legal del régimen penitenciario, el control judicial del mismo; pues -también recordemos- el castigo penal, para que sea legítimo, debe hacerse en base a criterios de justicia dictado por el órgano competente[913].

Tal como ha advertido AYA ONSALO, "se ha dicho con frecuencia que la forma de cumplir una pena puede tener tanta importancia como su duración, no sólo porque la pena tiene una doble vertiente, cuantitativa (tiempo a cumplir) y cualitativa (intensidad en la restricción de la libertad), sino porque ésta puede influir en aquella: así, el trabajo, la conducta o la falta de sanciones puede incrementar la redención de pena, o anticipar la libertad condicional"[914].

Si bien el alcance del control judicial sobre la actividad administrativa en materia penitenciaria ha sido objeto de debate doctrinal[915], lo relevante a

[912] Al respecto Vid. GOFFMAN, E.: Internados. Ensayos sobre la situación de los enfermos mentales. Amorrortu/editores, Buenos Aires, 2019, p. 31.

[913] Acerca de este aspecto traemos a colación lo expresado por PÉREZ MORALES para quien, "la atribución legal a un órgano concreto de jurisdicción penal concurre el principio de exclusividad, lo que implica que solo por ley se puede determinar quién conocerá el asunto criminal. Esta atribución de jurisdicción tiene carácter improrrogable lo que implica que en cualquier caso debe ser controlada y vigilada de oficio y si este control no opera, cabe realizarlo a instancia de parte". Cfr. PÉREZ MORALES, M. G.: Lecciones de Derecho Procesal Penal…, ob. cit., p. 29.

[914] Cfr. AYA ONSALO, A.: "La defensa jurídica del interno en Centro Penitenciario…, ob. cit., p. 21.

[915] Al respecto, Vid, por todos, GARCÍA VALDÉS, C.: Introducción a la penología. 2ª ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982, p. 154; MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los Jueces de Vigilancia", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984, pp. 84 y 85; ASENCIO CANTISAN, H.: "La intervención judicial en la fase ejecutiva de la privativa de libertad…, ob. cit., pp. 59-63; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: El Juez de Vigilancia Penitenciaria…, ob. cit., p. 30, y, la misma: "La institución del juez de vigilancia penitenciaria en el Derecho comparado", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 39, Fasc/Mes, 1, 1986, p. 75. En definitiva, como bien ha apuntado DÍAZ, "es importante perfeccionar los sistemas de control de la administración intentando, por otro lado, no entorpecer innecesariamente su acción, que redunda o debe redundar en beneficio de todos; lo que aparece ineludible para la existencia de un Estado de Derecho es que la fiscalización de realice desde la ley y, además, que la voluntad popular -el electorado- aparezca como fuente primaria de la legislación y como último y decisivo órgano de control político". Cfr. DIAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática…, ob. cit., p. 71.

destacar en este lugar es enfatizar que dicho control judicial sobre la administración penitenciaria -en mayor o menor medida- es también una manifestación del Principio de Separación de Poderes, de manera que, aún en un contexto donde aparentemente la extrema afectación de los derechos del individuo está justificada en razón de la naturaleza del castigo, como sucede en el caso de una prisión, las garantías del Estado de Derecho están presentes.

Ahora bien, retomando el caso del ejemplo venezolano que venimos comentando; con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, hemos visto en el apartado anterior que el proceso penal se enmarcó dentro de los principios del Sistema Acusatorio, pues el enjuiciamiento criminal pasó de ser un proceso escrito a ser un proceso predominantemente oral, donde los Principios de Publicidad, Contradicción, Inmediación, entre otros, acompañarán a todas las fases del proceso penal, incluida la fase de ejecución penal. En consecuencia, bajo este nuevo régimen jurídico el condenado podría hacer valer -a través de un proceso judicial enmarcado en las garantías procesales que ofrece un <<sistema predominantemente acusatorio>>- sus derechos humanos, y demás derechos derivados de su condición de penado.

No obstante, este <<esperanzador>> panorama se vería truncado debido a las reformas que experimentará el COPP, reformas legislativas que fueron refrendadas con la posterior promulgación del Código Orgánico Penitenciario (COPE).

En efecto el Código Orgánico Penitenciario promulgado en Gaceta Oficial N.º 6.207 Extraordinario de fecha 28 de diciembre de 2015, a diferencia de la derogada Ley de Régimen Penitenciario -y en términos similares a legislaciones de otras latitudes como la Ley Orgánica 1/1979, de 26 septiembre, General Penitenciaria española[916]- regularía también el régimen de reclusión de "las personas privadas de libertad o sujetas a alguna medida restrictiva, de la libertad, que se encuentren bajo la custodia del servicio penitenciario"(artículo 2º COPE); de manera que, esta normativa penitenciaria vendría a regular no sólo el régimen establecido para los condenados, sino también la rutina oficial aplicable para las personas procesadas o que se encontrarían a la espera de juicio dentro de un proceso penal.

Sin duda, la regulación del régimen previsto para los procesados encarcelados dentro del Código Orgánico Penitenciario representó un avance, pues, con anterioridad a la entrada en vigencia del referido texto legal, el

[916] Al respecto, Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios a la Legislación Penitenciaria. Editorial Cívitas, S.A., 1982, p. 36.

régimen de los procesados estuvo regulado por vía reglamentaria[917], contraviniéndose de esta manera a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, pues, de acuerdo con la citada Carta Magna, la regulación que afecte el ejercicio de los derechos fundamentales -como lo es el derecho a la libertad- debe hacerse mediante ley orgánica[918].

Ahora bien, adentrándonos en el contenido del Código Orgánico Penitenciario, de conformidad con el artículo 1 *ejusdem*, "el presente Código tiene por objeto impulsar, promover, regular y desarrollar la organización, administración, funcionamiento y control del sistema penitenciario, de conformidad con las normas, principios y valores consagrados en la Constitución, así como en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por la República en materia de derechos humanos, a los fines de garantizar a las personas privadas de libertad su rehabilitación integral, progresiva y el respeto a sus derechos humanos, posibilitando su transformación y su reinserción social".

El citado precepto legal se corresponde con lo estipulado en el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al ratificar expresamente el mandato constitucional de que "*los Tratados, Pactos, y Convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía Constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los Tribunales y demás órganos del Poder Público*"; y al encuadrar a la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del paradigma de los derechos humanos, aunque manteniendo el paradigma etiológico (idea rehabilitadora) en los términos también expuestos en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Sin duda, con lo establecido en el artículo 1º del COPE aparentemente quedaría reafirmado el reconocimiento del recluso como <<sujeto de derechos>>, cumpliéndose así uno de los presupuestos para la garantía y protección de los derechos humanos de toda persona sometida a la jurisdicción penal de un Estado.

Sin embargo, pese a que también el artículo 15 numeral 6º del COPE establece entre los derechos de las personas privadas de libertad, el derecho "a participar en igualdad de condiciones en actividades educativas, deportivas, culturales y laborales, atendiendo a la aptitud física y mental"; la

[917] Vid. Reglamento de Internados Judiciales (Gaceta Oficial N.º 30.784 de 2 de septiembre de 1975).
[918] De conformidad con el Artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: "Son leyes orgánicas las que así denomina esta Constitución; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para *desarrollar los derechos constitucionales* y las que sirvan de marco normativo a otras leyes" (*cursivas nuestras*).

consideración de los programas laborales, educativos y médico asistencial como estrategia de <<atención integral>>[919] sometido a la consideración de un equipo multidisciplinario[920], con el objeto de <<garantizar las posibilidades de transformación del interno o interna>> (artículo 3, numeral 3 COPE), considera y encuadra a tales programas como parte de los mecanismo de tratamiento, y no como indicadores de acceso a derechos a la educación y al trabajo [921], despojando así al penado de la posibilidad de exigir el acceso a los mismos como un derecho, si, de acuerdo con el criterio del <<Equipo de Atención Integral>>, el acceso a tales programas no favorecen la <<rehabilitación>> o <<transformación social>> del penado[922].

---

[919] De acuerdo con el artículo 3º numeral 3º del Código Orgánico Penitenciario, por Atención Integral se entiende como el "conjunto de planes, programas y proyectos aplicados a los privados y privadas de libertad, por un equipo multidisciplinario integrado por profesionales que deben garantizar la satisfacción de las necesidades educativas, de capacitación laboral, de trabajo productivo, de asistencia psicológica, médica, odontológica, social, deportiva, cultural y recreativa, desde su ingreso en el sistema penitenciario para garantizar las posibilidades de transformación del interno o interna".

[920] Integración del Equipo. Artículo 48 del COPE: "El equipo de atención integral encargado de implementar los planes, programas y proyectos contemplados en este Código, a los internos e internas, estará constituido por:

1. Una supervisora o supervisor de la unidad local de atención integral del establecimiento penitenciario, profesional del área social, quien coordinará, dirigirá, supervisará y evaluará al grupo y los programas de atención integral.
2. Dos profesionales de la psicología que se encargarán de la asistencia terapéutica, tanto individual como grupal, de las penadas o penados, así como de la evaluación de los avances o retrocesos del individuo en el área que les compete, reportando al supervisor o supervisora.
3. Dos profesionales del área social encargados de la asistencia a las penadas o penados en las relaciones que mantienen con su entorno, tanto dentro como fuera del establecimiento penitenciario, reportando al supervisor o supervisora.
4. Dos profesionales del área social encargados de evaluar el desempeño de las penadas o penados en las actividades de su plan individual de atención integral.
5. Una instructora o instructor, de preferencia profesional o experto en las disciplinas de la educación formal e informal y de capacitación laboral.
6. Dos profesionales del área médica, encargados de evaluar la salud de las privadas y privados de libertad, según su plan de individualización de atención médica.

[921] Dice el artículo 49 del COPE: "La atención integral tendrá los siguientes componentes:

1. Un componente psicológico: Comprende la aplicación de programas terapéuticos individuales y colectivos.
2. Un componente social: Comprende la aplicación de programas dirigidos a la transformación, tanto dentro como fuera del establecimiento penitenciario.
3. Un componente educativo y de capacitación: Comprende la aplicación de programas de motivación hacia el trabajo, con el propósito de fomentar la capacitación, el entrenamiento laboral y la producción.
4. Un componente recreacional: Comprende la aplicación de programas de desarrollo cultural, artístico y actividades deportivas.

Podrán conformarse todos los demás componentes que resulten necesarios para la transformación de la privada y privado de libertad.

[922] Así lo establece el artículo 55 del COPE: "La necesidad y la eficacia de los programas de atención integral deberán ser evaluados anualmente por el supervisor o supervisora de atención integral, siguiendo la dinámica de cada establecimiento penitenciario, con el objeto de crear, mantener, modificar o eliminar aquellos programas que, por el perfil de la población del establecimiento penitenciario, sean requeridos o hayan perdido vigencia, según sea el caso".

Por <<tratamiento penitenciario>> debe entenderse -de acuerdo con DE LA CUESTA ARZAMENDI- como, "las actividades <<directamente>> enfocadas a la superación por el individuo de aquellos elementos, factores o déficits que le han llevado más propiamente a delinquir. En la línea criminológica tradicional y fundamentalmente orientada a la intervención clínica, de la observación del sujeto (de su personalidad) los técnicos de la ciencia de la conducta derivan los elementos o factores que mayor incidencia encuentran, en su caso, en el actuar delictivo y a ello orientan su actividad: a subsanar, a favorecer la superación por el sujeto de esos déficits o a atenuar la influencia de esos factores de modo a lograr la prevención especial. Pues bien, sólo el conjunto de intervenciones de carácter, desde este prisma, médico, psicológico…, social que se enmarquen en ese ámbito de intervención serán considerados propiamente como tratamiento, debiendo remitirse todos los demás aspectos de la vida en prisión al concepto de régimen penitenciario"[923].

Partiendo de la citada definición aportada por DE LA CUESTA ARZAMENDI, idealmente el régimen penitenciario y el tratamiento penitenciario deberían ser aspectos diferenciados dentro de la ejecución de la pena privativa de libertad; sin embargo, de acuerdo con la legislación penitenciaria venezolana aparentemente no existe esta separación, pues, como seguiremos advirtiendo *infra*, tanto el trabajo penitenciario como los programas educativos son componentes de la <<Asistencia Integral>>, que como ya advertimos, es la forma en como el COPE denomina al <<tratamiento penitenciario>>.

Pero que deba existir esta separación entre el régimen penitenciario y el tratamiento penitenciario, no significa que el primero no se implique en la meta resocializadora, pues, como bien ha advertido DE LA CUESTA ARZAMENDI al referirse sobre este aspecto en el ordenamiento jurídico español, "el adecuado cumplimiento del mandato constitucional requiere mucho más. Exige que el régimen penitenciario se impregne, se empape de la exigencia resocializadora, la cual, al margen de su entendimiento médico, psicológico… terapéutico, puede tener y, de hecho, tiene igualmente un sentido penitenciario, en cuanto principio que ha de inspirar la intervención administrativa en prisión y, por tanto, también la dirigida a la organización de la propia vida prisional, en suma, al régimen penitenciario, que debe construirse como autentico *régimen penitenciario resocializador*"[924].

---

[923] Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: "Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989, pp. 59 y 60.

[924] Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: "Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización…, Ibid., p. 61.

Pero el <<régimen penitenciario resocializador>> al que se refiere el citado autor, no supone incorporar dentro del <<modelo clínico>> de tratamiento aspectos regimentales que, además de corresponderse con el acceso a derechos subjetivos de los condenados como lo son el derecho a la educación y el derecho al trabajo, facilitan la asimilación de la vida penitenciaria a la vida libre, es decir, ayuda a la consecución de "un régimen dirigido a garantizar la potenciación de la condición del interno a la vida de parte integrante de la sociedad"[925]. Y esto requiere, como también ha advertido DE LA CUESTA ARZAMENDI, "por un lado, como es obvio, limitar la intervención sobre los derechos de los presos al mínimo imprescindible para la mera privación de libertad de movimientos en que, de suyo, consiste la pena, rechazando todas aquellas privaciones de derechos y hasta limitaciones de los mismos que no se hallen justificadas por esa necesidad y vayan, en suma, más allá de lo estrictamente exigido para garantizar la seguridad y el orden penitenciario, y siempre bajo el estricto control del juez de vigilancia, verdadero garante y controlador de la ejecución prisional"[926].

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 3º numeral 28 del COPE, por <<transformación>> se entiende como el "cambio observable de conducta que se espera que experimente la persona privada de libertad durante la permanencia en el sistema penitenciario, a través de la aplicación de las políticas de atención integral, con el fin de facilitar su adecuado desenvolvimiento y convivencia social". Aparentemente, la citada definición del término <<transformación>> como objetivo del programa de <<atención integral>>[927] se refiere a un <<programa resocializador mínimo>>, el cual -de acuerdo con MAPELLI CAFFARENA- sería aquel programa que aspira a evitar que el sujeto vuelva a delinquir y que, conforme al modelo garantista del Estado social y democrático de Derecho, "sería el único programa adecuado a los derechos fundamentales del penado como persona, que en absoluto le son restringidos por el sometimiento a prisión"[928]; sin embargo, como veremos *infra*, el programa de tratamiento no se conforma con pretender que el individuo no vuelva atentar contra las leyes una vez retornare a la

[925] Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: "Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización…, ob. cit., p. 61.
[926] Cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L.: "Reflexiones acerca de la relación entre régimen penitenciario y resocialización…, Ibid., p. 61.
[927] El cual, como puede advertirse, es la manera en que el Código Orgánico Penitenciario denomina al tradicional <<tratamiento penitenciario>> que se encontraba regulado en la derogada Ley de Régimen Penitenciario.
[928] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989, p. 103.

sociedad después de haber cumplido la condena, sino que va más allá al pretender crear <<sanos criterios de convivencia>>.

En efecto, si revisamos el contenido de alguno de los programas de atención integral contemplado en el COPE aparece de relieve un modelo de tratamiento más próximo al <<programa resocializador máximo>>, es decir, un programa que pretende tener "una fuerte incidencia en la personalidad del sujeto, en su escala de valores y en su actitud ética"[929].

Así, el componente del programa de atención integral referido a la educación, de acuerdo con el artículo 56 del COPE, establece que "la educación tiene carácter formativo y orientador, *con el objetivo de fijar sanos criterios para la convivencia social y la transformación integral de las penadas o penados*" (*Cursivas Nuestras*).

En el caso del trabajo que, recordemos, también es un componente del <<programa de atención integral>>, el artículo 63 del COPE señala que: "El trabajo de las penadas y penados en los establecimientos penitenciarios es un requisito obligatorio para optar a los beneficios de redención y reducir el tiempo para obtener las fórmulas alternativas de cumplimiento de la pena. *Constituye un medio para la transformación y reinserción social, y en consecuencia no se considerará pena accesoria*" (*Cursivas Nuestras*).

El citado artículo 63 *ejusdem* no sólo reafirma que la actividad laboral ofrecida al penado no es un indicador del ejercicio del derecho al trabajo que debe gozar toda persona, incluidas aquellas que se encuentran privadas de libertad, sino que además deja entrever que el trabajo penitenciario está concebido más como un aspecto de la pena que como un subtipo de trabajo en general, en virtud de que el penado está obligado a trabajar aun en contra de su voluntad.

En efecto, de acuerdo con el artículo 64 del COPE:

> "*La penada o penado que se negare a trabajar o voluntariamente lo ejecute en forma inapropiada, estará incurso en una falta gravísima y será sancionada o sancionado de acuerdo a los que establece al presente Código para dicha falta*.
>
> Quedan excluidos de la sanción prevista en este artículo aquellas personas privadas de libertad que se encuentren impedidas por razones de salud física o mental para el desempeño de la actividad laboral" (*Cursivas Nuestras*)

[929] Cfr. MIR PUIG. S.: "¿Qué queda en pie de la resocialización? ..., ob. cit., p. 37.

Ahora bien, es un hecho cierto que ya desde mediados del siglo XX, el trabajo penitenciario ha sido objeto de atención y estudio por la comunidad internacional, en su búsqueda de estrategias para el buen funcionamiento de las prisiones dentro del modelo de Estado de Derecho moderno[930]. A lo largo de la historia reciente de la pena privativa de libertad, el trabajo penitenciario ha tenido un rol protagónico, sea como parte de la pena privativa de libertad[931], sea como mecanismo de disciplina que permite preservar el buen funcionamiento del <<régimen penitenciario>>, sea como medio de tratamiento[932], y, más recientemente, como un derecho y obligación de forma concomitante[933].

Ya desde mediado del siglo XX, GARCÍA BASALO advertía que, "partiendo del artículo 23 de la <<Declaración Universal de Derechos Humanos>> de las Naciones Unidas, y afirmándose con vigor que la penología moderna se muestra contraria a la innecesaria supresión de derechos individuales, se sostiene que el derecho de la sociedad de penar al delincuente y de privarle de su libertad impide que el recluso ejercite completamente, entre otros, el derecho a trabajar, pero que en ninguna manera lo priva de ese derecho como tal. En el reconocimiento de ese derecho del recluso a trabajar -agregase- condicionado por la pena, pero no por ello suprimido, hallarán correcta solución, entre otros, el problema de la competencia entre su trabajo y el trabajo libre, que de este modo se

[930] Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Trabajo penitenciario. Naciones Unidas-Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Nueva York, 1955, p. v.

[931] Al respecto señala GARCÍA BASALO: "El trabajo como parte de la pena constituye una etapa de transición entre el trabajo como pena en sí mismo y el trabajo como medio de tratamiento. Se caracteriza principalmente porque el trabajo se le atribuye una función represiva acorde con la finalidad expiatoria que procura la imposición y ejecución de la pena. El trabajo constituye en sí una agravación, dolorosa o mortificante, de la ejecución penal. La pena combina el trabajo forzado y la privación de libertad. Su expresión más típica es la imposición de trabajos inútiles o improductivos que emplearon los regímenes penitenciarios de algunos países en buena parte del siglo pasado. Formalmente, este concepto subsiste aun en los textos de algunos códigos penales, aunque la administración penitenciaria más progresista en aspecto que la letra de la ley, lo haya hecho caer en desuso. Contra esta concepción deberá citarse la regla mínima 71 del conjunto de Reglas de las Naciones Unidas, que dice: <<El trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo". Cfr. GARCÍA BASALO, J. C.: Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Londres, 8-20 de agosto de 1960). La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional incluida la remuneración de los reclusos. Informe General. Naciones Unidas-Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Nueva York, 1960, p. 5.

[932] El trabajo como mecanismo de tratamiento, dice GARCÍA BASALO, "aparece ya en las instituciones correccionales precursoras de la reforma carcelaria de fines del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. Dichas instituciones mantienen la eficacia del trabajo como medio de promover y alcanzar la readaptación moral y social de los reclusos". Cfr. GARCÍA BASALO, J. C.: Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente…, Ibid., p. 6.

[933] Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Trabajo penitenciario…, ob. cit., pp. 1 y 2; Vid. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Londres, 8-20 de agosto de 1960). La integración del Trabajo Penitenciario en la economía nacional incluida en la remuneración de los reclusos. Informe preparado por la Secretaría. Naciones Unidas-Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Nueva York, 1960, p. 3.

transformará de una cuestión meramente económica en un problema fundamental de respeto de derechos humanos"[934].

El observación hecha por el citado autor nos deja entrever la importancia que tiene el reconocimiento del penado como <<sujeto de derechos>>, pues, si partimos de que el trabajo penitenciario pasa de ser un método de tratamiento a un indicador del derecho al trabajo, la pena privativa de libertad debe ejecutarse procurando, a su vez, que el penado pueda ejercer su derecho al trabajo. Sin embargo, no se puede desconocer que el trabajo es un mecanismo que facilita la reinserción social del penado, pero para ello el trabajo penitenciario ha de estar integrado al trabajo libre y formar parte de la economía nacional de un país; esta consideración, tal como ha afirmado GARCÍA BASALO, forma parte del espíritu de la regla mínima 60, que dice: "El régimen penitenciario debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto estas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto de la dignidad de su persona"[935].

Pero, además de la referida necesidad de integrar el trabajo penitenciario al marco socioeconómico nacional para potenciar el fin <<preventivo especial>> del mismo; el trabajo penitenciario, como indicador del derecho al trabajo, obliga a la Administración Penitenciaria a respetar la voluntad del penado de participar o no en el programa laboral diseñado por la propia Administración, pues, si se reconoce al condenado como <<sujeto de derechos>>, el irrespeto de la voluntad del penado de participar o no en dicho programa por parte de la Administración Penitenciaria, podría también poner en riesgo la dignidad humana del condenado.

Ahora bien, hemos visto *supra* que el trabajo penitenciario, al formar parte de la Asistencia Integral o <<tratamiento penitenciario>>, no sólo asimila al trabajo penitenciario a la finalidad preventivo especial de la pena privativa de libertad, sino que, de conformidad con el citado artículo 64 del COPE, compromete la prohibición de obligatoriedad del <<tratamiento penitenciario>>, pues, de acuerdo con el precitado artículo 64 *ejusdem*, "la penada o penado que se negare a trabajar o voluntariamente lo ejecute en forma inapropiada, estará incurso en una falta gravísima y será sancionada o sancionado de acuerdo a los que establece al presente Código para dicha falta"; lo que significa que, de conformidad con el artículo 145 del COPE,

[934] Cfr. GARCÍA BASALO, J. C.: Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente…, ob. cit., p. 7.
[935] Vid. GARCÍA BASALO, J. C.: Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente…, Ibid., p. 7.

dicha negativa a participar en la actividad laboral por parte del penado le acarrea: "la privación de dos visitas ordinarias o conyugales o el aislamiento en celda de ocho o quince días máximo"; e incluso para el penado que se encontrare en régimen abierto si se negare a trabajar también sería sancionado "con la revocatoria del régimen abierto por parte del tribunal de ejecución, a solicitud de la junta disciplinaria", aunque en este último supuesto sería jurídicamente viable si se constituye como presupuesto objetivo impuesto por el tribunal de ejecución -pues, la asignación de la actividad laboral debería estar jurídicamente motivada por el juez- para acceder y mantenerse en la mencionada fórmula alternativa de prelibertad.

En todo caso, que el Código Orgánico Penitenciario considere al trabajo penitenciario como un componente de la <<Asistencia Integral>>, y que la negativa a participar del mismo acarree una sanción disciplinaria que, por su naturaleza, recrudece el aislamiento del penado; significa que, de acuerdo con el propio Código Orgánico Penitenciario, técnicamente el tratamiento penitenciario es obligatorio, cuestión que además de contradecir los valores democráticos que debe acompañar a la pena privativa de libertad ejecutada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, y de atentar contra la dignidad humana del penado, también atenta contra la propia finalidad reinsertadora de la pena[936].

Llegados hasta aquí podemos aproximarnos a lo que por <<respeto a los derechos humanos>> en el ámbito penitenciario debe entenderse de conformidad con lo dispuesto en el Código Orgánico Penitenciario venezolano; aproximación que podemos hacer si entendemos por <<respeto a los derechos humanos>> no sólo cuando el Estado reconoce la vigencia de tales derechos en su ordenamiento jurídico, sino que también establece medios jurisdiccionales para que todo individuo pueda reivindicar sus derechos en el caso de que estos fueren afectados por la actividad del Estado.

Ahora bien, partiendo de este segundo presupuesto necesario para el <<respeto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad en Venezuela>>, de acuerdo con artículo 4º *ejusdem*: "El Estado, a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia penitenciaria, garantiza a las personas privadas de libertad el ejercicio y goce de los derechos

[936] Anular todo atisbo de espontaneidad y capacidad de decisión en el penado es contraproducente para alcanzar resocializar al penado. En efecto, MAPELLI CAFFARENA observó esto mismo al analizar la identificación de la resocialización con la utilización de métodos científicos contemplado que hace la legislación penitenciaria española; para el citado autor, "la Ley debe evitar y no potenciar que el interno se someta a éste con el fin de no perder una serie de beneficios penitenciarios ya que como se ha demostrado con abundante referencia empírica cuando el penado sólo se ve impulsado a colaborar con el fin de mejorar su condición penitenciaria la labor resocializadora generalmente termina fracasando". Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario…, ob. cit., p. 100.

humanos consagrados en la Constitución, así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por la República, *excepto aquellos cuyo ejercicio esté restringido por la pena impuesta o por la medida de privación judicial preventiva de libertad, y por las establecidas en el presente Código*" (*Cursivas Nuestras*).

Si partimos de que para que pueda considerarse que un Estado garantiza los derechos humanos, aunado al reconocimiento formal de tales derechos, también se requiere que existan mecanismos de exigibilidad al que el individuo pueda acudir para corregir las arbitrariedades cometidas por el Estado en detrimento del ejercicio de los derechos humanos.

Y si aceptamos que, en Venezuela, el Juez de Ejecución Penal fue el mecanismo creado para proteger los derechos de los penados durante el cumplimiento de la condena, pues el referido órgano jurisdiccional -aparte de velar por la ejecución de la pena de conformidad con los extremos previstos en la ley- ha tenido la función de amparar los derechos de los penados que subsisten al no quedar afectados por la sentencia; podemos presumir que en Venezuela -desde un punto de vista jurídico- ha existido un verdadero reconocimiento de que los penados tienen derechos humanos que deben ser respetados por el Estado.

Ahora bien, desde un primer momento las funciones del Juez de Ejecución Penal venezolano fueron establecidas en el COPP en el año 1998, pues el referido texto adjetivo penal fue el que creó la figura, y, a partir de ese entonces, el COPP y sus reformas sucesivas ha sido el encargado de regular incipientemente las funciones del referido tribunal; ello porque a pesar de que la Ley de Régimen Penitenciario fue reformada en el año 2001 para refrendar a los tribunales de ejecución penal la función de amparar "a todo penado en el goce y ejercicio de los derechos individuales, colectivos y difusos que le correspondan de conformidad con las leyes" (artículo 2º LRP), y para reafirmar al tribunal de ejecución como órgano competente para conceder las fórmulas de libertad anticipada, la Ley de Régimen Penitenciario continuaría sin desarrollar los mecanismos procesales regulados tímidamente por el Código Orgánico Procesal Penal.

Ahora bien, el nuevo Código Orgánico Penitenciario -a diferencia de la derogada Ley de Régimen Penitenciario y al propio Código Orgánico Procesal Penal reformado recientemente[937]- pese al comentado reconocimiento de la

[937] La Ley de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal (Gaceta Oficial N.º 6.644 Extraordinario de 17 de septiembre de 2021) en su artículo 69 continúa implícitamente reconociendo al condenado como sujeto de derechos al establecer que "Corresponde al tribunal de ejecución ejecutar o hacer ejecutar las penas y medidas de seguridad, así como garantizar los derechos de los privados de libertad en los

persona privada de libertad como un <<sujeto de derechos>>, no mencionó expresamente ni visibilizó a la figura del Juez de Ejecución Penal como garante de los derechos de los condenados[938]. En efecto, el Código Orgánico Penitenciario sólo se limitó a reafirmar en su artículo 4º, ya citado *supra*, que: "*El Estado, a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia penitenciaria, garantiza a las personas privadas de libertad el ejercicio y goce de los derechos humanos consagrados en la constitución, así como en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por la República, excepto aquellos cuyo ejercicio esté restringido por la pena impuesta o por la medida de privación judicial preventiva de libertad, y por las establecidas en el presente Código*" (*Cursivas nuestras*).

Así, la omisión de la figura del Juez de Ejecución hecha por el COPE -en su condición de Ley especial en materia penitenciaria- afecta la garantía de los derechos humanos de las personas privadas de libertad que pretende refrendar el referido artículo 4º del COPE, pues el texto legal, al prescindir de la figura del Juez de Ejecución Penal, debilitó la posibilidad de que el penado pudiese reclamar los derechos que hayan sido vulnerados por parte de la Administración Penitenciaria en el ejercicio de sus funciones; en consecuencia, a nuestro modo de ver, al no considerarse la existencia de un órgano que garantice los derechos consagrados en la ley, lo contemplado en el artículo 4º del COPE constituye una mera declaración de intenciones por parte del Estado.

En todo caso, también la omisión del Juez de Ejecución estuvo presente en el primer Proyecto de Código Orgánico Penitenciario, circunstancia que había sido advertida y cuestionada por MORÁIS. En efecto, para la citada autora, la referida omisión hecha por el legislador, además de constituir un retroceso a la conquista alcanzada en procura del amparo de los derechos colectivos y difusos de los penados, dejaba "pasar la oportunidad de corregir y/o complementar cualquier otro cuerpo legal que se relacione con el funcionamiento del Sistema Penitenciario, principalmente el que se conecta tan directamente con la ejecución de la pena"; y a pesar de que las disposiciones del COPE no derogan expresamente las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Procesal Penal relativas a las competencias

establecimientos penitenciarios, asignándose por lo menos un juez o una jueza por cada centro penitenciario para cumplir tales fines, conforme a lo dispuesto en este Código y la ley"; y al continuar estipulando en el artículo 470 *ejusdem*, que: "El condenado o condenada podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, todos los derechos y las facultades que las leyes penales, penitenciarias y reglamentos le otorgan".

[938] Esta cuestión había sido advertida en el año 2001 en el informe elaborado por Moráis, y presentado por el Observatorio Venezolano de Prisiones ante la Secretaría Técnica del Consejo Superior Penitenciario con motivo de la consulta pública al que fue sometido el proyecto de Código Orgánico Penitenciario. Vid. MORÁIS, M. G.: Comentarios al Proyecto de Código Orgánico Penitenciario. Informe Técnico. Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2011, p. 10.

del Juez de Ejecución Penal, "ocurre que el COPP también es huérfano de mecanismos procedimentales para la exigencia del cumplimiento de derechos humanos"[939], cuestión que, recordemos, había sido parcialmente subsanada por la reforma de la Ley de Régimen Penitenciario del año 2001.

En definitiva, el COPE prescindió de regular la competencia que –desde el COPP- el Juez de Ejecución Penal ha tenido para amparar los derechos de los penados, orientando sus disposiciones sólo a normar algunas cuestiones relativas al otorgamiento de las fórmulas de cumplimiento de condena.

Otro aspecto que ha reflejado la indefensión a la que estaría sometido un condenado a pena privativa de libertad en Venezuela, se refiere a el silencio legal frente a la posibilidad de que los penados pudiesen recurrir ante el Juez de Ejecución Penal, las sanciones disciplinarias dictadas por la Administración Penitenciaria en contra de los reclusos que atentaren contra el buen funcionamiento del <<Régimen Penitenciario>>.

La reciente legislación penitenciaria venezolana no define expresamente lo que se entiende por <<Régimen Penitenciario>>, concepto que es necesario conocer porque sólo así podemos definir si el sistema penitenciario venezolano responde a las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho, modelo estatal propugnado por la Constitución venezolana. En el *Capítulo V* de este estudio, hemos visto que, desde finales del siglo XVIII, la ejecución de la pena privativa de libertad ha contado con reglas dirigidas a garantizar sus fines, fines que, a lo largo de 200 años, han variado de acuerdo a las exigencias consustanciales con el tipo de Estado de Derecho.

Así, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la pena privativa de libertad tiene la función de proteger a la sociedad, y la prisión tiene como principal orientación la <<prevención especial>>, mediante la implementación de un <<tratamiento>> individualizado al condenado. España es uno de los países que enmarcan su sistema penitenciario dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, y atendiendo a ello, un sector de la doctrina especializada española ha definido al <<Régimen Penitenciario>> como "el conjunto de normas que regulan la convivencia y el orden dentro de los establecimientos penitenciarios, determinando los derechos y prestaciones que corresponden al recluso por su condición general de ciudadano del Estado. La finalidad del régimen de los establecimientos penitenciarios es el de conseguir una

[939] . Vid. MORÁIS, M. G.: Comentarios al Proyecto de Código Orgánico Penitenciario. Informe Técnico…, ob. cit., p. 11.

convivencia ordenada que permita el cumplimiento de los fines previstos por las leyes procesales para los detenidos y presos, así como llevar a cabo el tratamiento respecto a los penados y sometidos a medida de seguridad"[940].

A pesar de que esta definición se corresponde con los extremos contenidos en la Ley Orgánica General Penitenciaria española, deja entrever los dos objetivos que deberían acompañar concretamente a la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho: respetar el Principio de Legalidad de la Ejecución Penal, y procurar la reinserción social del penado.

Por lo tanto, dentro de un Estado social y democrático de Derecho el <<Régimen Penitenciario>> está enmarcado en el Principio de Legalidad de la Ejecución Penal, escenario que implica que todas las situaciones en el devenir diario, incluido el <<Régimen Disciplinario>> está regulado por el Derecho. Pero, además, como también hemos advertido en otro lugar de esta investigación, actualmente la pena privativa de libertad está orientada a la <<prevención especial>>, aunque ello no implique la ausencia absoluta de las otras funciones no declaradas de la pena privativa de libertad[941]. En todo caso, tal como ha advertido MAPELLI CAFFARENA al estudiar los regímenes de máxima seguridad en las prisiones españolas, la seguridad interior de las prisiones "es una vía para estimular la participación del interno en la comunidad penitenciaria, así como para atenuar y compensar la pena. Por esta razón, la ley cuenta con sanciones negativas -tales como prescripción de la conducta, las medidas coercitivas de seguridad y disciplinaria-, pero, también, con sanciones positivas -v. gr. Beneficios penitenciarios, recompensas o progresión de grados"[942].

En el caso venezolano, el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra que la pena privativa de libertad está orientada a la rehabilitación del penado; y el artículo 1º del Código Orgánico Penitenciario establece que el objeto de dicho texto legal es el de "*impulsar, promover, regular y desarrollar la organización, administración, funcionamiento y control del sistema penitenciario*, de conformidad con las normas, principios y

[940] Cfr. GARRIDO GUZMAN, L.: "Régimen Penitenciario e Instituciones de Máxima seguridad", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Enero 1988, p. 145.

[941] Entre las <<funciones no declaradas de la pena>>, MORAÍS -siguiendo a SANDOVAL- las sintetiza en: función vindicativa; función de cobertura ideológica; función de reproducción de la criminalidad; función del mantenimiento del status quo, y función de auxilio al control del mercado del libre trabajo. Vid. MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., pp. 29-32.

[942] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Los establecimientos de máxima seguridad en la legislación penitenciaria", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º Extraordinario. Enero, 1988, p. 132.

valores consagrados en la Constitución, así como en los tratados, pactos y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República en materia de derechos humanos, *a los fines de garantizar a las personas privadas de libertad su rehabilitación integral, progresiva y el respeto a sus derechos humanos, posibilitando su transformación y su reinserción social*" (*Cursivas Nuestras*).

El mantenimiento del orden y la seguridad, como condición para el buen funcionamiento del <<régimen penitenciario>>, tiene como finalidad última crear las condiciones idóneas para aplicar los <<programas que faciliten la reinserción social de los condenados>>, y para lograr este cometido el <<Régimen Disciplinario>> es de vital importancia porque -como desarrollaremos en las líneas que siguen- el <<Régimen Disciplinario>> tiene como función asegurar que se mantenga el respeto a las reglas de convivencia necesarias para el normal funcionamiento de la prisión.

En efecto, como ha advertido ASENCIO CANTISAN al tratar un supuesto similar al analizar los fines del <<Régimen Disciplinario>> contenido en la legislación penitenciaria española, también orientada hacia la resocialización del penado, "si lo que la ejecución de la privación de libertad debe conseguir, por estar orientada hacia ello, es la resocialización (art. 25.2 CE) y para ello es necesaria la ordenada convivencia, es evidente que el régimen disciplinario debe entrar en funcionamiento, debe aparecer en escena, solo cuando sea absolutamente imprescindible para el mantenimiento del orden sin que en modo alguno pueda ir más allá de esta limitación o Principio de Intervención Mínima. A nuestro modo de ver, la única posibilidad de compaginar régimen disciplinario y resocialización es evitar, por un lado, la medida represiva (sanción) siempre que no sea imprescindible y, por otro lado, no olvidar la <<función pedagógica de la medida disciplinaria>>"[943].

Pero como asomamos *supra*, en un modelo de Estado social y democrático de Derechos, las garantías deben acompañar al reconocimiento de derechos para que estos tengan verdadera efectividad en la práctica. Si partimos de la premisa de que uno de los cometidos asignados al Juez de Ejecución Penal es el control de la ejecución penal, esta figura debe tener facultades de revisión de los actos dictados por la Administración Penitenciaria como, por ejemplo, lo son las <<sanciones disciplinarias>>. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto entre los artículos 146 a 154 del Código Orgánico Penitenciario del año 2015, la Junta Disciplinaria era la

[943] Cfr. ASENCIO CANTISÁN, H.: "El sistema de sanciones y procedimiento para su imposición en la legislación penitenciaria", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989, p. 46.

autoridad encargada de dictar y ejecutar la sanción, sin que, dentro del articulado del mencionado texto legislativo, se hiciere mención expresa de la posibilidad de que el penado pudiese recurrir la decisión adoptada por la Junta Disciplinaria ante la autoridad judicial[944].

Esta cuestión no es baladí si un Estado social y democrático de Derecho -mediante la privación de libertad- se propone proteger a la sociedad frente al delito, al <<procurar reinsertar al penado a la sociedad respetando las leyes una vez cumplida la condena>>; pues para ello el Estado necesita garantizar que exista un <<orden>> estricto dentro de la prisión que asegure, tanto el ejercicio de los derechos de los penados, como la aplicación del tratamiento penitenciario. En efecto, esta pretensión es un problema para la Administración Penitenciaria, pues debido a la naturaleza represiva del encierro, y a las características conductuales de la población que habita en estos establecimientos, la Administración Penitenciaria se puede ver frecuentemente obligada a ejercer su potestad disciplinaria; cuestión que formalmente podría afectar tanto la orientación reinsertadora que tiene la prisión, como los propios derechos de los condenados.

El <<régimen disciplinario>> de las prisiones es uno de los aspectos que distingue al Régimen Penitenciario de otros tipos de regímenes de encierro. Cuando nos referimos al entorno penitenciario, necesariamente estamos hablando de un tipo específico de sociedad que, como todas, está regida por normas de convivencia de cumplimiento obligatorio[945], es decir, normas cuyo incumplimiento podría acarrear sanciones. Este conjunto de normas que acarrean sanciones en el ámbito penitenciario son las que

---

[944] Actualmente, bajo la vigencia del Código Orgánico Penitenciario reformado en el año 2021, la Junta Disciplinaria continúa siendo el órgano encargado de sancionar a los privados de libertad responsables de las faltas cometidas de conformidad con el COPE; quedando expresamente prohibido que cualquier funcionario del servicio penitenciario no perteneciente a la referida Junta pueda imponer sanción alguna (Artículo 137 del COPE). Ahora bien, de acuerdo con el artículo 135 del referido texto legislativo: "La junta disciplinaria estará conformada por los siguientes funcionarios o funcionarias:

1. La directora o director del establecimiento penitenciario, quien la presidirá.
2. Una funcionaria o funcionario del área social.
3. Una funcionaria o funcionario del área legal.
4. Una funcionaria o funcionario del área del régimen interno.
5. Una funcionaria o funcionario del área del régimen externo.

En los de régimen abierto se incorporará a la junta disciplinaria las delegadas o delegados de prueba de ese establecimiento. En todo caso, la junta disciplinaria estará conformada por un mínimo de cinco funcionarias o funcionarios y un máximo de siete integrantes, siempre en números impares".

[945] En sentido similar, ASENCIO CANTISÁN, al analizar el régimen disciplinario de las prisiones españolas contemplado en la Ley Orgánica General Penitenciaria, ha señalado que dentro del Título II del mencionado texto legislativo dedicado al <<Régimen Penitenciario>>, "se regulan distintas parcelas del régimen, o lo que es lo mismo, distintas situaciones que pueden darse en el devenir diario de la ejecución de la pena privativa de libertad y que están necesitados de normativa, al igual que ocurre con la vida en libertad, pero con mayor énfasis como consecuencia de la mayor tensión y necesidad de orden que conlleva toda institución cerrada". Cfr. ASENCIO CANTISÁN: H.: "El sistema de sanciones y procedimiento para su imposición en la legislación penitenciaria…, ob. cit., p. 44.

conforman el <<régimen disciplinario>>. Ahora bien, al gozar este tipo de normas de un explicito poder coactivo estatal se podría pensar que las mismas se encuentran contempladas <<íntegramente>> en la propia ley penitenciaria, sin embargo, no siempre esto ha sido así.

En efecto, en Venezuela, el Código Orgánico Penitenciario mejoró algunos aspectos relativos al régimen disciplinario, en comparación con lo contemplado en la derogada Ley de Régimen Penitenciario, pues, el COPE reforzó el Principio de Legalidad en la ejecución de la pena privativa de libertad, al no sólo limitarse a determinar las sanciones a imponer, sino también al tipificar en su propio texto las faltas leves, graves y gravísimas[946], al contrario de lo que sucedía con la derogada Ley de Régimen Penitenciario que remitía al Reglamento de la Ley, la tipificación de las faltas.

Si bien la regulación de las faltas por vía reglamentaria, según observa ASENCIO CANTISÁN, no quebraría el Principio de Legalidad por cuanto es la propia ley la que remite la regulación por aquella vía, "provocaría una situación de inseguridad jurídica en el interno al tiempo que otorgaría a los órganos encargados de la imposición de las mismas más y mayores posibilidades de interpretaciones analógicas en modo alguno admisibles y, por otro lado, se podrían sancionar conductas que pese a ser contrarias a la Ley o al Reglamento en modo alguno deben ser motivos de sanción"[947]; por lo tanto, partiendo de lo dicho por el citado autor -y a nuestro modo de ver- la tipificación de las faltas y las sanciones íntegramente en el texto del COPE si representó -desde el punto de vista formal- una mejoría o reforzamiento del Principio de Legalidad en la ejecución de la pena privativa de libertad aplicada en Venezuela.

Sin embargo, a pesar de que el Código Orgánico Penitenciario del año 2015 mermó la garantía de la legalidad en relación con el régimen disciplinario, al no contemplar la posibilidad de que los jueces de ejecución penal revisaren -mediante recurso- las decisiones de la Junta Disciplinaria; con la reforma del Código Orgánico Penitenciario -publicada en Gaceta Oficial N.º 6.647, de fecha 17 de septiembre de 2021-, formalmente esta

[946] En otros países, como por ejemplo ha sucedido con España, el <<quebrantamiento de la reserva legal>> para la tipificación de ciertas conductas y la determinación de las sanciones ha sido fundado en la llamada doctrina de las <<relaciones de sujeción especial>>. En tal sentido, ASENCIO CANTISÁN nos enseña que en la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21-01-1987, "la reserva de Ley, que opera con carácter general en cuanto a las sanciones administrativas se refiere, no sea aplicable alas reguladas y determinadas en el Reglamento Penitenciario, bastando con que la ley haga una referencia a los principios y <<delegue>> en el Reglamento para la concreción de las faltas. En virtud de esta sujeción especial, la propia reserva de ley pierde parte de una fundamentación material". Cfr. ASENCIO CANTISÁN: H.: "El sistema de sanciones y procedimiento para su imposición en la legislación penitenciaria…, ob. cit., p. 45.

[947] Cfr. ASENCIO CANTISÁN: H.: "El sistema de sanciones y procedimiento para su imposición en la legislación penitenciaria…, Ibid., p. 48.

cuestión sería subsanada al consagrar en el reformado artículo 154 COPE, que "*La privada o privado de libertad podrá solicitar a la Jueza o Juez de Ejecución con competencia en el establecimiento penitenciario, la revisión de la decisión adoptada por la Junta Disciplinaria dentro de las 48 horas siguientes a su notificación. La jueza o juez escuchará a las partes y adoptará su decisión en la misma audiencia. La solicitud de revisión suspende la ejecución de la decisión*" (*Cursivas Nuestras*). Disposición normativa esta que, sin duda, también representa un avance para la garantía de los derechos humanos de los privados de libertad, en un aspecto tan delicado como lo son las medidas disciplinarias[948], aunque cabe advertir que ello no es suficiente.

De acuerdo con los artículos 143, 144 y 145 del COPE, las sanciones disciplinarias allí previstas giran entre la amonestación verbal y el registro -incorporación- de la falta en el expediente del privado o privada de libertad -en el caso de las faltas leves-; el aislamiento por un máximo de siete días o la suspensión de una visita familiar o conyugal -para los casos de faltas graves-; y el aislamiento entre ocho a quince días máximo o suspensión de dos visitas familiar o conyugal -para los casos de faltas gravísimas-. Cabe acotar, que el texto legal en comento -a diferencia de la derogada Ley de Régimen Penitenciario[949]- no establece limitaciones cualitativas expresas para el cumplimiento de la sanción de aislamiento como, por ejemplo, la determinación de las condiciones mínimas que debe poseer la celda en la que ha de cumplirse la restricción de la libertad del recluso sancionado administrativamente, o la necesidad de una previa y continua verificación médica del estado de salud de la persona sancionada. Esta ausencia de limitaciones cualitativas representa un claro retroceso en cuanto a la garantía de los derechos a la integridad personal y a la salud de la persona privada de libertad[950].

---

[948] Además del referido artículo 154 del COPE, también el artículo 138 del *ejusdem* consagró expresamente el derecho del penado a recurrir las decisiones de la Junta Disciplinaria, al precisar que "dichas decisiones pueden ser revisadas a solicitud de la sancionada o sancionado, por la jueza o juez de ejecución con competencia en el centro penitenciario".

[949] El artículo 47 de la derogada Ley de Régimen Penitenciario establecía que: "El juez de ejecución controlará el cumplimiento de las sanciones previstas en los literales c) y d) del artículo anterior. Estas sólo podrán ser aplicadas bajo la diaria y estricta vigilancia del médico del establecimiento, quién deberá proponer el caso o modificación de la medida antes de su término, cuando la salud del reo así lo aconseje".

[950] Acerca de las consecuencia sobre la salud que el aislamiento puede generar en las personas privadas de libertad, MAPELLI CAFFARENA ha señalado que "la sintomatología del aislamiento es fácil de reconocer. Quien lo sufra tiene problema sensoriales, como pérdida de visión ("ceguera de prisión") debido a problemas de iluminación y a la falta de horizonte y de perspectivas abiertas, o agarrotamiento muscular, hasta los característicos problemas psicosociales como labilidad afectiva con cambios bruscos injustificados, autoafirmación agresiva o sumisión, estados de ansiedad, perdida de vinculaciones con el exterior y del interés por las mismas. Todas estas alteraciones van aparecer y van a presentarse o no como cuadro crónico en función de una serie de variables de la personalidad. Pero en todo caso, las ciencias de la conducta están en condiciones de afirmar con rigor que los estados de aislamiento, aun tratándose de

Las determinación de las condiciones de ejecución de las medidas disciplinarias son importantes para la garantía de los derechos afectados o limitados por las sanciones de aislamiento, pues la determinación de las condiciones de ejecución contribuyen a precisar los <<indicadores>> que permiten verificar si, por ejemplo, el derecho a la integridad personal o el derecho a la salud están siendo conculcados por una medida <<excepcional>> dentro de la prisión, y que originalmente va dirigida sólo a restringir -aún más- la libertad del sujeto sancionado disciplinariamente.

Por otra parte, tal como lo ha advertido MAPELLI CAFFARENA al analizar la constitucionalidad de las sanciones de aislamiento en la legislación penitenciaria española, "la concepción moderna de los sistemas penitenciarios está en contra de concebir los aislamientos como meros incidentes en el transcurso de la ejecución. Bien al contrario, cuando el legislador le otorga, como sucede en nuestro país, un carácter de excepcionalidad, lo hace no solamente para revertir de garantías su aplicación, sino inspirado en principios penitenciarios modernos de mucho más calado. Se está de esta forma reconociendo que el aislamiento equivale a un auténtico estado de excepción individual que altera radicalmente el régimen ordinario de ejecución y que nada tiene que ver con él"[951].

Este carácter excepcional de las sanciones disciplinaria de aislamiento en los términos expuestos por el citado autor, también nos muestra la necesidad de que la ley no sólo determine cuantitativamente el tiempo de duración de la sanción, sino también que especifique las condiciones de reclusión en que el penado sometido al aislamiento debe cumplirla.

Si bien, en todo el texto del Código Orgánico Penitenciario no se precisa cómo está organizado el régimen ordinario de los penados, más allá de la determinación de los tipos de <<módulos>> donde los reclusos serían alojados de acuerdo a los criterios de separación y clasificación previstos en el referido Código; ello no es obstáculo suficiente para dejar de señalar el carácter excepcional del régimen de aislamiento. En cualquier caso, las sanciones disciplinarias sin las debidas garantías previstas en el COPE también contradicen la orientación <<preventivo especial>> que -de acuerdo con el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de

aislamientos de unos días, generan conflictos de personalidad, a veces, irreversibles. La imagen de una persona internada todo el día en una celda de escasos metros cuadrados es por sí sola reveladora de los daños que puede causarle". Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)" en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 12 Extraordinario. Diciembre 1998, p. 101.

[951] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento) …, ob. cit., p. 101.

Venezuela, y con el artículo 1º del Código Orgánico Penitenciario- la pena privativa de libertad tiene, y, al contrario, aproxima a la ejecución de la pena privativa de libertad al planteamiento <<retribucionista>>, donde lo relevante es retener al penado para garantizar la seguridad dentro y fuera del establecimiento, aunque dicha retención afecte la reinserción social del penado, y, lo que es peor aún, atente contra los derechos de los condenados.

En efecto, hemos visto que las sanciones por faltas graves y gravísimas en el COPE, se limitan a dos tipos medidas: <<la restricción de visitas de familiares y allegados>>, y <<el aislamiento en celda de castigo>>. Ambas medidas son contrarias a la ideal reinsertador; la primera, porque las visitas de los familiares y allegados forma parte de las estrategia para que el penado pueda mantener el contacto con el mundo exterior y; la segunda, porque no sólo pone en riesgo la integridad física y moral del penado, sino porque tales medidas impuestas -sin las garantías debidas- perturban el aprendizaje social durante el encierro[952].

Pero en todo caso, la posibilidad de que las medidas disciplinarias sean recurridas ante el Juez de Ejecución Penal, no es una garantía suficiente para salvaguardar el derecho a la libertad deambulatoria que -con ciertos límites derivados de la naturaleza del encierro en prisión- la persona privada de libertad conserva dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho. En efecto, en palabras de MAPELLI CAFFARENA, "hoy el modelo ordinario de ejecución permite una amplia posibilidad de movimiento dentro y fuera de la prisión. Esto es posible entre otras cosas porque la libertad ambulatoria se puede dosificar y graduar y la pena privativa de libertad sólo puede restringir esta proporcionalmente preservando en todo caso la dignidad humana que requiere respetar en esencia el derecho fundamental"[953].

Partiendo de esta consideración, la sanción de aislamiento impuesta por la Junta Disciplinaria dentro de la prisión -aunque sea por un tiempo corto- implica una sanción privativa de libertad y, por lo tanto, una restricción de un derecho a la libertad que debe hacerse observándose todas las garantías posibles, incluso la judicial. En consecuencia, en un modelo de Estado que se precie de ser respetuoso de los derechos humanos de las personas privadas de libertad; las sanciones disciplinarias además de imponerse siguiendo las

[952] En tal sentido, Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento) …, ob. cit., p. 99.
[953] Vid. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario…, ob. cit., p. 313.

garantías del juicio previo y el debido proceso[954], deberían ser dictadas por el órgano jurisdiccional y no por un órgano administrativo; por lo tanto, no es descabellado pensar que las sanciones disciplinarias de aislamiento en celda -en los términos propuestos por el COPE- tengan visos de inconstitucionalidad; pues, si partimos de que los penados son <<sujetos de derechos>>, ello implica que sus derechos humanos no afectados por la condena continúan vigentes, y entre esos derechos se encuentra, precisamente, el <<derecho al debido proceso>>, el cual no merma ni siquiera en situaciones de <<estado de excepción>>[955].

Sin embargo, que pueda plantearse <<formalmente>> la inconstitucionalidad de las sanciones disciplinarias de <<aislamiento en celda>> previstas en el COPE, no significa que fácticamente pueda tener recorrido jurídico dentro de la idea constitucional que ha acompañado al andamiaje institucional chavista, como precursor de la actual Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Pues, de acuerdo con lo advertido por el constituyente venezolano COMBELLAS, "la idea de Constitución del régimen, independientemente de su grado de explicación, sistematización y fortaleza teórica, es otra, distinta y opuesta a la tradición garantista, pues a diferencia de esta, que concibe al derecho consagrado en la Constitución como un freno, un control del poder y de su tentación de imponerse arbitrariamente, aquí, muy por el contrario, el derecho es un instrumento de poder, dicho con otras palabras, el poder no crea al derecho con el propósito de ser por este limitado, sino que lo instrumentaliza para sus propios fines. En términos de derecho medieval, el derecho no es otra cosa que un *instrumentum regni*, una herramienta al servicio del gobernante"[956].

---

[954] En este sentido, el Principio XXII, Numeral 2º de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, establece: "La determinación de las sanciones o medidas disciplinarias y el control de su ejecución estarán a cargo de autoridades competentes, quienes actuarán en toda circunstancia conforme a los principios del debido proceso legal, respetando los derechos humanos y las garantías básicas de las personas privadas de libertad, reconocidas por el derecho internacional de los derechos humanos".

[955] Artículo 337 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: "El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. *En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo* las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, *el derecho al debido proceso*, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles". (*Cursivas Nuestras*).

[956] Cfr. COMBELLAS R.: "La Venezuela de la V República: La reforma política y sus implicaciones institucionales", en TANACA, M. (Ed.) / JÁCOME, F. (Ed.): Desafíos de la gobernabilidad democrática. Reformas político-institucionales y movimientos sociales en la región andina. IEP Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2010, pp. 157 y 158.

Aunque la referida forma de entender las garantías constitucionales por parte de las instituciones públicas venezolana, nos da pocas esperanzas de que a través del ordenamiento jurídico se limite efectivamente el poder punitivo del Estado, si nos ayuda a entender la tendencia Neo-retributiva que acompaña a la pena privativa de libertad, además de darnos una idea de donde proviene el desprecio por el Principio de Legalidad en la actuación administrativa del Estado en este contexto venezolano.

Como ya hemos advertido *supra*, el adjetivo <<democrático>> que acompaña al modelo Estado consagrado en el artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela también condiciona o abarca la gestión del sistema penitenciario, pues, tal como ha advertido GONZÁLEZ CRUZ acudiendo al artículo 3º de la Carta Democrática Interamericana para determinar el contenido del término <<democrático>>, <<el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales>> forma parte de la <<democracia>>, y, por lo tanto, según el citado autor, "es evidente que si no se respetan derechos tan básicos como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, el desarrollo de la personalidad, el amparo de la ley, a la vivienda, a la educación, al trabajo, a la seguridad social, al debido proceso, es muy difícil sostener que existe una verdadera democracia"[957]; de manera que, a nuestro entender, una prisión desprovista de garantías que protejan los derechos previstos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que subsisten durante la condena, se convierte en un espacio antidemocrático, y, por lo tanto, contrario a la Constitución.

En definitiva, si bien el artículo 2º del COPE consagró el Principio de Legalidad de la Ejecución Penal, al regular la labor de la Administración Penitenciaria; no obstante, la supervisión y el control de esa labor por parte de los tribunales de ejecución penal ha quedado mermada. Primero, porque dicha labor de supervisión y control de los tribunales de ejecución quedó reducida a algunos aspectos esencialmente <<regimentales>>; y, segundo, porque toda posibilidad de que los referidos tribunales puedan intervenir en el tratamiento penitenciario quedó soslayada, desprotegiéndose de esta manera algunos derechos fundamentales que podrían verse conculcados con la implementación del tratamiento penitenciario como, por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad o el derecho a la integridad personal; e incluso, derechos como el <<derecho al trabajo>> que, en virtud de la incorporación del trabajo penitenciario a los componentes de la

[957] Cfr. GONZÁLEZ CRUZ, F.: "Valores y principios de la Constitución…, ob. cit., p. 16.

<<asistencia integral>>, el trabajo penitenciario pasó a ser parte de la pena, y, por ende, de cumplimiento obligatorio por parte del penado.

De resto, de acuerdo con el COPE, las funciones asignadas al Juez de Ejecución Penal, se sintetizan en:

1. Autorizar el ingreso y el egreso del penado del establecimiento penitenciario (Artículos 30 y 37 del COPE)
2. Autorizar los traslados de los penados a otros establecimientos penitenciarios, por razones de orden, seguridad, necesidad o urgencia (Artículos 122 y 125 del COPE).
3. Conocer y autorizar los traslados de los penados a centros asistenciales de salud (hospitales) (Artículos 74 y 122 del COPE).
4. Conocer y autorizar el otorgamiento de una medida humanitaria por razones de enfermedad grave, y conocer de la situación y estado de salud de los penados heridos (Artículo 91 del COPE).
5. Otorgar la redención judicial de la pena por el trabajo y estudio (Artículos 158 numeral 7º y 159 del COPE).
6. Resolver por vía de recurso las reclamaciones que el penado realice acerca de las decisiones emanadas de la Junta Disciplinaria (Artículos 138 y 154).
7. Acordar el cambio de régimen cerrado a <<régimen de confianza tutelado>>[958] regulado entre los artículos 161 y 164 del COPE.

Finalmente, otro aspecto a destacar del COPE es la regulación de la participación de la sociedad en los Establecimientos Penitenciarios. De acuerdo con el artículo 171 del COPE:

> "El Poder Popular tiene el derecho y el deber de participar de forma protagónica para lograr la inclusión plena y efectiva, a la sociedad, de las personas que han sido privadas de libertad, a través de las organizaciones comunitarias y sociales.
>
> Los estudiantes universitarios podrán participar a través de programas de servicio comunitario y cualquier otro programa que sea debidamente aprobado y autorizado por el Ministerio del Poder popular con competencia en materia penitenciaria.
>
> Las personas, en el ejercicio de este rol, deberán actuar con estricto apego a las normas y reglamentos que rigen el sistema

[958] De acuerdo con el artículo 161 del COPE: "El régimen de confianza tutelado consiste en la ubicación de la penada o el penado en un cetro de producción o un área especial del régimen penitenciario, donde continuará con el cumplimiento de la pena, el cual será acordado por la jueza o el juez de ejecución, mientras le sea otorgado alguna fórmula alternativa o cumplimiento de la pena".

penitenciario. La autoridad penitenciaria se encuentra en la obligación de garantizar la seguridad de estas ciudadanas de estas ciudadanas y estos ciudadanos dentro de los establecimientos penitenciarios durante el desarrollo de las actividades".

La citada disposición reconoce la vigencia del <<Principio de Solidaridad>> también plasmado en el artículo 2º de la CRBV; Principio este que exige que la sociedad ayude activamente a las personas y sectores más desfavorecidos. Ahora bien, tal como observa GONZÁLEZ CRUZ al referirse al Principio de Solidaridad plasmado en la Constitución venezolana, el referido Principio supone que, si bien "el Estado debe ser vigilante del cumplimiento de este deber, ha de promover la participación del ciudadano en actividades dirigidas a la atención de emergencias, asistir a otros en estado de necesidad, prestar auxilio según las condiciones de cada quien. Es importante destacar que el deber de solidaridad social si bien puede tener un marco legal y creación de estructuras participativas, debe respetar la libertad de acción de los individuos, de las familias, comunidades de vecinos, de estudiantes, trabajadores, empresarios y otros, para que verdaderamente sean solidarios en el campo donde lo decidan según sus inclinaciones".[959]

Por otra parte, la participación de la sociedad, en general, y la labor de las organizaciones de la sociedad civil, en particular, son de suma importancia tanto para coadyuvar a la reinserción social del penado al mantener el contacto de este con el mundo exterior, como para la salvaguarda de los derechos de los privados de libertad en general, pues, en el caso de las visitas de la sociedad civil, estas han contribuido a visibilizar las situaciones que comprometen el acceso a los derechos de los privados de libertad, y que frecuentemente se encuentran ocultas tras los muros de la prisión[960].

En efecto, en Venezuela, la labor de la sociedad civil -que incluye a las universidades y las Organizaciones No Gubernamentales- ha sido un apoyo importante, tanto para la población reclusa como para sus familiares y

[959] Cfr. GONZALEZ CRUZ, F.: "Valores y principios de la Constitución…, ob. cit., p. 21.

[960] Así la Relatora Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanas y degradantes, Alice Jill Edwards, se refiere a la importante labor que realizan las organizaciones de la sociedad civil dentro de las prisiones: "La vigilancia regular y transparente por parte de entidades independientes e imparciales es también una de las principales formas de prevenir la tortura y otros malos tratos en las prisiones, así como de reforzar las prácticas positivas y determinar los cambios necesarios. Esta vigilancia puede llevarse a cabo a través de los mecanismos nacionales de prevención establecidos en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como por instituciones nacionales de derechos humanos, organismos internacionales o regionales, parlamentarios y organizaciones de la sociedad civil". Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Cuestiones de actualidad y buenas prácticas en la gestión penitenciaria. Informe de la Relatora Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Alice Jill Edwards. Asamblea General ONU, Ginebra, 2024, Párr. 13.

allegados de los reclusos, pues, esta labor ha impactado positivamente en el funcionamiento del Sistema Penitenciario, o al menos han contribuido a que los mecanismos de exigibilidad de derechos, tanto nacionales[961], como internacionales se hayan pronunciado para corregir las irregularidades en la gestión penitenciaria que han puesto en riesgo el ejercicio de los derechos por parte de las personas privadas de libertad en las prisiones del país.

No obstante, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Penitenciario, la labor de control y monitoreo realizada por la sociedad civil fue mermada. En efecto, con la nueva legislación penitenciaria, la labor de la sociedad civil sólo puede realizarse dentro de la fórmula de <<contraloría social>>, fórmula que técnicamente limita la independencia operativa de la labor de la sociedad civil, al quedar esta labor sometida a las directrices del órgano institucional encargado de gestionar la <<contraloría social>>[962]. Así pues, de conformidad con el artículo 173 del COPE, la contraloría social se "…ejercerá a través del consejo popular de contraloría penitenciaria que funcionará en cada circunscripción judicial en los términos que determine el reglamento respectivo y las leyes relativas a la participación protagónica popular". De esta manera, técnicamente los canales institucionales o no institucionales de control y monitoreo de la gestión penitenciaria y, particularmente, de la situación de los derechos de las personas privadas de libertad están mermados.

Llegados hasta aquí, vemos que las reformas legislativas que han afectado a la ejecución de las penas privativas de libertad en Venezuela pudieran tergiversar el rol preventivo especial que tiene la prisión dentro de su modelo de Estado social y democrático de Derecho, pues, la ausencia de

[961] Entre las decisiones de organismos nacionales destaca, la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, N.º de Expediente 08-0821, de fecha 20 de octubre de 2008, donde "se autoriza el ingreso de menores de edad a los centros penitenciarios Rodeo I y Rodeo II una vez cada quince días, para lo cual se ordena que durante las visitas programadas de los familiares de los reclusos un contingente de la Guardia Nacional, a fin de reforzar la seguridad, esté presente por todo el tiempo que duren las mismas, garantizando el orden dentro de las instalaciones. De igual forma se deberá contar con la presencia de un representante de la Defensoría del Pueblo y del Ministerio Público especializados en la protección del niño, niña y adolescente; por último, se ordena a los directores de dichos centros penitenciarios extremar las medidas de supervisión y control de los menores que ingresen a los mismos". Decisión esta, adoptada por el máximo tribunal de justicia venezolano, a raíz del recurso de amparo interpuesto por la Organización No Gubernamental "Observatorio Venezolano de Prisiones" en representación de varios reclusos a los que la Administración Penitenciaria había suspendido las visitas de sus hijos, medida esta adoptada por causa no imputable a los internos, sino por la deficiente gestión de la Administración Penitenciaria.

[962] De conformidad con el artículo 2 de la Ley Orgánica de Contraloría Social (Gaceta Oficial de fecha 21 de diciembre de 2010, N.º 6.011 Extraordinario): "La contraloría social, sobre la base del principio constitucional de la corresponsabilidad, es una función compartida entre las instancias del Poder Público y los ciudadanos, ciudadanas y las organizaciones del Poder Popular, para garantizar que la inversión pública se realice de manera transparente y eficiente en beneficio de los intereses de la sociedad, y que las actividades del sector privado no afecten intereses colectivos o sociales".

mecanismos de control hace más susceptible que las actividades que se corresponden con el acceso a algunos derechos como, por ejemplo, la educación o al trabajo queden relegados en segundo plano por razones de seguridad, sin que la persona privada de libertad tenga la posibilidad de recurrir tal situación ante el órgano jurisdiccional.

Frente a esta situación, es dable plantear que la falta de control jurisdiccional sobre la Administración Penitenciaria contribuye a separar la vida de la prisión de la vida en libertad, pues, las mencionadas reformas legislativas -lejos de propiciar las condiciones necesarias para que la reclusión represente un modelo de vida ajustado a la legalidad, y, por ende, cercano a la vida el libertad- han coadyuvado a aumentar la discrecionalidad de la Administración Penitenciaria, cuestión esta que convierten al régimen y al tratamiento penitenciario en mecanismos de institucionalización del condenado al verse este afectado en su reconocimiento como sujeto de derecho.

CAPÍTULO VIII
EL IMPACTO DE LAS REFORMAS NEO-RETRIBUTIVAS EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DENTRO DEL MODELO DE ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO: ANÁLISIS FENOMENOLÓGICO O SOCIOLÓGICO

8.1.- Cuestiones preliminares acerca del análisis fenomenológico del Derecho punitivo

El análisis fenomenológico o sociológico del Derecho es un tema recurrente no sólo dentro de la doctrina jurídica, sino también dentro de la política criminal, pues, a través de este análisis se verifica si en la práctica el Derecho tiene los efectos esperados.

Así, esta perspectiva fenomenológica o sociológica implica una revisión de lo que REALE denomina <<experiencia jurídica>>, la cual -de acuerdo con el citado autor- "implica la efectividad de comportamientos sociales en función de un sistema de reglas que también designamos con el vocablo Derecho"[963].

En el *Capítulo IV* de este estudio hemos visto que la forma de organización política actual -enmarcada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho- exige que los poderes públicos cumplan las funciones expresamente tasadas para ellos por el Derecho no sólo respetando los derechos de los individuos, sino también asegurando que tales individuos tengan la posibilidad de acceder a los derechos que son consustanciales con la condición humana, y que no pueden ser satisfechos con la mera actividad individual de la persona. En consecuencia, el modelo de Estado social y democrático de Derecho está obligado a respetar los derechos humanos a todas las personas por el sólo hecho de serlo, y el Estado sólo puede limitarlos por las razones expresamente señaladas en la ley, y de la forma que el propio Derecho establece.

Ahora bien, las limitaciones de los derechos de los ciudadanos sólo son legítimas cuando se procura proteger el <<bien común>>, el cual puede verse afectado cuando el individuo atenta contra los derechos de sus conciudadanos, al pretender satisfacer egoístamente sus propios intereses, sin considerar los límites establecidos por el propio Derecho para asegurar el ejercicio de los derechos de cada ciudadano.

---

[963] Cfr. REALE, M.: Introducción al Derecho…, ob. cit., p. 67.

De acuerdo con el Derecho penal ajustado al modelo de Estado social y democrático de Derecho, el delito es una conducta típica, antijuridica y culpable[964]; definición esta que encierra un conjunto de garantías que deben ser respetadas por la Administración de Justicia para poder declarar la responsabilidad penal del acusado.

Así, como advertimos en el *Capítulo IV* de este estudio, el Principio de Legalidad se inicia con la tipificación de los delitos y el establecimiento de la pena en una *lex preavea, stricta* y *scripta*, se desarrolla con la regulación del proceso de juzgamiento dirigido a determinar los hechos constitutivos de delitos y a determinar la responsabilidad penal del procesado, y, se concreta con la regulación de la ejecución de la pena. Ahondando un poco más sobre el Principio de Legalidad Procesal y el Principio de Legalidad de la Ejecución Penal, el Principio de Legalidad Procesal implica la aparición, durante el proceso de juzgamiento penal, de una serie de Principios que protegen al individuo frente al poder punitivo del Estado, como lo son -por ejemplo- el Principio de Inmediación, el Principio de Contradicción, el Principio de Publicidad y, por supuesto, el Principio de la Presunción de Inocencia, el cual se resume en que <<toda persona se considera inocente hasta que sea declarada culpable mediante sentencia definitivamente firme>>[965]. Asimismo, en el caso de que el procesado sea finalmente condenado, el Principio de Legalidad de la Ejecución Penal aparece en escena para asegurar que la pena se ejecute en el modo y la forma prescrita en la Ley.

Por lo tanto, la penalidad vigente dentro de un Estado social y democrático de Derecho está delimitada en el fondo y en la forma. En cuanto a la limitación en el fondo, las sanciones van dirigidas a restringir algunos derechos susceptibles de no ser limitados por completo, es decir, respetando el contenido mínimo de un determinado derecho como, por ejemplo, el derecho a la libertad, y, en el supuesto de la afectación de derechos como los referidos a la vida y el derecho a la integridad personal, su limitación por vía penal está absolutamente prohibida. En el caso de la limitación en la forma, la

[964] Al respecto, Vid. OSORIO GALLEGO, D. A.: "¿Acción? Típica, antijurídica y culpable. Una mirada al concepto del hecho con sentido delictivo como fundamento del delito", en Derecho penal y criminología, Vol. 42, N.º 112, 2021, pp. 169-197.

[965] Para un estudio detenido acerca de la presunción de inocencia, Vid. entre otros: BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: "La presunción de inocencia", en *Parlamento y Constitución. Anuario*, N.º 5, 2001, pp. 179-204; NIEVA FENOLL, J.: "La razón de ser de la presunción de inocencia", en *Indret: Revista de análisis del Derecho*, N.º 1, 2016, pp. 1-23; OVEJERO PUENTE, A. M.: " Protección del derecho a la presunción de inocencia", en *Teoría y realidad constitucional*, N.º 40, 2017, pp. 431 455; GÓMEZ COLOMER, J. L.: "Presunción de inocencia", en *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, N.º 26, 2019 (Ejemplar dedicado a: Comentarios a la sentencias de 14 de octubre de 2019 Tribunal Supremo. El proceso penal al procés), pp. 178-199; VILLANUEVA TURNES, A.: "El importante derecho a la presunción de inocencia: Especial referencia a la regulación y titularidad en el ordenamiento jurídico español", en Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 69, N.º 264, 2, 2019, pp. 707-726.

penalidad se encuentra circunscrita a condiciones de aplicación, las cuales, en el supuesto de la pena privativa de libertad, su ejecución se circunscribe a los recursos que -de conformidad con los parámetros legales- los establecimientos penitenciarios deben contar para que el penado pueda cumplir con la condena en condiciones dignas.

Ahora bien, las penalidades que -actualmente son empleadas en la casi totalidad de los países enmarcados dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho- son las que afectan los derecho a la propiedad (penas de multas), derechos políticos (inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos), y las que restringen el derecho a la libertad, específicamente, en la dimensión referida a la libertad deambulatoria, mediante la pena privativa de libertad.

Ya hemos advertido *supra* que, siendo la pena privativa de libertad la más severa sanción dentro del catálogo de penas vigentes en un modelo de Estado Social y democrático de Derecho, la ejecución de este tipo de sanción exige que los tribunales penales no sólo juzguen, sino también <<ejecuten lo juzgado>>, y ello, por dos razones de índole práctica; Primero: para que el contenido de la sentencia no sea alterado por la administración penitenciaria, y; Segundo: para que los derechos de los condenados no sean vulnerados durante la ejecución de la sentencia penal[966].

La primera de las razones se centra en asegurar que el contenido de la sentencia no sea modificado a nivel cuantitativo. El <<nivel cuantitativo>> se refiere a asuntos relacionados con la libertad de los condenados. En este caso, dice MORÁIS, el tribunal "tomará decisiones tales como realizar el cómputo de la pena para determinar con exactitud la fecha cuando finaliza la pena y

[966] Al respecto, ASENCIO CANTISAN -al analizar el contexto de la ejecución de la pena privativa de libertad en España- nos enseña que "la Constitución Española de 1978 establece, en su artículo 117.3, que: "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales". Este precepto obligaba a lograr, como dice Antolisei, que el Juez no se desinterese del condenado después de que permanezca bajo la plena potestad de las autoridades penitenciarias. Esto es, la ejecución de la pena privativa de libertad no debe ser ajena a la jurisdicción. La Administración Penitenciaria no puede ni debe modificar, al menos sin la supervisión de la jurisdicción, el contenido de un fallo condenatorio. Lo contrario supondría que la jurisdicción, limitada en su actividad al proceso y a una superficial y, a veces, simbólica intervención en la ejecución, sería ajena a la misma, con las consecuencias no sólo cualitativas, lo que ya es importante pues afectaría a la forma o modo de llevarse a cabo el contenido de la sentencia condenatoria, sino cuantitativas, en cuando se podría llegar a reducir el tiempo de cumplimiento sin un efectivo control por parte del poder que precisamente acordó tal medida". Cfr. ASENCIO CANTISAN, H.: "La intervención judicial en la fase ejecutiva de la privativa de libertad", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º Extraordinario. Enero 1988, pp. 57 y 58. En definitiva, dice en otro estudio el citado autor, "no se puede entregar <<penas en blando>>, a la administración para que esta la concrete. Ello va contra la esencia del poder judicial y, lo que es más importante, contra el derecho de los sometidos a un proceso penal a ser juzgados por un poder independiente siempre que dentro del término <<juzgar>> incluyamos ejecución". Vid. ASENCIO CANTISAN, H.: "La judicialización de la ejecución penal…, ob. cit., p. 488.

para determinar cuando le corresponde al penado cualquier beneficio de libertad anticipada; resolver sobre la concesión de beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de pena; autorizar permiso de salida; conceder y revocar la libertad condicional, etc.; emitir opinión o ejecutar indultos, conmutación de penas, amnistía, etc."[967].

La segunda razón relativa a la garantía de los derechos del condenado, entra dentro del <<nivel cualitativo>>, el cual contiene aspectos vinculados con el <<funcionamiento de la privación de libertad>>, y con la <<salvaguarda de los derechos del condenado>>. En cuanto al <<funcionamiento de la privación de libertad>>, el tribunal puede intervenir en el <<tratamiento penitenciario>>, para lo cual -en palabras de MORÁIS- el tribunal "decide dónde, en cual establecimiento el sentenciado cumplirá la pena; se aprueba el plan de tratamiento de cada recluso; se dirige la vigilancia y la asistencia de los condenados que gozan de la libertad por aplicación de una medida alternativa, etc."[968]. En cuanto a la <<salvaguarda de los derechos de los derechos del condenado>>, dice MORÁIS, esto se logra mediante el control del cumplimiento adecuado del <<régimen penitenciario>>, pues, "a través de inspecciones en los establecimientos, se atiende y resuelve las reclamaciones de los sentenciados en cuanto a la violación de sus derechos, se corrige abusos y desviaciones que en cumplimiento de los preceptos del régimen puedan producirse"[969].

Dentro de un Estado social y democrático de Derecho, las leyes son creadas con la intensión de que sean cumplidas por los destinatarios, y tanto los individuos como el Estado son destinatarios de tales leyes. Ahora bien, para asegurar el cumplimiento de las leyes, el Estado -como brazo ejecutor del Derecho dentro de los límites del propio Derecho- requiere contar la infraestructura necesaria para materializar en la realidad el mandato legal. Hemos visto que, de conformidad con la legislación procesal penal venezolana, en materia de ejecución penal, el Juez de Ejecución Penal forma parte de la infraestructura necesaria para la materialización del contenido de la ley.

El entorno social penitenciario es una realidad compleja, pues, la desenvolvimiento de ese entorno engloba una serie de aspectos que el tribunal de ejecución debe conocer para poder interpretar y aplicar el Derecho

[967] Cfr. MORÁIS DE GUERRERO, M. G.: "La ejecución penal en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal…, ob. cit., p. 285.
[968] Cfr. MORÁIS DE GUERRERO, M. G.: "La ejecución penal en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal…, Ibid., p. 285.
[969] Cfr. MORÁIS DE GUERRERO, M. G.: "La ejecución penal en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal…, Ibid., p. 285.

idóneamente. Dentro del marco del Estado social y democrático de Derecho, el tribunal debe tener un conocimiento especializado en diversas materias vinculadas con las funciones que tiene atribuidas, pues ello le permitirá ejercer un control más eficaz de la ejecución penal.

En todo caso, que exista un tribunal encargado de ejecutar la pena garantiza la legalidad de la sanción, y con esa óptica hay que mirar a esta figura judicial. La judicialización de la ejecución penal no es un acto de desconfianza a la gestión de la Administración Penitenciaria, sino una exigencia de la garantía de derechos de la que debe gozar todo justiciable, que, en virtud de su especial condición de vulnerabilidad derivada de la naturaleza de la vida en prisión puede verse afectado con más facilidad[970].

Por lo tanto, la ruta para lograr un Sistema Penitenciario adecuado a la exigencia de proteger los derechos humanos que tiene todo modelo de Estado de Derecho parte, por un lado, de la atribución de competencias de vigilancia y control de la ejecución de la pena privativa de libertad por parte de los tribunales y, por otro lado, de la creación de la infraestructura necesaria -entre las cuales se encuentra la formación y especialización de los tribunales de ejecución de pena- para que los tribunales puedan realizar su labor eficientemente.

Ahora bien, las reformas legales Neo-retributivas, cuyo algunos ejemplos hemos visto en el *Capítulo VII* de este estudio, pueden perturbar la eficacia de un Derecho penal garantista, pues, tales reformas pueden alterar el sentido garantista del Derecho al afectar los mecanismos de exigibilidad de derechos, y, lo que es peor aún, tales reformas pueden llegar a poner en riesgo

[970] En este sentido, compartimos la justificación realizada por ASENCIO CANTISÁN acerca de la necesidad del Juez de Vigilancia en España; el citado autor señaló que, "la creación del Juez de Vigilancia, con funciones no sólo de ejecución de la pena privativa de libertad, sino de controlador de la Administración Penitenciaria en el cumplimiento de los preceptos legales aplicables durante la fase de ejecución, salvaguardando los derechos fundamentales de los internos en establecimientos penitenciarios, es una exigencia de todo Estado Democrático de Derecho, ya que basándose éste en la división de poderes no es concebible la dejación en favor de la administración de aquella faceta del progreso penal que más directamente afecta sobre un valor tan importante de la persona como es su privación de libertad. No se quiere con ello decir que se desconfíe a priori de la Administración Penitenciaria y que se le considere como un órgano encargado de modificar el contenido de las resoluciones judiciales violando derechos fundamentales de los internos, lo único que se defiende en que cada poder tenga su parcela definida y que no exista intromisión de unos en otros. La atribución a la Administración Penitenciaria de facultades que puedan suponer la modificación de la pena privativa de libertad impuesta por un Tribunal, la falta de control sobre dicha ejecución y sobre los abusos que en la misma se puedan cometer, supone una grave quiebra del sistema democrático que se basa en el más absoluto respeto a la división de poderes y en la más celosa salvaguarda de los derechos fundamentales a los ciudadanos, sea cual fuere la situación en la que estos se encuentren. El enmarcar a la Administración Penitenciaria como colaboradora en la ejecución no debe ser considerado como una ofensa o una desconfianza, es sencillamente consecuencia de atribuir al poder judicial algo que le es inherente y que jamás debió faltarle". Cfr. ASENCIO CANTISAN, H.: "La judicialización de la ejecución penal…, ob. cit. pp. 501 y 502.

la infraestructura de todo el Sistema de Administración de Justicia y, por ende, llegar a comprometer tanto la ejecución del encierro punitivo, como la obligación estatal de respetar la dignidad y los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

En el presente apartado, vamos analizar el impacto que las reformas legales Neo-retributivas procesales y penales han tenido en el plano fáctico de la ejecución de la pena privativa de libertad, para, poder así, determinar si el Neo-retribucionismo penal vacía a la pena privativa de libertad del contenido del ideal de justicia consustancial con el modelo de Estado social y democrático de Derecho.

8.2.- Análisis del impacto de las reformas Neo-retributivas en el funcionamiento del sistema penitenciario enmarcado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Una mirada sociológica o fenomenológica desde la experiencia venezolana

El Sistema Penitenciario es el medio de ejecución de la pena privativa de libertad, y, como vimos en el *Capítulo V* de esta investigación, surgió dentro del modelo de Estado de Derecho. Efectivamente, el Sistema Penitenciario -como modelo de ejecución de la pena privativa de libertad dentro del Estado de Derecho moderno- tiene más de 200 años de historia, lo cual significa que su funcionamiento ha venido evolucionando de acuerdo a la evolución del propio Estado de Derecho[971].

[971] Cabe aclarar en este lugar que, si bien, el penitenciarismo moderno surgió de la experiencia norteamericana concomitantemente con las revoluciones norteamericana y francesa; la pena privativa de libertad que se venía ensayando en el reino español y sus colonias se caracterizaba por un modelo militar de naturaleza <<utilitaria>>. En efecto, a diferencia del penitenciarismo norteamericano, el penitenciarismo español no tuvo un sustento religioso como fundamento de su legitimidad, sino más bien su justificación se basaba en la necesidad de utilizar la mano de obra reclusa; en tal sentido, ZAPATERO SAGRADO ha advertido que la pena privativa de libertad surgida luego de la supresión de las galeras no se debe "a razones de caridad, sino de utilidad, ya que el descubrimiento de la máquina de vapor y la perfección de los medios de navegar hicieron caros los forzosos remeros". Cfr. ZAPATERO SAGRADO, R.: "Los presidios, las cárceles y las prisiones", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 23, Fasc/Mes. 2, 1986, p. 511. Particularmente en Venezuela, el modelo penitenciario norteamericano comenzará a estudiarse y a ensayarse a partir de la década de 1840, con ocasión de la promulgación de la Ley de 13 de mayo de 1839, que ordenaba reunir noticias sobre el sistema de corrección denominado <<penitenciario>>, asignándose el Poder Ejecutivo de reunir "los datos que sea posible obtener acerca del sistema de corrección conocido con el nombre de <<penitenciario>> y de su aplicación y sobre los medios de hacer efectivo su establecimiento, acompañando los planos o presupuestos necesarios"; y para ello, el Poder Ejecutivo acordó "la compra de obras que tratan sobre el sistema de corrección conocido con el nombre de penitenciario, que contiene cuantas noticias puedan desearse, y han mandado a que se traduzca del francés al castellano lo más importante en la Gaceta de Venezuela como se ha principiado á hacer: ha dispuesto también se forme un plano del edificio y los presupuestos correspondientes, con cuyos datos y los obtenidos para el número de presidiarios, gastos de manutención &a. informará al Congreso por separado sobre la utilidad y conveniencia de dicho sistema y su aplicación en Venezuela". Cfr. SECRETARÍA DEL INTERIOR Y JUSTICIA: Exposición que dirige al Congreso de Venezuela en 1840 el Secretario del Interior y Justicia. Imprenta George Corser, Caracas, 1840, p. 52.

Pero a diferencia de los orígenes del penitenciarismo norteamericano, donde la prioridad era la confección de las edificaciones, desde mediados del Siglo XX, el pilar fundamental del Sistema Penitenciario universal actual son sus funcionarios, pues, ellos son los encargados de ejecutar la pena privativa de libertad de acuerdo con el paradigma preventivo especial. Asimismo, también vimos en el *Capítulo V* de este estudio, que el Sistema Penitenciario surgido en los Estados Unidos a finales del siglo XVIII, en un principio, funcionó en establecimientos especialmente creados para aplicar los regímenes pensilvánico y auburniano, sin embargo, el personal encargado de dirigir esas prisiones, no contaba con los conocimientos que actualmente poseerían gracias a los avances de la moderna ciencia penitenciaria.

Esta circunstancia resulta paradójica porque, actualmente, la legislación nacional e internacional de algunos Estados establecen los requisitos de selección, capacitación y formación del personal que labora en las prisiones; y, además, los establecimientos penitenciarios tienden a ser diseñados para que el régimen y el tratamiento previsto en la ley se aplique rigurosamente.

No obstante, la paradoja está en que, en la práctica de algunos países, la gestión penitenciaria es deficiente y ello se debe, en parte, a la falta de interés de las autoridades de atender la cuestión penitenciaria, y, en parte, a la tendencia Neo-retributiva de la pena que no sólo afecta a la pena privativa de libertad en cuanto a su duración, sino también en cuanto al modo de ejecución de las mismas.

La afectación del modo de ejecución puede verse reflejada teóricamente, y el ejemplo de ello lo vimos cuando repasamos la reforma de la legislación procesal venezolana, la cual <<desnaturalizó>> la finalidad reinsertadora de la pena privativa de libertad. Pero también esta afectación se ve reflejada en la práctica, pues, además de los funcionarios o personal penitenciario y de las edificaciones que sirven de prisiones, el Sistema Penitenciario cuenta con un tercer elemento: <<la población reclusa>>.

Por población reclusa, en palabras de MORÁIS, puede entenderse como la suma de personas -procesadas y condenadas- que se encuentra retenida en los establecimientos[972]. La población reclusa en sí misma no es un problema para el funcionamiento de las prisiones, la dificultad surge cuando aumenta el número de reclusos y sobrepasa la <<capacidad instalada>> de la prisión. En efecto, tal como ha apuntado CARRANZA, la sobrepoblación

[972] Cfr. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera…, ob. cit., p. 24.

penitenciaria "además de ser un problema en sí misma, incide negativamente sobre todas o casi todas las funciones esenciales de los sistemas penitenciarios. En situación de sobrepoblación la higiene es peor, la salud es peor, tanto la seguridad en cuanto fugas como la seguridad personal de quienes están privados de libertad y del personal penitenciario"[973].

Partiendo de lo comentado hasta ahora, para aproximarnos a la afectación práctica de las reformas Neo-retributivas en la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, analizaremos al Sistema Penitenciario venezolano considerando los tres elementos que lo conforman: <<El personal, las edificaciones, y la población reclusa>>; porque de la armonía de estos tres elementos depende el buen funcionamiento de las prisiones.

Pero antes de proseguir con el análisis, conviene en este lugar hacer una aclaratoria de orden metodológico. Al principio de este *Capítulo VIII* advertimos que <<la experiencia jurídica>> se refiere a los comportamientos sociales en función a un sistema de reglas; por lo tanto, el Derecho se ocupa de dirimir problemas derivados de la convivencia social y, por ende, el Derecho está vinculado con los problemas de la sociedad de un momento histórico determinado.

Dada la importancia del Derecho para preservar la convivencia social, este tiene un <<valor universal>>, por cuanto el Derecho está presente en toda sociedad. Por ello, a pesar de que en este lugar revisaremos una <<experiencia jurídica concreta>> enmarcada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, como lo es el caso venezolano, su valor científico no se reduce a que se trata de un relato de una experiencia específica, sino de que a través del análisis de esa realidad se extraen las condiciones trascendentales que estarían presentes en la experiencia jurídica de cualquier sociedad inmersa dentro de las mismas circunstancias.

Ahora bien, precisado el aspecto metodológico, y retomando el correspondiente análisis sociológico objeto del presente *Capítulo VIII*; hemos visto en el *Capítulo IV* de esta investigación que, entre las exigencias del Estado social y democrático de Derecho, se encuentra el <<Principio de Separación de Poderes>>; y, en atención a este principio, tradicionalmente la Administración Penitenciaria ha sido un órgano adscrito al Poder Ejecutivo -

[973] Cfr. CARRANZA, E.: "Cárcel y justicia penal: El modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas. Y una política integral de los habitantes frente al delito", en CARRANZA, E.: Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe. Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)-Siglo XXI Editores, México D.F., 2009, p. 65.

por ejemplo, en el caso de España la Administración Penitenciaria la ejerce la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la cual está adscrita al Ministerio del Interior; y, en el caso de Venezuela, la Administración Penitenciaria es competencia directa del Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario[974]-, y, en consecuencia, tanto la gestión y el mantenimiento de las <<edificaciones penitenciarias>>, como la selección y capacitación del <<personal penitenciario>> son competencia directa de la Administración Penitenciaria adscrita al poder ejecutivo.

El elemento referido a <<la población reclusa>> no depende de manera directa de la gestión de la Administración Penitenciaria, sino del Sistema de Administración de Justicia, concretamente, de los jueces y fiscales, aunque también dentro de este ecosistema entra el órgano legislativo, quienes a la postre son los encargados de establecer las penas y los delitos, y los modos de ejecución mediante la promulgación de las leyes[975].

De manera que, el correcto funcionamiento del Sistema Penitenciario depende de la actuación concomitante de los distintos órganos del Poder Público que tienen incidencia directa en la Sistema de Administración de Justicia. Dentro de esta lógica se puede apreciar los efectos que las reformas

[974] El artículo 4º del Código Orgánico Penitenciario establece que: "El Estado, *a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia penitenciaria*, garantiza a las personas privadas de libertad el ejercicio y goce de los derechos humanos consagrados en la Constitución, así como en los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por la República, excepto aquellos cuyo ejercicio esté restringido por la pena impuesta o por la medida de detectar y decomisar objetos de tenencia prohibida con estricta observancia del respeto a los derechos humanos suscritos y ratificados por la República, excepto aquellos cuyo ejercicio esté restringido por la pena impuesta o por la medida de privación judicial preventiva de libertad, y por las establecidas en el presente Código.". Y de acuerdo con el artículo 2º del Reglamento Orgánico del Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario: "La suprema dirección del Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario corresponde al ministro o ministra, quien la ejercerá con la inmediata colaboración de los viceministros o de las viceministras y de los órganos de apoyo ministerial".

[975] Vid. OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Portafolio de propuestas penitenciarias. Publicaciones del Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2016, p. 22. En efecto, debido a la vinculación que existe entre los elementos que integran el Sistema Penitenciario y los órganos que integran el Sistema de Administración de Justicia, lo correcto sería -en palabras de MORÁIS- "lo más cercano sería hablar de subsistema. En efecto, el penitenciario es uno de los subsistemas que integran el Sistema de Administración de Justicia. Los otros serían el subsistema policial y subsistema judicial, los cuales deciden, en la práctica, cuál es la clientela del subsistema penitenciario. De la comprensión/acción sistema, es decir de la coordinación de los subsistemas depende una administración de justicia exitosa". Cfr. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera…, ob. cit., p. 25. Asimismo, la principal causa del hacinamiento o la sobrepoblación en las prisiones es el llamado <<retardo procesal>>, el cual -en palabras de la citada autora- "es multifactorial (la norma procesal que cada vez más favorece la privación de libertad durante el juicio; la estructura y funcionamiento del poder estatal; problemas administrativos, como por ejemplo la dificultad de traslado de procesados a los tribunales) (…)", Cfr. MORÁIS, M. G.: Hacia una agenda alternativa para la exigibilidad de los derechos humanos de la población reclusa. Instituto Latinoamericana de Investigaciones Sociales (ILDIS) – Observatorio Venezolano de Prisiones (OVP), Caracas, 2010, p., 11.

legales Neo-retributivas tienen en el funcionamiento de un Sistema Penitenciario y, por lo tanto, en la ejecución de la pena privativa de libertad.

Cuando abordamos el análisis axiológico del impacto que, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, tienen las reformas Neo-retributivas penales y procesales en la ejecución de la pena privativa de libertad, vimos que el respeto a la dignidad humana constituye el indicador que permite medir la justicia de la pena privativa de libertad. Como vimos también en el *Capítulo VI* de este estudio, la <<dignidad humana>> es un indicador que permite medir el grado de justicia de la sanción privativa de libertad, porque -de acuerdo con el ya citado artículo 3º de la CRBV- el respeto a la <<dignidad humana>> es un fin superior del Estado venezolano que orienta el camino hacia el <<bien común>> que el valor de <<justicia>> está llamado a proteger. Esta circunstancia obliga al Estado -al diseñar las medidas de política criminal- a que no sólo a considere los efectos que tales medidas tienen, tanto para reprimir el delito como para aumentar la sensación de seguridad de sus ciudadanos, sino también a que evalúe si tales medidas ponen en riesgo o vacían de contenido de justicia a la pena privativa de libertad.

El Sistema Penitenciario venezolano constituye un ejemplo paradigmático del impacto -en detrimento del contenido de justicia- que las reformas legislativas Neo-retributivas tienen en la ejecución de las penas privativas de libertad. En efecto, si volvemos a la primera década del Siglo XXI (años 2000), las reformas sufridas por el Código Orgánico Procesal Penal tuvieron como consecuencia el incremento de la población reclusa, cuestión que generó una alta tasa de hacinamiento en las prisiones venezolanas, y, con ello, se alteró el equilibrio que debe existir entre los elementos que integran al Sistema Penitenciario.

En efecto, de acuerdo con lo señalado por MORÁIS, "en el año 2000, debido a la aplicación del Código Orgánico Procesal Penal, que entró en vigencia en julio de 1999, la población reclusa se redujo un 18,57%, según datos de la *Memoria y Cuenta* del Ministerio del Interior y Justicia, cuyas estadísticas poblacionales se refieren al mes de diciembre de cada año. De acuerdo con dicha información, al cerrar el año 1999 había en las prisiones venezolanas 18.447 reclusos, y al finalizar el año 2000 esta población se había reducido el 15,2%. Por su lado, la información de PROVEA[976], referida a los

[976] El Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (Provea) es una organización no gubernamental venezolana fundada en el año 1988, enfocada en la promoción de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), sin dejar de lado la interdependencia e integralidad del conjunto de derechos humanos. Entre sus tareas se encuentra la publicación de informes anuales sobre la situación de los derechos humanos, incluidos el sector penitenciario.

meses de agosto de los años en cuestión, arroja una disminución de 38,05% de reclusos entre un año y otro"[977].

No obstante, según el estudio realizado por la citada autora, "entre los años 2002 y 2006 la población penal permaneció más o menos estable, ubicándose alrededor de 19.000 reclusos. El aumento de la población reclusa en los años posteriores a 2001 se debería a las sucesivas reformas del COPP (2001 y 2005) que restringieron los aspectos más garantistas del Código original, retomando el uso generalizado de la prisión preventiva y afectando restrictivamente la concesión de medidas de libertad anticipada"[978].

Ahora bien, la comentada estabilidad en la fluctuación del número de la población reclusa no significó que las prisiones venezolanas dejaran de estar hacinadas, porque -exceptuando el año 2000 y 2001, donde se verificó una importante disminución de la población reclusa debido a la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal en el año 1998[979]- las prisiones continuaron superpobladas durante la mayor parte de la década de los 2000[980], pues, de acuerdo con los datos también aportados por MORÁIS, la capacidad instalada de los establecimiento penitenciarios venezolanos se cifró en 16.680 plazas, las cuales -como acabamos de ver- estaban dispuestas para retener aproximadamente a 19.000 reclusos, cifra que -según datos del

[977] Cfr. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera…, ob. cit., p. 267.

[978] Cfr. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera…, Ibid., p. 267.

[979] Cfr. MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera…, Ibid., p. 264. De acuerdo con POSADA y SALASAR, "en el año 1997, la población penal representaba un total de 25.092 reclusos, de los cuales 17.560 correspondían a procesados y 7.532 a penados. Sin embargo, después de la puesta en marcha del Código Orgánico Procesal Penal (COPP) en 1999, la población penal total comprendería 16.556 internos, de los cuales la mitad eran procesados (8.142) y los demás penados (8.414).

Aun cuando el COPP logró aliviar el hacinamiento de nuestras cárceles, para el año 2001 contamos con 17.354 internos, de los cuales 10.039 eran penados y 7.135 continúan procesados (Ministerio del Interior y Justicia, 2001)". Cfr. POSADA, A. / SALAZAR, E.: Las cárceles… Una visión. Ediciones del Rectorado de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2004, p. 32.

[980] De acuerdo con el entonces secretario ejecutivo del Plan de Humanización Penitenciaria, Reinaldo Hidalgo, "entre el año 1998 y el año 2000, la población penitenciaria decreció drásticamente, un poco más del 30%. De 24.333 privados de libertad para diciembre de 1998, la población alcanzó un tope mínimo de 16.737 para diciembre del año 2000. Además de los números absolutos, la proporción entre personas procesadas y penadas también se invirtió. De una proporción de casi 70% de población procesada y 30% de personas condenadas, se pasó a una relación inversa, casi 75% de población penada y un poco menos de 30% de población procesada. Por otra parte, el índice de hacinamiento también disminuye notoriamente. De 1,6 internos por cada plaza instalada para 1998 se pasa a una tasa de interno por plaza, es decir, que de una sobre ocupación del 60% se llega a una ocupación satisfactoria de capacidades". Cfr. HIDALGO, R.: "Seguridad Penitenciaria. Políticas efectivas para la erradicación de la violencia carcelaria", en Colección Memorias del Ministerio Público, Caracas-Venezuela, 2011, p. 77.

Observatorio Venezolano de Prisiones- para el año 2008 llegaría a alcanzar los 23.457 reclusos[981].

Pero también se pensaba que con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal se solucionaría el <<retardo procesal>>, como otro de los problemas que afectaban al correcto funcionamiento del Sistema Penitenciario, en detrimento de no sólo los derechos de los condenados sino también de los procesados[982]. Ahora bien, el retardo procesal se debe "a las dilaciones injustificadas, reiteradas y sistemáticas causadas principalmente por la falta de trabajo coordinado entre los distintos órganos que integran el Sistema de Administración de Justicia", y constituye "el reflejo de un proceso penal afectado por la vulneración de las formalidades y los plazos establecidos en la ley adjetiva"[983].

Entre las consecuencias del retardo procesal se encuentran la ya comentada sobrepoblación o hacinamiento en los establecimientos penitenciarios, y la denominada <<inversión de la pirámide procesal>>, es decir, la situación en que la población procesada o a la espera de sentencia que se encuentra privada de libertad es superior a la de los presos condenados. En este caso, similar a lo sucedido con el hacinamiento donde el número de privados de libertad dentro de las prisiones disminuyó; con la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal en el año 1999, se verificó una cifra menor de procesados privados de libertad respecto de los condenados. Sin embargo, también al igual que lo sucedido con el hacinamiento, las reformas posteriores del mencionado texto adjetivo penal impactaron negativamente en la inversión de la pirámide procesal.

Con lo apuntado hasta ahora se puede advertir que, aunado al contenido de las leyes penales y procesales, también la labor de los tribunales -así como el resto de órganos del poder público que inciden en el funcionamiento de la Administración de Justicia, como lo son la policía y el Ministerio Público[984]- puede impactar positiva o negativamente en el

[981] Vid. OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Informe sobre la situación procesal de las personas privadas de libertad en Venezuela 2008. Publicaciones Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2008, p. 31.

[982] Al respecto, Human Right Watch -en su informe titulado <<Castigados sin condena. Condiciones en las prisiones venezolanas>> del año 1998- señaló que Venezuela, con miras a mejorar el Sistema de Justicia se promulgaría un nuevo texto legal que reformase el proceso penal consagrado en la Ley de Enjuiciamiento criminal, con miras a lograr "el establecimiento de procesos judiciales rápidos y públicos que sustituyeran el proceso lento y reservado utilizado actualmente". Cfr. HUMAN RIGHT WATCH: Castigados sin condena. Condiciones en las Prisiones de Venezuela. Human Right Wacth, New York, 1998, p. 41.

[983] Cfr. OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Portafolio de propuestas penitenciarias…, ob. cit., p. 21.

[984] En efecto, de acuerdo con HIDALGO, "el aumento desmedido de la población procesada puede obedecer concurrentemente a una o varias de las razones siguientes:

funcionamiento del Sistema Penitenciario, pues, al tener los tribunales la competencia tanto para decidir el otorgamiento de las medidas preventivas de privación de libertad a los procesados, como para -dependiendo de la fase del proceso penal- impulsar el proceso, de estos órganos jurisdiccionales no sólo depende el inicio y, por ende, la duración de la privación de libertad del procesado, sino también depende de que -en acatamiento del Principio de Legalidad de la Ejecución Penal- la Administración Penitenciaria pueda cumplir con sus funciones orientadas a aplicar el tratamiento de conformidad con en la legislación penitenciaria.

En efecto, las reformas de la legislación procesal que favorecen la permanencia de la privación de libertad de los procesados, en conjunto con la labor de los tribunales orientada a otorgar con preferencia las medidas preventivas de privación de libertad durante el proceso, impactan en las tareas de la Administración Penitenciaria destinadas a la ejecución de la pena privativa de libertad a los sentenciados, pues, con las prisiones hacinadas, los lugares destinados dentro del establecimiento para la realización de las actividades asignadas a los penados -entre las cuales, recordemos, se encuentra la educación y el trabajo como componentes de la <<Asistencia Integral>>-, e incluso -los espacios destinados para que el personal penitenciario realice sus funciones- son ocupados por la población reclusa para poder habitar dentro de la prisión[985].

1.- Un elevado número de detenciones policiales producto de los continuos planes de seguridad ciudadana desplegados por los órganos de seguridad del Estado, respuesta por demás tradicional y efectista ante la continua demanda de seguridad por parte de la población.
2.- Debilidad en los criterios de selectividad para la solicitud e imposición de la detención preventiva por parte del Ministerio Público y el Poder Judicial respectivamente, específicamente en la evaluación de la gravedad del hecho punible presuntamente cometido, las condiciones de flagrancia en las que se produce la detención policial, las características personales y sociales del implicado y las posibilidades reales de evasión del proceso, factores estos previstos en la norma para calificar la decisión de detener preventivamente al indiciado.
3.- Falta de capacidad de respuesta por parte de los órganos del Poder Judicial para atender el elevado número de causas que cursan por ante los tribunales penales del país, es decir, insuficiencia de jueces y fiscales, tal y como lo reconociera la propia presidenta del Tribunal Supremo de Justicia. Cfr. HIDALGO, R.: "Seguridad Penitenciaria. Políticas efectivas para la erradicación de la violencia carcelaria…, ob. cit., p. 79.

[985] Así el grupo de expertos conformados por especialistas venezolanos y cubanos que, con ocasión al Decreto N.º 3265 donde se decreta la Emergencia Penitenciaria en Venezuela, realizaron un estudio y diagnóstico de la situación del sistema penitenciario venezolano, con miras a proponer "directrices, planes y estrategias dirigidas a solucionar los problemas detectados, para garantizar los derechos humanos de la población reclusa, específicamente su derecho a la celeridad procesal". Cfr. MORÁIS, M. G.: Situación actual de los derechos humanos en las cárceles de Venezuela. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales – Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2009, p. 6. El referido Diagnostico oficial relató la siguiente situación: "Se visitaron los 98 talleres o áreas de trabajo disponibles al nivel de los penales intramuros donde se constató la precaria situación que presentan. Baste decir que 45 se encuentran en mal estado o en deterioro total, 15 necesitan reparación media y sólo 38 se encuentran en buen estado. Ha sido práctica común en algunos penales el permitir a los internos invadir las áreas de trabajo para ser utilizadas como *albergues o dormitorios*, 22 locales se encuentran en esta situación, sin que exista acción alguna para

Esta circunstancia nos aproxima a otro de los elementos del Sistema Penitenciario: las <<edificaciones penitenciarias>>. Como ya hemos advertido *supra*, las edificaciones penitenciarias son los lugares predestinados a recluir a los privados de libertad sometidos a un proceso penal. En el contexto actual enmarcado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, las edificaciones penitenciarias están diseñadas para aplicar las medidas preventivas de privación de libertad a los procesados, y para materializar las tareas propias de la ejecución de la pena privativa de libertad Para ambas categoría de privados de libertad, las prisiones deben contar con espacios que permitan que las personas allí recluidas puedan acceder a ciertas actividades que se corresponderían con el ejercicio de algunos derechos humanos como, por ejemplo, el derecho a la salud, el derecho a la educación, el derecho al trabajo, etc.

Sin embargo, como acabamos de advertir, frecuentemente la infraestructura de las edificaciones penitenciarias se ha visto afectada por el hacinamiento, pues, esta circunstancia además de conllevar que las áreas destinadas para las actividades educativas y laborales sean ocupadas por los privados de libertad; la inseguridad que también genera el hacinamiento "obliga a los reclusos a ocupar los espacios del área administrativa en lugar de sus celdas para salvaguardar sus vidas"[986].

Así, vemos que el hacinamiento además de contribuir al deterioro de las instalaciones, afecta la marcha del <<régimen penitenciario>>, el cual es un factor indispensable para el correcto funcionamiento de las edificaciones penitenciarias. En efecto, la disciplina que implica el régimen penitenciario hace posible el <<orden>> dentro de la prisión[987], orden que garantiza la seguridad de los privados de libertad.

Uno de los indicadores del <<derecho al trato humanitario y digno>> que se debe garantizar a los privados de libertad se refiere <<a la separación y a la clasificación de los reclusos por categorías>>; ninguna de estas medidas penitenciarias es posible en una prisión superpoblada, y, por lo tanto, una prisión hacinada es un lugar que atenta contra la dignidad humana, por impedir la efectiva ejecución de la pena privativa de libertad a los condenados, y al someter al procesado a factores criminógenos derivados de

su rescate". Cfr. MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA: Situación actual del Sistema Penitenciario venezolano. Resultado del diagnóstico. Caracas, 2005, (mimeo), p. 51.

[986] Cfr. OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Portafolio de propuestas penitenciarias…, ob. cit., p. 116.

[987] En este sentido, Vid. GARRIDO GUZMÁN, L.: Manual de ciencia penitenciaria…, ob. cit., p. 379

la convivencia forzada con personas procesadas y condenadas por delitos de diversa gravedad[988].

Asimismo, esta circunstancia hace de las prisiones lugares inseguros, al crear el ambiente propicio para la denominada <<violencia carcelaria>>; cuya manifestación más alarmante es aquella que atenta contra la vida y la integridad personal de los privados de libertad. En efecto, la violación del derecho a la vida y a la integridad personal -dice MORÁIS- se concreta a través de la violencia carcelaria[989]. De acuerdo con la citada autora, "dicha violencia es *pluridimensional*, pues se manifiesta de cuatro formas: la ejercida por el propio <<Sistema de Administración de Justicia Penal>>, que se manifiesta a través del retardo procesal, ausencia de defensores públicos, comida insuficiente, el estado ruinoso de los establecimientos, falta de higiene y de atención médica; la ejercida <<por el personal penitenciario>>, que se concreta a través de malos tratos a los reclusos, cobros indebidos, trato vejatorio a las visitas, la ejercida <<por los internos entre sí>>, que serían los pagos por protección, reducción a la condición de esclavitud, chantajes, extorsiones, y todo tipo de delitos cometidos por unos internos contra otros (homicidios, lesiones, hurtos, atracos, violaciones, etc.); y la ejercida <<por los reclusos en contra de la autoridad>>, manifestada a través de resistencia a órdenes y requisas, motines, huelgas, fugas y secuestro de familiares"[990].

Las referidas manifestaciones de la violencia carcelaria son consecuencias tanto de la falta de gestión armónica de los ya mencionados elementos del Sistema Penitenciario, como del mal desempeño de las funciones de los órganos del Poder Público que participan en el Sistema de

[988] Acerca de este aspecto, las Naciones Unidas -al verificar, ya para mediados del siglo XX, la existencia de este mismo problema en distintos países- ha señalado que: "Los costos de la prisión preventiva antes del juicio con referencia al tiempo, el dinero, a los sufrimientos humanos y a las injusticias que lleva consigo en muchos países son pasmosos. Pese a las extensas garantías jurídicas establecidas en los cuerpos legales, se han hecho muy pocos progresos para mejorar las alarmantes condiciones de la detención de los procesados. La práctica persiste en mantenerlos juntos sin discriminación ninguna entre muchas categorías de inculpados pendientes de sentencia incluso en países donde se ha adelantado bastante en la clasificación y separación de los condenados de diferentes tipos. Las influencias criminogénicas resultantes de la promiscuidad se ven con frecuencia intensificadas por las condiciones. <<Las indignidades que lleva consigo la inspección corporal repetida, la vida rigurosamente reglamentada, las celdas atestadas, el complejo aislamiento del mundo exterior, la vigilancia hostil y las condiciones humillantes en que pueden recibirse visitas llegan hasta el extremo de que un día de cárcel sin motivo puede ser de por sí una gran injusticia social>>". Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Medidas de lucha contra a reincidencia (especialmente en relación con las condiciones adversas de la prisión preventiva y con la desigualdad en la administración penitenciaria). Documento de trabajo preparado por la Secretaría. Tercer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Estocolmo, 9-18 agosto 1965, p. 14.

[989] Vid. MORÁIS, M. G.: Situación actual de los derechos humanos en las cárceles de Venezuela…, ob. cit., p. 3.

[990] Cfr. MORÁIS, M. G.: Situación actual de los derechos humanos en las cárceles de Venezuela…, Ibid., p. 3

Administración de Justicia, pues, como ya hemos asomado *supra*, el índice de la población reclusa depende: 1.- de los criterios y tácticas de seguridad ciudadana diseñadas por la policía para detener a las personas sospechosas de ser autoras de delitos; 2.- de los criterios empleados por parte del Ministerio Público para solicitar con preferencia la imposición de una medida preventiva de privación de libertad al procesado; y, 2.- de la decisión que finalmente los tribunales adopten sobre tales solicitudes.

Pero, en todo caso, lo que queremos destacar aquí es que la situación de inseguridad y violencia pluridimensional se agrava cuando al deterioro de la infraestructura se aúna a la sobrepoblación de las prisiones, pues sin espacios suficientes no es posible separar y clasificar a la población reclusa, medidas estas necesarias para mantener el orden dentro de la prisión. Por ello, en palabras de ANDRADE VILLEGAS, la "posibilidad de garantizar condiciones de seguridad que faciliten la convivencia, y la ejecución de un programa de tratamiento para la rehabilitación de la población reclusa, depende en gran medida de la disponibilidad y la calidad de las instalaciones físicas con que se cuente y, del equipamiento que permita el cumplimiento de cada una de las competencias, que con ese propósito deban ejecutar los operadores del sistema"[991].

Asimismo, aunado al hacinamiento y al deterioro de la infraestructura de las prisiones, la seguridad también se ha visto afectada a raíz de la gestión deficiente del tercer elemento del sistema penitenciario: <<el personal penitenciario>>. En efecto, la falta de un personal debidamente seleccionado y capacitado para administrar las prisiones es una situación que ha sido una constante en el Sistema Penitenciario venezolano. Esta circunstancia resulta paradójica si partimos de que la configuración del Sistema Penitenciario venezolano -a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Régimen Penitenciario del año 1961- ha estado inspirada en los postulados y filosofía de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos del año 1955. Recordemos que ya a mediados del siglo XX estaba consolidada la idea de que el personal penitenciario era imprescindible para lograr el objetivo preventivo especial de las prisiones[992].

---

[991] Cfr. ANDRADE VILLEGAS, H.: Situación penitenciaria venezolana. Indolencia, Omisión, Complicidad y Corrupción. Corporación Editorial Litográfica, Maracaibo-Caracas, 2005, p. 35.

[992] De acuerdo con el Informe de la Secretaría de las Naciones Unidas titulado <<Estatuto, selección y formación de los establecimientos penitenciarios y correccionales>>- el tema de la selección y formación del personal de los establecimientos penitenciarios y correccionales fue incluido como "entre los temas que gozan de gran prioridad" Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: Personal. Estatuto…, ob. cit. p. 1; y ello se debe a la "evolución de los métodos de tratamiento penitenciario, cuya aplicación exige en la actualidad un personal comparable, por su formación, al de un importante servicio social. Además, hace

En todo caso, la alteración del equilibrio de los elementos del Sistema Penitenciario -además de aumentar la violencia carcelaria dentro de las prisiones con la consecuente violación de los derechos humanos de las personas allí recluidas- imposibilita la ejecución de la privación de libertad de conformidad con el Principio de Legalidad de Ejecución Penal, pues al elevarse el número de la población reclusa, la infraestructura de las prisiones colapsan, y el personal penitenciario asignado para atender y resguardar la seguridad de los privados de libertad se vuelve insuficiente. Situación ésta que se agrava con la merma de las competencias del juez de ejecución penal en perjuicio de la <<tutela judicial efectiva>> -en los términos someramente expuestos en el *Capítulo VII* de este estudio-.

Finalmente, como hemos advertido *supra* en este mismo *Capítulo VIII*, <<la resistencia de los reclusos a la autoridad penitenciaria>> es otra de las dimensiones de la violencia carcelaria. Como en toda relación jurídica, el ejercicio de un derecho tiene límites tazados por la ley, para poder así garantizar el ejercicio reciproco de derechos entre las personas sin poner en riesgo la convivencia entre ellas. La <<huelga>> constituye un derecho fundamental contemplado en el artículo 97 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela[993], y está estipulado como un mecanismo de exigibilidad de derecho por parte de los trabajadores[994].

En el entorno penitenciario venezolano tradicionalmente se ha empleado el término <<huelga>> para referirse a las <<manifestaciones>>[995] emprendidas por los reclusos para reivindicar sus derechos frente al Sistema de Administración de Justicia. El término <<huelga>> tendría sentido en los casos en que los manifestantes estuvieren sentenciados a la pena de presidio -en desuso-, contemplada en el Código Penal para ciertos delitos, condena esta que implica la obligación de trabajar por parte del penado[996]. Pero las

---

imprescindible recurrir a un número cada vez mayor de especialistas" Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: Personal…, Ibid. p. 4.

[993] Artículo 97 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: "*Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado tienen derecho a la huelga, dentro de las condiciones que establezca la ley*".

[994] Para una aproximación al concepto de <<huelga>> en el ordenamiento jurídico venezolano, Vid. ÁLVAREZ CHAMOSA, M. L.: "Concepto de huelga en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras", en *Revista de Derecho público*, N.º 130, abril-junio 2012, pp. 363-367.

[995]De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, por el término manifestación se entiende como "Reunión pública, generalmente al aire libre y en marcha, en la cual los asistentes reclaman algo o expresan su protesta por algo".

[996] Aunque en la reforma del Código Penal venezolano del año 2005, la pena de presidio figura dentro de catálogo de penas corporales contempladas en el artículo 9 del referido texto legal sustantivo, de acuerdo con ROSALES, "como es sabido, el presidio ha sido abolido debido a la evolución penológica consignada en tratados internacionales sobre derechos humanos, la impronta del orden constitucional y hasta el

<<manifestaciones>> realizadas por los privados de libertad que aquí comentamos, generalmente van dirigidas a exigir el acceso a algunos derechos humano como -por ejemplo- el derecho al debido proceso, la tutela judicial efectiva, y las garantías procesales que favorecen el juzgamiento en libertad, o facilitan la concesión de la libertad anticipada para los condenados[997].

Así, ante la precariedad de la prisión venezolana derivada la inadecuada gestión de los elementos del Sistema Penitenciario por parte del Estado, tradicionalmente, las personas privadas de libertad han recurrido a estas huelgas o manifestaciones para intentar así llamar la atención, tanto de las autoridades estatales como de la opinión pública, ello con miras a que sus demandas reivindicativas de derechos sean atendidas[998].

Frente a este panorama vemos pues que una de las consecuencias de las reformas legales Neo-retributivas que hemos revisado en el *Capítulo VII* fue la agudización de la indefensión de las personas privadas de libertad frente a la autoridad penitenciaria, al quedar mermadas las competencias del juez de ejecución penal para proteger los derechos de los condenados. Esta situación no sólo contribuye a reorientar la finalidad de la ejecución de la pena

---

contenido del artículo 19 de la Ley de Régimen Penitenciario". Cfr. ROSALES, E.: "Sistema penal y reforma legal en Venezuela: La tensión entre el Estado Constitucional y el Estado Policial", en *CENIPEC. Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas* / Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas Héctor Febres Cordero. --Mérida-- I, 25 (enero-diciembre) (2006), p. 208 y 209. En sentido similar, ÁVILAN RINCÓN subrayó que "el presidio era una pena de prisión más severa que imponía trabajos forzados, en clara violación a tratados internacionales. Si bien esta pena no se aplicaba más en Venezuela, su derogación se imponía como necesaria para armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos". Cfr. ÁVILA RINCÓN, C.: Las reformas penales y procesales durante el gobierno bolivariano: Cuadros Comparativos…, ob. cit. p. 9.

[997] Un ejemplo de ello lo hallamos en el año 2006 cuando, en palabras de ÁVILA RINCÓN, "se incrementó el número de personas asesinadas en las cárceles, al igual que número de huelgas de hambre, y personas que recurrieron a la práctica de autolesión como mecanismo de protesta dentro de los centros carcelarios. El gobierno nacional buscó dar respuesta a las peticiones de la población carcelaria, y parte de esa respuesta fue la reforma del año 2006, publicada en Gaceta Oficial a pocos días de que empezara una huelga de presos anunciada en 13 establecimientos del país. Cfr. ÁVILA RINCÓN, C.: Las reformas penales y procesales durante el gobierno bolivariano: Cuadros Comparativos, ob. cit., pp. 21 y 22. Asimismo, de acuerdo con MORÁIS, el único derecho que los privados de libertad han reconocido como violado es el derecho al debido proceso, pues, "las violaciones de los demás derecho (vida, integridad personal, salud, etc.) son vistas solamente como una forma de maltrato, como una consecuencia inevitable de estar presos o como la continuación de las miserables condiciones de vida que tenían cuando estaban en libertad". Cfr. MORÁIS, M. G.: Hacia una agenda alternativa para la exigibilidad de los derechos humanos de la población reclusa…, ob. cit., p. 2.

[998] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado la existencia de estas manifestaciones o mecanismo de exigibilidad antes de la entrada de vigencia del Código Orgánico Procesal Penal del año 1998, al señalar que: "En el año 1992 en el Retén de Catia se vivió *caracterizada por huelgas de hambre por las condiciones carcelarias*, *muertes y desapariciones de reclusos*, hechos de fuga y motines, que tuvieron como resultado personas heridas. Esta situación, conocida públicamente, produjo el inicio de investigaciones por parte de la Fiscalía y los Tribunales Penales, así como la destitución del director del Retén de Catia, del director de Prisiones y del director general del Ministerio de Justicia. (*Cursivas Nuestras*). Cfr. Sentencia Caso Contencioso "Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela" Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 60.8

privativa de libertad hacia planteamientos preferentemente Neo-retribucionistas, sino que también vacía de contenido a la justicia enmarcada dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho que está al servicio de la <<protección de la dignidad humana>>, pues, la consideración del penado como <<sujeto de derechos>> queda debilitada al no poder este hacer valer sus derechos ante una autoridad independiente de la Administración Penitenciaria. Recordemos que sólo se puede aseverar que un Estado garantiza los derechos humanos y, por lo tanto, la dignidad humana cuando, además de reconocerlos en su ordenamiento jurídico, establece mecanismos jurisdiccionales efectivos para hacerlos valer en caso de incumplimiento de la prestación por parte del Estado.

La exigencia de derechos es una conducta legitima de toda persona; no obstante, en el contexto de Estado de Derecho moderno esta actividad debe hacerse empleando los mecanismos jurídicos disponibles para ello. Es una realidad que antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal de 1998, los condenados no contaban con un mecanismo de control jurisdiccional de la legalidad durante la ejecución penal; por ello también, la judicialización de la ejecución penal, además de haber representado un avance significativo para la garantía de los derechos de las personas privadas de libertad, se pensaba que contribuiría a mermar o a relegar prácticas que, por su naturaleza, atentaban contra derechos fundamentales como el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal, como son las llamadas huelgas de hambre y huelgas de sangre.

Por otra parte, el reconocimiento de la persona privada de libertad como <<sujeto de derechos>> representó un cambio de paradigma en cuanto a la relación jurídica entre el preso y la Administración Penitenciaria, pero este paradigma no sólo limita la actuación del Estado frente al delincuente, sino que también obliga al recluso a revisar su percepción en cuanto a su propia dignidad como ser humano.

En Venezuela, desde finales de la década de 1980 esta tarea de capacitación en derechos humanos ha venido siendo realizada por las Organizaciones No Gubernamentales especializadas en la promoción de los derechos humanos[999]. Parte del referido objetivo de las Organizaciones No

[999] En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe Anual 1980-1981, ha considerado "de gran importancia la actividad que desarrollan en los países de América las entidades de derechos humanos. Es por ello que ha sido una política constante de la Comisión estimular la creación de estas instituciones e impulsar sus labores, las que pueden prestar un valioso servicio a la tarea de proteger y promover los derechos humanos en el Continente". Cfr. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981. OEA/Ser. L/V/II.54, doc.9 rev.1, 16 octubre 1981.

Gubernamentales ha consistido ha sido la de dar visibilidad a los casos donde los derechos humanos son vulnerados sistemáticamente, ello con el fin de sensibilizar y educar a la sociedad acerca de la importancia que el respeto a los derechos humanos por parte del Estado tiene para la democracia, respeto que debe garantizarse independientemente de la situación jurídica del individuo -como sucede en el caso de la persona privada libertad-; además, con la promoción de los derechos humanos por parte de las Organizaciones No Gubernamentales, generalmente también se han mostrado los mecanismos disponibles para reivindicar la vigencia de los derechos de acuerdo con los parámetros legales[1000], y, así contribuir a que la población reclusa se empodere realmente de los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento jurídico[1001].

Así esta tarea de exigibilidad de derechos se une a la tradicional labor que la sociedad civil -concretamente los sectores empresariales, religiosos y empresarios- han venido realizando desde la década de 1960[1002]. Sin embargo, como advertimos en el *Capítulo VII* de este estudio, la labor de las Organizaciones No Gubernamentales también se ha visto afectada por las reformas legales Neo-retributivas al establecerse en estas reformas, algunos

[1000] Al respecto, PROVEA -organización no gubernamental creada para promover y defender los derechos humanos en Venezuela- ha señalado que, para finales de la década de 1980, la tendencia respecto a las estrategias de defensa se ha centrado en "combinar la utilización de los mecanismos jurídicos con el desarrollo de iniciativas legislativas de movilización. En tal sentido, se comienza a observar una tendencia interesante en dos direcciones: por una parte, una inserción creciente de las entidades de derechos humanos en procesos desarrollados por otras organizaciones a nivel sindical, gremial, estudiantil y comunitario; y por otra parte, un mayor interés por parte de las organizaciones populares y sectoriales por conocer y formarse en la defensa de sus derechos incorporando el tema de los derechos humanos como una dimensión más de su trabajo cotidiano". Cfr. PROGRAMA VENEZOLANO DE EDUCACIÓN ACCIÓN EN DERECHOS HUMANOS (PROVEA): Situación de los Derechos Humanos en Venezuela. Informe Anual. octubre 1988 – septiembre 1989. Publicaciones PROVEA, Caracas, 1989, pp. 58-59.

[1001] En palabras de GABALDÓN, decir <<empoderamiento>> "implica reconocimiento de derechos y reducción de asimetrías. Este reconocimiento no es exclusivamente formal, sino material. Ello significa que no basta la promulgación de normas que reconozcan los derechos, sino el desarrollo de prácticas sociales que apliquen dicho reconocimiento". Cfr. GABALDÓN, L. G.: "Territorialidad, legitimidad y empoderamiento en la seguridad ciudadana y el control del delito en América Latina", en *Espacio Abierto. Cuaderno Venezolano de Sociología*, Vol. 16, N.º 1 (enero-marzo 2007), p. 129.

[1002] Por ejemplo, nos enseña MORÁIS que "algunos grupos empresariales y empresarios a título personal han contribuido, ofreciendo fuentes de trabajo a los reclusos, dentro y fuera de los establecimientos; las Damas Salesianas han dirigido por muchos años la guardería del Instituto Nacional de Orientación Femenina (INOF) para los hijos de las reclusas; las iglesias cristianas despliegan una intensa actividad que ayuda a los reclusos a construir un proyecto de vida con miras a una exitosa reinserción social; las universidades del Zulia, de Carabobo y Central de Venezuela han tenido un desempeño estelar realizando actividades formativas en los penales, llegando incluso a dirigir núcleos universitarios en algunos establecimientos. En tal sentido, la Universidad Nacional Abierta (UNA) presta un servicio muy importante. Varias universidades privadas entre las cuales se destaca la Universidad Santa María y la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) mantienen un activo voluntariado penitenciario; esta última desde los años 60, apoyando a los internos en gestiones para el desenvolvimiento de su proceso y la obtención de su libertad". Cfr. MORÁIS, M. G.: Hacia una agenda alternativa para la exigibilidad de los derechos humanos de la población reclusa…, ob. cit., p. 19.

mecanismos institucionales que en la práctica afectan la labor independiente de estas Organizaciones.

En todo caso, la precaria gestión de los elementos que integran el Sistema Penitenciario, aunado a la merma de las competencias del juez de ejecución penal, dificulta el abandono de las tradicionales huelgas de hambre y huelgas de sangre como mecanismos de exigibilidad de derechos de la población reclusa; agudizándose aún más de esta manera la vulneración de los derechos penitenciarios y derechos humanos de las personas privadas de libertad en las prisiones venezolanas.

8.3.- La consecuencia indirecta de las reformas Neo-retributivas penales y procesales: El Impacto de la desarmonización de los elementos penitenciarios en la prestación de los derechos de los condenados por parte de la Administración Penitenciaria

Como se ha podido observar, el hacinamiento propicia el mal funcionamiento de las prisiones, al desequilibrar la armonía que debe existir con el resto de elementos como lo son el personal penitenciario y las edificaciones. Este desequilibrio dificulta que el Estado pueda prestar los servicios necesarios para garantizar los derechos que formalmente no están mermados para las personas privadas de libertad.

Como bien ha apuntado MAPELLI CAFFARENA, en general la perdida de la libertad material entraña "la restricción de otros derechos cuya protección resulta igualmente valiosa. Así podemos distinguir derechos necesariamente afectados, derechos eventualmente afectados y derechos que en ningún caso pueden ser afectados por la pérdida de la libertad"[1003]. De acuerdo con el citado autor, entre los primeros destaca el derecho la libertad deambulatoria, y aquellos derechos que aparecen indisolublemente vinculados a ella como, por ejemplo, "el derecho a elegir residencia, a desplazarse libremente, a reunirse, a disfrutar de la propiedad, o al trabajo"; entre los segundos, es decir, los derechos eventualmente afectados, está el derecho a la intimidad, la cual, si bien no está vinculada necesariamente a la restricción de libertad se ve afectada cuando se obliga a un interno a compartir con otro la celda, y el derecho a la educación cuando "la administración penitenciaria no oferta cursos o facilita al interno que pueda acceder a estudios en el exterior"[1004]. Finalmente, entre la tercera clasificación de derechos, se encuentran aquello que son infranqueables donde se incluyen los derechos a la vida, la integridad personal y la salud. Con respecto a este

[1003] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento) …, ob. cit., p. 90.
[1004] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento) …, Ibid., p. 90.

último rubro de derechos, nos dice MAPELLI CAFFARENA que "la vida, la integridad o la salud no pueden sufrir merma por el hecho de estar privado de libertad. Este mandato exige de la administración penitenciaria algo más que una actitud de no injerencia. La conocida fragilidad de la salud de la población penitenciaria y la estrecha convivencia que se genera en las celdas compartidas o en los dormitorios colectivos traducen esa obligación de velar por la vida y la salud de los internos en un comportamiento activo de prevención por medio de programas sanitarios adecuados"[1005].

En los apartados anteriores de este *Capítulo VIII*, ya hemos abordado implícitamente uno de los derechos que se ven afectados con las reformas Neo-retributivas penales y procesales como lo es el <<derecho al debido proceso>>, pues el <<retardo procesal>> y la <<inversión de la pirámide procesal>> son indicadores representativos de su vulneración.

También, ya hemos asomado *supra* que otros de los derechos que se han visto afectados por las referidas reformas Neo-retributivas ha sido el derecho a la integridad personal. En efecto, la violencia carcelaria en Venezuela no sólo se ha manifestado en motines o enfrentamientos entre personas privadas de libertad, cuestión que ha sido suficientemente denunciada por las Organizaciones No Gubernamentales especializadas en la situación de los derechos humanos de los privados de libertad en las prisiones venezolanas; denuncias estas que han dado lugar a una jurisprudencia importante emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[1006].

Existe otro tipo de violencia física que atenta contra la integridad personal de las personas privadas libertad que, como ya hemos advertido en el apartado anterior, sirve como mecanismo de presión de los presos ante las autoridades para que sus demandas sean escuchadas. Esta forma de violencia carcelaria expresada en huelgas de hambre y huelgas de sangre ponen en riesgo la salud y la integridad personal de las personas que participan en ellas.

Ya hemos señalado *supra*, que estas medidas de protesta adoptadas por la población reclusa son un reflejo de la ausencia de mecanismos de exigibilidad institucionales e idóneos para reparar los derechos vulnerados por el Estado. Y ya hemos apuntado que los mecanismos existentes como, por

[1005] Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B.: "Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento) …, ob. cit., p. 90.

[1006] Entre las que se encuentra la paradigmática Sentencia Corte IDH Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, de fecha 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas); cuya relevancia estriba en que delineó los estándares mínimos que deben cumplirse para el correcto funcionamiento de un Sistema Penitenciario.

ejemplo, los jueces de ejecución han visto mermadas sus competencias a raíz de las reformas Neo-retributivas.

Pero además de ello, existe otro derecho que -de acuerdo con la clasificación apuntada por MAPELLI CAFFARENA- en ningún caso puede ser quebrantado como lo es el <<derecho a la salud>>. Científicamente no se puede determinar si existe una relación directa entre la vulneración del derecho a la salud de las personas privadas de libertad y las reformas Neo-retributiva, pues, los indicadores del derecho a la salud como la alimentación, la atención médica, la higiene y aseo de los reclusos, y la salubridad de las instalaciones depende de muchos factores entre los que se encuentran principalmente la gestión de la Administración Penitenciaria.

Sin embargo, según el citado Diagnóstico realizado por el Ministerio de Justicia en el año 2005, momento en que se habían configurado gran parte de las reformas legislativas penales y procesales comentadas en el *Capítulo VII*, y que habían dado lugar al incremento del hacinamiento dentro de las prisiones, el referido documento indicó que además de la carencia de espacios idóneos dentro del establecimiento para prestar la atención médica, tampoco se contaba con personal de asistencia médica suficientes para atender la demanda de la población reclusa[1007]. De manera pues, que al margen de que pudiera existir una gestión precaria por parte de la Administración Penitenciaria, los problemas estructurales que genera el hacinamiento provocado por el <<retardo procesal>> y por la <<inversión de la pirámide procesal>> que, a su vez, han sido provocadas por las reformas a las que el Código Orgánico Procesal Penal ha sido objeto con miras tanto a facilitar la concesión de la privación de libertad durante el desarrollo del proceso penal, como a extender el tiempo en el que procesado puede permanecer en prisión, es dable aceptar, que las reformas Neo-retributivas, si bien no son la causa principal de la precariedad en la garantía del derecho a la salud en las prisiones venezolanas, si han contribuido a la vulneración de este derecho por parte del Estado.

……

A lo largo de esta investigación hemos advertido en reiteradas oportunidades que, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, el ejercicio del *ius puniendi* -en cada una de sus etapas- está limitado por el Principio de Legalidad Penal. Pero con lo advertido en este apartado vemos que, con la pretensión o tendencia Neo-retributiva de <<aumentar el

[1007]Vid. MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA: Situación actual del Sistema Penitenciario venezolano. Resultado del diagnóstico…, ob. cit., p. 55 y ss.

tiempo de duración del encierro tanto para la persona sometida a un proceso penal, como para el condenado>>, ha quedado en evidencia que esta tendencia Neo-retributiva no sólo se ha venido implementando a través de reformas a la legislación sustantiva-penal, sino también a través de la legislación procesal penal.

Este hecho resulta significativo si pretendemos evaluar la <<eficacia>> de la pena privativa de libertad, pues, si lo abordamos estrictamente desde el punto de vista del valor que le otorga objetividad al Derecho: <<la justicia>>, podemos decir que la pena privativa de libertad, orientada hacia el Neo-retribucionismo, al traspasar los límites que ponen en riesgo la dignidad humana, puede ser contraria al modelo de Estado social y democrático de Derecho. Dentro del modelo de Estado de Derecho, cuando el Estado tiene el control real de las prisiones, decimos que la pena privativa de libertad es <<efectiva>>, pues el contenido de la norma se cumple formalmente; pero realmente la <<eficacia>> se logra cuando la penalidad se ajusta a la concepción de <<justicia>> valida dentro de un modelo de estado social y democrático de Derecho, es decir, una justicia que cuide escarmentar el mal causado por el delito, y proteger a la sociedad sin poner en riesgo la dignidad humana de la persona privada de libertad. Aunque, como vemos, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho puede ocurrir que una pena sea <<efectiva>> mas no <<eficaz>>.

Por otra parte, cuando el Estado, con ocasión de las reformas Neo-retributivas, pierde incluso el control de los establecimientos penitenciarios, la pena privativa de libertad, aunque continúa teniendo <<efectividad>> real, pierde total <<eficacia>> por cuanto el ideal de justicia queda relegado por el sentimiento de <<vindicta o de venganza>> que siempre ha estado presente en la sociedad, y que alimenta la idea de que a mayor aflicción mejor es la pena. Dentro del marco del Derecho la <<eficacia>> de la pena privativa de libertad debe mirarse desde el prisma de la justicia y no desde la venganza.

Actualmente estamos frente a lo que FRANK denominó <<penalidad social>>, por cuanto las penas son infligidas en nombre y en interés de la sociedad[1008]. Con la penalidad justa se procura defender a la sociedad y satisfacer la justicia en la medida en que la justicia se confunde con el orden social, y, por lo tanto, el ejercicio de la misma representa un bien para la sociedad. Por ello, como ha advertido el citado autor, "la pena para ser justa debe llenar dos condiciones: es preciso que sea motivada por una acción moralmente mala; es preciso que sea proporcionada al mal que esta acción

[1008] Vid. FRANCK, A. D.: Filosofía del Derecho Penal…, ob. cit., p. 13.

encierra"[1009]; en consecuencia, el hecho de que la sociedad vincule el natural sentimiento de venganza con la penalidad, no significa que el Estado deba asumir el mismo planteamiento vindicativo de la sociedad, porque como ya hemos advertido en reiteradas oportunidades a lo largo de esta investigación, el Estado existe porque el Derecho lo legitima, y si el Derecho es creado para contener y garantizar los valores considerados necesarios para la subsistencia de la sociedad, el Derecho -y el Estado como su brazo ejecutor- debe orientarse a proteger tales valores aun cuando la sociedad olvide o pierda la consciencia acerca de la importancia de los mismos.

[1009] Cfr. FRANCK, A. D.: Filosofía del Derecho Penal…, ob. cit., p. 21.

CONCLUSIONES

Aunado a las conclusiones parciales expuestas dentro del contenido de los *Capítulos* de la presente investigación, se presentan las siguientes conclusiones generales y las eventuales recomendaciones que correspondan:

PRIMERA: Se reafirma una de las hipótesis plasmadas en el planteamiento del problema transcrito en la Introducción de esta investigación; y es que el Derecho es una realidad social porque existe para preservar la convivencia de la persona humana que vive en sociedad. Ello implica que el Derecho tiene un carácter <<pragmático>> pues su existencia se sustenta en su utilidad para alcanzar los fines y valores considerados por la sociedad como necesarios para garantizar la convivencia entre sus integrantes; por lo tanto, ello nos lleva a sostener que si bien el Derecho puede ser estudiado desde una perspectiva normativa y formal, la comprensión plena del Derecho requiere también que este sea abordado tanto desde el análisis de la escala de valores que lo fundamentan, como desde la aplicación efectiva en la vida social.

Ahora bien, con la revisión histórica que -a lo largo de este estudio- hemos realizado acerca de la relación que existe entre las distintas formas de organización político social -o Estado- y su penalidad, vemos que la penalidad -entendida como las penas establecidas por la legislación criminal en las diversas épocas para castigar a los delincuentes- ha tenido a la <<retribución>> como una finalidad intrínseca, permanente e independiente de las circunstancias políticas, sociales, económicas e incluso morales vigentes en una sociedad determinada. Por lo tanto, paradójicamente, aunque el Derecho está vinculado con los valores imperantes en una sociedad, aparentemente la relación entre el Derecho y los valores sociales es más estrecha que la relación que existe entre la penalidad -como parte del Derecho- y dichos valores sociales, pues, la penalidad siempre se decantará por ofrecer una respuesta instintiva frente a una agregación, pues, esa respuesta se centra en <<castigar>> -en devolver un mal- independientemente de si ese castigo tiene o no una utilidad preventiva del delito, e incluso, independientemente de si dicho castigo vulnera -más allá de lo permitido- la dignidad humana y los derechos de los condenados .

Entonces, la penalidad es esencialmente <<retribución>>, y así ha quedado reflejado en el estudio de las distintas civilizaciones occidentales realizado en la presente investigación. En efecto, en los primeros tres *Capítulos* de este trabajo hemos visto cómo la finalidad <<retributiva>> de la pena -entendida como mal del castigo en respuesta al mal de la pena- ha subsistido a pesar de los mecanismos creados por el Derecho no sólo para asegurar la proporcionalidad de la pena evitando que esta cause un daño mayor que el daño ocasionado por el delincuente, sino también, para ofrecer la posibilidad

de que la penalidad no sólo se limite a afligir al delincuente, sino que esta vaya más allá al ofrecer la posibilidad de que con su imposición se reafirmen la vigencia de los valores y de los derechos que el propio Derecho trata de proteger mediante la penalidad, reafirmación que no sólo se verifica en la protección de la sociedad frente al delincuente, sino también del propio penado frente al poder punitivo del Estado.

Ya conscientes de la comentada naturaleza <<retributiva>> de la penalidad, podemos comprender por qué a lo largo de la historia de la penalidad ha existido una pugna constante entre el Derecho y la penalidad; pugna motivada en la necesidad de que en la práctica el <<ser>> consustancial con el <<mal material>> contenido en la penalidad sea controlado por el <<deber ser>> que profesa el Derecho; pugna que no ha dejado de existir y se justifica en la tensión que existe entre el sentimiento natural de castigo que tiene un individuo -y la sociedad está compuesta por individuos- frente a la agresión injustificada del delincuente, y la necesidad de que la justicia penal sea ejercida respetándose determinados valores que fundamentan la existencia de la sociedad.

Por esta razón, no es de extrañar que la esencia <<retributiva>> de la penalidad no sólo persista en la actualidad, sino que intente permanecer actualizándose su postulado en una <<nueva>> denominación para justificar su vigencia y materialización en la <<pena privativa de libertad>>, como máxima sanción ejecutada dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho. Así nos encontramos con un <<Neo-retribucionismo>> que justifica su vigencia en la idea de que con la pena la confianza en el ordenamiento jurídico se ve reafirmada, justificación esta que, aparentemente, subsume al Neo-retribucionismo en una concepción <<preventivo general positiva>>, decimos que es aparente porque en realidad -tal como se dejó plasmado en el *Capítulo VII*- el trasfondo fue apaciguar el sentimiento de <<alarma social>> causado tanto por el incremento exacerbado de la criminalidad, como por la crueldad presente en la comisión de algunos delitos -como sucedió en este último supuesto en España-.

En todo caso, el <<Neo-retribucionismo>> es una redefinición de la clásica <<retribución>>, que, en última instancia sirve para justificar su vigencia dentro de un modelo de Estado de Derecho moderno, pues, recordemos que con el <<Neo-retribucionismo>>, teóricamente sólo se pretende <<reafirmar la validez del sistema jurídico>>, aunque paradójicamente ello pueda representar la merma de la <<dignidad humana>>.

SEGUNDA: La esencia <<retributiva>> de la penalidad, si bien es consustancial con el natural sentimiento de justicia impérenme en la sociedad,

la <<retribución>> aplicada sin límites, es decir, sin los frenos necesarios para no poner en riesgo la <<dignidad humana>> del condenado, es contraria con respecto al valor de <<justicia>> vigente dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho. Como hemos podido comprobar en el *Capítulo VI* de esta investigación, el valor de <<justicia>> no puede ser concebido desvinculado de los fines a los cuales el Estado social y democrático de Derecho está obligado a orientar su actuación.

El derecho de castigar o *ius puniendi* del Estado tiene su fundamento en que este surge como una garantía para el individuo, pues, con ello se ha pretendido evitar cualquier abuso que el agraviado por el delito pueda cometer al castigar a su agresor con la pena; pero, esencialmente, el *ius puniendi* se justifica porque con él se garantiza que los valores que sustentan al Derecho se materialicen en la práctica, o, al menos, con tal potestad punitiva se pretende que tales valores no se vean quebrantados por la propia sociedad. De manera que, el propio Derecho –y el Estado como su brazo ejecutor- se convierte en garantía de efectividad de los valores consagrados en el ordenamiento jurídico, es decir, los valores de la sociedad.

Uno de los fines del Estado social y democrático de Derecho está directamente vinculado con una de las exigencias que justifican su propia existencia: <<el respeto de la dignidad humana y de los derechos humanos>>; cuestión que obliga a que la justicia estatal sea ejercida para asegurar, no sólo las condiciones idóneas para que los ciudadanos no vean conculcados sus dignidad y sus derechos por parte de terceros, sino también evitar que los derechos de los integrantes de la sociedad -independientemente de su situación jurídica- sean quebrantados por la actuación del Estado en el ejercicio de sus funciones

Por otra parte, el hecho de que la justicia penal esté orientada a la <<constante y perpetua necesidad de dar a cada uno lo suyo>> en conjunto con la máxima de <<respetar la dignidad humana>> de los individuos sometidos a esa justicia -penal-, otorga contenido al valor de justicia. En efecto, hemos visto que el <<respeto de la dignidad humana>> trae aparejado la garantía de una serie de derechos que, en el entorno penitenciario, se ve reflejado en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la integridad personal -o en su dimensión negativa expresada en la prohibición al trato cruel, inhumano y degradante-; de manera que, la dignidad humana otorga <<indicadores>> a la justicia que permiten verificar y medir su cumplimiento efectivo.

En definitiva, la justicia se constituye como un valor superior que inspira al modelo de Estado social y democrático de Derecho consagrado, por ejemplo, en el artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, valor superior de justicia que está orientado a asegurar que la

dignidad humana sea garantizada a toda persona independientemente de su situación jurídica. Esta premisa tiene relevancia si partimos de que en la sociedad actual enmarcada dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho es al propio Estado a quien le corresponde el ejercicio del *ius puniendi*, por ende, su actuación está más unida a la <<razón o racionalización>> contenida en el Derecho, que a la <<pasión e instinto>> que muchas veces condiciona el actuar de la sociedad. Pues si partimos de que el Estado debe su existencia al Derecho, además de ser el brazo ejecutor del mismo, su actuación está orientada a materializar los valores contenidos en el Derecho.

TERCERA: Dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la pena privativa de libertad está orientada a la <<prevención especial>> -así lo vimos consagrado en el artículo 272 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en el artículo 25.2 de la Constitución Española- pero tal finalidad no excluye la vigencia de otras finalidades. En efecto, ya sabemos que toda penalidad es esencialmente <<retributiva>>, pues, el castigo se impone como respuesta a un delito; sin embargo, dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la penalidad -y particularmente la pena privativa de libertad- no puede reducirse al mero castigo, pues, en consonancia con la exigencia de garantizar la dignidad humana que recae sobre el Estado, el Estado está obligado a que la ejecución de la pena privativa de libertad no cause un daño que sobrepase el daño que natural e inevitablemente causa la sanción; y ello obliga a que la sanción penal, independientemente de si esta tenga una orientación predominantemente <<retributiva>>, <<preventivo general>> o <<preventiva especial>> no se traduzca en un trato cruel, inhumano o degradante.

Por tal motivo, hemos podido verificar en este estudio que la pena privativa de libertad ejecutada dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho, además de satisfacer el sentimiento de justicia de la sociedad, debe procurar proteger a la sociedad -e incluso al propio condenado- de ser víctima de delitos futuros. Para ello, se requiere que el Estado no sólo brinde las condiciones idóneas para que el penado aproveche el tiempo de reclusión con miras a que su reinserción posterior sea exitosa, sino que debe asegurar la eficacia del Derecho estableciendo y fortaleciendo los mecanismos de exigibilidad necesarios para que el condenado, en el caso de que sus derechos sean vulnerados por la Administración Penitenciaria, pueda reclamar la reparación o restitución de tales derechos.

Si bien la <<prevención especial>> se procura sobre la base del diseño de estrategias técnicas dirigidas a atender los elementos criminógenes que influyen en la personalidad del condenado, estrategias estas que forman parte del <<tratamiento penitenciario>>, dentro de un Sistema Penitenciario garantista de derechos, el éxito del tratamiento no sólo depende de la

voluntad del penado de participar en el mismo, sino también de la voluntad estatal de asegurar la vigencia de los derechos humanos y penitenciarios que el condenado tiene. Así, el tratamiento penitenciario ajustado a las exigencias del modelo de Estado social y democrático de Derecho está orientado a facilitar al condenado su reinserción social, pero partiendo de la idea de que el penado es un <<sujeto de Derecho>>.

Esta apreciación es relevante para establecer alguna diferencia entre una pena privativa de libertad tendente hacia la <<retribución>> y a otra orientada hacia la <<prevención especial>>. Recordemos que, conforme a lo desarrollado en el *Capítulo V* donde revisamos las primeras experiencias penitenciarias enmarcadas dentro del modelo de Estado de Derecho, la pena privativa de libertad estaba enfocada en la corrección mediante la aflicción ocasionada tanto por el <<aislamiento>> como por la <<estricta disciplina>>, situación ésta que refleja que la corrección solo era alcanzable mediante la obediencia del preso a un régimen que, por su naturaleza, degradaba la dignidad humana sin límite legal alguno.

Mientras que la pena privativa de libertad ejecutada dentro del contexto de Estado social y democrático de Derecho, como consecuencia del carácter <<social>> del Estado que propugna <<la procura existencial de los ciudadanos>>, y del carácter <<democrático>>del Estado que implica <<la libre participación y respeto de la voluntad>>, el penado no sólo no está obligado a cumplir con el <<tratamiento>>, sino también tiene el derecho de que la Administración Penitenciaria le garantice el acceso a los derechos no mermados expresamente por la condena.

Partiendo de ello, hemos podido verificar con el presente estudio que, el <<Neo-retribucionismo>>, además de estar presente en la legislación sustantiva penal, puede concretarse en la legislación penitenciaria, pues, en esta legislación donde se establece las directrices para ejecutar la pena privativa de libertad dentro de un modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Así, hemos visto que el Código Orgánico Penitenciario venezolano adoptó criterios Neo-retributivos al suprimir la posibilidad de que el penado pueda acceder a algunos indicadores de los derechos sociales -como, por ejemplo, la educación y el trabajo- no afectados por la condena, al incluirlos como parte de los componentes de la llamada <<Asistencia Social>>, y, al mermar las competencias supervisoras sobre el tratamiento penitenciario del Juez de Ejecución Penal. Situación ésta que -a la postre- no sólo afecta la realidad del condenado, sino también la validez de los valores y derechos plasmados en la Constitución venezolana.

CUARTA: Partiendo de que la <<retribución>> se configura con la aplicación de la pena como respuesta al delito y, por lo tanto, cualquier fin

adicional es irrelevante para la finalidad <<retributiva>>. Como acabamos de advertir en la conclusión TERCERA, las reformas legales Neo-retributivas que tienen impacto en la ejecución de la pena privativa de libertad pueden ser tanto <<sustantivas>> como <<procesales>>, e incluso pueden implicar reformas en la legislación <<penitenciaria>>, pues la <<retribución>> no pretende que la pena tenga un fin <<preventivo especial>>, e incluso un fin preventivo general, aunque este último pueda ser un efecto colateral.

Ahora bien, aunado al tratamiento penitenciario, una de las estrategias que contribuyen a que el penado se reinserte a la sociedad es que este mantenga el <<contacto con el mundo exterior>>. Hemos visto en la presente investigación que los llamados beneficios penitenciarios o fórmulas alternativas de cumplimiento de pena son las principales estrategias que el sistema penitenciario venezolano -como sistema penitenciario enmarcado dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho de acuerdo con el artículo 2º de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- tiene para asegurar que el penado mantenga dicho contacto con la sociedad libre. Sin embargo, en virtud del incremento de la criminalidad aunado a la tendencia punitiva de un importante sector de la sociedad, no sólo la legislación penal, sino también las leyes procesales y penitenciarias han sido reformadas y promulgadas para dificultar que las personas privadas de libertad accedan a las medidas de prelibertad, tanto durante el proceso de enjuiciamiento criminal, como durante la ejecución de la pena privativa de libertad.

El contacto del condenado con el mundo exterior también se vio afectado con la entrada en vigencia del Código Orgánico Penitenciario, pues, como medida para preservar el <<régimen penitenciario>>, se estableció como sanción la suspensión de las visitas de los familiares y de los allegados por un tiempo determinado, dependiendo de la gravedad de la falta cometida; sanción disciplinaria esta incomprensible si se entiende que, conforme al artículo 272 de la Constitución venezolana, la pena privativa de libertad está orientada hacia la <<prevención especial>>.

Pero las referidas reformas legislativas Neo-retributivas, no sólo adquieren esta connotación por el hecho de aumentar el tiempo de reclusión de las personas privadas de libertad, sino también porque las mismas pueden poner en riesgo la <<dignidad humana>> y el ejercicio de los <<derechos humanos>> de los privados de libertad. A lo largo de la revisión histórica realizada en los primeros tres *Capítulos* de esta investigación vimos que la penalidad -orientada principalmente hacia la <<retribución>>- se caracterizaba por la crueldad, el suplicio y el tormento, pues la <<justicia>> orientada a devolver el mal del delito al delincuente despojaba al castigado de lo que actualmente se conoce como <<dignidad humana>>.

Si bien las comentadas reformas Neo-retributivas llevadas a cabo en Venezuela que fueron revisadas en el *Capítulo VII* de este estudio, además de afectar directamente el ejercicio de los derechos vigentes durante la reclusión, también crean las condiciones para que sean vulnerados. En efecto, las referidas reformas han comprometido la integridad de los derechos de las personas encarceladas en Venezuela, pues, ante la insuficiencia de infraestructura necesaria para retener a los privados de libertad en condiciones dignas, aumenta la posibilidad de que los efectos nocivos que acarrea la extensión del tiempo de reclusión sean aún mayores, pues, por ejemplo, ello conlleva al aumento de la población reclusa, cuestión que altera la relación de proporción en cuanto al número de personal penitenciario que debe existir para asegurar el buen funcionamiento del régimen penitenciario, régimen necesario para mantener la seguridad idónea tanto para mantener el buen funcionamiento de la prisión, como para garantizar derechos considerados inquebrantables como lo es el derecho a la integridad personal, y, por ende, para preservar la dignidad humana de la persona privada de libertad.

QUINTA: Desde el punto de vista sociológico, las reformas legislativas Neo-retributivas penales y procesales han sido una manifestación de la tendencia <<retributiva>> que ha dominado a la ejecución de la pena privativa de libertad en Venezuela, incluso antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal en el año 1999.

En efecto, hemos visto que el Código Orgánico Procesal Penal fue promulgado con la pretensión de regular un proceso penal más garantista, encuadrado dentro de un modelo predominante Acusatorio, donde no sólo el <<proceso penal>> tendría a la <<libertad del procesado como regla durante el proceso>>, sino que también expresamente se reconocería al condenado como <<sujeto de derechos>>, y se crearía la figura del Juez de Ejecución Penal para refrendar la vigencia de los derechos de los condenados.

Sin embargo, vimos que la tendencia fue la regresión progresiva de las garantías estipuladas en el Código Orgánico Procesal Penal, regresión que se debió -en parte- a la errada idea institucional de que a mayor represión mayor control habría de la criminalidad. Además, según vimos, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Penitenciario se antepone la idea de que el penado es un <<objeto de estudio>> frente al reconocimiento del condenado como <<sujeto de derechos>>, cuestión que indudablemente tendría un impacto en el ejercicio de derechos como al trabajo y a la educación, al ser considerados tales derechos como componentes de la <<<Asistencia Integral>>, forma eufemística en como la legislación penitenciaria venezolana denomina al <<tratamiento penitenciario>>.

Pero en todo caso, lo que queremos destacar en este lugar es que las reformas Neo-retributivas en la legislación procesal y penitenciaria, como leyes instrumentales encargadas de desarrollar el mandato constitucional de aplicar la justicia orientada a la <<prevención especial>> y sin minusvalorar los derechos humanos de los condenados, han causado el efecto contrario.

Asimismo, dentro de esta perspectiva sociológica, las referidas reformas legislativas han tenido un impacto aún más preocupante. Y es que la pretensión de tales reformas de aumentar el tiempo de duración de la reclusión perjudica el buen funcionamiento del sistema penitenciario, pues, tales reformas han favorecido al <<retardo procesal>> al legitimar prácticas dilatorias que lo favorecen y, por ende, han propiciado el <<hacinamiento o el incremento de la población reclusa>>. Alterándose de esta manera la relación armónica que debe existir entre los elementos que integran a todo sistema penitenciario, a saber: <<Población reclusa, edificaciones y personal penitenciario>>.

Así vemos que, el buen funcionamiento del sistema penitenciario es una labor de Estado, pues, si bien existe un máximo responsable de la gestión del <<sistema>> como lo es la Administración Penitenciaria, el mantenimiento armónico de los referidos elementos del sistema penitenciario depende también de la participación de los restantes órganos del Poder Público que participan en la Administración de Justicia.

Existe mayor probabilidad de que la labor de los tribunales, de los fiscales e incluso de los Cuerpos de Seguridad del Estado sea evaluada para medir el impacto que estos órganos del Poder Público tienen en el subsistema penitenciario, pero rara vez se cuestiona la responsabilidad que el Poder Legislativo tiene en la tarea penitenciaria. En este estudio hemos puesto de relieve la importante labor que en materia penitenciaria tiene el Poder Legislativo de un país, pues este Poder es el encargado de desarrollar el Principio de Legalidad y, por lo tanto, el órgano del Poder Público que tiene la tarea de ampliar o restringir las garantías que limitan al poder punitivo del Estado de Derecho. En definitiva, las leyes no sólo están llamadas a desarrollar los valores, los principios y los fines consagrados en la *norma normarum* de un país, sino también las leyes son las encargadas de contribuir a solucionar los problemas que la propia sociedad crea, pues, recordemos que la utilidad del Derecho deriva en su efectividad para alcanzar los fines necesarios para preservar la convivencia social.

SEXTA: Finalmente, hemos visto que dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, la persona privada de libertad, independientemente de si esta se encuentra procesada o condenada es un <<sujeto de derechos>>, pero en el caso de los condenados este reconocimiento es una exigencia del modelo de Estado social y democrático

de Derecho, pues, la connotación <<social>> del mismo conduce a que la Administración Penitenciaria, como representación del Estado, realice una tarea prestacional de los derechos que subsisten o cuya limitación no es una consecuencia necesaria de la naturaleza del encierro.

Asimismo, una de las exigencias del Estado de Derecho -expuestas en el *Capítulo IV* de este estudio- es su sometimiento al Principio de Legalidad, exigencia que se traduce en que su actuación está limitada por la ley, cuestión que, a su vez, implica dos cuestiones a saber: 1.- El reconocimiento del individuo como sujeto de derechos y; 2.- La creación de mecanismos para la salvaguarda de los derechos reconocidos.

En consecuencia, al reconocimiento de los derechos humanos va unido a la creación de garantías para su cumplimiento efectivo en el caso de que el Estado eventualmente los vulnere. En el ámbito penitenciario venezolano, el principal mecanismo de exigibilidad de derechos es la figura del Juez de Ejecución Penal, por lo tanto, en teoría con esta figura se garantiza la vigencia del Principio de Legalidad dentro de las prisiones.

En efecto, en el *Capítulo IV* de esta investigación, vimos que el Principio de Legalidad de la Ejecución Penal hace surgir una relación jurídica entre la persona privada de libertad y la Administración Penitenciaria, pues, con el referido Principio se establecen límites que se traducen en la existencia de derechos y deberes recíprocos y, por lo tanto, exigibles por ambas partes en igualdad de condiciones ante la autoridad jurisdiccional competente.

Esta última circunstancia implica que el régimen penitenciario, entendido como la dinámica de vida dentro de la prisión está regulada por el Derecho, cuestión que, a su vez, implica que el régimen penitenciario está sometido a la supervisión o control jurisdiccional. El régimen penitenciario junto con el tratamiento penitenciario son los componentes que definen a la ejecución de la pena privativa de libertad dentro del modelo de Estado social y democrático de Derecho, por ende, al ser las prisiones lugares gerenciados por el Estado, el sometimiento a la ley de la gestión penitenciaria se corresponde con una de las exigencias del Estado de Derecho moderno: el Principio de Legalidad. Esta circunstancia sería suficiente para creer que los derechos serán efectivamente garantizados dentro de las prisiones enmarcadas dentro del referido modelo estatal, pero desafortunadamente -tal como hemos visto en los *Capítulos VII* y *VIII*- el reconocimiento de los derechos y de las garantías de los mismos por la ley no han sido suficientes para asegurar la vigencia de los mismos.

Por ello, los planteamientos de esta última conclusión orientada a definir -de acuerdo con el estudio que aquí hemos realizado- los extremos del reconocimiento de los derechos humanos dentro de las prisiones, si bien pueden ser útiles para marcar una ruta que contribuya a contar con sistemas

penitenciarios más garantistas, donde la finalidad preventiva especial comparta espacio equitativo con la <<retribución>>, considero que no son suficientes para lograr ese cometido.

En efecto, el primer paso para que los derechos puedan ser exigidos es tener consciencia de ellos. En el ámbito penitenciario, si bien -de conformidad con el Código Orgánico Penitenciario- el penado tiene derecho a ser informado de sus derechos y obligaciones contemplados en los artículos 15 y 16 *ejusdem* al momento de ingresar a la prisión, sin embargo, esto es una formalidad necesaria en beneficio del penado pero insuficiente, pues ello no implica una concientización del alcance de tales derechos, ni de los indicadores que demuestran el acceso a los mismos.

En este sentido, aunque pueda resultar ingenuo plantear esta recomendación para ser aplicada en un entorno que, precisamente se ha caracterizado por el recelo y el hermetismo de la institución, si creemos que una forma de contribuir eficientemente a la tarea de informar al penado acerca de los indicadores de sus derechos vigentes durante la reclusión, sería la de que la Administración Penitenciaria facilitara el acceso periódico de las instituciones especializadas en la promoción de los derechos humanos dentro de las prisiones como, por ejemplo, las universidades y las Organizaciones No Gubernamentales pertenecientes a la sociedad civil. Sin duda la experticia derivada del monitoreo constante que realizan estos organismos facilitaría la labor de concientización de los condenados; aparte de que, en mi opinión sería una acción inteligente de la Administración Penitenciaria, ya que con ello se contribuiría a mejorar el funcionamiento del <<sistema>>, pues la experticia adquirida por estas organizaciones en materia de derechos humanos aplicados en entornos penitenciario, sin duda contribuiría también a detectar los problemas que afectan las condiciones de reclusión de las personas privadas de libertad y, por ende, coadyuvaría a un mejor funcionamiento de las prisiones.

En definitiva, consideramos que la posibilidad de que la población reclusa adquiera conciencia acerca de su condición de <<sujeto de derechos>> es clave para que los propios condenados activen los mecanismos institucionales de exigibilidad de derechos, y dejen de lado los métodos reivindicativos -las huelgas de hambre, las huelgas de sangre, etc.- que, por su naturaleza son flagelantes, e incluso en muchos casos ineficaces para alcanzar las reivindicaciones esperadas y, por el contrario, contribuyen a mermar derechos que en esencia deberían ser inquebrantables dentro de la prisión como, por ejemplo, el derecho a la salud y el derecho a la integridad personal.

Asimismo, el hecho de que el Estado sincere el discurso y acepte que la penalidad, en general, y la pena privativa de libertad, en particular, es

esencialmente <<retributiva>>, no tiene por qué chocar con la garantía de los derechos humanos de los condenados. Sincerar el discurso punitivo -además de favorecer al sentimiento vindicativo imperante en la sociedad- contribuiría a que la pena privativa de libertad sea más efectiva para procurar la reinserción social, pues, reconociéndose que la pena existe para <<castigar>> el delito cometido, se deja claro que el Estado -como único titular del *ius puniendi*- sólo debe ejecutar el castigo, pero salvaguardándose las exigencias que legitiman la propia existencia del Estado, entre las que se encuentra: la de <<respetar la dignidad humana y los derechos humanos>>. En definitiva, respetar los derechos humanos dentro de las prisiones es una forma de <<tratamiento>> porque acerca la vida del encierro punitivo, a la vida de la sociedad libre.

BIBLIOGRAFÍA

A) TEXTOS CONSULTADOS

ABRAMOVICH COSARIN, V.: Los derechos económicos sociales y culturales en la denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos Fernando Volio Jiménez, dictado del 16 al 27 de junio de 1997, San José de Costa Rica.

ADINOLFI, G.: "Extremismos en tema de *accusatio* e *inquisitio* en el proceso penal romano", *Revista de estudios históricos-jurídicos*, N.º 31, 2009.

AGUDELO RAMÍREZ, M.: "El debido proceso", en *Opinión jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, Vol. 4, N.º 7, 2005.

AHUMADA RUÍZ, M.: "Jueces y administración en el federalismo norteamericano", en *Revista española de Derecho constitucional*, Año N.º 17, N.º 50, 1997.

ALARCÓN BRAVO.: "El tratamiento penitenciario", en: *Estudios penales*, II, la Reforma Penitenciaria, Santiago de Compostela, 1978.

ALARCÓN REQUEJO, G.: "Estado democrático de Derecho", en *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, N. º 8, 2015.

ALEXY, R.: El concepto y la validez del Derecho. Trad. SEÑA, J. M. Gedisa editorial, Barcelona, 1997.

ALGUÍNDIGUE, C. / PÉREZ PERDOMO, R.: "Revolución y proceso penal en Venezuela 1999-2012", en *Anales de la Universidad Metropolitana*, Vol. 13, N.º 2, 2013.

ALLI ARANGUREN, J. C.: "El Derecho administrativo y la evolución del Estado", en *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, Vol. 49, N.º 1, 2001.

ALONSO ÁLAMO, M.: "Derecho penal y dignidad humana. De la no intervención contraria a la dignidad a los delitos contra la dignidad", en *Revista General de Derecho Constitucional*, N.º 12, 2011.

ALONSO ÁLAMO, M.: "La culpabilidad jurídica en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad", en MARAVER GÓMEZ, M. (Coord.) / POZUELO ARQUIMBAU, L. (Coord.).: La culpabilidad. Editorial B de F, Uruguay, 2019.

ALONSO DE ESCAMILLA, A.: El juez de vigilancia penitenciaria. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1985.

ALONSO DE ESCAMILLA, A.: "La institución del Juez de Vigilancia Penitenciaria en el Derecho comparado: Sus relaciones con la Administración Penitenciaria", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 34, Fasc/Mes 1, 1986.

ALONSO DE ESCAMILLA, A.: "El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria", en *Cuadernos de Política Criminal*, n º 40, 1990.

ALONSO DE ESCAMILLA, A. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: Fundamentos de Derecho penal. Editorial Universitas S. A., Madrid, 2010.

ALONSO DE ESCAMILLA, A: "Las nuevas competencias del juez de vigilancia penitenciaria", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.

ALONSO RIMO, A.: "Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (A propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad), en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 29, 2009.

ALONSO TRONCOSO, V.: "Para una historificación de Heráclito: A propósito de un libro reciente", en *Polis: revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad*, N.º 6, 1994.

ÁLVAREZ BORGE, I.: "Sobre nobleza y riqueza, tierra y dinero en el feudalismo castellano. Una primera aproximación a los cambios y transformaciones en el siglo VIII", en *Studia historia. Historia medieval*, Vol. 41, N.º 1, 2023.

ÁLVAREZ CORA, E.: "El Derecho penal ilustrado bajo la censura del Santo Oficio", en *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos),* N.º 11, 2005.

ÁLVAREZ CORA, E.: "La interpretación judicial en el Derecho castellano", *Initium: Revista catalana d´historia del dret*, N.º 26, 2021.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, N.: "La fuerza del Derecho", en *Anuario de filosofía del Derecho*, N.º 4, 1987.

ALVAREZ RAMOS, F.: "La aplicación de la pena de muerte durante el alto Imperio Romano", en *Estudios humanísticos. Geografía, historia y arte*, N.º 12, 1990.

ÁLVAREZ RODRIGUEZ, I.: "Una aproximación a la idea de cultura constitucional", en *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N.º 34, 2020.

ÁLVAREZ CHAMOSA, M. L.: "Concepto de huelga en el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras", en *Revista de Derecho público*, N.º 130, abril-junio 2012.

ÁLVAREZ SORIA, I. J.: "La barbarización del ejército romano", en *Studium: Revista de humanidades*, N.º 24, 2018.

ÁLVAREZ SUÁREZ, L.: "La influencia de la inquisitio y la acussatio romanas en los procesos penales de los Estados iberoamericanos: ejercicio de la acción penal", en GARCÍA SÁNCHEZ, J. (Dir.) / LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y AZAUSTRE FERNÁNDEZ, J. (Coords.): Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo. Boletín Oficial del Estado BOE, Madrid, 2021.

ANDRADE VILLEGAS, H.: Situación penitenciaria venezolana. Indolencia, Omisión, Complicidad y Corrupción. Corporación Editorial Litográfica, Maracaibo-Caracas, 2005.

AMBOS, K.: "El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender el significado actual desde la perspectiva histórica", en BACHMAIER WINTER, L. (Coord.): Proceso penal y sistemas acusatorios. Marcial Pons, Madrid, 2008.

AMBOS, K.: "Cesare Beccaria y la humanización del Derecho penal. Una lectura crítica con especial énfasis en su fundamento sobre la abolición de la pena de muerte", en HERMIDA DEL LLANO, C. (Coord.) / SANTOS ARRAIZ, J. A. (Coord.) / OLLERO TESSARA, A. (Coord.): Una filosofía del Derecho en Acción: Homenaje al profesor Andrés Ollero, Congreso de los Diputados, Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones. Departamento de publicaciones: Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2015.

AMBROSETTI, G.: "Espíritu y método del Derecho natural cristiano", en *Anuario de filosofía del Derecho*, N.º 16, 1971-1972.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. F.: "El concepto de familia en Roma arcaica", en *Ars Boni et Aequi*, N.º 1, 2005.

ANDRADES RIVAS, E.: "Los Reyes Católicos y las instituciones jurídicas", en *Revista ACTUALIDAD JURÍDICA*, N.º 13 – enero 2006.

ANDRÉS SANTOS, F.: "Roma y los juristas. El modelo romano en la jurisprudencia europea del siglo XIX", en *Minerva: Revista de filología clásica*, N.º 15, 2001.

ANTÓN ONECA, J.: Derecho Penal. Editorial Akal, Madrid.

AÑAÑOS-BEDRIÑANA, F. / BURJO JIMÉNEZ, R. / RODRÍGUEZ SANJUÁN, A. / TURBI-PINAZO, A. M. / SORIANO, C. / LLOPIS-LLACER, J. J.: "Salud mental en prisión. Las paradojas socioeducativas", en *EduPsykhe: Revista de psicología y educación*, Vol. 16, N.º 1, 2017 (Ejemplar dedicado a: Trastorno Mental Grave (TMG): Intervención psicosocial y procesos asociados).

AÑÉZ CASTILLO, M. A.: "Código Orgánico Penitenciario ¿Hacia la Transformación del Sistema Carcelario?, en *Cuestiones políticas*, Vol. 32, N.º 57 (julio-diciembre) 2016.

ARISTOTELES: Política. Trad. GARCÍA VALDÉS, M., Editorial Gredos, Barcelona, 2022.

ARMENTA DEU, T.: "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, Fasc./Mes 2, 1995.

ARROYO COBO, J. M.: "Los problemas de salud mental en las prisiones, vistos desde la atención primaria", en *Norte de Salud Mental*, Vol. 6, N.º 25, 2006.

ASENCIO CANTISÁN, H.: "El juez de vigilancia penitenciaria", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n º 237, 1987.

ASENCIO CANTISÁN, H.: "La intervención judicial en la fase ejecutiva de la privativa de libertad", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º Extraordinario. Enero 1988.

ASENCIO CANTISÁN: H.: "El sistema de sanciones y procedimiento para su imposición en la legislación penitenciaria", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989.

ASENCIO CANTISÁN, H.: "La judicialización de la ejecución penal", en *VII y VIII Jornadas de Derecho procesal penal: Pruebas, Procedimientos Especiales y Ejecución Penal, 14, 16 y 17 de marzo 2004; 21, 22 y 23 de abril 2005*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.

ASENJO GONZÁLEZ, M.: "La exclusión como castigo. La pena de destierro en las ciudades castellanas a finales del siglo XV", en *ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE. HISTORIA MEDIEVAL*, n.º 18 (2012-2016).

ÁVILA RINCÓN, C.: Las reformas penales y procesales durante el gobierno bolivariano: Cuadros Comparativos. UNES, Universidad Nacional Experimental de la Seguridad, Caracas, 2012.

AYA ONSALO, A.: "La defensa jurídica del interno en Centro Penitenciario", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989.

AYALA MARTÍNEZ, J.: "El Derecho natural antiguo y medieval", en *Revista española de filosofía medieval*, N.º 10, 2003.

AYALA, MARTÍNEZ, C.: "¿Reconquista o reconquistas? La legitimación de la guerra santa peninsular", en *Revista del Centro de Estudios Históricos de Granada y su Reino*, N.º 32, 2020.

AZNAR ARJONA, J. M.: "Ascenso social en la Edad Moderna: El caso de los Marqueses de Canillejas", en *Anahgramas: Análisis históricos de Grado y Master*, N.º 6, 2019.

AZPITARTE SÁNCHEZ, M.: "La función de la Constitución en el contexto contemporáneo", en *Revista de Derecho constitucional europeo*, N.º 12, 2009.

BAKER, R.: "El federalismo y la administración de justicia en los Estados Unidos", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 52, 1999.

BANACLOCHE PALAO, J./ ZARZALEJOS NIETO, J.: Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal. 4ª ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

BARBOSA CASTILLO, G.: "Principio de legalidad y proceso penal", en *Derecho penal y criminología*, Vol. 26, N.º 78, 2005.

BARCELÓ, P.: Breve historia de Grecia y Roma. 4ª ed. Alianza Editorial, Madrid, 2022.

BARONA VILAR, S.: Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del miedo. Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

BARRANCO AVILÉS, M. C.: "Los derechos económicos, sociales y culturales: Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos", en *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Año N.º 2, N.º 3, 1994.

BARRIOS FLORES, L. F.: "Pena de muerte en Estados Unidos. Reflexiones en torno al caso Atkins v. Virginia", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 56, N.º 1928, 2002.

BAUCELLS MESA, S.: "Sobre el concepto de aculturación: Una aproximación teórica al estudio de los procesos de interacción cultural", en *Tabona: Revista de Prehistoria y de Arqueología*, N. 10, 2001.

BAYEFSKY, A..: "The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law", en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N. º 1-2, 1990.

BECCARIA, C.: De los delitos y de las penas. Con el "comentario" de Voltaire. Alianza Editorial, Madrid, 2018.

BEJARANO GUERRA, F.: "John Howard: Inicio y bases de la reforma penitenciaria", en GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.): Historia de la prisión: Teorías economicistas, critica. Edisofer, Madrid, 1997.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E.: "La presunción de inocencia", en *Parlamento y Constitución. Anuario*, N.º 5, 2001.

BELLO RENGIFO, C. S.: "Justicia y Estado de Derecho en la Constitución de Venezuela", en *Ius Comitatis*, Vol. 1, N.º 1, 2018, enero-junio.

BENITO SÁNCHEZ, D.: Evidencia empírica y populismo punitivo: El diseño de la política criminal. Bosch editor, Barcelona, 2020.

BERGADA Y ZAPATA, M.: "Contexto filosófico de los primeros siglos cristianos", en *Teología*, N.º, 63, 1994.

BLAZQUEZ, R.: "El papa centro de unidad de la iglesia", en Salmanticensis, Vol. 30, Fasc. 1, 1983.

BOBBIO, N.: Teoría General del Derecho. 5ª Ed. Editorial Temis-Ediciones Olejnik, Bogotá-Santiago Chile, 2017.

BONELL COLMONERO, R. "Los decretos de nueva planta", en *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, N.º 8, 2010.

BRAVO JIMÉNEZ, A.: "Notas sobre aculturación romana. Integración, asimilación y municipalización en Provincia Hispania Ulterior", en *Euphoros*, N.º 4, 2002.

BREWER CARÍAS, A.: "La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden interno de los países de América Latina", en *Revista IIDH*, Vol. 46, 2007.

BREWER-CARIAS, A. R.: La dictadura judicial y la perversión del Estado de Derecho. Iustel, Madrid, 2017.

BROWING, O.: Introducción, en WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica. Tomo I. 2ª ed. Trad. Adolfo Posada. Librería general de Victorino Suárez, 1922.

BRUSIIN, O.: La objetividad de la jurisdicción. Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2020.

BUENO ARÚS, F.: "Los jueces de vigilancia penitenciaria y la criminología", en *Poder Judicial*, n º 7, 1983.

BUSTOS RAMIREZ, J.: "Pena y Estado", en *Revista de Sociología*, N.º 13, 1980.

BUSTOS RAMIREZ, J. J.: "Principio garantista del Derecho penal y procesal penal", en *Derecho & Sociedad*, N.º 49, 2017.

BURÓZ ARISMENDI, R. / RIVAS GÓMEZ, E.: Aspectos penitenciarios de la individualización judicial: Ponencia al Octavo Congreso de Defensa Social (Paris 1971). Facultad de Derecho, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Caracas, 1971.

CADAVID GUERRERO, I. A.: "La justicia en el marco del Estado Griego", en *Revista Ratio Juris*, Vol. N.º 7, N.º 15, 2012.

CALAZA LÓPEZ, S.: "Concepto de Derecho Procesal: Jurisdicción, acción-defensa y proceso", en CALAZA LÓPEZ, S. (Dir.) / ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Dir.): Ciencia abierta: Fundamentos y principios de Derecho procesal. Editorial Dykinson, Madrid, 2024.

CALDERÓN COLLANTES, F.: "Discurso leído en la Junta Pública del día 29 de junio de 1874, por D. Fernando Calderón Collantes, Académico de Número, Sobre el derecho del Estado de castigar y la legitimidad de la pena de muerte", en: *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Resumen de sus Actas y Discursos leídos en la Junta Pública General, Celebrada en 29 de junio de 1871 para la distribución de premios y en memoria de la fundación del cuerpo*. Imprenta de F. Martínez García, Madrid, 1871.

CÁMARA ARROLLO, S.: Internamiento de menores y sistema penitenciario. Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 2011.

CAMARENA ARENA, M. E. / TUNAL SANTIAGO, G.: "La religión como una dimensión de la cultura", en *Nómadas: Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, N.º 22, 2009.

CAMARGO HERNÁNDEZ, C.: "Estudio sobre las fuentes mediatas o indirectas del Derecho penal y su eficacia", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 12, Fasc/Mes 1, 1959.

CANO MATA, A.: "El Juez de Ejecución de Penas", en Revista de Estudios Penitenciarios, nºs. 176-177, enero-junio 1967.

CAÑAS QUIRÓS, R.: "El origen de la filosofía en Grecia: la unidad del hombre con el cosmos", en *Revista Espiga*, Vol. 7, N.º 13, 2006.

CARMONA CARMONA, A.: "Aproximación a las principales familias senatoriales del *Municipium Florentinum Iliberritanum*", en *Hispania Antiqva: Revista de Historia Antigua* XLVI, 2022.

CARNELUTTI, F.: Cuestiones sobre el proceso penal. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.

CARO P., F.: "Jhon Howard y su influencia en la reforma penitenciaria europea de finales del siglo XVIII", en *Eguskilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º 27, 2013 (Ejemplar dedicado a: Tutela judicial efectiva frente a la impunidad. Aportaciones desde la justicia vecinal).

CARRANZA, E.: "Cárcel y justicia penal: El modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas. Y una política integral de los habitantes frente al delito", en CARRANZA, E.: Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe. Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas. Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)-Siglo XXI Editores, México D.F., 2009.

CARRARA, F.: Programa del Curso de Derecho Criminal. Dictado en la Real Universidad de Pisa. Parte General. Vol. II. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

CARRASCO JIMÉNEZ, E.: "Derechos humanos y régimen de garantías en la legislación mosaica", en *Polis: Revista Latinoamericana,* N.º 17, 2007.

CARRILLO DE LA ROSA, Y.: "La inclusión de la moral en el Derecho y la encrucijada actual del positivismo jurídico", en *Diálogos de saberes: Investigaciones y ciencias sociales*, N.º 31, 2009.

CARRILLO DE LA ROSA, Y.: "La ley y justicia en el pensamiento griego", en *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, Vol. 3, N.º 2, 2011.

CARRILLO DE LA ROSA, Y.: "La validez jurídica en el iusnaturalismo y positivismo", en *Saber, ciencia y libertad*, Vol. 6, N.º 2, 2011.

CARRILLO DE LA ROSA, Y. / CARRILLO VELAZQUEZ, A.: "El pensamiento iusnaturalista y la interpretación jurídica", en *Revista jurídica Mario Alario D´Dilippo*, Vol. 6, N.º 12, 2014.

CASAL FERNÁNDEZ, A.: La prisión permanente revisable. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2019.

CARVAJAL RAMIREZ, P. I.: "La función de la pena por la <<injuria>> en la Ley de las XII Tablas", en *Revista de estudios históricos-jurídicos*, N.º 35, 2013.

CASTEJÓN, F.: Derecho penal. Tomo I. Criminología general y especial. Ajustada a la legislación española vigente hasta fin de 1930. Editorial Reus S. A., Madrid, 1931.

CASTRO HERRERA, C.: "Memorias del pauperismo en Venezuela: una reflexión acerca de la política social durante la Revolución Bolivariana, desde la perspectiva de Alexis de Tocqueville", en *Praxis Sociológica*, N.º 20, 2016.

CEA EGAÑA, J. L.: "Función Jurisdiccional y Poder Judicial", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 6, N.º 1-4, 1979.

CELIZ DANZINGER, G.: "Los derechos económicos, sociales y culturales. Limitaciones y proyecciones", en *Revista de Derechos Fundamentales*, N.º 2, 2008.

CEREZO MIR, J.: "Culpabilidad y pena", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 33, Fasc/Mes 2, 1980.

CEREZO MIR, J.: Derecho penal. Parte General. Editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: "Individualización garantista en el ejercicio de la discrecionalidad penitenciaria", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Fasc/Mes 1, 2019.

CERVELLO DONDERIS, V.: Derecho Penitenciario. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: "Nuevas fórmulas de revisión de las penas perpetuas y de larga duración", RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023

CERVERA PERY, J.: "La pena de galera, un correctivo determinante", en *Revista de historia naval,* Año n.º 28, N. º110, 2010.

CHIOSSONE, T.: Apuntaciones de Derecho Penitenciario: Lecciones dictadas en la cátedra de Legislación y Técnica Penitenciaria durante el año de 1952 en el Instituto para Formación del Personal de Prisiones, del Ministerio de Justicia, Tipografía C.T.P. San Juan de Los Morros, 1954.

CHIOSSONE, T.: Manual de Derecho Procesal Penal. Cursos de Derecho-Facultad de Derecho-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1967.

CHIOSSONE, T.: "Límites legales de la privación de libertad", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela*, N.º 50, 1971.

CICERON, M. T.: La República. Alianza Editorial, Madrid, 2023.

COMBALIA, Z.: "Los límites al derecho fundamental de libertad religiosa", en GARCÍA GARCÍA, R. (Coord.) / ROSSELL, J. (Coord.): Derecho y religión. Edisofer / Universidad de Valencia, España, 2020.

COMBELLAS, R.: "La reforma judicial dentro de la reforma del Estado. La visión de la COPRE", en *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal, el nuevo proceso penal*. 2 al 4 de marzo, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

COMBELLAS, R.: "Bases constitucionales de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Un ensayo Introductorio", en: Memoria Política / Universidad de Carabobo. Facultad de Derecho. Centro de Estudios Políticos y Administrativos, Valencia: Ediciones del Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, 8 (2003).

COMBELLAS R.: "La Venezuela de la V República: La reforma política y sus implicaciones institucionales", en TANACA, M. (Ed.) / JÁCOME, F. (Ed.): Desafíos de la gobernabilidad democrática. Reformas político-institucionales y movimientos sociales en la región andina. IEP Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 2010.

CONDE PUMPIDO, M.: Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: Valoración crítica, especial referencia al artículo 76, en VV. AA.: VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación-Junta de Andalucía, Sevilla, 1990.

CORCOY BIDASOLO, M.: "Prevención limitada vs. Neo-retribucionismo", en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Coord.) / QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (Coord.) / CORCOY BIDASOLO, M. (Coord.) / CARTIÑEIRA PALOU M. T. (Coord.) / MIR PUIG, S. (hom.): Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig. B de F, Montevideo Uruguay, 2017.

CORREA FERNÁNDEZ, M. / LUNA SÁLAS, F.: "Pena de muerte y prisión perpetua: Sanciones incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *jurídicas CUC*, 18 (1).

COSSIO, C.: "Panorama de la Teoría Egológica del Derecho", en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, año IV, N.º 13, Buenos Aires.

CUELLO CALÓN, E.: "Las medidas de seguridad", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 9, Fasc/Mes 1, 1956.

CUELLO CALÓN, E.: La moderna penología. (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas de ejecución. Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1974.

CUELLO CALÓN, E.: Derecho penal. Tomo I (Parte general). Bosch, Casa editorial, S. A., Barcelona, 1980.

CUELLO CONTRERAS, J. / MAPELLI CAFFARENA, B.: Curso de Derecho penal. Parte General. 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2015.

CUENCA GÓMEZ, P.: "Sobre el iuspositivismo y los criterios de validez jurídica", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 25, 2008-2009

CUERVO NIETO, C.: "Las medidas de seguridad en el Derecho penal español. Consideraciones desde la perspectiva constitucional y del principio de legalidad penal", en *La ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*. N.º 159, 2022.

CURY URZUA, E.: "La prevención especial como límite de la pena", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 3, 1988.

DAUNIS RODRIGUEZ, A.: "La prisión permanente revisable. Principales argumentos en contra de su incorporación al acervo punitivo español", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, N.º 10, 2013.

DEDES, C.: "Sobre el origen del Principio <<*nullum crimen nulla poena sine lege*>>", en *Revista de Derecho penal y Criminología*. N. 9, 2002.

DE CARRERAS, F.: "Norma y ordenamiento jurídico en la Constitución Española", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 9, 1991.

DE CASAS, I.: "El concepto de <<estándares internacionales>> según la doctrina jurídica", en *Prudentia Iuris*, N.º 96, 2023.

DE DIOS DIOS, S.: "Sobre la génesis y los caracteres del Estado absolutista en Castilla", en *Studia histórica. Historia moderna*, N.º 3, 1985.

DE LA QUADRA -SALCEDO-JANINI, T.: "El federalismo norteamericano", en TAJADURA TEJADA, J. (Aut.) / DE MIGUEL BÁRCENA, J. (Aut.): Federalismo del siglo XXI. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

DE LA OLIVA, A. / FERNÁNDEZ, M. A.: Lecciones de Derecho procesal. I Introducción. El proceso civil, sus tribunales y sus sujetos. 2ª ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.

DE LA OLIVA SANTOS, A. / ARAGONESES MARTÍNEZ, S. /HINOJOSA SEGOVIA, R. / MUERZA ESPARZA, J. / TOMÉ GARCÍA, J.: Derecho procesal penal. 8ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007.

DE LOS MOZOS TOUYA, J. J.: "La *provocatio ad populum* como garantía del ciudadano romano y manifestación de la cohesión social", en *Helmantica: Revista de filología clásica y hebrea*, Tomo 45, N.º 136-138, 1994.

DE MIGUEL GARCILÓPEZ, A.: "Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 5, Fasc/Mes 1, 1952.

DE ZAYAS, A.: "Dignidad y derechos humanos", en PRONER, C. / OLASOLO, H. / VILLÁN DURÁN, C. / RICOBOM, G. / BACK, CH. (Coord.): 70º Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La protección internacional de los Derechos Humanos en cuestión. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DEL OLMO, R.: Segunda ruptura criminológica. Universidad Central de Venezuela-Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas-Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas-Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico, Caracas, 1990.

DEL PONT, M.: Penología y sistemas carcelarios. Tomo I. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974.

DEL PUERTO SOLAR CALVO, M.: "Revisando la prisión permanente revisable ¿De verdad que es constitucional?, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 75, Fasc/Mes 1, 2022.

DEL VECCHIO, G.: EL concepto del Derecho. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021.

DIAGO HERNANDO, M.: "La pervivencia y utilización histórica del mito: Los casos de Carlomagno y Federico I Barbarroja", en DE LA ILGESIA DUARTE, J. I. / MARTÍN RODRIGUEZ, J. L.: Memoria, mito y realidad en la historia medieval: XIII Semana de estudios Medievales, Nájera, del 29 de julio al 2 de agosto de 2002. Instituto de Estudios Riojanos, España, 2003.

DIAGO HERNANDO, M. / LADERO QUESADA, M. A.: "Caminos y ciudades en España de la Edad Media al siglo XVIII", en: *En la España medieval*, N.º 33, 2010.

DÍAZ, E.: Estado de Derecho y sociedad democrática. 1ª ed. Editorial Cuadernos para el Dialogo S. A., Madrid, 1966.

DÍAZ, E.: Sociología y Filosofía del Derecho. 2 ª ed. Taurus Ediciones S. A., Madrid, 1980.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "La pena de prisión permanente revisable ¿hay que mantenerla?, en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, N.º 8, 2021(Ejemplar dedicado a: Monográfico. En defensa de la Constitución de todos).

DIEZ-PICAZO, L.: Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho. 2ª ed. Editorial Ariel. S. A., Barcelona, 1987.

DIGESTO, Libro I, Ley 10. Instituciones de Justiniano. PEREZ ANAYA, F. (Trad.) / PÉREZ RIVAS, M. (Trad.). Cultural Cuzco, Lima, 1995.

DILTHEY, W.: Historia de la Filosofía. 2ª ed. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1973.

DOMINGUEZ SÁNCHEZ, S.: "Cristianos y musulmanes en la Península Ibérica. La Guerra, la frontera y la convivencia Una visión a través de las bulas del siglo XIII", en Cristianos y musulmanes en la península ibérica. La guerra, la frontera y la convivencia. XI Congreso de Estudios Medievales. Fundación Sánchez Albornos, León, del 23 al 26 de octubre de 2007, 2009.

DOMÍNGUEZ SÁNCHEZ, S.: "El pontificado Bajomedieval y los Obispos Hispanos. Luchas de poder por la colocación de beneficios eclesiásticos al comienzo del papado de Aviñón", en *Anuario de Estudios Medievales*, Vol. 51, N.º 1, (enero-junio) 2021.

DURÁN MIGLIARDI, M.: "Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la Teoría de la Retribución Moral de Immanuel Kant a propósito del Neo-retribucionismo en el Derecho penal actual", en *Revista de Filosofía*, Vol. 67, 2011.

DURÁNGO ÁLVAREZ, G.: "El Estado democrático de Derecho y los derechos fundamentales. Una aproximación al pensamiento iusfilosófico haberniano", *Revista Ratio Juris*, Vol. 1, 2004.

ESCOBAR SANMARTÍN, R.: "Platón y la conformación del Estado I. Algunos elementos para pensar la ciudad y su legislación", en *Hermeneútica intercultural Revista de Filosofía*, N.º 24, 2015.

ESPAÑA, L. P.: "Superar la pobreza en Venezuela: El camino por recorrer", en *Revista Guayana sustentable Universidad Católica Andrés Bello*, N.º 2, 2015.

ESPINOSA RUIZ, U.: "El modelo romano de ciudad en la construcción política del imperio romano", en CIUDAD RUIZ, A. / IGLESIAS PONCE DE LEÓN, M. J. / MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. C. (Coord.) Reconstruyendo la ciudad Maya: El urbanismo en las ciudades antiguas. Sociedad Española de Estudios Mayas, Valladolid, 2001.

FAJARDO GÓMEZ, M. I.: "Una cuestión de fe. Los movimientos reformistas de prisiones y algunos de sus nombres (John Howard. Elizabeth Fry y Concepción Arenal)", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N.º 16-18, 2013-2015.

FALCÓN Y TELLA, F.: "Valores, normas y hechos en el Derecho", en *Revista de estudios políticos*, N.º 126, 2004.

FALCÓN Y TELLA, F.: "Límites del Derecho a sancionar", en *Anuario de derechos humanos*, N.º 6, 2005.

FALCÓN Y TELLA, M. J.: "Algunas enseñanzas jurídicas de la Biblia", en *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 17, N.º 2, 2014.

FALCÓN Y TELLA, M. J.: Lecciones de Teoría del Derecho. 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

FAÚNDEZ LEDESMA, H.: El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales. 2ª ed. IIDH Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.: La pena como institución jurídicas. Retribución y prevención general. Editorial IB de f, Montevideo -Buenos Aires, 2014.

FERNÁNDEZ, F. M.: "Situación de los derechos humanos en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal", en *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal, el nuevo proceso penal*. 2 al 4 de marzo, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M. / ROBLES CARCEDO, L. / RODRIGUEZ SAN PEDRO, L. E.: La Universidad de Salamanca I. Historia y proyecciones. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1989.

FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M.: La Universidad de Salamanca ocho siglos de magisterio. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1991.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: Individualización científica y tratamiento en prisión. Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "El sistema de ejecución de condenas en España. El sistema de individualización científica", en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 35, 2015.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "En contra de la «cadena perpetua» en España (una vez más)", en *LA LEY Penal,* N.º 131, marzo-abril 2018.

FERNÁNDEZ BERMEJO, D.: "Del sistema progresivo a la individualización científica: La elaboración de la Ley General Penitenciaria y la relevancia del bienio 1978-1979 en el Derecho penitenciario", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, B.: Derecho público romano. 18ª ed. Civitas/Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: Derecho Romano. 7ª ed. De Palma S. L., Madrid, 2023.

FERNÁNDEZ GALIANO, A.: Introducción a la filosofía del Derecho. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. D.: "Los límites del *ius puniendi*", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 3, 1994.

FERNÁNDEZ URBIÑA, J.: "El imperio romano como sistema de dominación", en *Polis: Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad clásica*, N.º 18, 2006.

FERRER GARCÍA, A. M.: "La prisión permanente revisable a revisión" en *La reforma del Código penal a debate*, 2016.

FIGUEROA NAVARRO, C.: "Del soldado al empleado de establecimientos penales y al funcionario: Historia del personal penitenciario", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales,* Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.

FIGUERUELO BURRIEZA, A.: "Garantías constitucionales de los derechos de los menores", en *Revista europea de derechos fundamentales*, N.º 21, 2013 (Ejemplar dedicado a la protección jurídica del menor).

FISCHBACH en O. G.: Teoría General del Estado. 3ª ed. Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1934.

FLORES DÁVILA, G. C.: "De la sociedad feudal a la génesis del Estado moderno en Europa occidental", en *Agenda internacional*, Vol. 6, N.º 12, 1999.

FONDEVILA SILVA, P.: "Tipología de las galeras españolas del siglo XVI", en *Revista de historia naval,* Año n.º 28, N. º110, 2010.

FRANCK, A. D.: Filosofía del Derecho Penal. Imprenta de Sebastián Cerezo, Salamanca, 1878.

FREIXA EGEA, G.: "Régimen penitenciario / clasificación y Art. 75 del Reglamento Penitenciario ¿Es el art. 75 RP un nuevo régimen de vida?, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* N.º 14, 2012.

FRIEDMAN, L. / LANDINSKI, J.: "El Derecho como instrumento de cambio social", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 27, 1969.

FRISCH, W.: "Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal", en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, N.º 3, 2007.

FUENTESECA DÍAZ, P.: "Las *legis actiones* como etapas del proceso romano", en *Anuario de Historia del Derecho español*, N.º 34, 1964.

GABALDÓN, L. G.: "Tendencias y respuestas hacia la violencia delictiva", en Violencia, sociedad y justicia en América Latina. Editado por Roberto Briceño-León, CLACSO, 2002.

GABALDÓN, L. G.: "Discurso legal y discurso social: reflexiones sobre el espacio del control social formal en Venezuela", en *Espacio Abierto*, Vol. 11, N.º 4, octubre-diciembre 2002.

GABALDÓN, L. G.: "Policía y seguridad ciudadana en Venezuela entre 2002 y 2004", en *Nueva Sociedad* 191, mayo-junio 2004.

GABALDÓN, L. G.: "Territorialidad, legitimidad y empoderamiento en la seguridad ciudadana y el control del delito en América Latina", en *Espacio Abierto. Cuaderno Venezolano de Sociología*, Vol. 16, N.º 1 (enero-marzo 2007).

GABALDÓN, L. G.: "Seguridad ciudadana, confianza pública y policía", en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 2007, Vol. 13, N.º 3 (sep.-dic.).

GABALDÓN, L. G.: "Seguridad ciudadana y políticas públicas en Venezuela", en ILDIS-Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, Caracas, 2008.

GABALDÓN, L. G.: "Informalidad, coacción, y garantías procesales: percepciones de adolescentes condenados por homicidio", en *Espacio Abierto*, Vol. 30, N.º 4, octubre-noviembre, 2021.

GALLEGO DÍAZ, M.: "Tratamiento penitenciario y voluntariedad", en *Revista de Estudios penitenciarios*, Extra 2013 (*In Memorian* del Profesor Francisco Bueno Arús).

GARCÍA ARÁN, M.: "Culpabilidad, legitimación y proceso", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 1, 1988.

GARCÍA BARBENA, T.: "La coactividad en el Derecho de la Iglesia", en *Revista españolade Derecho canónico*, Vol. 19, N.º 57, 1964.

GARCÍA BASALO, J. C.: Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Londres, 8-20 de agosto de 1960). La integración del trabajo penitenciario en la economía nacional incluida la remuneración de los reclusos. Informe General. Naciones Unidas-Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Nueva York, 1960.

GARCÍA CARRANZA, P. M.: "Los indicadores de derechos humanos. Una oportunidad de avanzar hacia la interiorización de los derechos humanos", en *Derechos y libertades: Revista de filosofía del Derecho y derechos humanos*, N.º 38, 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La Constitución como norma suprema", en *Anuario de Derecho civil*, Vol. 32, N.º 2-3, 1979.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Los fundamentos constitucionales del Estado", en *Revista española de Derecho constitucional*, Año n.º 18, N.º 52, 1998.

GARCÍA FALCONI, R. y LARENAS CORTEZ, M.: "Los albores del Derecho penal: La regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas", en *Derecho penal y criminología*, Vol. 37, N.º 102, 2016.

GARCÍA FITZ, F.: "La reconquista: un estado de la cuestión", en *Clío & Crimen: Revista del Centro de Historia del Crimen de Durango*, N.º 6, 2009 (Ejemplar dedicado a: Guerra y violencia en la Edad Media).

GARCÍA GALLO, A.: "Aportación al estudio de los Fueros", en Anuario de Historia del Derecho Español, N.º 26, 1956.

GARCÍA GALLO, A.: Manual de historial del Derecho español, I. El origen y evolución del Derecho. 10ª ed. Madrid, 1984.

GARCÍA-HERNANDEZ, B.: "La ley romana del talión y su base correctiva: antigüedad e innovación", en *Emerita, Revista de Lingüística y Filología Clásica*, LXXXV 2, 2017.

GARCÍA LEAL, L.: "El debido proceso y la tutela judicial efectiva", en *Frónesis*, Vol. 10, N.º 3, 2003.

GARCÍA MÁYNES, E.: Introducción al estudio del Derecho. 5ª ed. Editorial Porrúa, México, 2002.

GARCÍA MARÍN, J. M.: "Inquisición y poder absoluto", en *Revista de la Inquisición (Tolerancia y derechos humanos)*, N.º 1, 1991.

GARCÍA PABLOS-DE MOLINA, A.: Tratado de Criminología. 5ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GARCÍA PELAYO, M.: "Constitución y Derecho constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)", en *Revista de estudios políticos*, N.º 37-38, 1948.

GARCÍA PELAYO, M.: Derecho Constitucional Comparado. 4ª ed. Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 1957.

GARCÍA RAMÍREZ, S.: "Estudio Introductorio: John Howard: La obra y la enseñanza", en HOWARD, J.: El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales. Fondo de Cultura Económica, México D. F., 2003.

GARCÍA RAMIREZ, S.: La prisión. Fondo de Cultura Económica - Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1975.

GARCÍA RAMÍREZ, S.: "El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Boletín mexicano de Derecho comparado*, N.º 117, 2006.

GARCÍA RAMÍREZ, S.: "Beccaria en nuestra América", en *Revista Penal de México*, N.º 8, 2015.

GARCÍA Y GARCÍA, A.: "Los difíciles inicios (SIGLOS XIII-XIV)", en FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, M. / ROBLES CARCEDO, L. / RODRIGUEZ SAN PEDRO, L. E.: La Universidad de Salamanca I. Historia y proyecciones. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1989.

GARCÍA VALDÉS, C.: "La reforma penitenciaria española", en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 2, 1977-1978.

GARCÍA VALDÉS, C.: Comentarios a la legislación penitenciaria. Editorial Civitas, S. A., Madrid, 1982.

GARCÍA VALDÉS, C.: Teoría de la Pena. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

GARCÍA VALDÉS, C.: Introducción a la penología. 2ª ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1982.

GARCÍA VALDÉS, C.: Derecho Penitenciario (Escritos. 1982-1989). Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.

GARCÍA VALDÉS, C.: "Las casas de corrección de mujeres. Un apunte histórico", en VV. AA. CEREZO MIR/SUAREZ MONTES/BERISTAIN IPIÑA/ROMERO CASABONA, eds.: El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torio López", Editorial Comares, Granada, 1999.

GARCÍA VALDÉS, C.: "Competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria: Necesidad de asumir nuevas competencias", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n º 17, 2003.

GARCÍA VALDÉS, C./FIGUEROA NAVARRO, C.: "La administración de justicia entre el Antiguo y el Moderno Régimen: Los consejos y las Secretarías de Despacho", en Revista de Estudios Penitenciarios, Extra 2006 (Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús, Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica, 2006.

GARCÍA VALDÉS, C.: "Sobre la transición política vivida (Los orígenes de la reforma penitenciaria)", en *Revista de estudios penitenciarios*, N.º Extra 2, 2013 (Ejemplar dedicado a: *In Memorian* del profesor francisco Bueno Arus).

GARCÍA VALDÉS, C.: "Los orígenes y la puesta en marcha del Juez de Vigilancia en la legislación penitenciaria española", en *La Ley Penal, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n º 107, 2014.

GARCÍA VALDÉS, C.: "Que 40 años no es nada: Derecho penitenciario español, antecedentes y la Ley General Penitenciaria", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019

GAUME, J.: Historia de la sociedad doméstica en todos los pueblos antiguos y modernos o influencia del cristianismo en la familia (Trad. J. M. y F.), seguida de la obra: BAUTAIN, M. L. E.: La religión y la libertad (Trad. PEREZ DE ACEVEDO, L.) Tomo I. Librería religiosa-Imprenta de Pablo Riera, Barcelona, 1855.

GARRIDO GÓMEZ, I.: Derechos fundamentales y Estado social y democrático de Derecho. Editorial Dilex, S.L., Madrid, 2007.

GARRIDO GÚZMAN, L.: Manual de ciencia penitenciaria. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983.

GHIRARDI, J. C.: "¿Es la libertad de cultos un principio general del Derecho?", en *Estudio sobre principios generales y Derecho Romano*, Vol. 1, octubre de 2022.

GIL IBÁÑEZ, A.: "Europa: Una historia pendular de unión y división", en *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, Año 22, N.º 45, Tercer cuatrimestre de 2020.

GIL MAESTRE, M.: "Discurso Preliminar", en FRANK, A.D.: Filosofía del Derecho penal. Trad. GIL MAESTRE. Imprenta Sebastián Cerezo, editor, Salamanca, 1878.

GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Contra la prisión permanente revisable", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 71, Fasc/Mes 1, 2018.

GIMENO SENDRA, V.: Derecho procesal penal. 3ª ed. Civitas – Thomson Reuters, Pamplona, 2019.

GOLDSCHMIDT, W.: "La Naturaleza del Derecho y sus problemas", en *Revista de estudios políticos*, N.º 49, 1950.

GÓMEZ ARO, G.: La transculturación romano-bárbara en los siglos IV y V d. C.", en *Revista de historia*, Años 9-10, Vols. 9-10, 1999-2000.

GÓMEZ GRILLO, E.: "Cuando la Constitución entra a la Cárcel", en *Anales de la Universidad Metropolitana*, Vol. 1, N.º 1, 2001.

GÓMEZ DE LIAÑO, F.: El proceso penal 5ª ed. Editorial Forum S. A., Oviedo, 1997.

GÓMEZ RIVERO, M. C.: "Las medidas de seguridad en el Código Penal", en CORTÉS BACHIARELLI, E. (Dir.) / GÓMEZ TORNILLO, M. (Aut.) / ABEL SOUTO, M. (Aut.): Fundamentos de Derecho Penal. Editorial Tecnos, Madrid, 2023.

GONZÁLEZ-ALLER HIERRO, J. I.: "Las galeras en la Gran Armada de 1588", en *Revista de historia naval,* Año n.º 28, N. º110, 2010.

GONZÁLEZ ALONSO, B.: "Del Estado absoluto al Estado constitucional", en *Manuscrits: Revista d´ Història moderna*, N.º 4-5, 1987.

GONZÁLEZ COLLANTES, T.: ¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable?, en *ReCRIM: Revista de I´nstitut Universitari d´investigació en Criminología i Ciéncies Penals de la UV*, N.º 9, 2023.

GONZÁLEZ COLLANTES, T.: "Prisión permanente revisable y Ficheros de Internos de Especial Seguimiento (FIES)", en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

GONZÁLEZ CRUZ, F.: "Valores y principios de la Constitución", en *PROVINCIA*, Número Especial 2005.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M.: "Exclusividad de la jurisdicción y tutela judicial efectiva: Sobre las funciones en el proceso de los letrados de la administración de justicia (A propósito de la STC 58/2016, de 17 de marzo)", en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, Vol. 19, N.º 1, 2016.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. (Col.): "La función jurisdiccional", en DE LA OLIVA SANTOS, A. (Aut.) / DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. / VEGAS TORRES, J. (Aut.): Curso de Derecho procesal civil. Parte General. Vol. 1, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.

GONZÁLEZ GUARDA, C.: "La política criminal aplicada (PCA): La deriva de la política criminal hacia la política pública", en *Nuevo Foro Penal*, N.º 88, 2017.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, M.:" Sobre la ideología de la Reconquista: Realidades y Tópicos", en Memoria, mito y realidad en la historia medieval. XIII Semana de Estudios medievales, Nájera, del 29 de julio al 2 de agosto de 2002. DE LA IGLESIA DUARTE, J. I. / MARTÍN RODRIGUEZ, J. L. (Coord.), Instituto de Estudios Riojanos, Najera, 2003.

GOFFMAN, E.: Internados. Ensayos sobre la situación de los enfermos mentales. Amorrortu/editores, Buenos Aires, 2019.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: "Los jueces de Vigilancia Penitenciaria", en *Actualidad Administrativa*, n º 27, julio 1990.

GONZÁLEZ NAVARRO, F.: "Los jueces de Vigilancia Penitenciaria", en *Actualidad Penal* nº 33, septiembre 1990.

GÓMEZ COLOMER, J. L.: "Presunción de inocencia", en *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, N.º 26, 2019 (Ejemplar dedicado a: Comentarios a la sentencias de 14 de octubre de 2019 Tribunal Supremo. El proceso penal al procés).

GRAMATICA, F.: Principios de Derecho penal subjetivo. DEL ROSAL, J. (Trad.) / CONDE, V. (Trad.). Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941.

GRANADOS CALERO, F.: "El Estado social y democrático de Derecho", en *Corts: Anuario de Derecho parlamentario*, N.º 15, 2004 (Ejemplar dedicado a: XXV aniversario de la Constitución Española).

GREPPI, A.: "Derecho, poder, estructura y función (La evolución de un tema kelseniano en la filosofía jurídica de Bobbio", en *Anuario de filosofía del Derecho*, Nº 12, 1995.

GUISÁN, E.: Introducción. En: MILL, J. E.: El utilitarismo. 3ª ed. Alianza Editorial, Madrid, 2014.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, A.: "Evolución histórica de la tutela jurisdiccional del Derecho de alimentos", en *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales*, N.º 0, 2004.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, A.: "La necesidad de limitar la duración de la instrucción penal: de nuevo sobre el artículo 324 LECrim", en BANACLOCHE PALAO, J. (Dir.) / GUTIÉRREZ BERLINCHES, A. (Dir.): Cuestiones problemáticas en la instrucción de los procesos penales. Editorial Aranzadi S.A.U, Navarra, 2023.

GUTIERREZ CUADRADO, j.: "Los fueros medievales en el NDHE desde una perspectiva filológica", en *Cuadernos del Instituto de Historia de la Lengua*, N. º10, 2017.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B.: Examen histórico del Derecho penal. Analeta ediciones y libros SL. Pamplona, 2003.

GUTIERREZ HINOJOSA, T. D.: "La explicación científica en Criminología", en *Derecho penal y criminología*, Vol. 33, N.º 94, 2012.

HABERNAS, J.: "El Estado democrático de Derecho ¿Una unión de principios contradictorios?, en *Anuario de Derechos Humanos*, N. 2º, 2001.

HANISCH ESPÍNDOLA, H.: "Principales hitos de la historia del iusnaturalismo", en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 4, N.º 1-6, 1977.

HART, H. L. A.: El concepto del Derecho. Trad. CARRIO G. R. 3ª ed. Reimpresión. AdeledoPerrot, Buenos Aires, 2012.

HERNÁNDEZ, G.: "Origen de las universidades medievales en Italia", en *Revista Educación y Desarrollo Social*, Volumen 3 -N.º 1, enero-junio de 2009.

HERNÁNDEZ LOBATO, J.: "La aristocracia galorromana ante las migraciones bárbaras del siglo V: La <<invención>> del burgundio", en *El Futuro del Pasado: Revista electrónica de historia*, N.º 1, 2010.

HIDALGO, R.: "Seguridad Penitenciaria. Políticas efectivas para la erradicación de la violencia carcelaria", en Colección Memorias del Ministerio Público, Caracas-Venezuela, 2011.

IGLESIAS, J.: "Política y Derecho en Roma", en *Anuario de Historia del Derecho español*, N.º 15, 1944.

IGLESIAS, J.: Derecho romano. Historia e instituciones. 10ª ed. Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1993.

IGLESIAS, J.: Derecho Romano. Historia e instituciones. 18ª ed. Sello Editorial S.L., Barcelona, 1958 y 2010.

IJÁLBA PÉREZ, J.: "Límites del *ius puniendi* en el Estado social", en *Revista de derecho y proceso penal*, N.º 65, 2022.

JAEN VALLEJO, M.: "El Juez de Vigilancia", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, noviembre-diciembre 1982.

JELLINEK, G.: Teoría general del Estado/ Georg Jellinek; Trad. Y prólogo de Fernando de los Ríos. México, 2000.

JOVELLANOS, G.: Informe de la Real Sala del Consejo de Castilla, sobre Indultos Generales (1779). BAE, LXXXVII, Madrid, 1945.

JUANATEY DORADO, C.: Manual de Derecho penitenciario. 1ª ed. Iustel, Madrid, 2011.

JUANATEY DORADO, C.: "Política criminal, reinserción y prisión permanente revisable", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 65, Fasc/Mes 1, 2012.

KELSEN, H.: "¿Qué es un acto jurídico?", en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, N.º. 4, 1996.

KELSEN, H.: Teoría General del Estado. 5ª ed. Ediciones Coyoacán S. A., México D. F., 2015.

KELSEN, H.: Teoría pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del Derecho. Editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2019

KRAMER, S. N.: La historia empieza en Sumer. 39 testimonios de la historia escrita. Trad. CORNET, J. E. Alianza Editorial S. A., Madrid, 2022.

KUNKEL, W.: Historia del Derecho romano. 9ª ed. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1985.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: Derecho de familia. Matrimonio y si economía. Editorial Aranzadi, S. A., Navarra, 2011.

LAMARCA PÉREZ, C.: "Principio de legalidad penal", en *Eunomía. Revista en cultura de la Legalidad*, N.º 1, septiembre 2011-febrero 2012.

LAMDROVE DÍAZ, G.: Las consecuencias jurídicas del Delito. Boch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1976.

LANGE, E.: La teoría de la política criminal. Editorial Reus S. A., Madrid, 1927.

LATORRE, A.: Introducción al Derecho. 10ª ed. Editorial Ariel, Barcelona, 1985.

LEAL MEDINA, J. / SANTOS REQUENA, A. A.: "El sistema de medidas de seguridad del Código Penal", en *Ciencia policial: Revista del Instituto de Estudios de Policía*, N.º 54 (mayo/junio), 2000.

LEGAZ LACAMBRA, L.: "La lealtad política", en *Revista de estudios políticos*, N.º 210, 1976.

LENIS CASTAÑO, J. F.: "Mecánica de la tentación. El delito, la culpa y la pena a partir de Cesare Beccaria", en *Estudios de Derecho*, Vol. 70, N.º 155, 2013.

LEÓN ALAPONT, J. / MARCHENA GÓMEZ, M. (Pr.): La prisión permanente revisable en España. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A. / LUGO ARTEAGA, L.: "La influencia de Beccaria en el Derecho penal moderno", en *Derecho penal y Criminología"*, Vol. 36, N.º 101, 2015.

LIARTE ALCAINE, M. R.: "La conquista musulmana en Hispania", en *Revista de Claseshistoria*, N.º 3, Artículo N.º 125, (marzo), 2010.

LIARTE ALCAINE, M. R.: "Organización política-administrativa en Al-Andalus", en *Revista de Claseshistoria*, N.º 3, Artículo N.º 153, (marzo), 2010.

LIARTE ALCAINE, M. R.: "El gobierno de Al-Andalus", en *Revista de Claseshistoria*, N.º 3, Artículo N.º 154, (marzo), 2010.

LINARES ALEMÁN, M.: El sistema penitenciario venezolano. Universidad Central de Venezuela-Facultad de Ciencias Jurídicas y políticas-Instituto de Ciencias Penales y criminológicas, Caracas, 1977.

LLANOS MANSILLA, H.: "Los derechos económicos, sociales y culturales DESC", en *Ars Boni et Aequi*, Vol. 6, N.º 1, 2010.

LLORENTE DE PEDRO, P. A.: "Modalidades de la Ejecución penitenciaria en España hasta el siglo XIX", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 57, Fasc/Mes 1, 2004.

LLORET RODRIGUEZ, J.: "Beccaria y el nacimiento del garantismo constitucional en el Derecho penal y procesal", en ARROYO ZAPATERO, L.

A. / ESTRADA MICHEL, R. / NIETO MARTÍN, A. / ALVARADO URIZAR, A.: Metáfora de la crueldad: la pena capital de Cesare Beccaria al tiempo presente. Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, España, 2016.

LOEWENSTEIN, K.: "Roma y la Teoría general del Estado", en *Revista de estudios políticos*, N.º 174, 1970.

LÓPEZ DE QUIROJA, J.: Tratado de Derecho penal. Editorial Aranzadi S. A., Navarra, 2010.

LÓPEZ GARRIDO, D.: "El modelo absolutista español", en *Revista de Estudios Políticos,* N.º 26, 1982.

LÓPEZ LÓPEZ, C. I.: "La prisión permanente revisable en la legislación española", en USGANDA BARRADAS, A (Dir. Congr.) / FERNÁNDEZ SUÁREZ, J. A. (Dir. Congr.): Derechos y obligaciones en el Estado de Derecho. Actas del Coloquio Binacional México-España. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)-Universidad de Oviedo, España, 2017.

LÓPEZ-MARÍN, A.: "El Derecho penal español de la Baja Edad Media", en Anuario de Historia del Derecho Español, N.º 26, 1956.

LÓPEZ MARTÍN, A. G.: "Creación de Estados en el Derecho internacional contemporáneo en casos de secesión: Efectividad/legalidad" en *Anuario Hispáno-Luso-Americano de Derecho internacional*, N.º 101, 2017.

LÓPEZ MELERO, M.: "Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal", en *Anuario de la Facultad de Derecho*, N.º 5, 2012.

LÓPEZ MELERO, M.: "Cuestiones sobre el régimen y el tratamiento penitenciario", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 67, Fasc/Mes 1, 2014.

LÓPEZ VILLALBA, J. M.: "Los fueros y ordenanzas medievales: El embrión del gobierno de los cabildos coloniales hispanoamericanos", en *Historia. Instituciones y Documentos*, N.º 33, 2006.

LUCAS VERDÚ, P.: "La justicia, fundamento axiológico del Estado de Derecho", en SÁNCHEZ DE LA TORRE, A.: Luis Legaz Lacambra. Figura y pensamiento. Servicio de Publicaciones- Facultad de Derecho, Madrid, 1993.

LUÑO PEÑA, E.: Derecho Natural. Editorial La Hormiga de Oro, Barcelona, 1945.

MACÍA MANSÓ, R.: "El Derecho y su relación con la moral, según la teoría de J. A. Fichte", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 9, 1992.

MACLAY, A.: "Ciudad y campo en la Europa medieval", en *Studia Historia. Historia medieval*, N.º 2, 1984.

MALISHEV, M.: "Venganza y ley", en *La colmena: Revista de la Universidad Autónoma de México*, N.º 53, 2007.

MAGALDI, N.: "El concepto de procura existencial (*daseinsvorsoge*) en Ernst Forsthoff y transformaciones de la Administración Pública", en *Revista de Derecho Público, teoría y método*, N.º 11, 2020.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "La problemática actual del Juez de Vigilancia", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, n º s 232-235, 1981.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los Jueces de Vigilancia", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 37, Fasc/Mes 1, 1984.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "El juez de Vigilancia", en VV. AA.: Lecciones de Derecho penitenciario, 2ª ed. Salamanca, 1989.

MAPELLI CAFFARENA, B.: "Los establecimientos de máxima seguridad en la legislación penitenciaria", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º Extraordinario. Enero, 1988.

MAPELLI CAFFARENA, B.: "La crisis de nuestro modelo legal de tratamiento penitenciario", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989.

MAPELLI CAFFARENA, B.: "Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario", en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 16, 1992-1993.

MAPELLI CAFFARENA, B.: "Contenido y límites de la privación de libertad (Sobre la constitucionalidad de las sanciones disciplinarias de aislamiento)" en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 12 Extraordinario. Diciembre 1998.

MAPELLI CAFFARENA, B.: "Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminológica*, N.º 8, 2006.

MAPELLI CAFFARENA, B.: Las consecuencias jurídicas del Delito. 5ª ed. Editorial Aranzadi, S.A., Navarra, 2011.

MARCHENA JIMÉNEZ, J. M.: La vida y los hombres de las galeras de España (siglos XVI-XVII) [Tesis de Doctorado no publicada]. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2010.

MARCO FRANCIA, M. P.: "Pasado, presente y futuro de la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 73, Fasc/Mes 1, 2020.

MARCOS, M.: "La libertad religiosa en el Imperio romano", en *llu. Revista de ciencia de las religiones. Anejos*, N.º 18, 2007.

MARCOS CELESTINO, M.: "La ley de las XII Tablas", en *Helmantica: Revista de filología clásica y hebrea*, Tomo 51, N.º 155, 2000.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B.: "El debate actual sobre las teorías de la pena y su incidencia en su proceso de individualización judicial", en *Derecho & Sociedad*, N.º 52, 2019.

MARÍA ÁLVAREZ, R. C.: Presentación, en MIR PUIG, S.: Introducción a las Bases del Derecho Penal. 2.ª ed., Editorial IB de F, Buenos Aires-Montevideo, 2018.

MARTÍN SÁNCHEZ, A. / MARTÍN SÁNCHEZ, M. A.: Introducción. En HESIODO: Teogonía, Trabajos y días, Escudo Certamen. 5ª Reimpresión. Alianza editorial, S. A., Madrid, 1986, 2022.

MARÍN GUZMÁN, R.: "Los grupos étnicos en la España musulmana: Diversidad y pluralismo en la sociedad islámica medieval", en Revista Estudios, N.º 17, 2003.

MARLASCA MARTÍNEZ, O.: "Los actos jurídicos documentados en los textos legales visigodos", en *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, Vol. 58, N.º 1, 2010.

MARTÍN ALARCÓN, M.: "De nuevo sobre la prisión permanente revisable española. El contexto de su nacimiento, la sentencia del Tribunal Constitucional que la avala y el pretendido proyecto de reforma", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho,* N.º 90, 2023 (Ejemplar dedicado a: estudios socio-jurídicos).

MARTÍN DIAZ, F.: El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Garante de los Derechos de los Reclusos. Comares, Granada, 2002.

MARTÍN RODRÍGUEZ, P.: ¿Presuntos culpables? La presunción de inocencia en la Iglesia. Editorial Dikynson, S. L., Madrid, 2023.

MARTÍNEZ DE CORREA, L. / HERNÁNDEZ DE PULITANO, F. Á. / REYES, M. L.: "Constitución venezolana de 1999 a la luz de las teorías del valor", en *Cuestiones Políticas*, Vol. 25, N.º 43, julio-diciembre 2009.

MARTÍNEZ DIÉZ, G.: "Génesis histórica de las provincias españolas", en *Anuario de Historia del Derecho español*, N.º 51, 1981.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. / MARTÍN LORENZO, M. / VALLE MARISCAL DE GANTE, M.: Derecho penal Teoría jurídica del Delito. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2023.

MARTÍNEZ FERRIZ, J. L. J.: "La coacción en el Derecho", en SANCHEZ DE LA TORRE, A. (ed. Lit.) / FUERTES PLANAS ALEIX, C. (ed. Lit.): Principios jurídicos del Derecho: Principios del Derecho III. Depalma S. L., Madrid, 2016.

MARTÍNEZ GUERRA, A.: "La prisión permanente revisable. Un análisis del argumento internacional", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, N.º 19, 2018.

MARTÍNEZ MELÉNDEZ, L. P.: "De la pena de galeras a las fortificaciones. Uso de reos en los escenarios bélicos en el imperio español", en *El Taller de la Historia*, Vol. 12, N.º 2, 2020.

MARTÍNEZ PEÑAS, L.: "El camino hacia el Estado como forma de organización político-social", en *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, N.º 11, 2018.

MARTÍNEZ PEÑAS, L.: "Proceso inquisitorial y proceso regio: apuntes para una tentativa de comparación", en *Ihering: Cuadernos de Ciencias Jurídicas y Sociales*, N.º 3, 2020.

MARTÍNEZ PEÑAS, L.: "El tormento como instrumento jurídico del Santo Oficio", en *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos)*, N.º 26, 2022.

MARTÍNEZ PICHARDO, P. J.: "El principio de igualdad, nervio motor del ejercicio efectivo de los derechos humanos", en *Ciencia Jurídica*, Vol. 12, N.º 23, 2023.

MARTÍNEZ ROLDÁN, L. y FERNÁNDEZ SUÁREZ, J.A.: Curso de teoría del Derecho. Editorial Planeta, S.A., Barcelona, 2012.

MARTÍNEZ RUIZ, E.: "El mediterráneo, un mar de galeras", en *Revista de historia naval,* Año n.º 28, N. º110, 2010.

MARTÍNEZ-SICLUNA Y SEPULVEDA, C.: Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho. Editorial Dikinson, S. L., Madrid, 2017.

MATA Y MARTÍN, R.: "La protección de la salud mental en los centros penitenciarios", en MATA Y MARTÍN, R. (Dir.) /MONTERO HERNANZ, T.

(Coord.): Salud mental y privación de libertad. Aspectos jurídicos e intervención. J. M. Bosch, Barcelona, 2021.

MELCHOR Y LAMANETTE, F.: La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio Histórico. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1897.

MENDOZA TROCONIS, J. R.: Estudios Varios. Ponencias y trabajos presentados en los Congresos Científicos nacionales e internacionales. Graficas Marsiega S. A., Madrid, 1957.

MENÉNDEZ CONCA, L.G.: "Antecedentes históricos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista Ratio Juris*, Vol. 16, N. º 32, 2021.

MENÉNDEZ VARELA, J. L.: "La monarquía griega antes de la constitución de la *polis*. Algunas consideraciones sobre el caso ateniense" en *Habis*, N.º 34, 2003.

MENSA GONZÁLEZ, A.: "Federalismo norteamericano: Enfoque histórico, económico", en CARRANZA, G. G. (Coord.) / BERNAL, R. M. (Dir.) / PIZZOLO, C. (Dir.): Modelos para armar procesos federales actuales, descentralización del poder y desafíos del gobierno multinivel. Universidad Nacional de Córdoba: Astrea, Argentina, 2018.

MESTRE DELGADO, E.: "Límites constitucionales de las remisiones normativas en materia penal", en *Anuario de derecho peanl y ciencias penales*, Tomo 41, Fasc/Mes 2, 1988.

MILLA VÁZQUEZ, D.: Los beneficios penitenciarios en Iberoamérica. Historia, Teoría y Praxis. Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2016.

MIR PUIG. S.: "¿Qué queda en pie de la resocialización?, en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Enero 1989.

MIR PUIG, S.: "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del Ius puniendi", en *Estudios penales y criminológicos*, N.º 14, 1989-1990.

MIR PUIG, S.: Derecho penal. Parte General. 10ª ed. Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.

MIR PUIG, S.: Introducción a las bases del derecho penal. 2ª ed., Editorial IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2018.

MIQUEL, J.: Derecho romano. Marcial Pons: Ediciones jurídicas y sociales S. A., Madrid, 2016.

MOLINA RECIO, R.: "La evolución del papel político de la nobleza española de la Edad Moderna a la Contemporánea: El ejemplo de Fernández de Córdoba", en *Revista de historia moderna: Anales de la Universidad de Alicante*, N.º38, 2020.

MOMMSEN, T.: Derecho penal romano. Temis, Santa Fe de Bogotá, (Reimpresión de la original Römisches Strafrecht. Leipzig, 1899, versión castellana de Pedro Dorado Montero) 1999.

MONTEJO Y RICA, T.: La función judicial. En: Discursos de recepción del Excmo. Señor Don Tomás Montejo y Rica, y de contestación del Excmo. Señor Don Javier Ugarte. Leídos en la Junta pública de 27 de febrero de 1916, Madrid, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1917.

MORÁIS DE GUERRERO, M. G.: "La peligrosidad y medidas de seguridad en el proyecto de Código Penal Sosa-Tamayo", en *Anuario del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 1988.

MORÁIS DE GUERRERO, M. G.: "La Constitución venezolana y la Ley de Régimen Penitenciario. Compatibilidades y contradicciones", en *Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 44, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1992.

MORÁIS DE GUERRERO, M. G.: "La ejecución penal en el nuevo Código Orgánico Procesal Penal", en *Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal, el nuevo proceso penal*. 2 al 4 de marzo, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.

MORÁIS, M. G.: El funcionamiento de los Tribunales de Ejecución del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas. Universidad Católica Andrés Bello-Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2001.

MORÁIS, M. G.: La pena: Su ejecución en el Código Orgánico Procesal Penal. 3ª ed. Vadell Hermanos Editores, Caracas-Valencia, 2007.

MORÁIS, M. G.: "Los derechos de los adolescentes durante la fase de ejecución de las medidas impuestas en virtud de la condena penal. Especial referencia al derecho a un trato digno y humanitario", en LLOBET RODRIGUEZ, J. (Coord.): Justicia penal y Estado de Derecho. Editorial Jurídica Continental-Naciones Unidas ILANUD, 2007.

MORÁIS, M. G.: Situación actual de los derechos humanos en las cárceles de Venezuela. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales – Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2009.

MORÁIS, M. G.: El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera 1958-2008. Fundación Empresas Polar, Caracas, 2009.

MORÁIS, M. G.: Hacia una agenda alternativa para la exigibilidad de los derechos humanos de la población reclusa. Instituto Latinoamericana de Investigaciones Sociales (ILDIS) – Observatorio Venezolano de Prisiones (OVP), Caracas, 2010.

MORÁIS, M. G.: Comentarios al Proyecto de Código Orgánico Penitenciario. Informe Técnico. Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2011

MORENO CASAMITJANA, A.: "El matrimonio y la familia en el Antiguo Testamento", en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 7, N.º 1-6, 1980.

MORENO JORGE, M. / PORRAS ARAGÓN, I. J. / CESPEDES GONZÁLES, C. M.: "El uso de herramientas tecnológicas para prevenir el crimen", en ESCPOGRA PNP: Revista Académica de la Escuela de Posgrado de la Policía Nacional del Perú, Vol. 3, N.º 1, 2023.

MORILLAS CUEVAS, L.: "Algunas reflexiones sobre el régimen penitenciario", en *EGUZKILORE: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, N.º 2 Extraordinario. Octubre 1989.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: "Origen y delimitación científica de la criminología", en Cuadernos de política criminal. Segunda Época, N.º 101, Dykinson, S. L., Madrid.

MORSELLI, E.: "Neo-retribucionismo y prevención integradora en la teoría de la pena", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 48, Fasc/Mes 1, 1995.

MUÑÓZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M.: Derecho penal. Parte General. 9ª ed. Revisada y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, 30 de marzo. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MURILLO DE LA CUEVA Y LERDO DE TEJADA, M. C.: En torno al tridimensionalismo jurídico. Dykinson, Madrid, 1997.

NAEF, W.: La idea del Estado en la Edad Moderna. GONZALEZ VICEN, F. (Trad.). Aguilar S. A. Ediciones, Madrid, 1973.

NEUMAN, E.: Prisión Abierta. Una nueva experiencia penológica. Editorial Porrua, México, 2006.

NIEVA FENOLL, J.: "La razón de ser de la presunción de inocencia", en *Indret: Revista de análisis del Derecho*, N.º 1, 2016.

NIEVA FENOLL, J.: El origen de la justicia. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

NIKKEN, P.: "El concepto de Derechos Humanos", en VVAA.: Estudios Básicos de Derechos Humanos. Tomo I. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José C. R., 1994.

NINO, C. S.: Introducción al análisis del Derecho. 4ª ed. Editorial Ariel, S. A., 1991.

NIZTAL BURÓN, J.: "La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria tras cuarenta años de vigencia: algunas razones que la justifican", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.

NOVO PÉREZ, M.; /ARCE FERNÁNDEZ, R. / SEIJO MARTÍNEZ, D.: "El tribunal de jurado en Estados Unidos, Francia y España: Tres modelos de participación en la Administración de justicia. Implicaciones para la educación del ciudadano", en *Publicaciones: Facultad de Educación y Humanidades del Campus de Melilla*, N.º 32, 2002.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: "Prisión permanente revisable y el TEDH. Algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales,* Tomo 73m Fasc/Mes 1, 2020.

NÚÑEZ MARTÍ, A.: "*Quaestiones perpetuae*. Un paso hacia el principio de legalidad", en GARCÍA SÁNCHEZ, J. (Dir.) / DÍAZ-BAUTISTA CREMADES, A. (Aut.) / LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y AZAUSTRE FERNÁNDEZ, M. J. (Coord.): Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo. Vol. 4. Editorial BOE, 2001.

OCANDO OCANDO, H. / PIRELA ISARRA, T.: "El Estado de Derecho y la Justicia nuevo paradigma del Estado venezolano. Comentarios a la Sentencia N.º 85, Expediente N.º 01-1274 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 24/Enero/2002", en *FRONESIS-Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando, Universidad del Zulia, Vol. 15, N.º 2, 2008.

OLIVER CALDERÓN, G.: "El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal", en *Revista de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 21, 2000.

OLIVEROS GONZÁLEZ, A.: "El origen histórico del Federalismo Norteamericano", en *Letras jurídica: Revista electrónica de Derecho*, N.º 10, 2010.

OLTRA PONS, J.: "El federalismo norteamericano, antes y ahora", en *Historia y vida*, N.º 343, 1996.

ORLANDIS ROVIRA, J.: "Huellas visigóticas en el Derecho de la Alta Edad Media", en *Anuario de historia del Derecho español*, N.º 15, 1944

ORLANDIS, J.: "El Derecho penal español de la baja edad media", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N.º 16, 1946.

ORLANDIS ROVIRA, J.: "La historia de la Iglesia", en *Anuario de historia de la Iglesia*, N.º 1, 1992.

ORLANDIS ROVIRA, J.: "La doble conversión religiosa de los pueblos germánicos", en *Anuario de Historia de la Iglesia*, N.º 9, 2000.

ORLANDO, P.: "El Derecho penal islámico y su concepción de la pena" en *Derecho y Humanidades*, N.º 16, Vol. 1, 2010.

ORTEGA, A.: "Persona humana, comunidad y sociedad", en *Revista de estudios políticos*, N.º 108, 1959

ORTEGA LLORCA, V.: "El Juez de Vigilancia Penitenciaria", en Cuadernos de la Facultad de Derecho. Palma de Mallorca, 1982/1.

ORTEGA SANTIAGO, C.: "El Derecho constitucional en su contexto: El ámbito cultural del constitucionalismo", en *Teoría y realidad constitucional*, N.º 21, 2008.

ORTEGO GIL, P.: "La pena de vergüenza pública (siglos XVI-XVIII): Teoría legal castellana y practica judicial gallega", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 51, Fasc/Mes 1-3, 1998.

ORTEGO GIL, P.: "Sobre el establecimiento de la pena de galeras en Castilla", en La historia y el Derecho de España. Visiones y pareceres: homenaje al Dr. Emiliano González Díez. MARTINEZ LLORENTE, F. J. / RUIZ RODRÍGUEZ, I. (Coord.), Depalma S. L., Madrid, 2022.

ORTIZ CABALLERO, R.: "Estudio sobre la Ley: Del Fuero Juzgo a la Novísima Recopilación", en *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, N.º 42, 1988.

OSABA GARCÍA, E.: "Reflexiones en torno a las leyes visigodas", en *Monteagudo: revista de literatura española, hispanoamericana y teoría de la literatura*, N.º 8, 2003. PASCUAL MATELLÁN, L.: "La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un Derecho penal deshumanizado, en *Clivatge. Estudisi testimonis sobre el conflite i el canvi socials*, N.º 3, 2015 (Ejemplar dedicado a: Decigualtat social, abusos del poder i proccessos de canvi).

OSORIO GALLEGO, D. A.: "¿Acción? Típica, antijurídica y culpable. Una mirada al concepto del hecho con sentido delictivo como fundamento del delito", en Derecho penal y criminología, Vol. 42, N.º 112, 2021.

OVEJERO PUENTE, A. M.: "Protección del derecho a la presunción de inocencia", en *Teoría y realidad constitucional*, N.º 40, 2017.

PALLARÉS NEILA, J. / UTRERA CANALEJO, I.: "Salud mental y prisión, difícil encaje", en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Vol. 42, N.º 141, 2022.

PALUDAN-MÜLER, B.: Informe General: Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia post institucional; ayuda a las personas que están a cargo del recluso. Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. NACIONES UNIDAS – Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, New York, 1960.

PASCUAL, E. / ETXEBARRIA, X. / RIOS, J. (Dir.): Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito. Su determinación y aplicación. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2016.

PAZ Y PAZ BAILEY, C.: "Derecho penal como mecanismo de protección de los derechos humanos", en GUTIÉRREZ FRANCÉS, M. L. (Coord.) / SÁNCHEZ LÓPEZ, V. (Coord.): El nuevo Código penal: primeros problemas de aplicación. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.

PECES-BARBA, G.: Derechos fundamentales. Editorial Latina S. A., Madrid, 1980.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: "Los derechos económicos, sociales y culturales su génesis y su concepto", en Derechos *y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Año N.º 3, N.º 6, 1998.

PEITEADO MARISCAL, P.: La ejecución jurisdiccional de condenas privativas de libertad. Edersa, Madrid, 2000.

PERALTA SOSA, J. M.: "Posición de Roma en la historia universal", en *Campo abierto: Revista de educación*, N.º 15, 1998.

PERELMAN, CH.: "La interpretación jurídica", en *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, N.º 50, 2016.

PEREZ-BUSTAMANTE, C.: Compendio de Historia Universal. 17ª ed. Atlas, Madrid, 1969.

PÉREZ DE LA CANAL, M. A.: "La justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XIII al XV", en *Historia, Instituciones. Documentos*, N.º 2, 1975.

PEREZ HERRERO, F.: "Pedro y la Iglesia. Perspectiva Bíblica", en Estudios Bíblicos 65 (2007).

PEREZ LUÑO, A. E.: La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. GONZÁLEZ-TABLAS SASTRE, R. (Coord.). Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla.

PÉREZ MORALES, M. G.: Lecciones de Derecho procesal penal. Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2013.

PÉREZ PERDOMO, R.: "Independencia Judicial y responsabilidad de los jueces", en *Gestión y análisis de políticas públicas*, N.º 20, 2001.

PÉREZ ROYO, J.: Las fuentes del Derecho. 5ª ed. Editorial Tecnos, Madrid, 2008.

PÉREZ VIVÓ, A.: "El imperio romano en el siglo IV: La nueva situación histórica", en *Anales de la Universidad de Alicante. Facultad de Derecho*, N.º 2, 1983.

PEROZO J. / MONTANER, J.: "Tutela Judicial Efectiva en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", en *FRONESIS: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando -Universidad del Zulia, Vol. 14, N.º 3, 2007.

PIET-NINOT, S.: "Pedro y la iglesia perspectiva teológica", en Estudios Bíblicos 65 (2007).

PINO ADAD, M.: "La pérdida de la paz durante la Alta Edad Media", en *Revista Aequitas: Estudios sobre Historia, Derecho e Instituciones*, Vol. 4, 2014.

PINTADO ALCAZAR, A.: "Aproximación criminológica a la prisión permanente revisable", en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, N.º 26, (diciembre), 2021.

PIÑÓN GAYTÁN, F.: "Hombre, naturaleza y universo en la filosofía griega", en *Iztapalapa: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, N.º Extra 1, 1993.

POSADA, A.: Tratado de Derecho Político. 5ª ed. Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1935.

POSADA, A.: Tratado de Derecho Político. Tomo II. 2ª ed. Librería General de Victorino Suárez, Madrid, 1916.

POSADA, A. / SALAZAR, E.: Las cárceles… Una visión. Ediciones del Rectorado de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2004.

PRIETO SANCHÍS, L.: Apuntes de Teoría del Derecho. Editorial Trotta, S.A, Madrid, 2005.

RABBI-BALDI CABANILLAS, R.: "La teoría de la interpretación judicial en Cossio y Betti: coincidencias y actualidad de dos perspectivas contemporáneas", en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 32, N.º 1, 2005.

RABOSSI, E.: "Derechos humanos: el Principio de igualdad y la discriminación", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º 7, 1990.

RADBRUCH, G.: Introducción a la filosofía del Derecho 3ª ed. Fondo de Cultura Económica, México D.F, 1965.

RADBRUCH, G.: Introducción a la ciencia del Derecho. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2017.

RAMIREZ MORELL, V.: "La pena de muerte en los Estados Unidos de América", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 21, Fasc/Mes 2, 1968.

RAMOS JURADO, E. A.: "Homero, obertura del pensamiento político griego", en *Habis*, N.º 13, 1982.

RAMOS VÁZQUEZ, I.: "El principio de la personalidad de la pena en el Derecho histórico castellano", en *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos)*, N.º 11, 2005.

RAMOS VÁZQUEZ, I.: "Detenciones cautelares, coactivas o punitivas. La privación de libertad en el Derecho castellano como instrumento jurídico", en *Anuario de Historia de Derecho Español*, N.º 77, 2007.

RAMOS VÁZQUEZ, I.: Arrestos, cárceles y prisiones en los derechos históricos españoles. Ministerio del Interior, Secretaría General Técnica, Madrid, 2008.

RAMOS VÁZQUEZ, I. "El sistema reformatorio (Reformatory Sistem). Antecedentes, influencias y primeras experiencias en España", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 68, Fasc/Mes 1, 2015.

RAWLS, J.: La justicia como equidad. Una reformulación. 6ª Reimpresión. Editorial Planeta, Barcelona, 2020.

RAYÓN BALLESTEROS, M. C.: "Aproximación a la historia de la enseñanza del Derecho en nuestro país", en *Anuario jurídico y Económico Escurialense*, XLIII (2010).

REALE, M.: Teoría Tridimensional del Derecho. Preliminares históricos y sistemáticos. SARDIÑA-PARAMO J. A. (Trad.). Imprenta Paredes-Biblioteca Hispánica de Filosofía del Derecho, Vol. 12, Santiago de Compostela, 1975.

REALE, M.: Introducción al Derecho. 8ª ed., Ediciones Pirámide, Madrid, 1987.

RECASENS SICHES, L.: "El concepto lógico del Derecho: La coactividad", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Vol. 73, N.º 145, 1924.

RECASENS SICHES, L.: Nueva filosofía de la interpretación del Derecho. Editorial Porrua S.A., México D. F., 1956.

REFORZA, P.: "Aristoteles: La política y el Estado", en *Filosofía, política y economía en el Laberinto*, N.º 2, 2000.

RENGEL ROMBERG, A.: Tratado de Derecho procesal civil venezolano. Editorial Arte, Caracas, 1996.

REVELO, J.: "Los Tratados internacionales como criterio de interpretación de los derechos fundamentales constitucionales en el ordenamiento jurídico español", en *Revista Derecho del Estado*, N.º 11, 2001.

RIBAS ALBA, J. M.: "Tribunos de la plebe, *provocatio ad populum* y *multitudo*. Una reflexión sobre los límites del poder político en Roma", en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, N.º 9, 2009.

RICCOBONO, S.: "Esbozo de la evolución del Derecho romano", en *Revista de Derecho privado*, N.º 40, 2021 (Ejemplar dedicado a: Enero-junio).

RÍOS MARTÍN, J.C., La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad. Gakoa, San Sebastián, 2013.

RIVAS, M. J.: "Derechos humanos en el proceso penal venezolano", en *Revista Estado de Derecho*, Año 1, N.º 2, julio-diciembre 2019.

ROBLES, G.: Teoría General del Derecho. Fundamentos de Teoría comunicacional del Derecho. Volumen I. 4ª ed. Cívitas-Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, Navarra, 2012.

RODILLA, M. A.: Teoría del Derecho. *Ratio legis* ediciones, Salamanca, 2013.

RODRÍGUEZ ALONSO, A. / RODRÍGUEZ AVILÉS, J.: Lecciones de Derecho penitenciario. 4 ª ed. 2011.

RODRÍGUEZ ARANA, J.: "La participación en el Estado social y democrático de Derecho", en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Vol. 7, N.º 7, 2014.

RODRÍGUEZ BLANCO, M.: Derecho y religión. Nociones de Derecho eclesiástico del Estado. Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona, 2013.

RODRIGUEZ DEVESA, J. M.: Derecho penal español. Parte General. Impreso de Artes Gráficas Carasa, Madrid, 1981.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M. / SERRANO GÓMEZ, A.: Derecho penal español. Parte General. 10ª ed. Dykinson, Madrid, 1994.

RODRÍGUEZ GALLÓN, V.: "Positivismo y iusnaturalismo en la jurisprudencia romana clásica", en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N.º 57, 1982.

RODRÍGUEZ-MARGARIÑOS, F.: "Crónica de la vida de John Howard, alma mater del Derecho penitenciario", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 58, Fasc/Mes 1, 2005.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.: Historia del Pensamiento jurídico. 4ª ed. Universidad Complutense – Facultad de Derecho – Sección de Publicaciones, Madrid, 1980.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "La pena de galera en la España moderna", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales,* Tomo 31, Fasc/Mes 2, 1978.

RODRÍGUEZ RESCIA, V. M.: "El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N.º 110, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998.

RODRÍGUEZ YAGÜE, C.: "La cadena perpetua en el seno del Consejo de Europa: Estándares penitenciarios del Comité de ministros y del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura", en RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.): El diseño de la ejecución penitenciaria de la prisión permanente revisable. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

ROIG TORRES, M.: "El pronóstico de reinserción social en la prisión permanente revisable", en *Indret: Revista para el análisis del Derecho.* N.º 18, 2018.

ROLDÁN BARBERO, H.: Historia de la prisión en España. Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, Barcelona, 1988.

ROSALES, E.: "Sistema penal y reforma legal en Venezuela: La tensión entre el Estado Constitucional y el Estado Policial", en CENIPEC. Revista del

Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas / Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas Héctor Febres Cordero. --Mérida-- I, 25 (enero-diciembre) (2006).

ROSALES, E.: El Sistema Penal Venezolano Contemporáneo. Tendencias y propuestas. Imprenta Unes, Caracas, 2012.

ROSAS BENITEZ, A.: Proyección histórica del Derecho. Vol. III: Génesis del Derecho medieval, siglos de integración. Editorial Exagono, Guadalajara, 1995.

ROSELL SENHENN, J. L.: "Figuras del proceso penal venezolano observadas a través del retardo procesal", en *Revista de Derecho Penal, Procesal Penal, Penitenciario y Derechos Humanos*, Vol. 1, Año 2018.

ROXIN, C.: Problemas básicos del Derecho penal. Trad. LUZON PEÑA, D. M. REUS, S. A., Madrid, 1976

ROXIN, C.: Derecho penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. LUZÓN PEÑA, D.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; DE VICENTE REMESAL, J. Editorial Civitas, S. A., 1997.

RUBIO HERNÁNDEZ, H. E.: "La prisión. Reseña Histórica y Conceptual", en *Ciencia Jurídica*, Vol. 1, N.º 2, 2012.

RUBIO LARA, P.: "Pena de prisión permanente revisable: Análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial atención a sus problemas de constitucionalidad", en *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 3, 2016.

RUBIO NÚÑEZ, R.: "La guerra de democracias", en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, N.º. 16, 2007.

RUIZ ANTÓN, L. F.: "El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia", en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N.º 7, 1989.

RUIZ ATIZ, J.: "Castigos impuestos a los causantes de desórdenes: la actitud de los tribunales de navarra durante la Edad Moderna", en *Sancho el Sabio: Revista de cultura e investigación vasca*, N.º 34, 2011.

RUIZ GALACHO, D.: "Constituciones políticas en la antigua Grecia: El Estado ateniense", en *Filosofía, política y economía en el Laberinto*, N.º 2, 2000.

RUIZ MIGUEL, A.: "Positivismo ideológico e ideología positivista", en RAMOS PASCUA, J. A. (ed.) / RODILLA GONZÁLEZ, M. A.: El positivismo

jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto. Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2006.

RUIZ RODRÍGUEZ, I.: Historia del Derecho y de las instituciones. Editorial Círculo Rojo, España, 2016.

RUIZ VADILLO, E.: "Perfil del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción", en VV. AA.: Ministerio Fiscal y Sistema Penitenciario (III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria), Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992.

SAAVEDRA LÓPEZ, M.: "Interpretación judicial del Derecho y democracia", en *Travesías: Política, cultura y sociedad en Iberoamérica*, N.º 1, 1996, (Ejemplar dedicado a: Globalización, democracia y derechos humanos).

SAINZ-ESQUERRA FOCES, J. M.: "Tradición romanística y decisión justa", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N.º 68, 1998.

SALDRACH MARES, J. M.: "Europa en la transición de la antigüedad al feudalismo: El marco general de la historia y la panorámica de la historiografía relativa al periodo", en DE LA IGLESIA DUARTE, J. I. (Coord.).: VII Semana de Estudios medievales. Instituto de Estudios Riojanos, 1997.

SÁNCHEZ AGESTA, L.: Sistema político de la Constitución española de 1978. Editora Nacional, Madrid, 1981.

SÁNCHEZ BAENA, J. J.: "La necesidad y el empleo de galeras en el mar Caribe en la segunda mitad del Siglo XVI" en *Revista de historia naval,* Año n.º 28, N. º110, 2010.

SÁNCHEZ DAFAUCE, M.: "Elementos de la culpabilidad penal", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 71, Fasc/Mes 1, 2018.

SÁNCHEZ DE PEDRO, M. C.: *Provocatio ad populum*, ¿Garantía de Libertad? Documento de Trabajo, Seminario Permanente de Ciencias Sociales, N.º 8, 2013.

SÁNCHEZ MARTÍN, A. L.: "Conceptos, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales", en *Eikasia: Revista de filosofía*, N.º 55, 2014

SANCHEZ-TEJERINA, I.: Derecho Penal Español. Tomo I. Introducción y parte general. 5ª ed. Bravo, Madrid, 1950.

SANDOVAL HUERTAS, E.: Penología. Parte General y Especial. Reimpresión. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, D. C., 1998.

SANZ MORÁN, A. J.: "Medidas de seguridad y de corrección en el Código Penal", en *Revista de Derecho penal*, N.º 1, 2000.

SAINZ CANTERO, J. A.: Lecciones de Derecho penal, Parte General. Editorial Bosch, Barcelona, 1990.

SAINZ EZQUERRA-FOCES, J. M.: "Tradición romanista y decisión justa", en Anuario de Historia del Derecho español, N.º 68, 1998.

SANCINETTI, M. A. / FERRANTE, M.: Derecho penal en la protección de los derechos humanos. La protección de los derechos humanos mediante el Derecho penal en las transiciones democráticas. Argentina. Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, 1999.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: "Los Tratados como fuente del Derecho en la Constitución", en *Revista de las Cortes Generales*, N.º 9, 1986.

SAUER, W.: Derecho penal. Parte general. Ediciones Olejnik, Santiago-Chile, 2019.

SERRANO GÓMEZ, A.: "La criminología en los primeros clásicos", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 26, Fasc/Mes 1, 1973.

SERRANO GÓMEZ, A.: "Ley de peligrosidad y rehabilitación social", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 27, Fasc/Mes 2, 1974.

SERRANO RUANO, D.: "Ley religiosa y Estados islámicos contemporáneos", en *IIu. Revista de ciencias de las religiones. Anejos*, N.º 11, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, A.: "En torno al *Ordo iudiciorum Privatorum*", en *Anuario de la facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, N.º 12-13, 1994-1995.

SILVELA, F.: El Derecho penal. Estudiado en principios y en la legislación vigente en España. 2.ª ed. Parte Primera. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1908.

SIMMEL, G.: "Sobre la responsabilidad colectiva", en *Revista de la carrera de sociología: Entramados y perspectivas*, Vol. 5, N.º 5, 2015.

SOSA CHACÍN, J.: Derecho Penal. Tomo Primero. Introducción. La ley penal. 2ª ed. Publicaciones del Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1978.

SOSA GÓMEZ, C.: "Los principios y valores constitucionales aseguran la vigencia de la Constitución y de los derechos humanos", en *Revista de Derecho Público*, N.º 163-164, 2020.

SOTO DELGADO. P.: "La procura existencial como función de la administración en el Estado social y su contraste con el principio de subsidiaridad", en *Ius y Praxis*, Vol. 30, N.º 3, 2024.

SPECTOR, H.: "La filosofía de los derechos humanos" en *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del Derecho*, N.º 15, 2001.

SPINOLA, D. A.: "Feudalismo: Estado de la cuestión, controversias y propuestas metodológicas en torno a un concepto conflictivo, 1929-2015", en *Anos 90: Revista do programa de Pós-Graduaçao em História-Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Vol. 26, N.º 0, 2019.

STALLA MALLA, I. E.: "El significado histórico de la rivalidad entre alemanes y burgundios", en *Anales de Historia Antigua, Medieval y Moderna*, Vol. 56, N.º 2, 2022.

STROPPA, R.: "El aislamiento penitenciario: De la *espiatio* religiosa a su secularización inocuizadora", en *Delito y sociedad*, Vol. 30, N.º 51, 2021.

SUÑER, P.: "Moral y Derecho", *Espíritu: Cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana*, Año 43, N.º 109, 1994.

THOMAS, J. A. C.: "Desarrollo del Derecho criminal romano", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, N.º 32, 1962.

TISSOT, J.: El Derecho penal estudiado en sus principios, en sus aplicaciones y legislaciones de los diversos pueblos del mundo o introducción filosófica e histórica al estudio del Derecho penal. Tomo III ORTEGA GARCÍA, J. (Trad.). Góngora editores, Madrid, 1880.

TOCQUEVILLE, A. / BEAUMONT, G.: Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia. Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

TOCQUEVILLE, A.: La democracia en América I. Trad. SÁNCHEZ DE ALEU, D. 3ª Ed. Alianza Editorial, Madrid, 2017.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: El Derecho penal de la Monarquía Absoluta: Siglos XVI-XVII-XVIII. 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1992.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: Manual de Historia del Derecho español. Editorial Tecnos, Madrid, 2003.

TOMOS MAS, J.: "¿Quién debe ejercer el <<*ius puniendi*>> del Estado?", en *Revista española de derecho administrativo*, N.º 161, 2014.

TORIO LÓPEZ, A.: "El concepto individual de culpabilidad" en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 38, Fasc/Mes 2, 1985.

TORRENT RUIZ, J. A.: "La recepción del Derecho justinianeo en España en la Baja Edad Media (Siglos XII-XV). Un capítulo en la historia del Derecho europeo", en *Revista Internacional de Derecho Romano*, N.º 10, 2013.

TORRENT RUIZ, J. A.: "Una aproximación a la legislación visigótica hispana. La *imitatio imperi*", en *Revista Internacional de Derecho Romano*, N.º 18, 2017.

UBRIC RABANEDA, P.: "Las nuevas opciones de poder: El protagonismo de los bárbaros en la Hispania del siglo V", en *Polis: Revista de ideas y formas políticas de la antigüedad clásica*, N.º 19, 2007.

UGARTE GODOY, J. J.: "La ley natural", en *Revista chilena de Derecho*, Vol. 6, N.º 5-6, 1979.

UGARTE Y PAGÉS, J.: Contestación del excmo. Sr. Don Javier Ugarte y Pagés al Discurso de recepción del excmo. Sr. Tomás Montejo y Rica, leído en la junta pública de 27 de febrero de 1916. Tesis: La función judicial. Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1916.

URUBURU COLSA, J. M.: "Los delitos hudud en el Derecho penal de los países árabes", en *Philología hispalensis*, N.º 24, 2010.

VALIENTE CASTELLANOS, L.: "La pena de muerte: situación actual desde una perspectiva internacional", en *Inciso*, Vol. 21, N.º 1, 2019.

VALLS PRIETO, J.: "Nuevas formas de combatir el crimen en internet y sus riesgos", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, N.º 18, 2016.

VARO PINEDA, F.: "El espacio sagrado de la Torah", *Revisiones: revista de crítica cultural*, 1 2, 2006.

VARO PINEDA, F.: "Elementos antropológicos y éticos en el Derecho penal de la Biblia Hebrea", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídico*, N.º 42, 2020.

VÁSQUEZ GONZÁLEZ, M.: "El decaimiento de las medidas de coerción personal", en VV. AA.: X Jornadas de Derecho Procesal Penal. Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2007.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, M.: "Reforma legislativa y retardo procesal en el ámbito penal", en *Revista de Derecho Penal, Procesal Penal, Penitenciario y Derechos Humanos*, Vol. 1, Año 2018.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, M.: "La oralidad como "principio" rector del proceso penal", en *CENIPEC: Revista del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas "Héctor Febres Cordero"*, N.º 34, 2022.

VELÉZ UPEGUI, M.: "*Polis* y *Dêmos*. Una reflexión sobre la democracia griega antigua" en, *Co-herencia*, Vol. 18, N.º 35, julio – diciembre, 2021.

VICENTE MARTÍNEZ, R.: "La ley Orgánica Penitenciaria 40 años después", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 72, Fasc/Mes 1, 2019.

VIDAL, J.: Principios Fundamentales de la penalidad en los sistemas modernos. Librería Editorial de Bailly-Bailliere e hijos, Madrid, 1892.

VILLANUEVA TURNES, A.: "El importante derecho a la presunción de inocencia: Especial referencia a la regulación y titularidad en el ordenamiento jurídico español", en Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 69, N.º 264, 2, 2019.

VIGUERA MOLINS, M. J.: "Mozárabes y cristianos de Al-Andalus (siglos VIII-XI)", en: Cristianos y musulmanes en la península ibérica. La guerra, la frontera y la convivencia. XI Congreso de Estudios Medievales. Fundación Sánchez Albornos, León, del 23 al 26 de octubre de 2007, 2009.

VILLAR, J. R.: "La sucesión de Pedro y el Obispo de Roma (Entorno al Coloquio Católico Ortodoxo de Bari), en *Scripta Theológica* 22 (1990/3).

VILLARROEL GONZÁLEZ, O.: "Reyes, Obispos y Papas en Castilla: El papel de los Prelados en las relaciones con el papado (Siglos XII y XV), en *Anuario de Estudios Medievales*, Vol. 51, N.º 1, (enero-junio) 2021.

VILLORO TIRANZO, L.: "Sobre el concepto de revolución", en *Esbozos, Revista de filosofía política y ayuda al desarrollo*, N.º 4, 2010.

VON ECKARDT, H.: Fundamentos de la política. Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1932

VON HENTIG, H.: La pena I. Formas primitivas y conexiones histórico-culturales. Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1967.

VON HENTIG, H.: La pena II: Las formas modernas de aparición. Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1968.

VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal. 20 ed. Tomo I. Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid.

VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal. 20 ed. Tomo II. Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid.

VON LISZT, F.: Tratado de Derecho Penal. 20 ed. Tomo III. Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid.

VON WRIGHT, G. H.: Norma y acción. Una investigación lógica. Trad. GARCÍA FERRER, P. Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019.

WELZEL, H.: Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural y Justicia Material. 2ªed. Aguilar S.A. Ediciones, 1979.

WOODROW WILSON, T.: El Estado. Elementos de política histórica y práctica. Tomo I. 2ª ed. Trad. Adolfo Posada. Librería general de Victorino Suárez, 1922.

YAÑEZ ROMÁN, P. L.: "Anticonstitucionalidad de la pena de muerte en Estados Unidos de América", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 27, Fasc/Mes 2, 1974.

ZABALA BAÑOS, C.: Prevalencia de trastornos mentales en prisión. Análisis de la relación con delitos y reincidencia. Ministerio del Interior-Secretaría Técnica, Madrid, 2016.

ZAMBRANO MORAL, P.: "La marca como pena en el Derecho histórico español: Consideraciones sobre su naturaleza jurídica"; en *Revista de Estudios Históricos-Jurídicos* [Sección Historia de las Instituciones] N.º 40, 2018.

ZAPATERO, V. / GARRIDO GÓMEZ, M. I.: El Derecho como proceso normativo. 3ª ed. Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2023.

ZAPATERO SAGRADO, R.: "Los presidios, las cárceles y las prisiones", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 23, Fasc/Mes. 2, 1986.

ZARAGOZA HUERTA, J.: Derecho penitenciario español. Elsa G, De Lazcano, México, 2007.

B) DOCUMENTOS OFICIALES INFORMES DE ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES CONSULTADOS

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS) / CONECTAS Dereitos Humanos: Aportes para el proceso de revisión de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. UNODC/CCPCJ/EG.6/2014/NGO.3, Viena, 1º de noviembre 2013.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1980-1981. OEA/Ser. L/V/II.54, doc.9 rev.1, 16 octubre 1981.

CONSEJO SUPERIOR PENITENCIARIO: Proyecto de Código Orgánico Penitenciario. República Bolivariana de Venezuela-Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, Caracas, 2011.

HUMAN RIGHT WATCH: Castigados sin condena. Condiciones en las Prisiones de Venezuela. Human Right Wacth, New York, 1998.

MINISTERIO DE JUSTICIA: Exposición de motivos y Proyecto de Ley de Régimen Penitenciario. República de Venezuela-Ministerio de Justicia, Caracas, 1961.

MINISTERIO DEL INTERIOR Y JUSTICIA: Situación actual del Sistema Penitenciario venezolano. Resultado del diagnóstico. Caracas, 2005, (mimeo).

OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Informe sobre la situación procesal de las personas privadas de libertad en Venezuela 2008. Publicaciones Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2008.

OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Informe sobre los derechos humanos y debido proceso de las personas privadas de libertad. Venezuela 2009. Publicaciones Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2009.

OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Portafolio de propuestas penitenciarias. Publicaciones Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2016

OBSERVATORIO VENEZOLANO DE PRISIONES: Situación de las visitas de los familiares y los allegados de los reclusos a los lugares de reclusión de Venezuela. Fundamentos, Análisis de la situación y recomendaciones. Publicaciones Observatorio Venezolano de Prisiones, Caracas, 2020.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Reglas Generales: Reglas Mínimas para el Trato de los Presos. Informe de la Secretaría. Primer Congreso de las Naciones Unidas en materia de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Ginebra, 1955.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Personal. Estatuto, selección y formación del personal penitenciario. Informe de la Secretaría. ONU, Ginebra, 1955.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: Personal. Estatuto, selección y formación del personal penitenciario. Informe de Secretaría. ONU, Ginebra, 1955.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Trabajo penitenciario. Naciones Unidas-Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Nueva York, 1955.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Segundo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Londres, 8-20 de agosto de 1960). La integración del Trabajo Penitenciario en la economía nacional incluida en la remuneración de los reclusos. Informe preparado por la Secretaría. Naciones Unidas-Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, Nueva York, 1960.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Medidas de lucha contra a reincidencia (especialmente en relación con las condiciones adversas de la prisión preventiva y con la desigualdad en la administración penitenciaria). Documento de trabajo preparado por la Secretaría. Tercer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Estocolmo, 9-18 agosto 1965.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: Cuestiones de actualidad y buenas prácticas en la gestión penitenciaria. Informe de la Relatora Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Alice Jill Edwards. Asamblea General ONU, Ginebra, 2024.

SECRETARÍA DEL INTERIOR Y JUSTICIA: Exposición que dirige al Congreso de Venezuela en 1840 el secretario del Interior y Justicia. Imprenta George Corser, Caracas, 1840.